



HAL
open science

Le principe d'égalité homme-femme. Analyse critique de l'influence du système juridique français sur le système juridique tunisien

Assia Jamaï

► To cite this version:

Assia Jamaï. Le principe d'égalité homme-femme. Analyse critique de l'influence du système juridique français sur le système juridique tunisien. Droit. Université Côte d'Azur, 2021. Français. NNT : 2021COAZ0001 . tel-03602268

HAL Id: tel-03602268

<https://theses.hal.science/tel-03602268>

Submitted on 9 Mar 2022

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.



LE PRINCIPE D'ÉGALITÉ HOMME-FEMME

*Analyse critique de l'influence du système juridique français
sur le système juridique tunisien*

ASSIA JAMAI

Groupe de Recherche en Droit, Économie et Gestion (GREDEG)
UMR 7321 CNRS/UCA

**Présentée en vue de l'obtention
du grade de docteur en droit
d'Université Côte d'Azur**
Dirigée par : M. Patrice REIS
Soutenue le : 8 mars 2021

Devant le jury, composé de :
Céline LAGEOT, *Professeure, Université
de Poitiers, rapporteur*
Ali MEZGHANI, *Professeur, Université
de Tunis, rapporteur*
Jean-Jacques SUEUR, *Professeur émérite,
Université de Toulon*
Marina Teller, *Professeure, Université
Côte d'Azur*

LE PRINCIPE D'ÉGALITÉ HOMME-FEMME

*Analyse critique de l'influence du système juridique français
sur le système juridique tunisien*

Jury :

Présidente du jury

Marina TELLER, *Professeure, Université Côte d'Azur*

Rapporteurs

Céline LAGEOT, *Professeure, Université de Poitiers,*
rapporteur

Ali MEZGHANI, *Professeur, Université de Tunis,*
rapporteur

Examineur

Jean-Jacques SUEUR, *Professeur émérite, Université
de Toulon*

Titre de la thèse : Le principe d'égalité homme-femme.

Sous-titre de la thèse : Analyse critique de l'influence du système français sur le système tunisien.

Résumé :

Le principe d'égalité homme-femme a fait l'objet de plusieurs études à ce jour. Celle que l'on va lire propose d'étudier l'influence du système juridique français sur celui de la Tunisie.

1 — Le degré d'influence du système français sur le système tunisien est réel, il débouche sur une divergence de positions et de contenu du droit et révèle ainsi l'existence de rapports conflictuels entre les systèmes. Ainsi, positive ou négative, la formulation du principe d'égalité homme-femme reste ambiguë. Au surplus, ce principe doit aussi s'incarner. Or, comment les droits positifs français et tunisien peuvent-ils incarner ce principe alors même qu'ils ne consacrent pas de dispositions spécifiques à définition formelle de ce dernier ? Celui-ci peut se présenter comme étant une composante du principe d'égalité. *A priori*, les systèmes juridiques tunisien et français ne font que proclamer ce droit en lui attribuant à chaque fois, un domaine d'application particulier.

2 — C'est pour rendre compte de cette complexité et de ces insuffisances de part et d'autre, venant de l'histoire, que nous avons fait le choix d'une méthode critique, d'inspiration structuraliste. Ce choix s'explique par plusieurs raisons qui se recourent. En effet, plusieurs dimensions s'attachant à l'analyse de l'influence du système français sur celui de la Tunisie. Le caractère équivoque du principe nous a conduits à faire appel à l'analyse structurale pour mieux saisir la nature spécifique de ce rapport d'influence, en faisant provisoirement abstraction des données politiques, pour les introduire ensuite, de manière détaillée, dans le cadre de l'analyse. Abstraire pour mieux comprendre. Le structuralisme est apparu également comme un gage d'objectivité scientifique (relative) de la recherche : il permet, tel un rempart, d'étudier des fonctions et de dégager des invariants dans les sociétés étudiées.

Ainsi, l'analyse critique des déterminants permet de comprendre une société dans le moment présent. L'analyse de facteurs matériels, économiques et sociaux, permet de constater que dans cette imbrication de données, la culture au sens large, incluant la religion et le droit, joue un rôle central : elle est à la fois une entrave et un levier pour la concrétisation du principe d'égalité des sexes.

Mots-clés : Égalité homme-femme, Principe, équité, Discrimination, équité, justice, Influence, Droit tunisien, Droit français, Structuralisme, Pluralisme juridique, Mariage, Divorce, Successions,

Successions, Structure, Système, Constitution, Maghreb, Europe, Afrique, Droit de l'homme, Universalisme, Islam, Charia, Droit des femmes, Genre.

Thesis title : The principle of equality between men and woman

Thesis sub-title : Critical analysis of the influence of the French system on the Tunisian system.

Abstract :

The principle of equality between men and women has been the subject of several studies to date. The one that will be read proposes to study the influence of the French legal system on that of Tunisia.

1 - The degree of influence of the French system on the Tunisian system is real, it leads to a divergence of positions and content of the law and thus reveals the existence of conflicting relationships between the systems. Thus, whether positive or negative, the formulation of the principle of equality between men and women remains ambiguous. Moreover, this principle must also be embodied. Yet, how can French and Tunisian positive law embody this principle when it does not enshrine specific provisions formally defining it? The latter can be presented as a component of the principle of equality. A priori, the Tunisian and French legal systems only proclaim this right by attributing to it, each time, a particular field of application.

2 - It is to take into account this complexity and these inadequacies on both sides, coming from history, that we have chosen a critical method, of structuralist inspiration. This choice is explained by several overlapping reasons. In fact, several dimensions of the analysis of the influence of the French system on that of Tunisia. The equivocal nature of the principle led us to call upon structural analysis to better grasp the specific nature of this relationship of influence, temporarily disregarding political data, and then introducing them, in a detailed manner, in the framework of the analysis. Abstract to better understand. Structuralism has also emerged as a guarantee of the (relative) scientific objectivity of research: it allows, like a bulwark, the study of functions and the identification of invariants in the societies studied.

Thus, the critical analysis of determinants makes it possible to understand a society in the present moment. The analysis of material, economic and social factors shows that in this interweaving of data, culture in the broad sense, including religion and law, plays a central role: it is both an obstacle and a lever for the realization of the principle of gender equality.

Keywords : Equality between men and women, Principle, Equity, Discrimination, Equity, Justice, Influence, Tunisian Law, French Law, Structuralism, Legal Pluralism, Marriage, Divorce, Estates, Successions, Structure, System, Constitution, Maghreb, Europe, Africa, Human Rights, Universalism, Islam, Sharia, Women's Rights, Gender.

REMERCIEMENTS

Au seuil de cette étude, j'adresse mes sincères remerciements à Monsieur Reis qui a accepté de reprendre la direction de ce travail de recherche. Sans son concours et son immuable bienveillance, cette thèse n'aurait pu atteindre cette phase si difficile d'achèvement. Qu'il sache l'infinie gratitude que je porte à son égard.

C'est également au professeur Jean-Jacques Sueur que j'exprime mes vifs remerciements. Ce dernier a été un accompagnateur fidèle, un guide constamment disponible et un phare qui a en permanence essayé d'éclairer. Nos nombreux échanges ont permis de défaire des sujets souvent complexes et de m'orienter vers des lectures auxquelles les juristes sont peu familiers. Je retiens notamment un enseignement précieux qu'il m'a transmis : en droit, comme dans toute science sociale, il existe très rarement une solution obvie. Assurément, cette thèse lui doit beaucoup.

J'adresse en outre mes profonds remerciements aux membres du jury lesquels ont aimablement accepté de prendre de leur temps pour lire et porter un jugement à ce travail.

C'est aussi à ma famille, en particulier à mes parents et mes frères, que j'aimerai remercier pour avoir toujours été présente à mes côtés.

Je tiens également à remercier ma sœur qui a été un soutien de tous les instants et qui a su trouver les mots justes dans les périodes de doute ayant inévitablement jalonné ces années de travail. Sa permanente disponibilité et les nombreux moments partagés ensemble m'ont permis d'avoir des temps de respiration indispensables à l'accomplissement de cette étude.

Enfin, c'est à mon époux que j'aimerais exprimer ici une aimante et chaleureuse pensée. Sa patience et son soutien constant ont été une aide précieuse durant ces dernières années de recherche. Qu'il sache que ses profuses attentions m'ont sincèrement touchée.

SOMMAIRE

PREMIÈRE PARTIE — LES FONDEMENTS DU PRINCIPE D'ÉGALITÉ HOMME-FEMME

TITRE I — LE PLURALISME DES FONDEMENTS DE L'ÉGALITÉ

Chapitre I – La portée du fondement constitutionnel de l'égalité homme-femme

Chapitre II – L'accentuation jurisprudentielle du morcellement des normes de référence

TITRE II — LA CONCURRENCE DE LÉGITIMITÉS

Chapitre I – Les résistances culturelles

Chapitre II – Les obstacles structurels

Chapitre III – L'influence déterminante du droit international en tant que vecteur de l'égalité en Tunisie

SECONDE PARTIE — LA DIVERSITÉ DES FACTEURS DE STRUCTURATION

TITRE I – L'ANALYSE DES DÉTERMINANTS

Chapitre I – Les facteurs permanents

Chapitre II – Les facteurs conjoncturels

Chapitre III – Le rapport de connexité entre les systèmes

TITRE II — LES LIMITES DU PROCESSUS DE STRUCTURATION

Chapitre I – L'influence contrastée du féminisme

Chapitre II – Des rapports de conflictuels entre systèmes : la double structuration

LISTE DES ABRÉVIATIONS

| A | |
|------------------------|--|
| AAI | Autorité Administrative Indépendante |
| AFEP | Association Française des Entreprises Privées |
| Al | Alinea |
| AJDA | Actualité Juridique. Droit Administratif |
| ANC | Assemblée Nationale Constituante |
| ANCT | Assemblée Nationale Constituante Tunisienne |
| ARP | Assemblée des Représentants du Peuple |
| ARPP | Autorité de Régulation Professionnelle de la Publicité |
| Art | Article |
| AV. J.-C.. | Avant Jésus-Christ |
| C | |
| C.Civ | Code Civil |
| CDH | Conseil des Droits de l'Homme |
| CE | Conseil d'État |
| CEDAW CEDEF | Convention sur l'Élimination de toutes les formes de Discrimination à l'Égard des Femmes |
| CESDH | Convention Européenne des Droits de l'Homme. |
| CEDH | Cour Européenne des Droits de l'Homme |
| CJCE | Cour de Justice de la Communauté Européenne |
| CJUE | Cour de Justice de l'Union Européenne |
| CNCDH | Commission Nationale Consultative des Droits de l'Homme |
| COM | Commission |
| CONF | Conférence |

| | |
|------------------|---|
| COLIBE | Commission des L ibertés I ndividuelles et de l' É galité |
| Cons. C. | Conseil Constitutionnel |
| Cons | Considérant |
| C. cass | Cour de cassation |
| CP | Code P énal |
| CPP | Conseil P aritaire de la P ublicité |
| CPR | Congrès P our la R épublique |
| CSA | Conseil S upérieur de l' A udiovisuel |
| CSEP | Conseil S upérieur à l' É galité P rofessionnelle entre les femmes et les hommes |
| CSP | Code du Statut P ersonnel |
| D | |
| D. | Receuil D alloz |
| Déc. | Décision |
| E | |
| ECOSOC | Conseil E conomique et S ocial |
| EPU | Examen P ériodique U niversel |
| G | |
| Gaz. Pal. | La G azette du P alais |
| H | |
| HALDE | H aute A utorité de L utte contre les D iscriminations et pour l' É galité |
| HAICA | H aute A utorité I ndépendante de la C ommunication A udiovisuelle |
| HCEFH | Le H aut C onseil à l' É galité entre les f emmes et les h ommes |
| HCE | H aut C onseil à l' É galité |
| I | |
| INLUCC | I nstance N ationale de L utte C ontre la C orruption |
| INRIC | I nstance I ndépendante chargé de R éformer l' I nformation et la C ommunication |
| IRMC | I nstitut de R echerche sur le M aghreb C ontemporain |

| | |
|----------------|---|
| IVG | Interruption Volontaire de Grossesse |
| J | |
| JCP G | La Semaine juridique. Édition Générale |
| J.DP | Jury de Déontologie Publicitaire |
| J.O | Journal Officiel |
| J.O.R.F | Journal Officiel de la République Française |
| J.O.R.T | Journal Officiel de la République Tunisienne |
| L | |
| LPA | Les Petites Affiches |
| LTDH | Ligue Tunisienne des Droits de l'Homme |
| M | |
| MEDEF | Mouvement Des Entreprises de France |
| MTI | Mouvement de Tendance Islamique |
| O | |
| OCDE | Organisation de Coopération et de Développement Economique |
| OCI | Organisation de la Conférence Islamique |
| OIT | Organisation Internationale du Travail |
| ONG | Organisation Non Gouvernementale |
| ONFP | Office National de la Famille et de la Population |
| ONU | Organisation des Nations Unies |
| OMD | Objectifs du Millénaire pour le Développement |
| OUA | Organisation de l'Unité Africaine |
| P | |
| PNEA | Programme National d'Enseignement des Adultes |
| PNUD | Programme des Nations Unies pour le Développement |
| PVD | Pays en Voie de Développement |

| Q | |
|----------------------------------|---|
| QPC | Question Prioritaire de Constitutionnalité |
| R | |
| RCD | Rassemblement Constitutionnel Démocratique |
| Rec. | Recueil |
| Rec. JD | Recueil de Jurisprudence |
| RES | Résolution |
| RTD civ | Revue Trimestrielle de Droit civil |
| RSC | Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé |
| RDT | Répertoire de Droit du Travail |
| S | |
| SA | Société Anonyme |
| SCA | Société en Commandite par Actions |
| T | |
| T.A | Tribunal Administratif |
| Tbl Inst 1 ^{ère} | Tribunal de Première Instance |
| TFUE | Traité sur le Fonctionnement de l'Union Européenne |
| U | |
| UE | Union Européenne |
| UGTT | Union Générale des Travailleurs Tunisiens |
| UNFT | Union Nationale de la Femme Tunisienne |
| UTICA | Union Tunisienne de l'Industrie du Commerce et de l'Artisanat |

GLOSSAIRE

| A | |
|----------------------------|---|
| Aceb | L'héritier universel qui reçoit une partie ou l'ensemble des biens laissés par le défunt |
| Agnats | Parent par agnation, descendant d'une même souche masculine |
| Amazigh | Berbère ¹ |
| B | |
| Bey | Commandant des troupes qui est spécialement chargé de lever l'impôt et de surveiller les tribus |
| C | |
| Charia | « <i>Loi canonique islamique régissant la vie religieuse, politique, sociale et individuelle, appliquée de manière stricte dans certains Etats musulmans. (Les Etats où la Charia est le plus largement appliquée sont en Asie, l'Iran, l'Arabie Saoudite, le Pakistan, l'Afghanistan, l'Iraq, le Yémen, Oman et les Émirats Arabes Unis, et, en Afrique, le Soudan et le Nigeria) »².</i> |
| Chiïte | Qui appartient au chiïsme |
| D | |
| Destour | Constitution |
| Dey | Capitaine qui est chargé de commander la milice en collaboration avec l'agha |
| Djezirat al-Maghrib | Les îles du Maghreb |
| Djizya | Capitation, tribut, taxe. |
| F | |
| Fard | En islam ce sont les héritiers de premiers rangs dont la part successorale est légalement déterminée (héritiers réservataires). Le mot fard vient du mot arabe « <i>fardh</i> » qui désigne ce qui est obligatoire. |

¹ <http://dictionnaire.reverso.net>

² www.larousse.fr

| | |
|------------------------|--|
| Fiqh | « Désigne la “compréhension” de la Charia, à savoir le droit positif regroupant tous les aspects de la vie, religieux, politiques et privés » ³ . |
| H | |
| Hadana | Le droit de garde de l’enfant au Maroc |
| Hadîth | Récit. « Dans la religion islamique, recueil des actes et paroles de Mahomet et de ses compagnons, à propos de commentaires du Coran ou de règles de conduite » ⁴ . |
| Hybris | Démessure |
| I | |
| Istihsan | Préférence juridique/équité |
| K | |
| Kouloughlis | Métis Turcs et Tunisiens |
| M | |
| Machrek | « Le levant » ce terme désigne les pays du soleil levant, l’Orient arabe |
| Madhhab | École juridique musulmane |
| Maghreb | Le terme Maghreb désigne les pays du soleil couchant, l’Occident Nord-africain, par opposition au Machrek |
| Mahdûr | L’interdit |
| Makrûh | Désapprouvé, déconseillé |
| Mandûb | Recommandé |
| Moudawwan a | Le Code de la famille marocain |
| Mu‘âwiyya | Calife de Damas |
| Mubâh | Licite, autorisé |
| Musawa | Égalité |
| Mutakamila | Complémentarité |
| N | |

³ www.larousse.fr

⁴ www.larousse.fr

| | |
|-------------------|--|
| Nafaqa | Equivalence d'une pension alimentaire, la prise en charge de l'entretien de l'épouse et de ses enfants par l'époux en cas de divorce, mais aussi le droit des parents nécessiteux de demander une pension à leurs enfants. |
| O | |
| Oumma/Umma | A l'origine, le terme Oumma ou Umma fait référence à la « communauté d'Allah » (Oummat Allah). Elle désigne donc la communauté islamique ou la communauté musulmane. |
| P | |
| Pacha | Il est à la tête de la régence et il est nommé par le Sultan |
| S | |
| Salam | Paix |
| Samaha | Tolérance |
| Sultan | « Titre de souverains musulmans donné à partir des Seldjoukides (X ^{ème} siècle) par le calife à ceux à qui il délèguait le pouvoir effectif » ⁵ . |
| Sunnite | <p>Le sunnisme représente le « courant majoritaire de l'islam, qui s'appuie sur la sunna et le consensus communautaire qu'elle suscite. Réunissant environ 90 % de la communauté musulmane, le sunnisme se présente comme la voie moyenne de la religion musulmane (entre le chiïsme et le kharidjisme). Les sunnites sont, par définition, les hommes du Coran et de la sunna, c'est-à-dire de la tradition de tout l'enseignement du prophète Mahomet.</p> <p>S'appuyant sur la sunna et sur le consensus communautaire, les sunnites ont reconnu comme successeurs du Prophète les quatre premiers califes, puis les Omeyyades et les Abbassides, tandis que les chiïtes ont réservé cette charge à Ali et à sa descendance.</p> <p>Le sunnisme correspond donc à l'ensemble des communautés musulmanes se caractérisant par l'accent mis sur la fidélité à la sunna (Tradition du Prophète) qui, relatant l'enseignement, les dires, les faits et les gestes de Mahomet, sert de législation, d'exemple et de modèle aux sunnites. Consignée dans les hadiths, la sunna constitue la deuxième source de l'islam sunnite, après la parole révélée du Coran.</p> |

⁵ www.larousse.fr

À travers la sunna, le Prophète est pour les croyants une source d'imitation, un modèle de comportement, aussi bien sur le plan de l'éthique individuelle que sur celui du droit communautaire »⁶.

T

Talaq

Ce terme désigne la séparation c'est-à-dire la répudiation et le divorce. En droit tunisien, il désigne le divorce. Les règles relatives au divorce de l'homme sont citées en partie dans la sourate « *at talaq* » S 65.

Tamazight

Dialecte berbère parlé de nos jours au Maroc dans le Haut Atlas, le Moyen Atlas et le Rif ainsi qu'en Algérie (Kabylie) où il est devenu la langue nationale à côté de l'arabe

Tedjdid

Renouvellement

R

Rifq

Bienveillance

U

Uléma

Docteur de la loi musulmane, juriste et théologien⁷.

⁶ <http://www.larousse.fr/encyclopédie/divers/sunnisme/94575>

⁷ www.larousse.fr

« Et la femme demeure, au moins en France, singulièrement défavorisé quant au droit de suffrage. Il y a bien peu d'élues ! C'est une observation du même ordre que l'on peut faire quant au "droit au juge". Elle en bénéficie. Elles sont même nombreuses à être juges, plus nombreuses que les hommes. Mais en nombre infime dans la haute hiérarchie. Ce qui est évidemment paradoxal s'agissant du système juridique qui devrait assurer en premier l'égalité des sexes ! »

G. Farjat, « Préface » in *Droits de l'homme et libertés de la personne* (R. Charvin et J.-J. Sueur), LexisNexis-Litec, 2007, p. IX.

INTRODUCTION

1. Le structuralisme en tant qu'outil d'analyse des systèmes juridiques. Tout comme en France, la Tunisie a connu de nombreuses sources d'influences dans la construction et l'évolution de la notion d'égalité des sexes. Pour comprendre le statut de la femme en Tunisie comme en France, il faut nous interroger sur le caractère équivoque du principe, ce qui conduit à faire appel à l'analyse structurale⁸ pour mieux saisir la nature spécifique de ces rapports⁹ entre les deux systèmes juridiques¹⁰. Comment ? En faisant provisoirement abstraction des données politiques, pour les introduire ensuite, de manière détaillée, dans le cadre de l'analyse. Abstraire pour mieux comprendre. Le structuralisme¹¹ apparaît ainsi comme un gage d'objectivité scientifique relative de la recherche¹² : il permet, tel un rempart, d'étudier des fonctions et de dégager des invariants dans les sociétés étudiées. Autrement dit, la méthode structuraliste est une boîte à outils à laquelle nous emprunterons quelques instruments pour analyser les systèmes

⁸ Comme nous l'explique à juste titre le Professeur Sueur, « le choix de la méthode structuraliste s'inscrit dans la tradition de l'école française de sociologie et de son fondateur [...] Durkheim ». J.J SUEUR, « Pour un structuralisme tempéré », in *Mélange en l'honneur du professeur Dominique Rousseau*, LGDJ, 2020, p. 736.

⁹ On entend ici par le mot « rapport » à la fois les effets que le système juridique français a exercés sur celui de la Tunisie ; un rapport qui peut être aussi bien néfaste que bénéfique et l'idée d'un dialogue entre les deux systèmes juridiques. A cet égard, les rapports entre les deux systèmes juridiques sont tardifs au Maghreb par rapport à d'autres, mais ils demeurent significatifs. En outre, ces rapports se déroulent sur deux plans différents. Tout d'abord, comme nous l'avons déjà évoqué, les rapports juridiques entre le système français et celui de la Tunisie. Ensuite, les rapports entre systèmes s'entendent en termes de rayonnement moral et intellectuel au sein d'une doctrine déterminée qui va avoir des conséquences d'une part sur le système juridique, et d'autres part sur le chercheur lui-même. Dans le premier cas de figure, le rayonnement moral et intellectuel français au sein de la doctrine tunisienne va avoir des effets sur différentes sphères tel que le Pouvoir politique, économique de l'État. Dans le second cas, l'influence doctrinale et intellectuelle que jouent certains auteurs dans la construction du travail de recherche contribue de manière certaine à prendre une certaine hauteur et procurant par là-même une forme d'objectivité.

¹⁰ Le système juridique tunisien étant trop éloigné de celui de la France, leur comparaison se révèle donc très difficile. Il est nécessaire de trouver un biais, quelque chose qui permette de faire le lien entre deux situations dissemblables sur un point qui leur est commun. C'est pourquoi il semble plus aisé de conditionner la comparaison des deux droits à l'analyse des rapports entre les deux systèmes mais également les rapports internes du système juridique tunisien entre les forces et facteurs en présence, y compris culturels. C'est ainsi que le travail de thèse a bien pour objet l'idée de structure qui implique le rapport non conscient, mais agissant auprès des parties prenantes, et qui sont susceptibles à ce titre de donner des clés de compréhension d'autres rapports.

¹¹ La théorie du structuralisme considère qu'une structure est « un Tout formé de phénomènes solidaires tels que chacun dépend des autres et ne peut être ce qu'il est que par sa relation avec eux ». J.B. FAGES, *Comprendre le structuralisme*, Privat, 1968. Citée par J. CHEVALLIER, *Essai d'analyse structurale du Préambule*, n°5, p. 3. Autrement dit, Le structuralisme consiste donc « à chercher les relations qui donnent aux termes qu'elles unissent une valeur de position dans un ensemble organisé ». J. POUILLON et *al.*, « Problèmes du structuralisme », In *Les Temps modernes*, n° 246, 1966, p. 769.

¹² Comme l'explique le Professeur Sueur, le concept de structuralisme qui implique celui de structure « signifient seulement que ces plans [strates] sont des étapes qui doivent être franchies ou escaladées, comme on escalade une montagne ou les marches d'un escalier, pour arriver au sommet de la montagne ou à l'étage supérieur, d'où l'on pourra admirer le paysage, la rue d'à côté, ou nos proches voisins ». J.J SUEUR, « Pour un structuralisme tempéré », *op.cit.*, *ibidem*.

juridiques. À cet égard, l'idée de structure¹³ se présente comme le moyen de penser le réel en prenant de la distance avec lui, cette distance qui nous manque au départ, et ce, dans l'objectif de considérer dans l'égalité des sexes quelque chose comme une structure élémentaire de toute sociabilité.

L'analyse critique des déterminants et des rapports permettent de comprendre une société dans le moment présent. L'analyse de facteurs matériels, économiques et sociaux, permet de constater que dans cette imbrication de données, la culture au sens large, incluant la religion et le droit, joue un rôle central : elle est à la fois une entrave et un levier pour la concrétisation du principe d'égalité des sexes. Par ailleurs, l'utilisation d'un structuralisme modéré permet d'introduire un peu de science politique, sans perdre de vue le sujet traité.

2. La signification de l'égalité homme-femme à l'aune de l'histoire. Envisager l'égalité des sexes suppose nécessairement d'étudier l'histoire pour comprendre la place qu'occupe ce droit dans les différentes structurations juridiques. Si l'on reprend GEORGESCO, « La force et le sens de l'évolution historique doivent toujours être cherchés dans le milieu influencé, dans le milieu récepteur. C'est uniquement la place que l'influence réussit à tenir dans l'ensemble des conditions historiques de ce milieu qui lui donne une signification et détermine son contenu réel et efficient ».¹⁴ Aussi, « nous définissons la réception »¹⁵ du droit français dans le système juridique tunisien « comme un ensemble cohérent de processus intègre de l'histoire du droit »¹⁶ tunisien. Ainsi, « tout est à la fois le même et différent : le fleuve n'est pas le même parce que l'eau se renouvelle sans cesse [...] L'homme ne voit qu'un aspect des choses sans saisir l'harmonie du tout, qui naît du mouvement, de la discorde et du conflit. Il voit identité là où il y a processus et métamorphose »¹⁷. Ici, le droit n'est pas le même, car la société se renouvelle sans cesse. C'est dans ces cadres de processus et métamorphose que la perception de la femme au sein des sociétés française et tunisienne s'est progressivement détachée d'une vision péjorative qui a perduré pendant des siècles et qui trouve dans nos sociétés contemporaines une harmonisation du contenu et de la signification de l'égalité des sexes. Toutefois, « les obstacles

¹³ Selon le Professeur Sueur, le concept de structure constitue « l'instrument de mesure » qui ne doit pas se confondre avec « la chose mesurée » qui renvoie aux écrits de Foucault, notamment la pensée du dehors. Voy. n.b.p n° 8 de J.J Sueur, Texte de Foucault de 1966, M. FOUCAULT, « La pensée du dehors », Reproduit in *Dits et Écrits* I. 1954-1975, Quarto/Gallimard, 2001 [1994], p. 546. Cité par J.J SUEUR, « Pour un structuralisme tempéré », *op.cit. Ibidem*.

¹⁴ V. GEORGESKU, « La réception du droit romano-byzantin dans les Principautés roumaines (Moldavie et Valachie) » in *Droits de l'antiquité et sociologie juridique – Mélanges Henri Lévy-Brühl*, Sirey, 1959, pp. 373-391

¹⁵ *Ibid.*

¹⁶ *Ibid.*

¹⁷ L. DEVILLAIRS (dir.), *Les 100 citations de la philosophie*, PUF, 2017, pp. 15-124.

culturels ne doivent pas être négligés non plus »¹⁸, car « les anciens droits, les anciennes pratiques font donc de la résistance »¹⁹. L'objectif poursuivi consiste à déterminer si l'égalité homme-femme en Tunisie s'apparente à la conception française et si la réponse est positive, dans quelle mesure elle s'en distingue. Ensuite, sur ce premier constat, il conviendra de déterminer le domaine respectif de ces deux conceptions de l'égalité des sexes en consacrant un ordre public de l'égalité homme-femme destiné à préserver une vision et une conception communes à ce droit. Il est vrai que « l'histoire nous éclaire en effet, en partie, sur la nature du rapport droit-État cela peut-être un rapport de type fonctionnel ou instrumental typique de l'État des sociétés occidentales [...] »²⁰. Le Professeur Sueur nous rappelle à juste titre que « le passage des sociétés dites traditionnelles aux sociétés modernes s'accompagne (seulement) d'une modification dans "le champ du contrôle social juridique" et des "innovations dans la nature de ses formulations et de sa sanction". Il n'y a donc pas une, mais des formes du juridique, et "le droit ne se réduit pas à la formulation qu'en ont fait les sociétés occidentales" ; il n'est pas lié, notamment, à l'existence de règles objectives, clairement repérables à l'intérieur du champ social. Il n'en existe pas moins une corrélation étroite entre le type d'organisation politique dominant dans une société donnée et le mode de production du droit qui prévaut à l'intérieur de cette société »²¹. Si le doyen Vedel exprimait l'idée que « le premier des droits de l'homme, et le fondement de tous les autres » est celui de l'égalité, ce dernier est également « pacificateur de la fraternité »²². La notion d'égalité était la force d'expansion de l'*Islam*²³. Aussi, « jusqu'à une date récente dans les sociétés dominées par l'*Islam*, le pouvoir civil est totalement étranger au processus de création du droit. Le droit musulman, par exemple, se constitue dès l'origine (c'est-à-dire depuis le VIIIe siècle) en marge des catégories du droit occidental, tout en donnant de lui-même l'image du droit par excellence, un droit indifférencié, non spécialisé dans lequel tout se tient »²⁴.

¹⁸ J.-J. SUEUR, *Une introduction à la théorie du droit*, L'Harmattan, 2001, p. 60.

¹⁹ *Ibid.*

²⁰ *Ibid.* p. 68.

²¹ *Ibid.* pp. 45-46.

²² G. CORNU, « LA fraternité. Des frères et sœurs par le sang dans la loi civile », in « les orientations du droit contemporain », écrit en l'honneur de Jean SABATIER, P.U.F, p.129.

²³ En effet, L'*Islam* s'est facilement propagé car il était considéré comme un moyen de libération par les nombreux esclaves et pour ceux qui se sentaient opprimés par le christianisme byzantin. C'est ainsi que la conversion à l'*Islam* permettait aux esclaves de s'affranchir.

²⁴ J.J SUEUR, *Op. Cit.* p. 50 ; Selon la description de J. BERQUE à propos des sociétés du Haut Atlas. J. BERQUE : structures sociales du Haut- Atlas, P.U.F, 1978, p.79.

3. Le droit comparé dans un monde globalisé. Le XXI^e siècle est marqué par l'internationalisation et par « la globalisation »²⁵ dans tous les domaines, notamment dans celui du droit comparé qui deviendrait de « plus en plus international »²⁶. Ce processus de « globalisation » correspond à l'adoption par des sociétés non occidentales, notamment de « règles » et « de raisonnement juridique » dont le résultat serait « la juridicisation de leur univers symbolique et de leur monde vécu »²⁷. Notre appréhension du Droit global²⁸ résulterait de « l'aboutissement d'un processus historique de généralisation planétaire du juridisme occidental, le triomphe de la civilisation, entendue, sans jeu de mots, comme celui de l'Empire du droit civil »²⁹. Cette évolution a catalysé d'autres semblances de subordination dans le cadre de la colonisation³⁰. Aussi, les notions de globalisation et de mondialisation ne renvoient pas à un processus d'échanges mondialisés qui renfermerait exclusivement des échanges économiques³¹. Ce processus engendre aussi des échanges culturels³² qui ne relèvent pas de l'ordre du marchand, mais de celui du savoir³³. Dès lors, il y a eu une « systématisation » d'une comparaison des systèmes juridiques³⁴ dans un processus dont la « réalisation » se justifie par

²⁵ M. XIFARAS, « Après les Théories Générales de l'État : le Droit Global ? », *Jus Politicum*, n° 8, disponible en ligne sur [<http://juspoliticum.com/article/Apres-les-Theories-Generales-de-l-Etat-le-Droit-Global-622.html>].

²⁶ X. Blanc-Jouvan et alii, *L'avenir du droit comparé : un défi pour les juristes du nouveau millénaire*, Société de législation comparée, 2000, p. 15.

²⁷ B. FRYDMAN, « Comment penser le droit global ? », in J.-Y. CHEROT et B. FRYDMAN (dir.), *La science du droit dans la globalisation*, Bruylant, 2012, pp17-48.

²⁸ « Si le terme "global" est apparu en anglais voici plus de 400 ans, en revanche, l'utilisation du concept de *globalisation* (*globalization* en américain) ne remonte qu'aux années soixante. En effet, le premier dictionnaire à en donner une définition est le Webster ». E. C. CUNNINGHAM-SABOT, G. BAUELLE. « La mondialisation vue de France et des États-Unis : discussion sémantique contre débat médiatique », *L'Information géographique*, vol. 72, n°2, 2008, pp. 6-16.

²⁹ B. FRYDMAN, « Comment penser le droit global ? », *op.cit.*

³⁰ Dans la colonisation, une « nation civilisée » impose le juridisme occidental à une « nation à civiliser » (soit directement, à la française, soit indirectement, à la britannique, soit toute la gamme nuancée de ce qui se trouve entre les deux). Dans l'ouverture, la « nation à civiliser » est contrainte par la (ou les) « nations civilisatrices » à adopter elle-même le juridisme occidental (Japon, Turquie attention aux exemples le Japon n'a pas été colonisé, ni l'empire otoman au contraire ils ont été colonisateurs etc.). B. FRYDMAN, *op.cit.* Voy. également sur le sujet de la colonisation. P. BLANCHARD, N. BANCEL, S. LEMAIRE (dir.), *La Fracture coloniale. La société française au prisme de l'héritage colonial*. La Découverte, 2006, 322 pages ; F. GAULME, « Notes de lecture », *Études*, 2006, n°5, pp. 684-693.

³¹ La mondialisation et la globalisation se réfèrent au phénomène de la « libéralisation des échanges, des investissements et des flux de capitaux ainsi qu'à l'importance croissante de tous ces flux et de la concurrence internationale dans l'économie mondiale » L. BOY, « Le déficit démocratique de la mondialisation du droit économique et le rôle de la société civile », *Revue internationale de droit économique*, 2003, p. 471 reprenant la définition donnée par le BIT, *L'emploi dans le monde 1996/1997. Les politiques nationales à l'heure de la mondialisation*, Genève, 1996, p. 1. Cité également par G. RABU, « La mondialisation et le droit : éléments macrojuridiques de convergence des régimes juridiques », *Revue internationale de droit économique*, n° 3, 2008, pp. 335-356.

³² Ch. EBERHARD, « Le droit au miroir des cultures. Pour une autre mondialisation », *Droit et Société*, n° 13, 2006.

³³ G. RABU, *op. cit.*.

³⁴ N. FLIGSTEIN, « Rhétorique et réalités de la "mondialisation" », *Actes de la recherche en sciences sociales*. 1997. n° 119, pp. 36-47.

son caractère « multiscalaire »³⁵. La méthode comparatiste peut être présentée comme celle qui établit « des rapports de ressemblances et de différences entre les termes d'un savoir » tout en permettant « d'en mesurer l'ampleur, en chercher les raisons et en apprécier la valeur »³⁶. Aussi, l'étude du droit comparé est présentée comme essentielle à « l'édification d'un "droit commun de l'humanité", tout ou moins entre les droits déjà proches les uns des autres »³⁷. Pourtant, le droit tunisien et le droit français sont assez éloignés l'un de l'autre. Si l'on doit reprendre les différentes classifications des systèmes juridiques, il serait difficile d'en choisir un qui serait totalement adéquat pour véritablement correspondre à l'étude envisagée. En effet, le caractère « européocentriste »³⁸ de la vision du droit de certains auteurs³⁹ ne pourrait réellement servir la comparaison entre les deux systèmes juridiques. Ainsi cette méthode de classification serait peu satisfaisante. Pour notre recherche, l'utilisation de cette méthode comparatiste aura une double ambition. D'une part, nous chercherons à identifier des règles communes afin de nous rapprocher d'un « système juridique idéal »⁴⁰. Autrement dit, nous mettrons en perspective le « décalage entre l'affirmation d'un principe et la réalité »⁴¹. En effet, les trois caractéristiques de l'égalité juridique des sexes en ce début de XXI^e siècles se traduisent par « une certaine indigence théorique, une certaine effervescence législative, et une certaine ineffectivité pratique »⁴². Cette citation est à juste titre la réalité actuelle du système juridique français et tunisien. Dans les deux États, le législateur a adopté de nombreuses mesures dans le sens d'un aboutissement juridique de la question égalitaire. Toutefois, l'effectivité n'a pas toujours été constatée. Comme l'expliquait le Doyen Carbonnier, de manière fort tautologique cependant, l'effectivité correspond à « l'application effective »⁴³ de la règle de droit. Selon cette conception, une règle est considérée comme appliquée lorsque les destinataires la respectent ou bien lorsqu'elle est exécutée par les autorités chargées de sa mise en œuvre. D'autre part, nous

³⁵ G. RABU, *op. cit.*

³⁶ C. HAGUENAU-MOIZAED, *introduction au droit comparé en 10 thèmes*, Dalloz, 2018, p. 5 ; Voy. également sur le sujet Y.-M. LAITIER, *Droit comparé*, Dalloz, 2009, 264 pages.

³⁷ C. HAGUENAU-MOIZAED, *op. cit.*, *loc. cit.*

³⁸ *Ibid.*, p. 9.

³⁹ R. DAVID, K. ZWEIGERT ET H. KÖTZ, « Einführung in die Rechtsvergleichung auf dein Gebiete des Privatrechts, t. II, Institutionen ». In: *Revue internationale de droit comparé*. Vol. 21 N°4, Octobre-décembre, 1969. n°4, pp. 906-907.

⁴⁰ E. LAMBERT, « Conception générale et définition de la science du droit comparé, sa méthode, son histoire », *Procès verbaux des séances et documents*, Vol. 1, LGDJ, 1905, p. 26.

⁴¹ C. HAGUENAU-MOIZAED, *op.cit.*, p. 5.

⁴² F. DEKEUWER-DEFOSSEZ, *la question juridique de l'égalité des sexes*, observatoire des inégalités, 4 avr. 2004., p.2.

⁴³J. CARBONNIER, « Effectivité et ineffectivité de la règle de droit », *L'Année sociologique*, LVII, 1958, p. 3 ; *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, 9^e éd., LGDJ, 1998, p. 133.

mettrons en exergue les structurations⁴⁴ et les structures⁴⁵ des différents systèmes juridiques. À ce titre, la notion de structure, c'est-à-dire le rapport d'interaction qui fait sens, rend possible la comparaison entre des ensembles différents. En raison des liens historiques entre les deux systèmes et de certaines spécificités propres aux droits occidentaux, il nous semble légitime d'aller puiser dans un des deux systèmes qui se trouve avoir été dominant, en l'occurrence le système français, pour identifier des éléments de comparaison entre eux. En effet, la structure est la propriété de la structuration et les deux ont une relation de rétroaction l'une avec l'autre⁴⁶. Elle nous permet de voir au-delà de l'universalisme affiché des systèmes en évaluant les éléments structurants. L'étude de cette structure nous permettra de mettre en exergue le cadre hybride du droit tunisien dans lequel un certain modèle de valeurs⁴⁷ du droit peut être saisi. Dans ce cadre, il existe des valeurs étrangères et des valeurs existantes qui conduisent presque inévitablement à une certaine tension et une relation conflictuelle. Dans le cadre de notre étude, nous essayerons de déterminer si les valeurs étrangères sont idéalement acceptées et si les valeurs existantes persistent de façon réaliste contre la perméabilité des valeurs étrangères.

⁴⁴ Selon Hasegawa, la structuration du droit par les valeurs est constituée par les couches de contrôle normatif et les sphères d'objets normatifs. De manière générale, le droit et la société ont une relation interactive pour la formation et le maintien de l'ordre social. Ici, pour saisir la structure de cette interrelation, il est utile de distinguer les couches de contrôle normatif des sphères d'objets contrôlés. Concernant les couches de contrôle normatifs, l'auteur distingue trois dimensions : les principes juridiques, les lois et la performance juridique. Secondement, l'auteur distingue au moins trois sphères d'activités humaines d'entre elles : *la sphère politique* dans laquelle les activités politiques telles que la formation et le changement des rapports de pouvoir entre les personnes sont répandues ; *la sphère économique* dans laquelle prédominent des activités économiques telles que la production et la consommation de biens ou les relations de travail ; et *la sphère culturelle* dans laquelle les activités culturelles concernant la famille, l'éducation ou la sécurité sociale sont au premier plan. De cette manière, la structuration du droit par les valeurs conduit à la formation d'un « droit hybride ». Dans ce cadre, la matrice indique que la fonction d'intégration par la loi de la société varie de manière multidimensionnelle avec le fonctionnement de valeurs complexes. Aussi, selon l'auteur on peut saisir l'interaction entre le droit et la société en se référant à la matrice suivante constituée d'une combinaison des trois couches et des trois sphères. En utilisant cette matrice, nous pouvons saisir la structure de la relation interactive entre le droit et la société comme l'intégration dimensionnelle à neuf cellules de la société par le droit. En outre, dans cette veine, nous pouvons saisir un certain modèle de valeurs du droit, dans les neuf cellules dans lesquelles les valeurs étrangères et les valeurs existantes ont une certaine tension et une relation conflictuelle. K. HASEGAWA. *Op.Cit.*, p. 324.

⁴⁵ La structure signifie habituellement un cadre *statique* de la pratique sociale ; c'est l'essentiel des règles établies ou des modèles macroscopiques d'activités collectives dans la société. La structure est aussi une contrainte sur les activités des êtres humains ou des groupes dans la société ; elle fonctionne pour intégrer diverses activités sociales.

⁴⁶K. HASEGAWA, *the structuration of law and its working in the japanese legal system*, In : *La structure des systèmes juridiques*, XVI^e Congrès de l'Académie internationale de droit comparé, O. MORETEAU, J. VANDERLINDEN (Dir), Bruylant, 2003, p. 320.

⁴⁷ Selon Hasegawa, le modèle de valeurs est constitué par *des principes juridiques* en tant que valeurs abstraites fondamentales de la morale politique, telles que la liberté ou l'égalité, et peuvent être acceptées au-delà du mur d'une culture particulière, même si c'est symboliquement. Elles sont le plus souvent confirmées en droit constitutionnel dans une société et deviennent ainsi des principes fondamentaux pour l'établissement du système juridique. *Les lois* se réfèrent au système de lois positives générales ou spéciales établies dans le cadre d'un ordre constitutionnel. Ils sont valides en vertu de la Constitution et concrétisent les principes constitutionnels dans divers contextes de problèmes sous des formes différentes. Selon l'auteur, la structuration profonde du droit est celle du droit par les *valeurs*. K. HASEGAWA. *op. cit.*, p. 324.

Parfois, les valeurs existantes sont fondamentalement soutenues et d'autres circonstances les valeurs étrangères envahissent une partie du système existant.

4. Le droit comme mode de structuration de la société. Au-delà de son aspect formel, le droit peut être vu comme un mode de structuration sociale⁴⁸. Le droit est également « une partie de la structure de la société »⁴⁹, qui en tant qu'unité indestructible permet de comprendre les rapports qui naissent au sein de la société globale. En outre, il constitue un schéma d'organisation de modèles « d'actions collectives menées par des êtres humains ou des groupes »⁵⁰. Ce point de vue est essentiel, car il existe un processus dynamique de structuration profonde qui détermine la transformation d'un système juridique derrière les caractéristiques apparentes du droit. Aussi, il existerait une structuration profonde du droit qui se réalise au moyen des valeurs⁵¹. Au sein des couches de contrôle normatif, on retrouve dans les différentes dimensions celles des principes juridiques. *Les principes juridiques* en tant que valeurs abstraites fondamentales de la morale politique, notamment celui de l'égalité, peuvent être acceptés au-delà du mur d'une culture particulière, même si cela reste de l'ordre du symbolique. Le principe d'égalité est initialement confirmé de manière générale en droit constitutionnel français et tunisien et est devenu ainsi un principe fondamental pour l'établissement du système juridique. Ce principe est consacré en termes abstraits et universels⁵².

⁴⁸Selon Hasegawa le terme structuration peut être utilisé au moins de trois manières pour comprendre la transformation du droit. Je ferai référence à la structuration par *l'action*, la structuration par les *attributs* et la structuration par les *valeurs*. La structuration du droit par *l'action* concerne le processus de transformation du droit selon les sphères d'activité sociale humaine que le droit cherche à contrôler. La structuration du droit par les *attributs* concerne les propriétés des normes en droit. Selon Hasegawa, la structuration du droit par les valeurs est constituée par les couches de contrôle normatif et les sphères d'objets normatifs. De manière, le droit et la société ont une relation interactive pour la formation et le maintien de l'ordre social. Ici, pour saisir la structure de cette interrelation, il est utile de distinguer les couches de contrôle normatif des sphères d'objets contrôlés. Concernant les couches de contrôle normatifs, l'auteur distingue trois dimensions : les principes juridiques, les lois et la performance juridique. Secondement, l'auteur distingue au moins trois sphères d'activités humaines d'entre elles : *la sphère politique* dans laquelle les activités politiques telles que la formation et le changement des rapports de pouvoir entre les personnes sont répandues ; *la sphère économique* dans laquelle prédominent des activités économiques telles que la production et la consommation de biens ou les relations de travail ; et *la sphère culturelle* dans laquelle les activités culturelles concernant la famille, l'éducation ou la sécurité sociale sont au premier plan. K. HASEGAWA, *op .c it.*, p. 324.

⁴⁹ *Ibid.*

⁵⁰ *Ibid.*

⁵¹ Le Professeur Farjat, à travers une analyse substantielle, s'est également intéressé à la question des valeurs qu'il désigne comme « l'essentiel » et qui caractérise les valeurs communes dans des sociétés économiques qui permettent le vivre-ensemble. Selon lui, « le vrai sens de la vie est ailleurs », c'est-à-dire en dehors de l'économie puisque l'une des fins de la vie des hommes reste « l'éthique, ou les fragments d'un discours moral » qui « recouvre les constructions empiriques qui correspondent aux besoins de valeurs qui accompagnent toutes les activités humaines ». G. FARJAT, « Le droit économique et l'essentiel (pour un colloque sur l'éthique) », *Revue internationale de droit économique*, vol. t. xvi, 1, no. 1, 2002, pp. 153-166.

⁵² Ce principe universel est consacré par le « *bloc de constitutionnalité* », c'est-à-dire des normes de valeur constitutionnelle. (Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, le Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, ainsi que par la Constitution du 4 octobre 1958 et son Préambule.) Aussi, l'article 1^{er} de la Déclaration de 1789 ; « *les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits* ». C'est ce qui explique également la place de l'égalité au sein de la devise républicaine - « *Liberté, Égalité, Fraternité* » (art. 2, al. 4, de

5. Le droit en temps qu'orchestration de la justice. Plusieurs auteurs s'accordent sur le fait qu'il reste difficile de répondre à la question « qu'est-ce que le droit ? »⁵³. Il est « difficile de déterminer sa substance et délimiter ses frontières »⁵⁴. Ainsi, comme l'explique Michel Troper, « puisque la science du droit doit décrire son objet, qui est le droit, il importe de commencer par le définir. [...] On ne peut se passer d'une définition de l'objet droit [...] et cette définition ne peut être fournie par la science du droit, mais seulement par la métascience — autrement dit, par la théorie du droit. [...] Le droit n'est pas donné, mais construit par la théorie qui en traite »⁵⁵. De manière plus précise, la règle de droit en tant que « règle de conduite dans les rapports sociaux, générale, abstraite et obligatoire, dont la sanction est assurée par l'autorité publique »⁵⁶ va servir alternativement à poursuivre un idéal et à protéger des « injustices sociales ». La justification de la justice en tant que règle de droit implique tout d'abord la justification même de la règle de droit. Hans Kelsen considère qu'« une théorie pure du droit

la Constitution de 1958) - et de « *l'idéal commun* » sur lequel sont fondées nos institutions (voir le Préambule de la Constitution de 1958 et l'art. 72-3, al. 1^{er}, de la Constitution de 1958). Cf. C.C., *La Constitution, L'égalité*, Disponible sur le site [<https://www.conseil-constitutionnel.fr/la-constitution/l-egalite>]. Déclaration universelle des droits de l'Homme de 1948, PRÉAMBULE « Considérant que la reconnaissance de la dignité inhérente à tous les membres de la famille humaine et de leurs droits égaux et inaliénables constitue le fondement de la liberté, de la justice et de la paix dans le monde » [...] Considérant que dans la Charte les peuples des Nations Unies ont proclamé à nouveau leur foi dans les droits fondamentaux de l'homme, dans la dignité et la valeur de la personne humaine, dans l'égalité des droits des hommes et des femmes, et qu'ils se sont déclarés résolus à favoriser le progrès social et à instaurer de meilleures conditions de vie dans une liberté plus grande ». Plusieurs articles de cette même Déclaration consacrent ce principe et ceux de manière transversale ; Article premier (Tous les êtres humains naissent libres et égaux en dignité et en droits. Ils sont doués de raison et de conscience et doivent agir les uns envers les autres dans un esprit de fraternité), Article 7 (Tous sont égaux devant la loi et ont droit sans distinction à une égale protection de la loi. Tous ont droit à une protection égale contre toute discrimination qui violerait la présente Déclaration et contre toute provocation à une telle discrimination), Article 10 (Toute personne a droit, en pleine égalité, à ce que sa cause soit entendue équitablement et publiquement par un tribunal indépendant et impartial, qui décidera, soit de ses droits et obligations, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle) Article 16 (A partir de l'âge nubile, l'homme et la femme, sans aucune restriction quant à la race, la nationalité ou la religion, ont le droit de se marier et de fonder une famille. Ils ont des droits égaux au regard du mariage, durant le mariage et lors de sa dissolution). Article 21 (Toute personne a droit à accéder, dans des conditions d'égalité, aux fonctions publiques de son pays), Article 23 (Toute personne a droit au travail, au libre choix de son travail, à des conditions équitables et satisfaisantes de travail et à la protection contre le chômage. Tous ont droit, sans aucune discrimination, à un salaire égal pour un travail égal). Article 26 (Toute personne a droit à l'éducation. L'éducation doit être gratuite, au moins en ce qui concerne l'enseignement élémentaire et fondamental. L'enseignement élémentaire est obligatoire. L'enseignement technique et professionnel doit être généralisé ; l'accès aux études supérieures doit être ouvert en pleine égalité à tous en fonction de leur mérite). Voy. sur le sujet des droits et libertés fondamentales S. HENNETTE-VAUCHEZ, D. ROMAN, *Droits de l'Homme et libertés fondamentales*, Dalloz, HyperCours, 2017, 854 pages ; H. OBERDORFF, *Droits de l'homme et libertés fondamentales*, LGDJ, 2019, 732 pages ; V. BARBE, *Droit des libertés fondamentales*, Gualino, 2018, 218 pages, Ch. DENIZEAU, *Droit des libertés fondamentales*, VUIBERT, 2019, 416 pages ; X. DUPRE DE BOULOIS, *Droits des libertés fondamentales*, PUF, 2018, 576 pages.

⁵³ B. BARRAUD, *Qu'est-ce que le droit ? Théorie syncrétique et échelle de juridicité*, thèse 2017 ; H. L. A. HART, *Le concept de droit*, trad. M. VAN DE KERCHOVE, 2^e édition., Publications des Facultés universitaires Saint-Louis (Bruxelles), 2005, p. 19 ; J. COMMAILLE, J-F. PERRIN, *Le modèle de Janus de la sociologie du droit in Droit et société* 1985, n°1, pp. 95-110.

⁵⁴ B. BARRAUD, *Qu'est-ce que le droit ? Théorie syncrétique et échelle de juridicité*, 2017, *op. cit.*, p. 13.

⁵⁵ M. TROPER, *Philosophie du droit*, PUF, 4^e éd., 2015, pp. 43, 45-46 et 123.

⁵⁶ R. CABRILLAC, *Introduction générale au droit*, Dalloz, 2013, p.6.

ne s'oppose en rien à l'exigence d'un droit juste, mais se déclare incompétente pour décider si tel ordre juridique est ou n'est pas juste, ainsi que pour déterminer l'élément fondamental de la justice »⁵⁷.

Dans un ouvrage publié en 1991, Le professeur BOURETZ faisait remarquer que le droit serait l'orchestration de la justice qui, écrivait-il, « est en quelque sorte l'orchestration sur le mode majeur d'une multitude de partitions écrites par des voix différentes. Les droits de l'homme donneraient tout à la fois la gamme des principes avec lesquels chacun se compose une existence et la tonalité commune nécessaire au respect d'autrui. Interprétées et jugées, les normes et les lois formeraient à leur tour le texte où s'inscrit l'histoire d'une communauté, la trace des conflits qu'elle rencontre et des solutions qu'elle leur invente. Comme si le droit pouvait être l'un des récits de l'aventure d'un homme devenu autonome, capable de s'orienter par la raison et de déchiffrer ses relations à ses semblables sans user de violence. Comme si l'histoire, après avoir été contenue dans le récit sans sujet du mythe des origines, après avoir été référée à l'auteur unique des Écritures, était désormais vouée à demeurer un texte écrit à plusieurs voix, humaines, rien qu'humaines. La force du droit emprunterait alors à celle de ces mots qui donnent sens à l'idée d'une vie en commun, voulue et réfléchie »⁵⁸. Alors, dans cette partition écrite par des voix humaines différentes, le principe d'égalité homme-femme figure-t-il comme un droit consacré dans la Constitution dans laquelle s'inscrit l'histoire de la Communauté de l'humanité au service de la justice ?

6. La Constitution est la pierre angulaire du droit constitutionnel. Le constitutionnalisme⁵⁹ part du postulat que les droits fondamentaux et le pouvoir souverain doivent être protégés par une Constitution écrite. Cette théorie repose sur la place accordée à la Constitution dans la hiérarchie des normes. Pour certains auteurs le constitutionnalisme est considéré comme un pilier de la démocratie⁶⁰. Par ailleurs, le constitutionnalisme est envisagé comme un instrument de la démocratie⁶¹. La démocratie libérale qui est largement diffusée dans le monde suppose que son organisation juridique soit corollaire à une importante structuration

⁵⁷ H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, trad. Ch. Eisenmann, Dalloz, 2e éd., 1962 p. 58.

⁵⁸ P. BOURETZ (dir.), *La force du droit. Panorama des débats contemporains*, op. cit., p. 89.

⁵⁹ Voy. O. BEAUD, « Constitution et constitutionnalisme », dans Philippe Raynaud, Stéphane Rials (dir.), *Dictionnaire de philosophie politique*, Paris, PUF, 1996, p. 118.

⁶⁰ Voy. J. LECA, « La démocratisation dans le monde arabe : incertitude, vulnérabilité et légitimité », in G. SALAME (dir.), *Démocraties sans démocrates. Politiques d'ouverture dans le monde arabe et islamique*, Paris, Fayard, 1994, p. 48 et 50.

⁶¹ M. ROUYER, « Les promesses du constitutionnalisme », *Raisons politiques*, vol. n° 10, no. 2, 2003, pp. 7-23.

hiérarchique. Cette démocratie libérale présume l'existence préalable d'un constitutionnalisme⁶². La violation d'un droit fondamental par le législateur pourra être censurée par le juge constitutionnel et par le juge ordinaire dans le cadre du contrôle de conventionalité où il peut écarter une loi qui lui est soumise dans le cadre du litige, car celle-ci ne serait pas conforme aux conventions et traités internationaux ratifiés par les deux États⁶³. C'est pourquoi « le constitutionnaliste contemporain est confronté à des difficultés qui sont autant de défis à la capacité du droit constitutionnel de répondre aux interrogations et remises en cause du monde actuel »⁶⁴. Dans le cadre de cette adaptation du droit constitutionnel aux évolutions de la société, la Constitution prendrait la figure du phénix⁶⁵. D'ailleurs, c'est à juste titre qu'il est rappelé que « la tâche des constitutionnalistes contemporains est importante et lourde de conséquences »⁶⁶. En effet, en étant « la doctrine »⁶⁷, cette dernière « ne doit être guidée par les seules méthodes d'analyse normativiste au risque d'oublier que le droit est une recherche obstinée du juste et du bien dans la société »⁶⁸.

⁶² Voy. sur le constitutionnalisme tunisien, la thèse de C. YARED, *La construction du constitutionnalisme tunisien : étude de droit comparé*, Université de Bordeaux, 2021, soutenue le 12 mars 2021.

⁶³ En France, le Conseil constitutionnel s'était déclaré incompétent concernant le contrôle de conventionalité (Cons. const., déc. n° 74-54 DC du 15 janvier 1975, décision prise à l'occasion de l'examen de la loi sur l'I.V.G. du 15 janvier 1975 ; « Faut-il maintenir la jurisprudence issue de la décision n° 74-54 DC du 15 janvier 1975 ? », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 7, 1999, p. 99.). Nonobstant, il restait les juridictions ordinaires des ordres administratif (CE, Ass., 20 octobre 1989, *Nicolo*, Rec., p. 190. Le juge administratif doit écarter la loi qui serait contraire aux traités internationaux, même si cette loi est postérieure.) et judiciaire (C. Cass., chambre mixte, 24 mai 1975, *Société des Cafés Jacques Vabre*, JCP, 1975. La Cour de cassation a fait prévaloir le traité international sur une loi postérieure non-conforme.) qui se sont déclarées toutes deux compétentes en la matière même si pendant longtemps le Conseil d'Etat a refusé d'opérer un tel contrôle et qui a eu pour conséquence d'instaurer une divergence entre les deux juridictions ordinaires. Le Conseil constitutionnel est venu apporter des clarifications quant à la place de la Constitution dans la hiérarchie des normes à la suite d'un « imbroglio » (E. SAULNIER-CASSIA, « Imbroglio autour de la question prioritaire de constitutionnalité », *D.* 2010, p. 1234.) engendré par certaines décisions de la Cour de cassation en 2010 (C. Cass., 16 avril 2010, n° 10-40.001 et 10-40.002. Inédit. Décision qui va donner lieu à la fameuse jurisprudence européenne *Melki et Abdeli 22 juin 2010, affaire C-188/10*). En effet, la Cour de cassation a renvoyé une question préjudicielle à la Cour de justice de l'union européenne la question de la compatibilité entre le caractère prioritaire de la question de constitutionnalité et les principes du droit de l'Union européenne. Par conséquent, le conseil a confirmé que le fait d'imposer « l'examen par priorité des moyens de constitutionnalité avant les moyens tirés du défaut de conformité d'une disposition législative aux engagements internationaux de la France, le législateur organique a entendu garantir le respect de la Constitution et rappeler sa place au sommet de l'ordre juridique interne » (Cons. const., déc. n° 2009-595 DC du 3 décembre 2009, cons. 14 ; Voy. sur ce sujet, G. BERGOUGNOUS, « Le Conseil constitutionnel et le législateur », *Nouveaux cahiers du conseil constitutionnel* n° 38, *In* « Dossier : le conseil constitutionnel et le parlement », JANV. 2013.). Dans le cadre du contrôle de légalité, plus précisément en matière d'exception d'illégalité dans le domaine des règlements autonomes, le Conseil d'Etat peut vérifier la conformité de l'acte aux dispositions constitutionnelles et internationales ainsi qu'aux principe généraux du droit. Selon la nature de la juridiction, les juridictions civiles peuvent être saisies d'une exception d'illégalité de règlement, c'est-à-dire qu'il pourra écarter ce dernier lorsqu'il est déclaré illégal dans l'hypothèse où par exemple celui-ci porte atteinte à une liberté individuelle.

⁶⁴ F. BORELLA, « La situation actuelle du droit constitutionnel », *Revue française de droit constitutionnel*, 2012, pp. 3-10.

⁶⁵ F. DELPEREE, « Le renouveau du droit constitutionnel », *Revue française de droit constitutionnel* 2008, vol. 74, no. 2, pp. 227-237.

⁶⁶ F. BORELLA, *op. cit.*, 2012, pp. 3-10.

⁶⁷ *Ibid.*

⁶⁸ *Ibid.*

7. Le standard en tant que dénominateur commun des droits étatiques. Au centre de toute technique juridique, on trouve les « *rules-principles-conceptions-standards* »⁶⁹. Le « standard juridique » n'est pas une notion facilement définissable. Néanmoins, elle a fait l'objet de nombreuses études⁷⁰ et il semblerait que l'idée de « standards juridiques » ait été présentée pour la première fois dans une communication du Doyen Pound en 1919⁷¹. Il considère qu'il existe des règles bien déterminées et également d'autres règles beaucoup plus vagues qui se décomposent en plusieurs types⁷². Les standards seraient des mesures de comportement définies légalement à appliquer par ou sous la direction des juridictions⁷³. Il définit le standard comme « une mesure moyenne de conduite sociale correcte »⁷⁴. De la sorte, « le bon père de famille », « l'intérêt sérieux » ou encore la notion de « raisonnable »⁷⁵ constituent, à titre d'exemple, des standards. Au même titre que la directive est un moyen de rapprochement des législations au sein des États membres, les standards « répondent dans les différents pays à un dénominateur commun »⁷⁶. Ils forment un instrument de jugement de la conduite des individus sur la base d'un modèle de référence. Son caractère général, imprécis et vague donne une marge d'appréciation et d'interprétation importante pour permettre au juge d'adapter les rapports sociaux multiples en constante évolution ; alors même que, majoritairement, le droit est constitué de règles précises et formelles.

⁶⁹ R. POUND, « The Administrative Application of Legal Standard », Allocution à la rencontre de l'American Bar Association, présenté à Boston, 2 novembre 1919, p. 10.

⁷⁰ Notamment de l'Égyptien A-R. AL-SANHOURY dont le directeur fut Edouard Lambert. AL-SANHOURY, « Le Standard Juridique », in Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François GENY, t. II : Les sources générales des systèmes juridiques actuels, Paris, Librairie du recueil Sirey, 1934, pp. 144 et s., voir aussi Holleaux A., Dissolution et réincarnation du droit, Les Petites Affiches 1990, n° 118, p. 4 ; S. Rials, Le juge administratif français et la technique du standard, Thèse Paris II, 1980 ; M-A. Hermitte, Le rôle des concepts mous dans les techniques de déjuridicisation, L'exemple des droits intellectuels, Arch. De Philo. du Droit, 1985, p. 351 ; L. DUONG, « La sécurité juridique et les standards du droit économique, » in *La sécurité juridique et le droit économique* (dir. L. BOY, J.B. RACINE et F. SIIRIAINEN), Larcier, 2007, spéc. pp. 209-234.

⁷¹ Une communication adressée par le doyen Roscoe POUND à un congrès de l'American Bar Association en 1919 Roscoe POUND, « The Administrative Application of Legal Standard », Allocution à la rencontre de l'American Bar Association, présentée à Boston, 2 novembre 1919 [POUND]. Sur sa philosophie du droit voir notamment Roscoe POUND, *An Introduction to the Philosophy of Law*, 2e éd, New Haven, Yale University Press, 1952.

⁷²R. POUND, *op. cit.*, p. 10. Ainsi, il distingue les règles, les principes, les concepts et les standards.

⁷³ *Ibid.*, p.12.

⁷⁴ O. AWALOU. « Standard et standardisation : la normativité variable en droit international », *Revue Québécoise de droit international* 2013, p. 170.

⁷⁵ L. DUONG, *La notion de raisonnable en droit économique*, thèse Nice 2004, 896 pages ; D. MAINGUY, « Le "raisonnable" en droit des affaires » in *Les concepts émergents en droit des affaires*, (dir. Erik Le Dolley), LGDJ, 2010, p. 307.

⁷⁶Le Doyen Limpens.

8. Le principe en tant que standard juridique nécessaire à un état démocratique.

Selon Dworkin, il existerait dans chaque système juridique national un ensemble de valeurs⁷⁷ morales composant le soubassement et la motivation du droit en vigueur⁷⁸. Aussi, existe-t-il un consensus sur les principes déjà admis par la majorité de la communauté⁷⁹. Malgré « le pluralisme raisonnable » ne pourrait-il pas exister un accord entre les citoyens sur un ordre moral commun de valeur comme on le trouve dans le droit naturel ? Ne pourrions-nous pas envisager l'existence d'un principe universel supérieur de l'égalité homme-femme ? Autrement dit, l'égalité homme-femme n'est-elle pas une vision morale partagée par une communauté universelle ? Ce droit n'est-il pas l'une des caractéristiques de nos sociétés démocratiques modernes⁸⁰ ?

La théorie des principes de Dworkin peut fournir une base de réflexion pertinente à l'étude de principes directeurs du droit lorsqu'il s'agit de prendre des décisions difficiles⁸¹. Alors que les politiques fixent un objectif à atteindre, le principe est « un standard qu'il faut appliquer, non pas parce qu'il assurera la survenue ou la protection d'une situation économique, politique ou sociale jugée désirable, mais parce qu'il est une exigence dictée par la justice, l'équité ou quelque autre dimension de la morale »⁸². Joseph Raz fait partie des positivistes qui reconnaissent l'existence de ces standards moraux⁸³.

9. Le principe en tant que standard basé sur un ordre moral de valeurs servant de guide d'interprétation au juge.

La plupart des auteurs admettent que le juge en « disant le droit » inéluctablement « collabore » diligemment avec le législateur par son interprétation de la loi en vue de découvrir la règle. Autrement dit, « le juge explicite ce qu'a voulu l'auteur de

⁷⁷ P. RICŒUR, « Le chrétien et la civilisation occidentale » in *Autres Temps. Cahiers d'éthique sociale et politique*, n° 76-77 (2003), p. 25. Ici, le terme « valeurs » désigne « des vertus privées et sociales, qui sont pratiquées par une élite ou par la masse, qui sont des jugements, des appréciations, ou des mœurs effectivement pratiquées, qui sont des sentiments ou des maximes rationnelles »

⁷⁸R. DWORKIN, *L'Empire du droit*, op. cit., p. 286.

⁷⁹J. RAZ, "Legal principles and the limits of law", *Yale Law Journal*, n° 81, 1972, pp. 842 et suiv.

⁸⁰Dans le même sens, voir M. ROSENFELD, "Dworkin and the one law principle : a pluralist critique", article à paraître précité, notamment son cinquième point : "The pluralist case against Dworkin's theory".

⁸¹R. DWORKIN, *Prendre les droits au sérieux*, 1977, p. 79. Il écrit : « ma stratégie s'organise autour du fait que dans leurs raisonnements ou leurs discussions au sujet des droits et des obligations juridiques, tout spécialement lorsqu'il s'agit de cas difficiles où les problèmes avec ces concepts semblent les plus aigus, les juristes font appel à des normes qui ne fonctionnent pas comme des règles mais opèrent différemment, comme des principes, des politiques et d'autres types de standards. Je soutiendrai que le positivisme est le modèle d'un système de règles et pour un tel système et que sa notion centrale d'un test unique, fondamental pour le droit nous empêche de reconnaître le rôle important joué par ces standards qui ne sont pas des règles ».

⁸²R. DWORKIN, *Prendre les droits au sérieux*, op. cit., p. 80.

⁸³Voir notamment J. RAZ, *The morality of freedom*, Oxford, Clarendon Press, 1986; P. HACKER et J. RAZ, *Law, morality and Society: Essays in honor of H.L.A. HART*, Oxford, Clarendon Press, 1977 et les contributions, M. COHEN (sous la direction de).

la norme et c'est ce dernier qui s'exprime par la voix du juge»⁸⁴. Ici, «interpréter c'est connaître»⁸⁵. C'est ainsi que l'objectif du standard est «la lutte pour la liberté du juge à l'égard du texte de la loi». Hercule est la figure du juge. Aussi «l'esprit d'intégrité [...] serait violé si Hercule devait prendre sa décision autrement qu'en choisissant l'interprétation qui lui paraît la meilleure du point de vue de la morale politique dans son ensemble»⁸⁶. Autrement dit, il choisit l'interprétation qui lui semble la plus adaptée du point de vue de la morale politique dans son ensemble. C'est dans cette situation qu'apparaît le rôle important joué par ces standards. C'est notamment en raison de cette nécessité d'un instrument servant de guide d'interprétation que les citoyens doivent s'accorder sur des standards ou des principes basés sur un ordre moral de valeurs. Il deviendrait un dénominateur commun traduisant une vision d'une morale universellement partagée dans les sociétés démocratiques modernes. Ce postulat implique ainsi un consensus. En effet, comme pour Hercule, la morale interviendrait dans la prise de décision qui tirerait sa justification de principes, de standards acceptés majoritairement par la communauté⁸⁷. Au sein de chaque système juridique national réside un ensemble de valeurs morales qui forment la base et la légitimation du droit en vigueur⁸⁸. D'ailleurs, Mireille Delmas-Marty⁸⁹ rattache le développement de ces standards et principes à l'apparition d'une nouvelle source du droit qui est constituée par le juge. En effet, elle décrit «un mouvement général caractérisé par le surgissement de nouvelles sources de droit dont, une, qui n'est pas des moindres, est celle des juges»⁹⁰. Ce mouvement transparaît par le biais de principes généraux du droit qui peut résulter «de la philosophie politique (principe d'égalité)»⁹¹. C'est la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 qui affirme les droits de l'homme. Depuis la Seconde Guerre mondiale, ces droits n'ont cessé d'être réaffirmés⁹². Le principe d'égalité des sexes est reconnu par le droit international des droits de l'homme ainsi que plusieurs textes internationaux. Ces textes consacrent le principe d'égalité devant la loi et ils

⁸⁴R. CHAPUS, « De la soumission au droit des règlements autonomes », *D.* 1960, chr.119, p. 106.

⁸⁵P. BRUNET, Les principes généraux du droit et la hiérarchie des normes. L'architecture du droit. Mélanges en l'honneur de M. TROPER, Oct 2006, Paris, France. p 3.

⁸⁶R. DWORKIN, *L'Empire du droit*, *op. cit.*, p. 286.

⁸⁷J. RAZ, « Legal principles and the limits of law », *Yale Law Journal*, n° 81, 1972, pp. 842 et s.

⁸⁸J.-F. NIORT et G. VANNIER, "Sur la théorie du droit de Dworkin : de l'interprétation des principes à leur application aux cas difficiles", *Droits*, n° 19, 1994, p. 166.

⁸⁹M. DELMAS-MARTY, *Pour un droit commun*, Seuil, 1994, 314 p.

⁹⁰P. AUBERTEL, M. DELMAS-MARTY, *Pour un droit commun*, 1994. In: Les Annales de la recherche urbaine, N°68-69, 1995. Politiques de la ville. Recherches de terrains. pp. 230-231.

⁹¹*Ibid.*

⁹²Voy. S. Rials, « La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen » in *Revue internationale de droit comparé*. 1989. pp. 819-820. Le droit international s'est beaucoup inspiré de la DDHC de 1789, notamment en posant comme postulat le principe d'égalité, v. sur le sujet., Y. Madiot. « L'influence de la Déclaration universelle des droits de l'Homme et du citoyen de 1789 sur le droit international des droits de l'Homme ». In : *Revue Québécoise de droit international*, 1989. pp. 1-1.

affirment que les hommes et les femmes ont droit sans discrimination à une égale protection de la loi. Cette protection doit être efficace, car « la loi doit interdire toute discrimination et garantir à toutes les personnes, une protection égale et efficace contre toute discrimination, notamment [...] de sexe... ». Cette protection est étendue aux domaines des droits économiques sociaux et culturels⁹³, et cela dans plusieurs dispositions qui vont jusqu'à garantir des conditions de travail « justes » et un salaire « équitable »⁹⁴. L'existence et la persistance de formes de discriminations à l'égard des femmes ont poussé la communauté internationale à prévoir un instrument spécifique pour lutter contre ces discriminations aux multiples visages. La Convention pour l'élimination de toutes les formes de Discrimination à l'égard des femmes (CEDEF ou CEDAW) est entrée en vigueur en 1981 en France et a été ratifiée par 187 États, dont la Tunisie. Pour garantir un contrôle efficace de cette Convention, la communauté a prévu un protocole facultatif⁹⁵ pour prévoir des acteurs de défense⁹⁶ du principe notamment à travers des compétences particulières⁹⁷. En plus de ces discriminations, les femmes sont celles qui sont les plus nombreuses à subir des violences par rapport aux hommes⁹⁸. C'est parce que les femmes restent souvent dans le monde dans une position inégalitaire par rapport aux hommes⁹⁹ qu'il a

⁹³ Article 3 : « Les Etats parties au présent Pacte s'engagent à assurer le droit égal qu'ont l'homme et la femme au bénéfice de tous les droits économiques, sociaux et culturels qui sont énumérés dans le présent Pacte » ; Article 22. : « Les Etats parties au présent Pacte s'engagent à garantir que les droits qui y sont énoncés seront exercés sans discrimination aucune fondée sur [...] le sexe... ».

⁹⁴ Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, 1966. Article 7 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, 1966 : « Les Etats parties au présent Pacte reconnaissent le droit qu'à toute personne de jouir de conditions de travail justes et favorables, qui assurent notamment : a) La rémunération qui procure, au minimum, à tous les travailleurs : i) Un salaire équitable et une rémunération égale pour un travail de valeur égale sans distinction aucune ; en particulier, les femmes doivent avoir la garantie que les conditions de travail qui leur sont accordées ne sont pas inférieures à celles dont bénéficient les hommes et recevoir la même rémunération qu'eux pour un même travail ».

⁹⁵ Protocole facultatif à la convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, 1999,

⁹⁶ Ce dernier donne la faculté au Comité CEDAW à examiner les plaintes d'une femme ou d'un groupe de femmes qui s'estiment victime d'une violation d'un droit consacré par la Convention à la condition que tous les recours internes ont été épuisés.

⁹⁷ Ce protocole autorise le comité à mener des enquêtes sur des violations graves ou systématiques de la Convention ; Déclaration sur l'élimination de la violence à l'égard des femmes, 20 décembre 1993.

⁹⁸ Déclaration sur l'élimination de la violence à l'égard des femmes, 20 décembre 1993, la Déclaration se positionne sur la question des violences à l'égard des femmes en définissant cette dernière de manière assez large : –Article 1^{er} : « Aux fins de la présente Déclaration, les termes « violence à l'égard des femmes » désignent tous actes de violence dirigés contre le sexe féminin, et causant ou pouvant causer aux femmes un préjudice ou des souffrances physiques, sexuelles ou psychologiques, y compris la menace de tels actes, la contrainte ou la privation arbitraire de liberté, que ce soit dans la vie publique ou dans la vie privée. ».

⁹⁹ En matière de violences conjugales et sexuelles en France, l'Institut national d'étude démographique dans son enquête Virage portant sur les violences précise que 14,5 % des femmes ont déclaré avoir vécu au moins une forme d'agression sexuelle contre seulement 3,9 % des hommes pour l'année 2015. En matière d'écart salarial, celui des femmes est inférieur de 24 % à celui des hommes en 2014 selon l'Insee. Voy. sur le sujet, A-A. DURAND, « Les inégalités femmes-hommes en 2 chiffres et 6 graphiques », *Le Monde*, 2017, Disponible en ligne : [https://www.lemonde.fr/les-decodeurs/article/2017/03/07/les-inegalites-hommes-femmes-en-12-chiffres-et-6-graphiques_5090765_4355770.html].

fallu remédier à celles-ci en prévoyant des instruments de promotions transversales,¹⁰⁰ mais aussi des outils de protection à travers plusieurs résolutions¹⁰¹ relatives aux situations de guerre et en allant jusqu'à l'ériger en principe directeur sur la protection internationale¹⁰². Le droit de l'Union européenne anciennement dénommé droit communautaire a eu une influence déterminante sur les progrès de l'égalité des sexes. C'est d'abord, sous la forme de l'égalité de traitement entre les travailleurs et les travailleuses prévu par le Traité de Rome¹⁰³ de 1957 que s'est traduite la conception de l'égalité entre les hommes et les femmes. Par la suite, le Traité de Rome qui a institué la communauté européenne a été modifié en 1997 par le Traité d'Amsterdam¹⁰⁴ dont l'objectif était de continuer de construire sur la première pierre de l'édifice posée par le Traité de Rome des instruments visant à consolider le principe d'égalité des sexes. Pour ce faire, le traité va axer ses actions autour de la question de la promotion du

Selon un récent rapport du PNUD, non seulement l'égalité des sexes ne sera pas atteinte dans le monde en 2030. (« The world is not on track to achieve gender equality by 2030 ». Rapport PNUD, « Tackling social norms: A game changer for gender inequalities », United Nations Development Programme 1 UN Plaza, New York, USA, 2020, p. 1. Disponible en ligne [http://hdr.undp.org/sites/default/files/hd_perspectives_gsmi.pdf]) mais elle sera mise à mal par une inégalité en matière de pauvreté entre sexes qui se trouve renforcée avec la crise de la Covid-19 (Voy. M. SANCHEZ, « La COVID-19 creusera l'écart de pauvreté entre femmes et hommes, selon ONU Femmes et PNUD », Centre de Presse PNUD, 2 septembre 2020. Disponible en ligne, [https://www1.undp.org/content/undp/fr/home/newscentre/news/2020/_COVID19_will_widen_poverty_gap_between_women_and_men_.html]; Voy. également en ce sens, Rapport d'ONU FEMMES, « From insights to Action: Gender Equality in the wake of COVID-19 », *UN Woman 2020, États-Unis*, Disponible en ligne [<https://www.unwomen.org/-/media/headquarters/attachments/sections/library/publications/2020/gender-equality-in-the-wake-of-covid-19-en.pdf?la=en&vs=5142>].

¹⁰⁰ Déclaration de Beijing, 15 septembre 1995 relative à la promotion de la femme et l'égalité des sexes et demande aux États de mettre en œuvre tous les moyens vers une réelle égalité homme/femme, en veillant à ce qu'une perspective « sexo-spécifique » soit appliquée à toutes les politiques et tous les programmes au niveau national, régional et international ».

¹⁰¹ Il existe également plusieurs résolutions du conseil de sécurité qui ont pour objet la protection des femmes dans les situations de guerre. Résolution 1325 du Conseil de sécurité du 31 octobre 2000 (Résolution spécifique à l'impact des guerres sur la situation des femmes ; Résolution 1820 (2008), 1888(2009), 1889(2009), 1960(2010) relatives à la place et le rôle des femmes dans les affaires de guerre et de paix.

¹⁰² Haut-commissariat des Nations unies pour les réfugiés (HCR), principes directeurs sur la protection internationale : La persécution liée au genre dans le cadre de l'article 1 A(2) de la convention de 1951, 8 juillet 2008. Conseil de l'Europe, Résolution 855 (1986) relative à l'égalité entre les hommes et les femmes, Recommandation 1229 (1994) relative à l'égalité des droits entre les hommes et les femmes, Recommandation relative 1269 (1995) relative à un progrès tangible des droits des femmes à partir de 1995, Recommandation 1271 (1995) relative aux discriminations entre les hommes et les femmes pour le choix du nom de famille et la transmission du nom des parents aux enfants, Recommandation relative 1899 (2010) augmenter la représentation des femmes en politique par les systèmes électoraux.

¹⁰³ Traité de Rome du 25 mars 1957 instituant la Communauté européenne– Article 119 : « Chaque État membre assure au cours de la première étape, et maintient par la suite, l'application du principe de l'égalité des rémunérations entre les travailleurs masculins et les travailleurs féminins pour un même travail. Par rémunération il faut entendre, au sens du présent article, le salaire ou traitement ordinaire de base ou minimum, et tous autres avantages payés directement ou indirectement, en espèces ou en nature, par l'employeur au travailleur en raison de l'emploi de ce dernier. L'égalité de rémunération, sans discrimination fondée sur le sexe, implique : a) que la rémunération accordée pour un même travail payé à la tâche soit établie sur la base d'une même unité de mesure ; b) que la rémunération accordée pour un travail payé au temps soit la même pour un même poste de travail. »,

¹⁰⁴ Traité instituant la communauté européenne modifié par le Traité d'Amsterdam du 2 octobre 1997.

principe¹⁰⁵, l'élimination des inégalités¹⁰⁶ et la lutte contre les discriminations¹⁰⁷. En outre, le droit de l'Union européenne a eu une influence déterminante sur les progrès de l'égalité des sexes¹⁰⁸. Une influence qu'il continue toujours à exercer sur le système juridique français¹⁰⁹

¹⁰⁵ Traité instituant la communauté européenne modifié par le Traité d'Amsterdam du 2 octobre 1997. – Article 2 : « La Communauté a pour mission [...] de promouvoir dans l'ensemble de la Communauté un développement harmonieux, équilibré et durable des activités économiques, un niveau d'emploi et de protection sociale élevé, l'égalité entre les hommes et les femmes... »,

¹⁰⁶ *Ibid.* – Article 3 : « 2. Pour toutes les actions visées au présent article, la Communauté cherche à éliminer les inégalités, et à promouvoir l'égalité, entre les hommes et les femmes »,

¹⁰⁷ *Ibid.* « – Article 13 « Sans préjudice des autres dispositions du présent traité et dans les limites des compétences que celui-ci confère à la Communauté, le Conseil, statuant à l'unanimité sur proposition de la Commission et après consultation du Parlement européen, peut prendre les mesures nécessaires en vue de combattre toute discrimination fondée sur le sexe, la race ou l'origine ethnique, la religion ou les convictions, un handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle ».

¹⁰⁸ Article 141 (ex-article 119) : « 1. Chaque État membre assure l'application du principe de l'égalité des rémunérations entre travailleurs masculins et travailleurs féminins pour un même travail ou un travail de même valeur. 2. Aux fins du présent article, on entend par rémunération, le salaire ou traitement ordinaire de base ou minimum, et tous autres avantages payés directement ou indirectement, en espèces ou en nature, par l'employeur au travailleur en raison de l'emploi de ce dernier. L'égalité de rémunération, sans discrimination fondée sur le sexe, implique : a) que la rémunération accordée pour un même travail payé à la tâche soit établie sur la base d'une même unité de mesure; b) que la rémunération accordée pour un travail payé au temps soit la même pour un même poste de travail. 3. Le Conseil, statuant selon la procédure visée à l'article 251 et après consultation du Comité économique et social, adopte des mesures visant à assurer l'application du principe de l'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre les hommes et les femmes en matière d'emploi et de travail, y compris le principe de l'égalité des rémunérations pour un même travail ou un travail de même valeur. 4. Pour assurer concrètement une pleine égalité entre hommes et femmes dans la vie professionnelle, le principe de l'égalité de traitement n'empêche pas un État membre de maintenir ou d'adopter des mesures prévoyant des avantages spécifiques destinés à faciliter l'exercice d'une activité professionnelle par le sexe sous-représenté ou à prévenir ou compenser des désavantages dans la carrière professionnelle ».

¹⁰⁹ Traité sur l'Union européenne (rédaction actuelle) : – Article 2 : L'Union est fondée sur les valeurs de respect de la dignité humaine, de liberté, de démocratie, d'égalité, de l'État de droit, ainsi que de respect des droits de l'homme, y compris des droits des personnes appartenant à des minorités. Ces valeurs sont communes aux États membres dans une société caractérisée par le pluralisme, la non-discrimination, la tolérance, la justice, la solidarité et l'égalité entre les femmes et les hommes, – Article 3 : « [L'Union] combat l'exclusion sociale et les discriminations, et promeut la justice et la protection sociales, l'égalité entre les femmes et les hommes, la solidarité entre les générations et la protection des droits de l'enfant ». Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (rédaction actuelle), – Article 8 : « Pour toutes ses actions, l'Union cherche à éliminer les inégalités, et à promouvoir l'égalité, entre les hommes et les femmes », – Article 10 : « Dans la définition et la mise en œuvre de ses politiques et actions, l'Union cherche à combattre toute discrimination fondée sur le sexe, la race ou l'origine ethnique, la religion ou les convictions, un handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle, « – Article 19 : « 1. Sans préjudice des autres dispositions des traités et dans les limites des compétences que ceux-ci confèrent à l'Union, le Conseil, statuant à l'unanimité conformément à une procédure législative spéciale, et après approbation du Parlement européen, peut prendre les mesures nécessaires en vue de combattre toute discrimination fondée sur le sexe, la race ou l'origine ethnique, la religion ou les convictions, un handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle ». – Article 153 « En vue de réaliser les objectifs visés à l'article 151, l'Union soutient et complète l'action des États membres dans les domaines suivants: i) l'égalité entre hommes et femmes en ce qui concerne leurs chances sur le marché du travail et le traitement dans le travail; » – Article 157 « 1. Chaque État membre assure l'application du principe de l'égalité des rémunérations entre travailleurs masculins et travailleurs féminins pour un même travail ou un travail de même valeur. 2. Aux fins du présent article, on entend par rémunération, le salaire ou traitement ordinaire de base ou minimum, et tous autres avantages payés directement ou indirectement, en espèces ou en nature, par l'employeur au travailleur en raison de l'emploi de ce dernier. L'égalité de rémunération, sans discrimination fondée sur le sexe, implique : a) que la rémunération accordée pour un même travail payé à la tâche soit établie sur la base d'une même unité de mesure; b) que la rémunération accordée pour un travail payé au temps soit la même pour un même poste de travail. 3. Le Parlement européen et le Conseil, statuant selon la procédure législative ordinaire et après consultation du Comité économique et social, adoptent des mesures visant à assurer l'application du principe de l'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre les hommes et les femmes en matière d'emploi et de travail, y compris le principe de l'égalité des rémunérations pour un même travail ou un

alors que la Tunisie ne connaît pas ce mode d'influence régional. Néanmoins, comme pour la France¹¹⁰ il existe des instruments régionaux de protection des droits fondamentaux, mais qui ne disposent pas de la même portée¹¹¹ et du même degré d'effectivité. En effet, les instruments régionaux de la Tunisie peuvent être classés en deux catégories : les instruments de sauvegarde des droits de l'homme africains¹¹² et les instruments islamiques des droits de l'homme¹¹³, notamment ceux proposés par l'Organisation de la Conférence Islamique¹¹⁴. Chacune de ces

travail de même valeur. 4. Pour assurer concrètement une pleine égalité entre hommes et femmes dans la vie professionnelle, le principe de l'égalité de traitement n'empêche pas un État membre de maintenir ou d'adopter des mesures prévoyant des avantages spécifiques destinés à faciliter l'exercice d'une activité professionnelle par le sexe sous-représenté ou à prévenir ou compenser des désavantages dans la carrière professionnelle »,

¹¹⁰ Convention européenne des droits de l'homme de 1950.

¹¹¹ Convention européenne des droits de l'homme de 1950 envisage globalement le principe d'égalité des sexes à travers l'article 14 qui dispose que « La jouissance des droits et libertés reconnus dans la présente Convention doit être assurée, sans distinction aucune, fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation, Protocole n°7 à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. D'autres dispositions égalitaires sont prévues : –Article 5 de la CESDH : « Les époux jouissent de l'égalité de droits et de responsabilités de caractère civil entre eux et dans leurs relations avec leurs enfants au regard du mariage, durant le mariage et lors de sa dissolution. Le présent article n'empêche pas les États de prendre les mesures nécessaires dans l'intérêt des enfants », Protocole n°12 à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, Préambule, « Les États membres du Conseil de l'Europe, signataires du présent Protocole, Prenant en compte le principe fondamental selon lequel toutes les personnes sont égales devant la loi et ont droit à une égale protection de la loi ; Résolus à prendre de nouvelles mesures pour promouvoir l'égalité de tous par la garantie collective d'une interdiction générale de discrimination par la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, signée à Rome le 4 novembre 1950

¹¹² Protocole à la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples relatifs aux droits de la femme en Afrique (2003), la Déclaration solennelle sur l'égalité entre les hommes et les femmes en Afrique (2003)

¹¹³ Il existe plusieurs déclarations islamiques des droits de l'homme. Ici, nous faisons référence tout d'abord aux textes émanant de l'Organisation de la Conférence Islamique (O.C.I) et ceux qui émanent d'ONG par exemple le Conseil islamique d'Europe. Cette dernière a adopté plusieurs textes, mais le plus important parmi ces derniers est Déclaration islamique universelle des droits de l'homme adoptée le 19 septembre 1981 par son Secrétaire général au siège de l'UNESCO. Ce sont des instruments qui relèvent de la *Soft Law*. Le Conseil islamique d'Europe vise essentiellement la conception européenne de l'égalité à travers le droit à l'égalité devant la loi et la prohibition de toute discrimination (Art. 3. et Art. 19 de la Déclaration islamique universelle des droits de l'homme de 1981), d'une part, et les droits de la femme mariée, d'autres part. (*Ibid.* Article 20. Voy. aussi sur le sujet : R. ARON, « Pensée sociologique et droits de l'Homme » in *Études sociologiques*, Paris, PUF, pp. 227 et s.). Elle prévoit aussi le droit à la justice qui prévoit l'obligation de protester contre l'injustice et d'obtenir un jugement équitable (Art. 4 de la Déclaration islamique universelle des droits de l'homme de 1981). Concernant les textes émanant de l'O.C.I, il existe la Déclaration de Decca sur les droits de l'Homme en Islam tenue en décembre 1983 lors de la quatrième conférence des ministres des Affaires étrangères de l'O.C.I (Voy. sur le sujet M-A. AL MIDANI, *les droits de l'homme et l'Islam. Textes des Organisations arabes et islamiques*, Association des Publications de la Faculté de Théologie protestante, Université Marc Bloch, Strasbourg, 2003, pp. 67 et s.). Ensuite, nous faisons également référence à la Déclaration du Caire sur les droits de l'Homme en Islam adoptée le 2 août 1990 par la résolution n° 49/19-P lors de la dix-neuvième Conférence des ministres des Affaires étrangères de l'O.C.I.

¹¹⁴ La République tunisienne est membre depuis 1969. Juridiquement, cette organisation se définit comme étant une association d'États à l'échelle internationale et donc intergouvernementale qui « est dotée d'organes permanents et poursuivant certains objectifs d'intérêts communs » (T. BOUACHBA. « L'Organisation de la Conférence islamique », in, *Annuaire français de droit international*, volume 28, 1982. pp. 265-291). Comme nous l'explique à juste titre T. BOUACHBA, le fait que les États membres se situent sur différents continents, il ne peut être affirmé de manière valable que cette organisation constitue « une organisation régionale au sens strict » (*ibidem*). Cette organisation est considérée par la doctrine comme étant « une organisation partielle » (Voy. M. VIRALLY, « Définition et classifications des Organisations internationales », in, *Le concept d'Organisation internationale*, UNESCO, 1980, p.81.). En plus des deux Déclarations précitées (La Déclaration de Decca sur les

catégories d'instruments dispose d'une conception propre du principe d'égalité des sexes ainsi que d'acteurs inhérents à chaque catégorie y compris en Europe.

10. Les droits de l'homme comme lien unificateur des systèmes juridiques. Aussi, ces droits de l'homme permettent de considérer un rapprochement, et non pas une unification des différents systèmes juridiques¹¹⁵. Cette harmonisation est mise en œuvre en partie par un agencement opéré conformément à des principes communs, dont celui du principe d'égalité homme-femme. Grâce à la souplesse de cet outil juridique, certaines valeurs dominantes qui fondent la cohésion sociale vont devenir, par le biais du standard, une directive générale qui a vocation à orienter le juge dans la mise en œuvre du droit dont le contenu tend à être de plus en plus complexe. Les principes n'ont matériellement aucune autre justification que la « justice »¹¹⁶. Les juges, en consacrant des principes, font le choix de valeurs, qui sont elles-mêmes justifiées par d'autres valeurs. C'est à travers l'opinion du juge que va se réaliser une forme de justice. Voilà comment le juge arrive à consacrer des principes qui revêtent un caractère plus que technique. Il ne s'agit pas uniquement de pallier une lacune du texte juridique, mais de véritablement dégager une norme juridique à part entière. C'est ainsi que le Conseil constitutionnel peut dégager un principe à valeur constitutionnelle dont le respect s'impose au législateur et aux autres organes de l'État. Le Conseil extrait des normes dont le but est de conférer une valeur constitutionnelle à la protection des droits fondamentaux des personnes. Ces principes se rattachent au bloc de constitutionnalité dont le Conseil constitutionnel est le gardien. Ces droits de « l'irréductible humain »¹¹⁷ seraient enrichis par plusieurs sources.

11. Le principe d'égalité homme-femme est resté pendant longtemps une vitrine de la société démocratique. L'égalité se comprend ici comme l'*aequalitas*.¹¹⁸ La philosophie s'est

droits de l'Homme en Islam de 1983, Déclaration du Caire sur les droits de l'Homme en Islam du 2 août 1990), l'O.C.I dispose également d'une Convention portant sur le statut de l'organisation pour le Développement de la Femme dans les États membres de l'OCI. Dans le cadre de son préambule, la charte prévoit comme objectif de « rehausser le statut de la femme, et fait de son bien-être et de sa protection » à travers une politique de promotion.

¹¹⁵ M. DELMAS-MARTY, Pour un droit commun, *op. cit.*

¹¹⁶ P. BRUNET, « Les principes généraux du droit et la hiérarchie des normes » in *L'architecture du droit. Mélanges en l'honneur de M. TROPER*, Economica, 2006, p. 11.

¹¹⁷ M. DELMAS-MARTY, « Le crime contre l'humanité, les droits de l'homme et l'irréductible humain », *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 1994, n° 3, pp. 477-490.

¹¹⁸ Cette dernière « est le caractère d'un rapport : relation d'identité entre deux termes référés à une norme. L'égalité est donc doublement relative : elle suppose, d'une part, la relation entre les termes que l'on compare et, d'autre part, la relation entre ces termes et l'unité de référence. Ainsi, deux corps peuvent être égaux en poids sans être égaux en taille » <https://www.larousse.fr/encyclopedie/divers/egalite/45976>

intéressée à la question de l'égalité de nature, l'égalité de droit et l'égalité économique. L'égalité homme-femme, notion fluctuante et polymorphe, suscite une controverse au sein de la doctrine. La tentative de la définition du concept d'égalité homme-femme se heurte à l'absence de cohérence. Cette dernière découlerait de la distinction entre la conception de l'égalité comme un objectif, au sens de Dworkin avec la non-discrimination (§2), et l'égalité en tant que règle ou principe (§1). Cela passe tout d'abord par la détermination du concept du principe d'égalité homme-femme au sens juridique comme en d'autres domaines s'y afférant. Si la notion est aujourd'hui fréquemment utilisée, son concept fait l'objet d'une multitude de questions, car aucun consensus ne s'est réalisé sur la signification même à lui attribuer. La notion présente un caractère hétéroclite qui se complexifie avec l'évolution de la représentation de la figure de la femme et celle de l'homme. Ainsi, le comparatisme nous permettra de mesurer les différences de représentations en identifiant le modèle de valeur du droit dans la société, dans la mesure où en Tunisie la société a connu un certain « processus de structuration de la loi ». Ce processus a évolué au fil des influences connues par la Tunisie. Apparemment, c'est dans l'importation du droit public musulman à la société tunisienne et dans le transport volontaire du droit inspiré des idées de la philosophie des lumières à la société tunisienne que le modèle formateur est identifié. Il s'agit ici de la surface ancienne ou de la structure profonde. La structure de surface est composée de valeurs existantes révisées par des valeurs étrangères. Il existe des différences de représentations et croyances qui peuvent mettre en difficulté l'importation ou mettre en exergue des conflits et des tensions entre les valeurs Françaises et Tunisienne. Derrière ces différentes représentations de l'égalité homme-femme qui résultent de systèmes culturels différents. Il n'existe pas de valeurs « arabo-musulmane » opposées à des valeurs occidentales. Il existerait une « Constitution hybride ».

§1. L'égalité homme-femme comme principe

12. L'égalité une condition *sine qua non* à la démocratie. Dès l'antiquité l'égalité est envisagée comme une condition nécessaire dans un système démocratique¹¹⁹. En ce sens Montesquieu soutenait que « l'amour de la démocratie est celui de l'égalité »¹²⁰. Par ailleurs, selon Tocqueville, l'égalité est l'un des deux impératifs qui sont au cœur de la démocratie, avec

¹¹⁹ A. FOUCHARD. « L'égalité dans la cité grecque », *Cahier de philosophie juridique et politique* 1985, n°8, p.33 ; L. SFEZ, « L'égalité à Athènes » in *Leçons sur l'égalité*, Presse de la fondation nationale des sciences politiques, 1984, pp. 39 et s. ; F. MEIN-SOUCRAMANIEN, *Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Thèse Aix-Marseille, 1996, p.13.

¹²⁰ MONTESQUIEU, *L'esprit des lois*, 1748, Première partie. Livre V, chapitre III.

celui de la liberté. Il affirme que l'égalité prime sur la liberté, car « les peuples veulent l'égalité dans la liberté et, s'ils ne peuvent l'obtenir, ils la veulent encore dans l'esclavage »¹²¹. En effet, cette « passion ardente, insatiable, éternelle, invincible » constitue « une passion mâle et légitime pour l'égalité qui excite les hommes à vouloir être tous forts et estimés »¹²². En dépit du fait que chacun donne un contenu différent à l'égalité¹²³, on peut constater que la notion a un caractère hybride.

13. Le caractère hybride de la notion d'égalité. L'égalité est toujours ambiguë, car elle n'a pas de définition « théorique précise ». En effet, pour Lucien Sfez, « hybride, la notion d'égalité [...] doit sa survie à son absence de détermination théorique précise : ainsi la foire d'empoigne peut-elle être source de confusion stérile autant que d'innovation par concurrence et rivalités secrétées... Prenant appui sur les événements et les structures, sur le mouvement des idées et sur les jalousies, en somme sur le collectif et l'individuel, le sociologique et le psychologique, la métaphysique et le positivisme, elle joue sur tous les tableaux. La soif de justice permet tous les trafics »¹²⁴. On est tenté de capituler face au difficile défi du concept d'égalité, comme si on renonçait volontairement à se confronter à un objet d'étude hétéroclite et instable, dont l'identité n'est pas encore déterminée ou les frontières délimitées. En voulant réfléchir à la définition de l'égalité, on touche nécessairement à une affaire complexe. Néanmoins, on peut déjà cibler un faisceau lumineux qui nous permettrait, par son utilisation, comme un outil, de délimiter les frontières du concept d'égalité. En effet, quelle signification donner à l'idée d'égalité entre les hommes et les femmes ? Il est souvent affirmé que la justice c'est l'égalité. *A contrario*, l'inégalité serait injuste. Toutefois, on peut se demander si dans certaines situations l'égalité peut être une source d'injustice et par conséquent si l'inégalité peut être source de justice. Autrement dit, la balance est-elle le symbole adéquat de la justice ? Dans le cadre de ce travail, il importe de se pencher sur les perceptions collectives de cette notion. Émile Durkheim inculquait que « ce qu'il importe de savoir, ce n'est pas la manière dont tel penseur individuellement, se représente telle institution, mais la conception qu'en a le groupe ; seule, en effet, cette conception est socialement efficace »¹²⁵. Comme nous l'avons vu plus haut, l'égalité est une question éminemment philosophique qui, en tant que telle, n'a pas

¹²¹A. TOCQUEVILLE, *De la démocratie en Amérique*, Folio, II, 1999, pp.137-142.

¹²² *Ibid.*

¹²³ P. ROSANVALLON et J-P FITTOUSSI, *Le nouvel âge des inégalités*, Seuil, 1996, p.97.

¹²⁴ L. SFEZ, *Leçons sur l'égalité*, Presses de la Fondation de sciences politiques, Paris, 1984, p. 288 cité par S. BARLES, « Complexité et mutabilité du concept d'égalité » in *Hommes et Migrations*, n°1232, Juillet-août 2001., pp. 83-89.

¹²⁵ É. DURKHEIM, *Les règles de la méthode sociologique*, 2e éd. (1937), PUF, 1973, p. 15.

de réponse unique. Aussi, nous avons émis l'idée que pour certains auteurs la question de l'égalité est au fond celle de la justice.

14. Les prémices : le fondement philosophique de la justice. Aux origines de la justice se retrouve la quête des hommes du bonheur et de la vérité. En effet, en philosophie, la justice et l'égalité entretiennent des liens étroits et ces notions convergent pour donner naissance au concept même du bonheur ou à celui de la vérité. Dès l'antiquité, Platon (428-347 av. J.-C) dans *La République*¹²⁶, comme Aristote (384-322 av ; J.-C) dans *Éthique à Nicomaque*,¹²⁷ vont participer à la réflexion et à la conceptualisation de la justice. Cette initiative est centrale, car c'est uniquement en explorant la justice en partant à la recherche de ses origines et de sa propre nature que d'autres pourront plus tard tenter de la définir. La plupart des auteurs s'accordent pour identifier Platon comme l'initiateur de la réflexion sur la justice, mais Aristote reste le premier à émettre l'idée que la justice revêt également une forme particulière qui se fonde sur l'égalité.

Remarquons tout d'abord que chez Aristote, l'égalité est au moins une composante de la justice ou elle la définit. C'est probablement ce qui justifierait que la philosophie, en envisageant la question importante de la justice, évoque à travers cette question celle de l'égalité, comme en témoignent certains écrits. En ce sens, Aristote faisait remarquer que « ce qui est juste est quelque chose d'égal ». Selon lui, « si donc l'injuste, c'est l'inégal, le juste est l'égal »¹²⁸. La justice particulière, contrairement à la justice légale, ne se définit pas par rapport à la loi, mais par rapport à la notion d'égalité. Aristote privilégie cette seconde catégorie de justice. En accord avec Platon, Aristote¹²⁹ considère que la justice universelle ou légale est une vertu¹³⁰. En ce sens, même si les lois ont pour finalité « l'utilité commune », elles commandent également d'accomplir des actes guidés par certaines vertus. Selon ces deux initiateurs de la justice dans la pensée philosophique, la justice se caractériserait par une double valeur ; la justice en tant que vertu et la justice en tant qu'obligation. En d'autres termes, il existerait une *manifestatio* sociale de la justice. Le terme *manifestatio* signifie en latin la « révélation ». Ainsi, cette

¹²⁶ Platon, *La République*, Livre IV, 441d-444c-e.

¹²⁷ Aristote, *Ethique à Nicomaque*, Livre V, 1129a-1130b, trad. J. TRICOT, Ed. Vrin, 1990.

¹²⁸ *Ibid.*, V,6.

¹²⁹ *Ibid.*, Livre V, 1129a-1130b, pp. 216-222.

¹³⁰ Il affirme que l'« on considère généralement comme étant injuste à la fois celui qui viole la loi, celui qui prend plus que son dû et enfin celui qui manque à l'égalité, de sorte que de toute évidence l'homme juste sera à la fois celui qui observe la loi et celui qui respecte l'égalité ».

révélation de la justice est particulièrement perceptible dans le rapport à autrui¹³¹. On peut expliquer ce lien à autrui en se référant à Michel VILLEY qui se réfère lui-même à Aristote¹³². La justice est donc ce qui fait qu'une société persiste, parce que la justice garantit la légitimité du lien social et justifie les privations que l'individu consent à l'ordre social »¹³³.

La justice peut donc être une vertu ou une obligation. La justice en tant que vertu, comme nous l'avons vu avec Platon appelle à la raison,¹³⁴ mais elle appelle également à la morale¹³⁵. Aussi, le concept de justice peut être analysé comme un Janus à double visage à la fois possible et impossible¹³⁶.

15. La justice, un Janus au double visage. Le concept de la justice revêt deux caractéristiques. Possible, car la justice en tant qu'obligation envers autrui et également envers soi-même est envisageable¹³⁷. Impossible, car cette situation est cependant peu satisfaisante, voire contestable, car la justice véhicule derrière ce concept une horde de concepts qui pourraient difficilement être conciliables avec certaines conceptions théoriques du droit. Il faut songer ici tout particulièrement à l'objectif de vérité de la justice ou encore de la règle applicable de cette obligation de justice¹³⁸. Ces concepts pourraient montrer l'impossible mise en œuvre de cette obligation puisque pour être juste « il faudrait être Dieu »¹³⁹ en ce qu'il est omniscient pour les croyants. Partant, « l'accomplissement moral de l'individu n'est possible que dans l'ordre politique, et cet ordre doit promouvoir un ensemble de réalités morales inaccessibles à l'individu isolé ou au groupe familial. L'idée est partagée par Platon et Aristote, mais le premier a, dans *La République*, fait de la justice une réalité substantielle structurant l'ordre politique »¹⁴⁰.

Aussi, dans cet ordre de valeur la justice a pour finalité la recherche du bonheur dans un ordre social établi. D'ailleurs, selon Kelsen un ordre social juste est un ordre qui « régit la conduite

¹³¹ *Ibid.*

¹³² M. VILLEY, *Philosophie du droit. I. Définitions et fins du droit* Dalloz, 4 éd., 1986, n°31, p. 57. « Selon l'analyse d'Aristote, si nous avons dit d'Aristote qu'il est « un homme juste », il est vrai que cela signifie qu'il est bon, courageux, honnête..., qu'il réunit toutes les vertus, mais l'on considère ces vertus du point de vue de l'avantage qu'en tirent *les autres* et le corps social : le courage et la tempérance ou la prudence d'Aristide profitait à toute la cité, le constituaient vis-à-vis d'elle dans un rapport juste. Toute justice est sociale »

¹³³ W. BARANES, M-A. FRISSON-ROCHE *La justice, L'obligation impossible, op. cit.*, p. 13.

¹³⁴ Platon, *La République, op. cit.*, Livre IV, 441d-444c-e.

¹³⁵ *Idem.*

¹³⁶ W. BARANES, M-A. FRISSON-ROCHE *La justice, L'obligation impossible, op. cit.*, p. 11.

¹³⁷ *Ibid.*, p. 12.

¹³⁸ *Ibid.*

¹³⁹ *Ibid.*

¹⁴⁰ *Ibid.* Voy égal. M. CANTO-SPERBER, « la vertu individuelle, modèle politique », *op. cit.*, p.28.

des hommes d'une façon satisfaisante pour tous, d'une façon telle que tous les hommes y trouvent leur bonheur ».

16. Le bonheur, catégorie juridique. L'aspiration à la justice, c'est l'éternelle aspiration de l'homme au bonheur. Ce bonheur que l'individu ne peut trouver dans la solitude, il le recherche dans la société¹⁴¹. La justice, c'est le bonheur social »¹⁴². Dès lors, le mythe antique de la justice en tant que vertu trouve la finalité recherchée par les individus dans une société. L'une des citations la plus représentative est celle du Professeur Bouretz qui écrit : « la vie bonne, avec et pour autrui dans des institutions justes »¹⁴³. Selon cet auteur « la vie bonne » est la représentation que chacun de nous peut avoir d'une vie accomplie, c'est-à-dire la formulation d'un projet qui lui donne sens et dont la réalisation est synonyme de bonheur. La recherche de ce bonheur connaît des limites ou du moins doit être encadrée. Cette limite réside dans « l'autre ». On retrouve alors la *manifestatio* sociale de la justice et son caractère intrinsèquement partagé¹⁴⁴. Le propos de Bouretz est plus orienté sur le caractère universel de la justice en tant que valeur du monde moderne. Pour lui, la « finalité de l'action, la notion de « vie bonne » doit donc être pensée en termes de capacité. Capacité de l'individu à s'arracher à ses déterminations afin de concevoir pour soi-même ce que devrait être une existence réussie dans les registres de la profession, de la culture ou de l'affection. Capacité aussi à inlassablement interpréter ses choix à l'aune de cette « nébuleuse d'idéaux et de rêves d'accomplissement au regard de laquelle une vie est tenue pour plus ou moins accomplie ou inaccomplie »¹⁴⁵. Donc, il estime que les individus dans une société juste dont la finalité est la « vie bonne » doivent être capables d'avoir une « vie accomplie » selon leur propre conception du bonheur.

¹⁴¹ Le bonheur est également une préoccupation du droit économique. G. FARJAT, « Le bonheur en droit économique », in *Le bonheur est une idée neuve. Mélanges J. Bart*, Dijon, Centre Georges Chevrier, 1999 ; Voy. Sur l'apport de G. Farjat au débat doctrinal et notamment la question du bonheur, G. MARTIN J, J.-B. RACINE. « Gérard Farjat et la doctrine », *Revue internationale de droit économique*, vol. t. xxvii, no. 4, 2013, pp. 409-418.

¹⁴² H. KELSEN. *op.cit.*, p.58.

¹⁴³P. BOURETZ. *op. cit.*, p. 202.

¹⁴⁴ *Idem*.p.58. « On ne saurait résoudre ces questions au moyen de la connaissance rationnelle. Toute réponse à ces questions est un jugement de valeur déterminé par des facteurs émotionnels et, à ce titre, subjectifs par nature, valables uniquement pour le sujet jugeant, et donc relatifs. La réponse varie selon qu'elle est formulée par un chrétien, qui accorde plus d'importance au salut de son âme dans l'au-delà qu'aux biens terrestres, ou par un matérialiste qui ne croit pas en une vie après la mort ; la réponse sera tout aussi différente si elle provient d'un partisan du libéralisme, qui considère la liberté individuelle comme le bien suprême, ou d'un fidèle du socialisme pour qui la sécurité sociale et l'égalité entre les hommes priment plutôt que la liberté ».

¹⁴⁵ *Idem*. p. 210.

Cette capacité passe nécessairement par l'existence d'une égalité entre les individus. En effet, l'article premier de la Constitution française du 4 octobre 1958 dispose que la République « assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction d'origine, de race ou de religion ». La juridicité de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 dans laquelle est contenue l'égalité n'a pas été consacrée en même temps que la Constitution de 1958. En effet, la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen est reconnue comme le modèle de référence¹⁴⁶ de toutes les dimensions de l'égalité. C'est ainsi que la consécration du bloc de constitutionnalité a permis de renforcer la place de l'impératif d'égalité. Ainsi, ce dernier attribue un domaine significatif à l'exigence d'égalité. Cet impératif se manifeste par la mise en place soit d'un principe d'égalité notamment homme-femme, soit d'une règle de non-discrimination qui se traduit par l'interdiction de discrimination fondée sur le critère du sexe ou d'égalité de traitement¹⁴⁷. Les hommes et les femmes font partie d'une même catégorie juridique et ils ne peuvent être perçus comme étant divisés en deux groupes. Donc il n'existe pas juridiquement un clivage entre les deux sexes. De cette manière, la conception classique de la discrimination en France consiste à traiter de manière défavorable une personne ou un groupe en raison de critères prohibés, déterminés par la loi. Tandis que la discrimination se présente, selon Didier Fassin comme le « chaînon manquant » entre les idéologies et les inégalités. Il estime que l'étude de la discrimination met en exergue les mécanismes des idéologies dans la constitution des inégalités entre les individus¹⁴⁸.

Contrairement au principe d'égalité qui constitue l'identité juridique qui s'est depuis longtemps cristallisée autour de caractéristiques bien identifiables, le paysage juridique a été modifié avec l'émergence du principe de non-discrimination qui est venu s'imbriquer dans le concept d'égalité entre les sexes. Ce qui a eu pour conséquence de transformer le cadre juridique du principe d'égalité entre les sexes. À l'origine, l'instrument constitutionnel ayant donné naissance au droit à l'égalité ne prévoyait pas explicitement l'égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction de sexe.

§2. La non-discrimination, un objectif de valeur constitutionnelle

¹⁴⁶ V. LASSERRE-KIESOW, « L'égalité », *JCP G* 2010, n°23, p. 643.

¹⁴⁷ Voy. J. PORTA, « Non-discrimination, égalité et égalité de traitement. À propos des sens de l'égalité » in *Le droit social, l'égalité et les discriminations* (dir. G. BORENFREUND et I. VACARIE), Dalloz, 2013, p. 9.

¹⁴⁸ D. FASSIN, « L'invention française de la discrimination », *Revue Française de Science Politique*, 52(4), 2002, pp.403-423.

17. Les femmes n'entrent pas dans la catégorie « diversité ». La question de la discrimination en Europe et en France apparaît tardivement dans le débat public. En effet, dans les sociétés mondialisées, pour ne pas dire « la mondialisation de la culture »¹⁴⁹, l'interdiction de discrimination avait pour objectif de mettre fin aux injustices envers les minorités. C'est dans le cadre de la question de la « diversité » que le débat s'est longtemps figé. Souvent, cette question de la discrimination est venue se confondre avec d'autres interrogations telles que celles relatives à l'identité et à la mémoire¹⁵⁰. Pourtant, cette notion implique d'autres critères, notamment celui du sexe. Ainsi en va-t-il de la question de la discrimination selon le sexe. En effet, comme nous l'avons déjà évoqué les femmes ne sont pas une minorité et ne font pas partie de la « diversité »¹⁵¹. L'appréciation du traitement juridique qu'il convient de réserver à la discrimination implique de saisir le sens de la question suivante ; en quoi consiste la non-discrimination ?

18. Les raisons de l'introduction du principe de non-discrimination. La conceptualisation de la non-discrimination s'est faite grâce à de la jurisprudence qui fut influencée par le droit européen. En effet, pour contourner les insuffisances quant à l'égalité des droits entre les hommes et les femmes, le législateur européen introduit des dispositions spécifiques permettant de trouver un équilibre entre deux conceptions de l'égalité, à savoir la garantie des droits identiques pour tous et la promotion de l'égalité des sexes. Afin de maintenir une relation équilibrée entre le principe d'égalité et le principe de non-discrimination, le législateur a cherché à ériger des dispositions permettant à la fois de respecter et de protéger l'égalité des droits tout en prévoyant des dispositions qui ont la capacité d'éliminer toutes formes de discriminations fondées sur des critères prohibés. Conscient qu'un dispositif juridique permettant de faciliter la contestation des discriminations fondées sur des critères clairs et précis était crucial, le législateur a intégré dans la loi du 27 mai 2008 diverses dispositions consacrant des critères de discrimination interdits par la loi, calquées sur la liste des critères de l'article 225-1 du Code pénal¹⁵². Cette nouvelle loi apparaît comme une base

¹⁴⁹ J.P WARNIER, *La mondialisation de la culture*, Editions La découverte, Paris, 2008, p. 3 : « L'expression « mondialisation de la culture » désigne cette circulation de produits culturels à l'échelle du globe. Elle suscite des réactions contrastées. Les uns y déchiffrent les promesses d'une planète démocratique unifiée par une culture universelle- une planète réduite par les médias aux dimensions d'un « village global » comme le disait Marshall McLuhan. D'autres y voient la cause d'une inéluctable perte d'identité qu'ils déplorent. D'autres enfin militent pour affirmer leurs particularismes jusqu'à faire usage de la violence ».

¹⁵⁰ E. BENBASSA (Dir), *Dictionnaire des racismes, de l'exclusion et des discriminations*, Larousse, 2010. p.1.

¹⁵¹ Sauf si l'on considère le cas des femmes issues de la diversité. Ici le raisonnement porte sur la femme de manière globale.

¹⁵² Article modifié par la loi n°2016-1547 du 18 novembre 2016-art. 86 ; « Constitue une discrimination toute distinction opérée entre les personnes physiques sur le fondement de leur origine, de leur sexe, de leur situation de

juridique solide. Elle permet d'uniformiser les dispositions relatives aux discriminations. À cette fin, elle prévoit l'adaptation du droit européen dans le domaine dans une disposition législative qui s'aligne sur les critères prévus par le Code pénal. En pratique, la loi offre un cadre juridique significatif qui s'enrichit par la jurisprudence. Bien avant cette loi, la discrimination disposait également d'une multitude de sources textuelles. Cette multitude de textes rendait ambiguës les normes de références applicables, et mena le législateur à harmoniser sa législation en la matière.

19. La non-discrimination une notion contemporaine. Pour pallier des situations discriminatoires qui n'étaient pas en adéquation avec la notion de l'égalité formelle découlant de l'approche républicaine de l'égalité, une notion nouvelle a été introduite, découlant de l'idée d'une égalité réelle. Afin de sanctionner les discriminations édictées par certains comportements, le législateur s'est vu forcé de respecter ses obligations, trouvant ainsi des moyens juridiques de faire échec à la conception absolue de l'égalité.

Introduire le principe de non-discrimination apparaît comme une tâche très ardue. Aussi la notion de discrimination pénétra concrètement le droit français d'abord par la voie du droit international des droits de l'homme à partir des années 1950¹⁵³, puis par le développement du droit positif en droit interne. En effet, à la suite d'une série d'arrêts de la Cour de justice des Communautés européennes, le principe a été affirmé par la transposition de deux directives européennes¹⁵⁴. Ce principe issu du modèle anglo-saxon n'a pas été rapidement intégré dans le

famille, de leur grossesse, de leur apparence physique, de la particulière vulnérabilité résultant de leur situation économique, apparente ou connue de son auteur, de leur patronyme, de leur lieu de résidence, de leur état de santé, de leur perte d'autonomie, de leur handicap, de leurs caractéristiques génétiques, de leurs mœurs, de leur orientation sexuelle, de leur identité de genre, de leur âge, de leurs opinions politiques, de leurs activités syndicales, de leur capacité à s'exprimer dans une langue autre que le français, de leur appartenance ou de leur non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une Nation, une prétendue race ou une religion déterminée.

Constitue également une discrimination toute distinction opérée entre les personnes morales sur le fondement de l'origine, du sexe, de la situation de famille, de la grossesse, de l'apparence physique, de la particulière vulnérabilité résultant de la situation économique, apparente ou connue de son auteur, du patronyme, du lieu de résidence, de l'état de santé, de la perte d'autonomie, du handicap, des caractéristiques génétiques, des mœurs, de l'orientation sexuelle, de l'identité de genre, de l'âge, des opinions politiques, des activités syndicales, de la capacité à s'exprimer dans une langue autre que le français, de l'appartenance ou de la non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une Nation, une prétendue race ou une religion déterminée des membres ou de certains membres de ces personnes morales ».

¹⁵³ La notion de discrimination est introduite dans les traités à compter des années 1920. Elle sera concrètement consacrée après la Seconde guerre mondiale. Cf : convention de l'OIT sur la discrimination au travail, 1958 ; convention de l'UNESCO sur la discrimination dans l'enseignement, 1960 ; convention de l'ONU sur la discrimination raciale, 1965 ; convention de l'ONU sur la discrimination des femmes, 1979 ; Déclaration de l'ONU sur les discriminations religieuses, 1981.

¹⁵⁴ Les discriminations fondées sur le sexe dans le cadre professionnel ont toujours été interdites par les traités de l'Union européenne.

système juridique français. Il a fallu que la Commission engage une procédure de manquement devant la Cour de justice des Communautés européennes pour qu'apparaisse enfin en procédure d'urgence la loi du 27 mai 2008, portant diverses dispositions d'adaptation au droit européen dans le domaine des luttes contre les discriminations. Désormais, les individus ne sont plus abstraits et dotés des mêmes droits conformément à l'égalité formelle, leurs droits doivent être modulés en fonction des situations propres, pour que des individus se trouvant dans des situations différentes puissent être traités de manière adaptée. Autrement dit, le droit à la non-discrimination permet aux individus qui se trouvent dans des situations similaires d'être traités de manière similaire et non de façon moins avantageuse, uniquement car ils ont une caractéristique particulière protégée par la loi. L'objectif est d'assurer l'équité¹⁵⁵ et l'égalité des chances pour certaines catégories de personnes. Ainsi, comme pour le principe de l'égalité, différentes sources du droit de l'Union européenne établissent des normes qui prohibent la discrimination. Aussi, la législation de l'Union européenne interdit à toute personne morale ou physique, ainsi qu'aux institutions européennes et aux États membres, d'exercer une discrimination, notamment lorsque leurs actes enfreignent une interdiction de discrimination fondée sur le sexe.

20. Le principe de non-discrimination non assimilable au principe d'égalité. Le terme discrimination vient du latin *discriminis*. Il indique à l'origine qu'une distinction, une séparation, une différenciation peut être établie entre des objets. Cependant, la discrimination dans son sens courant revêt une connotation négative¹⁵⁶. Selon l'ancienne HALDE, « discriminer, c'est interdire ou limiter l'accès d'une personne à un emploi, un logement, à des biens et des services ou à une formation pour des raisons interdites par la loi »¹⁵⁷. Autrement dit, la discrimination résulte d'une rupture de l'égalité pour un motif prohibé¹⁵⁸. Ainsi, le concept de discrimination dépend étroitement du concept d'égalité sans y être assimilable.

¹⁵⁵ Voy. sur le sujet, Thèse, M. FOULETIER, *Recherches sur l'équité en droit public français*, soutenue en 1999 à Poitiers, sous la direction de Bernard Pacteau, LGDJ, 2003, 312 p.

¹⁵⁶ M. BOSSUYT, *L'interdiction de la discrimination dans le droit international des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 1976.

¹⁵⁷ Dossier d'information la HALDE, *Contre les discriminations et pour l'égalité*, 2005.

¹⁵⁸ Le principe de non-discrimination est défini à l'article 1132-1 du Code du travail, selon lequel « aucune personne ne peut [...] faire l'objet d'une mesure discriminatoire, directe ou indirecte [...], en raison de son origine, de son sexe, de ses mœurs, de son orientation ou identité sexuelle, de son âge, de sa situation de famille ou de sa grossesse, de ses caractéristiques génétiques, de son appartenance ou de sa non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation ou une race, de ses opinions politiques, de ses activités syndicales ou mutualistes, de ses convictions religieuses, de son apparence physique, de son nom de famille ou en raison de son état de santé ou de son handicap ».

En effet, l'expression de « principe de non-discrimination » a pu sembler similaire à celui du principe d'égalité. Toutefois, ce n'est pas réellement le cas. Lorsqu'on parle du principe d'égalité des sexes, on fait référence aux « principes objectifs d'égalité »¹⁵⁹. L'affirmation du principe d'égalité affirme une exigence de façon positive. Il est plus favorable aux personnes discriminées dans le sens où l'inégalité se constate plus aisément à partir du moment où des individus ne sont pas traités de la même manière alors que rien ne peut objectivement justifier une telle différence de situation. À l'inverse, l'interdiction de la discrimination est la formulation négative du principe d'égalité. Alors le principe de non-discrimination impliquerait pour la victime de déceler et de distinguer les critères sur lesquels s'est fondée la discrimination. En effet, la discrimination est déterminée comme un principe « subjectif d'égalité »¹⁶⁰. Dans le cadre du principe « subjectif », la prise en compte du critère du sexe constitue *a priori* une discrimination. Toutefois, cette interdiction est relative puisque le droit¹⁶¹ tolère une différence de traitement lorsque cette dernière est justifiée par la démonstration de la « raisonnable » et de « la nécessité »¹⁶². Parmi « les exceptions aux discriminations interdites »¹⁶³, en dehors des discriminations positives, on retrouve les discriminations relatives au sexe qui « échappent également à toute incrimination lorsqu'elles sont déterminantes pour l'exercice d'un "emploi" ou d'une activité professionnelle et qu'elles sont prévues par le Code du "travail" ou par les dispositions légales concernant la fonction publique ». Aussi, le Code du travail autorise que les emplois artistiques ou ceux de modèles et mannequins puissent justifier cette distinction entre les sexes¹⁶⁴. En outre, ces deux types de principes font partie des principes spéciaux d'égalité¹⁶⁵. Aussi, le compromis recherché dans les deux systèmes juridiques résultait de l'équilibre entre ces deux notions antagoniques : l'une universelle et l'autre différentialiste.

¹⁵⁹ Ils ont pour objectif de poser une « règle spéciale d'égalité dans un domaine objectif déterminé. A titre d'exemple on peut citer l'égalité dans le domaine du suffrage et des emplois publics).

¹⁶⁰ Ils ont pour objectif d'interdire « la prise en compte de certains critères personnels ou la soumettre à des conditions plus rigoureuses » .

¹⁶¹ Art. R. 1142-1 du Code du travail : « Les emplois et activités professionnelles pour l'exercice desquels l'appartenance à l'un ou l'autre sexe constitue la condition déterminante sont les suivants: 1° Artistes appelés à interpréter soit un rôle féminin, soit un rôle masculin; 2° Mannequins chargés de présenter des vêtements et accessoires; 3° Modèles masculins et féminins. — [Anc. art. R. 123-1.] ».

¹⁶² Voy. par ex., CE Ass., 6 janv.1956, *Syndicat national autonome du cadre d'administration générale des colonies, Rec.*, 4.

¹⁶³ Y. ROUSSEAU, « Agences d'emploi privées », *RDT* 2012 (actualisation : Octobre 2018).

¹⁶⁴ Conf art. L. 1142-2 du code du travail et art. R. 1142-1 du même code. « La liste de ces activités professionnelles avait été déterminée par décret en Conseil d'État en 1984 ». Cf. M.-T. LANQUETIN « Construction du droit de la non-discrimination » *RDT*,2010 ; Thibault, J-P. « Discriminations et Droit du Travail dans l'Entreprise. Présentation de la Réglementation en vigueur », *Humanisme et Entreprise*, 2009, pp. 17-27.

¹⁶⁵ O. Jouanjan., *Le principe d'égalité devant la loi en droit allemand*, Paris, Economica, 1992., p.213

21. Principe d'égalité ou de non-discrimination, deux approches antagoniques. Bien que l'objectif de la non-discrimination soit le même que celui du droit à l'égalité, c'est-à-dire celui d'assurer l'égalité entre les hommes et les femmes, l'approche des deux notions est considérée comme antagonique. D'ailleurs, M. Jean-Marie Delarue, en 2014 alors Contrôleur général des lieux de privation de liberté, résumait ces deux approches ainsi : « la discrimination est, pour le juge français, le versant antagoniste de l'égalité »¹⁶⁶. C'est pourquoi « le refus de la discrimination repose sur l'affirmation d'un principe d'égalité entre plusieurs individus, qui devrait rendre impossible l'application d'un traitement différent »¹⁶⁷.

De manière générale, le principe d'égalité est souvent énoncé pour justifier l'interdiction de certaines discriminations, en l'occurrence celle fondée sur le sexe. En ce sens, le principe de non-discrimination peut se définir comme l'interdiction d'établir des différenciations de traitement entre les individus en raison de critères formellement prévus par la Constitution ou par d'autres normes, tels que la croyance, l'âge ou le sexe. À vrai dire, l'article 1^{er} de la Constitution de 1958 et l'alinéa 3 du Préambule de la Constitution de 1946 prohibent les distinctions qui se fondent sur l'origine, la race, la religion, les croyances et le sexe. En effet, l'article premier de la Constitution de 1958 dispose que la République « assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction d'origine, de race ou de religion ». Selon certains critères, ce principe de non-discrimination est également encadré par la loi, notamment celle du 27 mai 2008¹⁶⁸.

Si, comme l'a souligné Maurice Hauriou, celui-ci représenta « la force agissante dans la révolution »¹⁶⁹, le principe de non-discrimination se fonde sur le principe d'égalité. Ce dernier a pour corollaire celui de non-discrimination. Partant, « avec le droit européen, la conception classique de l'égalité évolue vers la non-discrimination »¹⁷⁰. Comme nous l'avons déjà constaté, l'égalité est un principe constitutionnel qui prohibe strictement une distinction discriminatoire. Même si le droit français tolère que la différence de situation justifie la différence de traitement,

¹⁶⁶ Rapport d'information n°94 (2014-2015) de Mme E. BENBASSA et M. J. R. LECLERF, fait au nom de la commission des lois, déposé le 12 novembre 2014, *La lutte contre les discriminations : de l'incantation à l'action*, [<https://www.senat.fr/notice-rapport/2014/r14-094-notice.html>].

¹⁶⁷ *Ibidem*.

¹⁶⁸ Loi n°2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaires dans le domaine de la lutte contre les discriminations, JORF n°0123 du 28 mai 2008.

¹⁶⁹ M. HAURIOU, *La science sociale traditionnelle*, Larose, Paris, 1896, p. 80.

¹⁷⁰B. STIRN, président de la section du contentieux du Conseil d'État, « Le juge administratif et les discriminations » *in*, Colloque « 10 ans de droit de la non-discrimination » organisé par le Défenseur des droits, Cour de cassation - 5 octobre 2015. Paris

il interdit que certaines distinctions puissent être réalisées. En ce sens, la discrimination est légitime lorsque la loi l'autorise, lorsque l'intérêt général la justifie ou lorsque la situation présente des différences qui justifient la différence de traitement¹⁷¹. La position, sur ce point, du Conseil d'État est conforme à celles des Cours européennes¹⁷². Toutefois, une nuance existe entre les deux approches. Pour le Conseil d'État, cette obligation de traiter des situations différentes de manière différente n'existe pas¹⁷³. Le Conseil constitutionnel n'a pas non plus affirmé dans sa jurisprudence une telle exigence¹⁷⁴. En effet, le conseil considère, qu'aux termes de l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen : « La loi est l'expression de la volonté générale. Tous les citoyens ont droit de concourir personnellement, ou par leurs représentants, à sa formation. Elle doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse ; que si, en règle générale, le principe d'égalité impose de traiter de la même façon des personnes qui se trouvent dans la même situation, il n'en résulte pas pour autant qu'il oblige à traiter différemment des personnes se trouvant dans des situations différentes »¹⁷⁵. Il eut l'occasion de réitérer sa position¹⁷⁶.

22. Le renouvellement progressif de la notion de discrimination. Le droit français connaît depuis longtemps la discrimination directe. La discrimination indirecte est plus contemporaine. En effet, la loi du 27 mai 2008 consacra la discrimination indirecte¹⁷⁷. Toutefois, cette notion fut développée en droit américain dès 1971 par la jurisprudence¹⁷⁸. En effet, la Cour suprême, notamment le juge Brennan, avait estimé que toute différence fondée sur le sexe n'est justifiée que si elle répond à un objectif bien précis ou qu'elle est déterminée par un intérêt gouvernemental impératif *a compelling governmental interest*¹⁷⁹. Afin d'examiner les cas de discriminations sexuelles, la Cour suprême a adopté un test dit de niveau intermédiaire, avec la notion de *heightened scrutiny*. Par la suite, la notion est reprise en droit français dans le cadre de la transposition de directives européennes. En effet, la loi du 27 mai

¹⁷¹ CE 10 mai 1974, *Denoyez et Chorques*, n°88032, 88148 ; Cons. const. 12 juill. 1979, déc. 79-107 DC, *Pont à péage*.

¹⁷² Aussi, « le principe d'égalité des sexes ne signifie pas nivellement total, aussi des exceptions sont-elles tolérées lorsque la différence biologique ou fonctionnelle due au sexe exclut absolument une égalité des traitements ».

¹⁷³ CE 28 mars 1997, société Baxter ; CE 22 novembre 1999, R.

¹⁷⁴ Cons. const., 29 décembre 2003, déc. 2003-489 DC, Loi de finances pour 2004 et CONS. CONST., 9 août 2012, déc. 2012-654 DC, Loi de finances pour 2004.

¹⁷⁵ Cons. const., 29 décembre 2003, déc. 2003-489 DC, Loi de finances pour 2004, cons. 37.

¹⁷⁶ Cons. const., 9 août 2012, déc. 2012-654 DC, Loi de finances pour 2004, cons. 19.

¹⁷⁷ 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.

¹⁷⁸ Cour Suprême, 429 U.S. 190. Affaire Craig v. Boren, 1976.

¹⁷⁹ É. BOULOT, « La Cour suprême, les droits des femmes et l'égalité des sexes », *Revue française d'études américaines* 2001/1 (no87), p. 87-101.

2008 avait pour vocation d'assurer la transposition en droit français de cinq directives portant sur la lutte contre les discriminations, dont celle mettant en œuvre le « principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique »¹⁸⁰. En droit interne français, l'article 1^{er} de la loi du 27 mai 2008 définit ainsi ces deux notions : « Constitue une discrimination directe la situation dans laquelle, sur le fondement de son appartenance ou de sa non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie ou une race, sa religion, ses convictions, son âge, son handicap, son orientation ou identité sexuelle, son sexe ou son lieu de résidence, une personne est traitée de manière moins favorable qu'une autre ne l'est, ne l'a été ou ne l'aura été dans une situation comparable. » Autrement dit, la discrimination est directe lorsqu'elle est délibérée et qu'elle concerne cette liste exhaustive des critères prohibés. À titre d'exemple, on peut citer une décision qui a considéré comme étant une discrimination directe un article d'un règlement intérieur réservant aux hommes seulement la faculté de demeurer dans l'entreprise au-delà de 50 ans. Ici, il s'agit d'une discrimination de sexe et d'âge¹⁸¹. Par ailleurs, « constitue une discrimination indirecte une disposition, un critère ou une pratique neutre en apparence, mais susceptible d'entraîner, pour l'un des motifs mentionnés au premier alinéa, un désavantage particulier pour des personnes par rapport à d'autres personnes, à moins que cette disposition, ce critère ou cette pratique ne soit objectivement justifié par un but légitime et que les moyens pour réaliser ce but ne soient nécessaires et appropriés ». Cette définition a permis « de débusquer derrière une "apparence neutre" des comportements réellement discriminatoires »¹⁸². Autrement dit, la discrimination indirecte apparemment neutre exclut un groupe ou une personne de l'accès à un droit ou un service en le désavantageant¹⁸³. Cette approche juridique classique de la discrimination est assez réductrice, car elle se cantonne à la réduire à ces deux catégories et ainsi rendre la discrimination de nature systémique invisible¹⁸⁴. Le juge européen confirma la condamnation des discriminations directes et indirectes contenues

¹⁸⁰Directive 2000/43 du 29 juin 2000 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique ; Directive 2000/78 du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail ; Directive 2002/73 du 23 septembre 2002 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelles, et les conditions de travail ; Directive 2004/113 du 13 décembre 2004 mettant en œuvre le principe de l'égalité de traitement entre les femmes et les hommes dans l'accès à des biens et services et la fourniture de biens et services ; Directive 2006/54 du 5 juillet 2006 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail.

¹⁸¹Cass., soc., 7 déc. 1993, n° 88-41422.

¹⁸²Rapport d'information n°94 (2014-2015) de Mme Esther BENBASSA et M. Jean-René LECERF, fait au nom de la commission des lois, déposé le 12 novembre 2014, *La lutte contre les discriminations : de l'incantation à l'action*, [<http://www.senat.fr/rap/r14-094/r14-0942.html>].

¹⁸³ À titre d'exemple, le fait de demander des compétences disproportionnées au poste à pourvoir ou encore des cautions exorbitantes pour la location d'un logement constituent de tels comportements.

¹⁸⁴ M. MINE, « *Les concepts de discrimination directe et indirecte* », ERA-Forum. 2003, 4(3), pp .30-44.

dans le droit français. Ainsi, s'agissant des discriminations directes, l'ancienne C.J.C.E condamna la France, en mars 1997, pour manquement aux obligations lui incombant, en raison d'une interdiction du travail de nuit des femmes dans l'industrie¹⁸⁵. Aussi, la Cour jugea que le fait qu'une réglementation nationale prive une femme de congé de maternité pour la raison qu'elle ne pourrait alors pas être notée dans la perspective de bénéficier d'une promotion professionnelle constitue une discrimination directe¹⁸⁶. Ainsi, la Cour jugea que le refus de notation constituait une discrimination directe sur le fondement du sexe¹⁸⁷. La Cour eut aussi l'occasion de confirmer la condamnation des discriminations indirectes. En octobre 1997¹⁸⁸, elle rappela qu'« il y a discrimination indirecte lorsque l'application d'une mesure nationale, bien que formulée d'une façon neutre, désavantage en fait un nombre beaucoup plus élevé de femmes que d'hommes »¹⁸⁹, à partir de là cette mesure doit être considérée comme non conforme à la directive 76/207¹⁹⁰. En outre, une abondante jurisprudence existe en matière d'égalité professionnelle¹⁹¹. En matière de droit national, la jurisprudence est plus timide dans le domaine. En 1996, le juge vint réaffirmer qu'une mesure par laquelle l'Opéra de Paris mit fin au contrat d'une danseuse, au motif que celle-ci avait atteint l'âge conventionnel d'ouverture des droits à la retraite pour le personnel de la danse, qui était de 40 ans pour les femmes, mais de 45 ans pour les hommes¹⁹², aboutissait à une discrimination directe.

¹⁸⁵ CJCE., 13 mars 1997, aff. C-197/96, *Commission des communautés européennes c/ République française*, Rec., p. I-1496, En effet, le juge considéra la disposition contestée contraire au principe de l'égalité de traitement formulée dans la directive 76/207

¹⁸⁶ CJCE., 30 avril 1998, aff. C-136/95, *C.N.A.V.T.S. c/ Mme Thibault*. En effet, en l'espèce, Madame Thibault s'était vue refuser une notation pour l'année 1983 en raison de son absence pour maternité. De ce fait elle n'a pas pu bénéficier d'une inscription au tableau d'avancement du choix du salarié, une disposition conventionnelle exigeant 6 mois de présence sur l'année de référence.

¹⁸⁷ Voy. sur la situation particulière des salariées en état de grossesse au regard de la jurisprudence communautaire, J. CONAGHAN, « Pregnancy, Equality and the European Court of Justice : interrogating Gillespie », *International Journal of Discrimination and the Law*, 1998, vol. 3, pp. 115-133.

¹⁸⁸ CJCE., 2 octobre 1997, aff. C-1/95, *Gester c/ Freistaat Bayern*, Rec., p. I-5253 ; CJCE, 2 octobre 1997, aff. C-100/95 *Kording*, Rec. p. I-5289. Voir sur ces deux arrêts la note de N. BUSBY, « Full-Time Rights for Part-Timers », *The Juridical Review* 1998, part III, pp. 196-199; Voy. aussi sur ces décisions, note, L. IDOT, *Europe* 1997, Comm. n° 384, p.14.

¹⁸⁹ Sur ce point, voir M. HEDEMANN-ROBINSON, *Indirect Discrimination Law in the E.E.C., appearance rather than reality?*, *International Journal of Discrimination and the Law*, 1996, vol. 2, p. 85-117.

¹⁹⁰ Directive 76/207/CEE du Conseil du 9 fév. 1976 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les hommes et les femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelle, et les conditions de travail, *JOCE* du 14 fév. 1976, pp. 40-42, qui permet aux États membres d'adopter et/ou maintenir en vigueur les « mesures visant à promouvoir l'égalité des chances entre hommes et femmes, en particulier en remédiant aux inégalités de fait pouvant exister dans la réalité de la vie sociale » ; et dans l'accord sur la politique sociale annexé au Traité de Maastricht.

¹⁹¹ E. SAULNIER, « L'égalité professionnelle femmes-hommes en France et en Europe : développements récents », *LPA*, n°121, 1998, p.8.

¹⁹² CA Paris, 26 septembre 1996, *Sordoillet*, R.J.S., 1997, n°537.

23. L'absence du « sexe » dans les critères prohibés par la Constitution française de 1958. De manière générale, les nombreuses dispositions qui fondent la notion de discrimination s'articulent autour de trois sources qui le plus souvent se complètent : le droit international, les textes européens¹⁹³ et le droit interne¹⁹⁴. Comme nous l'avons déjà vu, l'égalité des droits entre les hommes et les femmes s'appuie d'abord sur la Constitution française de 1946, laquelle affirme dans son préambule que « la loi garantit à la femme dans tous les domaines des droits égaux à ceux des hommes ». L'article 1^{er} de la Constitution est également une source textuelle sur laquelle la non-discrimination peut se fonder. En effet, il indique de manière précise quelles sont les discriminations que le législateur ne peut établir sans justification. Il en résulte cinq motifs de discrimination expressément interdits par la Constitution de 1958. Ceux fondés sur la race, la religion et les croyances. Ainsi, « la France est une République indivisible » qui affirme un principe d'égalité entre tous les citoyens qui sert de fondement au refus de discrimination, entre les individus selon « l'origine, la race ou la religion. Elle respecte toutes les croyances ». Autrement dit, ces dispositions rendent impossible l'application d'un traitement différent en fonction de ces critères. Mais le critère du « sexe » ne fait pas partie des dispositions de l'article 1^{er} de la Constitution. Comme pour le principe d'égalité, la Constitution reste silencieuse sur la question. Elle ne définit pas la discrimination et ne fait pas du « sexe » un critère prohibé en matière d'égalité. En effet, la reconnaissance juridique de la discrimination est subordonnée à l'appartenance de la victime à un groupe racial, ethnique ou religieux. Les femmes ne sont pas considérées par la Constitution comme un groupe, pour ne pas dire qu'elles ne sont initialement pas considérées du tout par la Constitution. Toutefois, à la lumière de l'interprétation donnée à l'article 1^{er} de la Constitution et au regard du Préambule de 1946, le critère du « sexe » peut-être ajouté. La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen fonde également le principe d'égalité et suppose qu'il n'existe pas de distinction entre les citoyens¹⁹⁵.

24. Le principe de non-discrimination dans la législation française. Le Code pénal français prévoit des sanctions en matière de discrimination. Il contient en la matière un nombre considérable de critères¹⁹⁶. Les domaines d'application de la notion de non-discrimination sont

¹⁹³ Ici il s'agit du droit de l'union européenne et des droits de l'homme consacrés dans la CESDH.

¹⁹⁴ La Constitution et les lois issues du droit français.

¹⁹⁵ Ainsi, l'article 1 dispose que « les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits. Les distinctions sociales ne peuvent être fondées que sur l'utilité commune ». De plus, l'article 6 dispose que « la loi est l'expression de la volonté générale » ; tous les citoyens ont droit de concourir personnellement, ou par leurs représentants, à sa formation. Elle doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse.

¹⁹⁶ En effet, l'article 225-1 du Code pénal (Modifié par la loi n°2016-1547 du 18 novembre 2018. Art.86.) dispose que « constitue une discrimination toute distinction opérée entre les personnes physiques » sur le fondement de 20 critères, dont celui du sexe et de l'état de grossesse. Il fait également référence à l'identité de genre. Le Code du

également étendus, la différence de traitement fondé sur le sexe étant prohibée dans l'ensemble de l'activité professionnelle, c'est-à-dire dans l'accès à l'emploi et dans son exercice. Ainsi, on peut se fonder sur cette énumération pour déduire certains actes discriminatoires proscrits. D'autre part, le harcèlement est aussi une forme de discrimination. Il peut s'exprimer¹⁹⁷ sur le terrain de la discrimination fondée sur le sexe et le genre. La défense contre la discrimination doit aboutir à assurer l'absence de discrimination fondée sur le sexe, en fait comme en droit. Autrement dit, elle vient pallier la logique selon laquelle l'égalité doit être uniquement assurée de manière formelle. L'approche nouvelle de la non-discrimination permet la reconnaissance de la singularité des individus y compris de leur sexe. Cette notion permet d'envisager l'égalité de manière différenciée ce qui implique une catégorisation des personnes selon le sexe et également selon d'autres critères. La notion est très large, mais elle est étayée par la jurisprudence. Elle coexiste avec le principe de l'égalité. L'utilité de l'élargissement de la notion de discrimination nous paraît évidente. Non seulement la disposition qui le prévoit respecte les droits entre les sexes, mais surtout, préserve par ricochet les situations propres aux femmes. Plus précisément, la multiplication des critères a permis également de protéger la femme de manière spécifique notamment, comme nous l'avons déjà évoqué, lorsqu'elle est en état de grossesse. En effet, grâce au caractère large de la notion, la femme se retrouvera dans une situation très protectrice dans la mesure où ses droits ne seront pas niés. De cette façon, la

travail prévoit qu'aucun salarié ne peut être écarté d'un recrutement, d'une formation ou encore sanctionné ou licencié ou voir son déroulement de carrière remis en cause en raison de critères discriminatoires dont celui du sexe. De même, la loi du 6 juillet 1989 pose le principe de non-discrimination en matière d'accès au logement avec un aménagement de la charge de la preuve au profit du locataire. La loi du 16 novembre 2001 élargit les critères de discriminations prohibés, et aménage la charge de la preuve en droit du travail.

¹⁹⁷ En parlant d'expression, on peut également évoquer le phénomène #MeToo ou #BalanceTonPorc qui met en lumière la difficile et ancienne question de la libération sociale et juridique de la parole des femmes victimes d'agressions sexuelles. La journaliste Sandra Muller qui a lancé le mouvement « #balancetonporc » pendant le contexte de « l'affaire Weinstein » a participé à cette libération de la parole. L'expression des femmes sur certains faits de sociétés, notamment d'harcèlement sexuels, d'agressions, sexuels et de situation discriminatoire, ont démontré la difficulté juridique à qualifier les différentes infractions pénales notamment au regard de la dimension social et d'intérêt général du phénomène et de la possibilité pour les femmes d'exprimer et de libérer la parole. Une finalité et un contexte qui ont été pris en considération par la Cour d'appel. La Cour d'appel a confirmé les propos qui présentent un caractère diffamatoire, elle estime que le hastag # balancetonporc vise à dénoncé le harcèlement sexuel au sens général et s'inscrivent dans le cadre d'un débat d'intérêt général « dès lors qu'ils visent à dénoncer les comportements à connotation sexuelle et non consentis de certains hommes vis-à-vis des femmes afin que ces agressions physiques ou verbales très longtemps tolérées ou passées sous silence soient largement connues et ne puissent ainsi se perpétuer ». Cette libération de la parole des femmes est ainsi soutenue par la cour, en admettant le bénéfice de la bonne foi à Sandra Muller dans le cadre d'une interprétation moins strictes des éléments constitutifs de l'infraction. C'est pourquoi elle conclut que « le prononcé d'une condamnation même seulement civile, porterait une atteinte disproportionnée à la liberté d'expression et serait de nature à emporter un effet dissuasif pour l'exercice de cette liberté. Le jugement est donc infirmé ». C. LAMY, « #BalanceTonPorc : la condamnation en diffamation de la journaliste Sandra Muller infirmée en appel », Dalloz actualité, 2021, n°19/19081. CA, Paris, 31 mars 2021, n° 19/19081.

Le phénomène #Metoo pose également des questions juridiques au regard de la présomption d'innocence. M.B, [Vidéo], « La présomption d'innocence à l'heure de # MeToo ». Dalloz actualité, 24 septembre 2020.

non-discrimination permettra à la victime d'éviter une concurrence potentielle entre deux statuts, celui de femme et celui de mère.

25. La nécessaire harmonisation législative en matière de non-discrimination. Comme nous venons de le montrer, la multiplication des textes, en particulier en ce qu'ils instituent des motifs de discriminations différents apparaissent comme un frein très important à la lisibilité du droit en la matière, allant même jusqu'à le rendre « invisible »¹⁹⁸. Pour réduire son effet de dissuasion, le législateur français a alors érigé une technique de renvoi au bénéfice de l'article 225-1 du Code pénal, qui comporte à ce jour la liste la plus exhaustive de ces motifs. Cette technique incitative a été initiée par le député Lionel Tardy. C'est lors de l'examen de la loi du 24 mars 2014 relative à l'accès au logement et un urbanisme rénové¹⁹⁹, alors que le texte initial se contentait de compléter la liste des motifs de discrimination qui figurait à l'article 1^{er} de la loi du 6 juillet 1989²⁰⁰ pour la mettre à niveau sur celle du Code pénal, que la commission des affaires économiques de l'Assemblée nationale, dont M. Tardy était député, a modifié l'article 1^{er} de façon à substituer à l'énumération un renvoi vers l'article 225-1. Le rapporteur indiquait privilégier la technique du renvoi sur celle consistant à compléter l'énumération au motif que cette dernière « solution présente [...] un léger inconvénient, en ce que toute modification de la législation pénale impliquerait une modification de la loi de 1989, puisque rien ne justifie que les discriminations réprimées par la loi diffèrent entre le secteur du logement et le droit commun »²⁰¹. Cette position a été confirmée par l'adjonction d'un nouveau motif de discrimination (le lieu de résidence) par l'article 15 de la loi du 21 février 2014²⁰². Ainsi, l'initiative de la démarche débutée avec la loi du 24 mars 2014 mériterait d'être continuée et étendue pour accorder au droit de la discrimination une cohérence qui lui fait aujourd'hui défaut. De plus, le cadre juridique de la lutte contre les discriminations semble aller à l'encontre d'une cohérence des normes de références. En effet, dans certaines situations, le choix de la

¹⁹⁸Mme Gwénaële CALVES lors de son audition. Sénat, Commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale, Rapport n°94 : Projet de loi relatif à la lutte contre les discriminations, présenté par Mme Esther BENBASSA et M. Jean-René LECERF, 12 nov. 2014. [<http://www.senat.fr/>]

¹⁹⁹ Loi n°2014-366 du 24 mars 2014 relative à l'accès au logement et un urbanisme rénové.

²⁰⁰ Loi n° 89-462 du 6 juillet 1989.

²⁰¹ Rapport n° 1329 (XIV^e législature) de M. Daniel GOLDBERG et Mme Audrey LINKENHELD, fait au nom de la commission des affaires économiques de l'Assemblée nationale.

²⁰² (Loi n° 2014-173 du 21 février 2014 de programmation pour la ville et la cohésion urbaine.) De même, il n'était pas non plus nécessaire d'intervenir dans la loi du 6 juillet 1989 (Loi n° 89-462 du 6 juillet 1989 précitée.) alors que l'harmonisation des dispositions législatives du 27 mai 2008 (Loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 précitée) et du Code du travail était nécessaire afin d'accorder toute sa portée à ce nouveau critère.

base juridique de référence semble difficile. On assiste à une fragmentation et une disparité des dispositions relatives à la non-discrimination.

D'ailleurs, le rapport du Conseil d'État sur le principe d'égalité de 1996 énonce que « la non-discrimination [...] constitue une application stricte du principe d'égalité entre les sexes, affirmé par le préambule de la Constitution de 1946 toujours en vigueur. En revanche, elle ne peut avoir pour prétention de réaliser l'égalité réelle des hommes et des femmes dans tous les aspects de la vie sociale »²⁰³.

26. Le maintien des inégalités entre les hommes et les femmes. Ayant ainsi délimité le domaine de la recherche, notre propos consistera à démontrer que, malgré l'invocation constante d'un principe d'égalité homme-femme en droit, la pratique permet largement de constater qu'il existe encore des inégalités²⁰⁴ homme-femme. Sans doute, la question ne semble, à première vue pas novatrice, du moment où l'égalité homme-femme en droit a déjà fait l'objet de nombreuses analyses et par d'éminents auteurs. De même, la rupture d'égalité homme-femme correspond parfois à des situations bien connues en droit constitutionnel. On songe par exemple à la question de la pension de retraite²⁰⁵. Cette rupture d'égalité de traitement trouve bien une place dans la jurisprudence, la loi et la Constitution. En somme, pendant fort longtemps l'égalité n'avait qu'une valeur ornementale, car la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen qui en représente la base initiale n'était pas, elle-même, juridiquement consacrée. Force est de noter que c'est dans la recherche du « juste », que la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen a été élaborée. D'ailleurs, la doctrine affirmait que cette dernière n'avait fait que formuler des « principaux axiomes dégagés par les philosophes et les publicistes, comme les fondements d'une organisation politique juste et rationnelle »²⁰⁶. En effet, sans valeur juridique²⁰⁷, l'égalité demeurerait une « recommandation politique »²⁰⁸ ou « une simple promesse »²⁰⁹.

²⁰³ Rapport du Conseil d'État, *Sur le principe d'égalité*, Paris, La documentation française, 1998, p. 1.

²⁰⁴ *Dictionnaire Littré*, (en ligne) sens 1 : « qualité de ce qui n'est pas égal » ; *Dictionnaire Larousse* (en ligne) : « Caractère, état de choses ou de personnes inégales entre elles ».

²⁰⁵ CE, 29 juillet 2002, *Griesmar*, Req. n° 141112.

²⁰⁶ A. ESMEIN, *Éléments de droit constitutionnel français et comparé*, t. 1, 7^e éd. Sirey, 1921, p. 553.

²⁰⁷ M. HAURIOU, *Précis de droit constitutionnel*, 2^e éd. Sirey, 1929, p. 640.

²⁰⁸ R. CARRE de MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'Etat spécialement d'après les données fournies par le droit constitutionnel français*, t. 1, éd. Sirey, 1920, p. 298.

²⁰⁹ A. ESMEIN, *Éléments de droit constitutionnel français et comparé*, revue par N. NEZARD, t. 1, 8^e éd. Sirey, 1927, p. 600, selon qui l'exercice d'un droit ou d'une liberté suppose « une réglementation que doit en faire le législateur et tant que cette réglementation n'a pas eu lieu, le droit déposé, garanti dans la constitution, ne peut être exercé ; il reste là comme une simple promesse ».

27. Intérêt du sujet. L'intérêt du sujet tient en ce qu'il permet d'analyser le degré d'effectivité du droit à l'égalité entre homme-femme. De plus, ce travail permettra d'expliquer pourquoi le droit n'arrive pas à mettre en œuvre une égalité *de facto*. En effet, si l'on ne peut pas définir avec précision la notion d'égalité des sexes, on peut néanmoins supposer que traiter de l'égalité des sexes revient en conséquence à relater les aspirations de la femme et de l'homme à supprimer certaines inégalités dans un objectif de justice. On peut ainsi saisir « les hésitations du Droit à réaliser »²¹⁰ cette égalité. La doctrine s'accorde sur un point essentiel, celui de « l'existence fondamentale d'une hiérarchie des sexes et, plus précisément, sur l'universalité de la domination masculine »²¹¹. En utilisant cette hiérarchie, nous pouvons saisir « la structure de la relation interactive entre le droit et la société » comme l'enracinement de « la division sexuelle » de la société par le droit, en particulier dans cette domination masculine et cette hiérarchie. En outre, dans cette veine, nous pouvons saisir un certain modèle de valeur du droit qui érige comme standard commun universel la hiérarchie des sexes et la domination masculine. Ici, cette conception ne permettait pas à la femme d'avoir un statut social. Elle n'était qu'une génitrice. Souvent elle était réduite à une propriété du mari et incapable juridiquement. Même si « la notion d'égalité des sexes est donc, par origine, revendicatrice. Elle est la revendication d'un changement de "status" et de l'accès à un autre status ». Ce faisant, elle procède elle-même de ce système de pensée »²¹². De plus, comme pour la structuration, la notion d'égalité des sexes est « dynamique et revendicatrice » ce qui « implique une idée de mouvement par rapport à un état, mais c'est une notion qui n'est jamais globale, elle repose sur des balances globales particulières, spécifiques à tels droits ou valeurs auxquels la femme n'accède pas ou pas aussi aisément que le mâle »²¹³.

28. Si la structuration a pour effet la production de modèles dans la société, cela inclut également « un mode de transformation du droit plus profond qu'on ne le suppose habituellement dans la comparaison des systèmes juridiques »²¹⁴. Aussi, nous devons saisir le processus d'accueil des valeurs issues d'une tradition patriarcale et celles issues d'une revendication portant sur un idéal de justice qui remet en cause la répartition des droits sur la balance particulière de l'égalité homme-femme. Souvent, on peut constater des conflits et des tensions entre ces différentes valeurs, c'est-à-dire celles qui existent déjà dans le système

²¹⁰ 589 D. ALLAND, S. RIALS (dir). *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, 2003, p. 589.

²¹¹ *Ibid.*

²¹² *Ibid.*, p. 591.

²¹³ *Ibid.*

²¹⁴ K. HASEGAWA, « The structuration of law and its working in the japanese legal system », *op. cit.*, p. 320.

juridique et celles qui sont en cours d'introduction. Opérant toujours de la même représentation des sexes, le Droit a eu généralement une attitude protectrice de la femme. En ce sens, la femme était avant tout une épouse et une mère potentielle qui dispose d'une condition physique plus faible que celle de l'homme.

29. L'ancienne Constitution tunisienne du 1^{er} juin 1959²¹⁵ n'était pas, sur le plan substantiel, une copie de la Constitution française de 1958. Elle s'inspirait davantage du modèle américain puisque le Président Bourguiba a choisi le régime présidentiel et elle n'a pas été non plus une copie de « la Constitution américaine »²¹⁶, car le Président en Tunisie disposait de plus de pouvoirs que le Président des États-Unis. Sous le régime de la Constitution tunisienne de 1959, le pays est devenu un modèle de référence en matière d'émancipation des femmes²¹⁷. Le problème essentiel dans le cadre de cette thèse est d'aborder de manière objective le contenu du droit constitutionnel inhérent à chaque État. L'objectif est de déterminer s'il y a une adéquation de la règle juridique au regard des obligations qui incombent à chaque État de garantir un droit égalitaire entre les sujets de droit. En outre, l'étude permettra de montrer si le droit dans les deux États assure une application concrète de ce principe ou si, au contraire, il subsiste actuellement des différenciations de traitement entre la femme et l'homme. L'objectif de cette comparaison en matière de droit constitutionnel est de comprendre l'évolution de la place de la femme dans deux sociétés fondamentalement différentes au niveau culturel, l'un représentant l'Europe et l'autre l'Afrique. Nous verrons que, même si des influences de la France du point de vue de l'organisation juridique tunisienne persistent, certaines branches du droit tunisien s'éloignent totalement du modèle français. En effet, le droit tunisien demeure en grande partie influencé par l'Islam et d'autres règles issues d'un héritage historique plus récent. En d'autres termes, nous serions confrontées à deux droits très différents, mais qui répondent parfois à certaines exigences et aspirations communes. Il faudra alors les cibler, les décrypter et tenter de les comprendre. Cette étude pourra aussi apparaître à certains égards comme un bilan de la situation de la femme au XXI^e siècle. Elle permettra de vérifier les mots d'un célèbre romancier français, Honoré de Balzac, qui jugeait que « l'égalité peut être un droit, mais [qu'] aucune puissance humaine ne saurait la convertir en fait ».

²¹⁵ Adoptée par l'Assemblée nationale constituante, elle comprenait un préambule et 64 articles répartis en dix chapitres. Voy. sur ce sujet de manière détaillée, V. SILVERA, « Le régime constitutionnel de la Tunisie : la Constitution du 1^{er} juin 1959 », in, *Revue française de science politique*, n° 2, 1960, p. 381.

²¹⁶ *Ibidem*. p. 392.

²¹⁷ Voy. K. MEZIOU, « Constitution et égalité hommes et femmes », Cours à l'Académie internationale de Droit constitutionnel, in *Constitution et principe d'égalité*, XX^e session, 10-22 juillet 2004, Rec. Des Cours, Vol. XIV.

30. Le droit international comme inspiration. Pour compenser l'absence d'un droit régional efficace, la Tunisie s'est donc inspirée du droit international, notamment de la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes (CEDAW) afin de promouvoir le principe d'égalité homme-femme. La Convention exige des États partis, dont la France et la Tunisie, de prendre « toutes les mesures appropriées, y compris des mesures législatives, pour assurer le plein épanouissement et le progrès des femmes en vue de leur garantir l'exercice et la jouissance des droits de l'homme et des libertés fondamentales sur la base de l'égalité avec les hommes »²¹⁸. Aussi, le droit international est devenu une source contraignante pour l'État tunisien au même titre que le droit de l'Union européenne pour la France. Le droit international est venu affirmer le principe de l'égalité entre l'homme et la femme.

31. Problématique. Appréhender la question de l'existence du principe d'égalité homme-femme sous l'angle de la recherche de la justice, n'est-ce pas trop risqué ? On aurait certainement raison de répondre par l'affirmative, car, en droit constitutionnel, les dispositions ne nous éclairent pas sur la corrélation entre les deux notions de justice et d'égalité. Mais, on peut affirmer que la réalité de l'égalité homme-femme ne s'est jamais imposée comme une évidence. Si un principe général du droit nous indique son existence dans le passé, ce droit a depuis trouvé un fondement et une valeur constitutionnelle explicite. Mais « jamais personne n'en a donné une définition assurée »²¹⁹. Ainsi, l'égalité homme-femme, au même titre que l'égalité, domine toutes les branches du droit. Aussi, comme déjà évoqué, le principe d'égalité homme-femme comme celui de l'égalité « ne se laisse pas facilement saisir »²²⁰. Elle paraîtrait même « se dérober [er] à toute définition stable »²²¹. Le droit constitutionnel permet la proclamation des droits et libertés fondamentaux. La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 « va synthétiser, laïciser et universaliser les principes »²²². Dans le cadre de cette synthèse, la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen énonce des « revendications idéologiques »²²³, notamment celle de l'égalité. L'article 1^{er} dispose que « Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits. Les distinctions sociales ne peuvent être fondées que sur

²¹⁸ Art. 3 : CEDEF.

²¹⁹ G. VEDEL, « L'égalité », *op. cit.*, p. 172.

²²⁰ A. LYON-CAEN, « L'égalité et la loi en droit du travail », *Dr. social* 1990, p. 68.

²²¹ V. LASSERRE-KIESOW, « L'égalité », *JCP G* 2010, n°23, p. 643.

²²² V. BARBÉ, *L'essentiel du Droit des Libertés fondamentales*, Lextenso, 2014, Les Carrés, p. 24.

²²³ *Ibid.*, p. 25.

l'utilité commune ». Au demeurant, cette déclaration reste particulièrement inspirée par les idées de Jean-Jacques Rousseau ainsi que la philosophie individualiste libérale (XVI^e). La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 éprouve les droits naturels. Par conséquent « elle ne crée pas de droits nouveaux »²²⁴. Ces droits sont notamment universels, car ils sont identiques à tous les individus. Ainsi, la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen admet des droits à tous de manière abstraite. Compte tenu du contexte de l'Ancien régime, la déclaration en réaction à ses abus est empreinte par la dimension de la liberté et de l'égalité. Outre, l'établissement du principe de la garantie des droits par la séparation des pouvoirs²²⁵. Parfois, l'égalité est plus qu'une règle de droit, il s'agit d'un standard, un principe directeur qui permet au juge de s'adapter aux exigences d'une société plus « juste », c'est-à-dire plus égalitaire et équitable. C'est ainsi qu'« à la rigidité de la règle on peut opposer la souplesse du “standard”, qui se borne à donner, en termes généraux, la mesure de conduite moyenne d'une personne normale dans des circonstances déterminées, laissant au juge le soin d'adapter cette mesure à chaque espèce particulière »²²⁶. Selon Pound, c'est bien le juge qui serait l'interprète²²⁷. Ainsi, en droit positif, l'égalité homme-femme est érigée en principe général du droit et en norme constitutionnelle. Il y aurait une remise en cause de la pyramide des sources de droit par la contribution de ce mouvement. En conséquence, on constate l'élargissement du champ d'application du droit à l'égalité homme-femme, en particulier avec la convention européenne des droits de l'homme. Ces droits de « l'irréductible humain » ainsi définis par Mireille Delmas-Marty²²⁸ seraient enrichis par plusieurs sources. Cela transparaît par la multitude de standards qui exprime une légitimité et l'expansion de principes directeurs qui conduisent les juges à se référer régulièrement aux libertés propres aux sociétés démocratiques. La multiplicité de standards et de principes se référant à des textes fondés sur les principes des droits de l'homme nous pousse à mener une réflexion sur l'existence de principes ou de standards communs aux sociétés démocratiques. Aussi, on peut se demander s'il n'existerait pas un principe supérieur, un standard supérieur de l'égalité homme-femme. L'aspect philosophique du sujet se réfère à la notion du droit naturel qui paraît pour certains

²²⁴ *Ibid.*

²²⁵ Art. 16 de la Constitution.

²²⁶ A. AL-SANHOURY, *Les restrictions contractuelles à la liberté individuelle de travail dans la jurisprudence anglaise. Contribution à l'étude comparative de la règle de droit et du standard juridique*, Paris, Marcel Giard, 1925, p. 40.

²²⁷ Voy. entre autres, sur le sujet de la théorie des sources et du rôle du juge dans le système de la Common Law (élaboré par Pound), B. Z. TAMANAHA, *Beyond the Formalist Realist Divide: the Role of Politics in Judging*, Princeton, Princeton University Press, 2010, pp 13-26.

²²⁸ M. DELMAS-MARTY, « Le crime contre l'humanité, les droits de l'homme et l'irréductible humain », *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 1994, n° 3, pp. 477-490.

auteurs comme « en parfait accord avec l'atmosphère idéologique qui anime la théorie des principes généraux du droit »²²⁹. Comme nous l'avons vu plus haut, malgré cette légitimation théorique de l'existence d'une égalité homme-femme relative, on retrouve des exemples pratiques dans lesquels les juges ont admis des traitements inégalitaires entre homme-femme sur le fondement de la différence de situations ou de sauvegarde de l'intérêt général.

32. Plan de l'étude. Pour réussir le dessein de formuler des recommandations, de nombreux obstacles devront être franchis. Le principe d'égalité homme-femme est complexe et nécessite l'appréhension de nombreux concepts. Il irrigue toutes les branches du droit. Aussi, nous avons tout d'abord décidé d'opérer par l'étude du contenu du droit. Ce qui permet par là même d'étudier l'égalité homme-femme en tant que principe. Nous verrons également que la recherche de l'égalité homme-femme en droit n'est rien d'autre, au fond, que celle de la justice. Selon l'approche de Kant, cette dernière voit en premier lieu dans la notion de juste le respect de la personne. En cela, il définit une justice qui passe nécessairement par le respect de la considérable dignité de l'être humain. C'est pourquoi, la personne raisonnable, en ce qu'elle est un sujet de droit doit respecter la dignité humaine. Elle est une réflexion de ce qui se donne pour justice. Autrement dit, être juste se révèle par le fait de traiter l'humanité comme une fin : « Agis de telle sorte que tu traites l'humanité, aussi bien dans ta personne que dans la personne de tout autre, toujours en même temps comme une fin, et jamais simplement comme un moyen »²³⁰. Le respect de la dignité devant la justice découle du respect de la dignité mutuelle²³¹. À cet égard, il conviendra dans une première partie de déterminer les fondements juridiques du principe d'égalité homme-femme en insistant sur son caractère pluriel (**Première partie**). L'étude de la jurisprudence permettra de mesurer le degré d'effectivité du principe et donc de constater que la relativité dépend d'une diversité de facteurs de structuration du principe d'égalité des sexes (**Seconde partie**).

²²⁹ B. JEANNEAU, *Les principes généraux du droit dans la jurisprudence administrative*, Paris, Sirey, 1954, p. 225.

²³⁰ KANT, *Fondements de la métaphysique des mœurs*, 1785.

²³¹ Proudhon, *De la justice dans la révolution et dans l'Église*, 1858. L'approche entamée par l'auteur sera développée par Proudhon en 1858. Il propose la définition suivante de la justice ; « La justice... est le respect, spontanément éprouvé et réciproquement garanti, de la dignité humaine, en quelque personne et dans quelque circonstance qu'elle se trouve compromise, et à quelque risque que nous expose sa défense. De l'identité de la raison chez tous les hommes, et du sentiment de respect qui les porte à maintenir à tout prix leur dignité mutuelle, résulte l'égalité devant la justice.

PREMIÈRE PARTIE :
LES FONDEMENTS DU PRINCIPE DE
L'ÉGALITÉ HOMME-FEMME

33. L'harmonisation par transfert de droit. L'harmonisation peut revêtir plusieurs sens. D'une part, elle consiste « à unifier des ensembles législatifs différents par élaboration d'un droit nouveau empruntant aux uns et aux autres »²³². D'autre part, l'expression peut simplement désigner un « rapprochement entre deux ou plusieurs systèmes juridiques ». Il s'agit ici d'une coordination²³³. Parfois, cette harmonisation peut avoir un caractère social. Il s'agit d'une « technique souple d'égalisation dans le sens du progrès des conditions de vie et de travail entre plusieurs pays, le plus souvent interdépendant économiquement »²³⁴. On peut définir le transfert de droit comme étant « le phénomène beaucoup plus large que celui qu'on désigne habituellement du nom de "mimétisme institutionnel" (imitation, plus ou moins servile par l'ex-colonisé du droit de la métropole) : par le *transfert de droit*, un droit est transmis, d'une société à une autre, avec ou sans contrainte [...] »²³⁵. Il peut s'agir « tantôt d'une "*acculturation*", c'est-à-dire d'une "*transformation globale*" d'un système juridique au contact d'un autre, tantôt simplement d'un "*emprunt*" portant sur une institution particulière »²³⁶. Il reste que la Tunisie semble opérer d'une manière assez semblable à celle du Japon dans la réalisation d'une greffe d'un droit étranger dans le système juridique interne²³⁷. Cette greffe semble pleinement être un succès. Au même titre que le Japon est fascinant en Asie, la Tunisie l'est dans les pays arabomusulmans. C'est un pays qui a aussi su lier la tradition et la modernité. La tradition qui résulte de la transplantation de la *communauté juridique*²³⁸ arabe musulmane dans le système juridique tunisien. La modernité quant à elle résulte des « expériences dites d'ingénierie constitutionnelle (importation du modèle constitutionnel occidental) dans d'autres pays »²³⁹. Ainsi, l'importation du modèle constitutionnel français a été possible, car le système juridique tunisien, dans lequel a eu lieu cette transplantation²⁴⁰ a des caractéristiques propres favorables à la greffe de ce système juridique. En bref, le transfert qui réussit est un transfert qui ne laisse derrière lui aucune trace »²⁴¹. En somme, il y a eu des « tentatives d'occidentalisation des systèmes politiques africains »²⁴². Notamment avec l'importation du modèle constitutionnel français en

²³² G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, PUF, 2016, p. 506.

²³³ *Ibid.*

²³⁴ *Ibid.*

²³⁵ J.-J. SUEUR, *Une introduction à la théorie du droit*, *op. cit.*, p. 56.

²³⁶ *Ibid.* : « Ce phénomène de transfert peut revêtir des formes variables ».

²³⁷ *Ibid.*, p. 61.

²³⁸ G. HUSSERL, *Recht und zeit*, Fünf rechtsphilosophische Essays, Francfort, 1955, pp. 10 et s. ; J.-J. SUEUR, *Une introduction à la théorie du droit*, *op. cit.*, p. 58.

²³⁹ J.-J. SUEUR, *Une introduction à la théorie du droit*, *op. cit.*, p. 57.

²⁴⁰ *Ibid.*, p. 58 ; G. HUSSERL, *Recht und zeit*, *op. cit.*, pp. 10 et s.

²⁴¹ J. J. SUEUR, *op. cit.*, p. 58.

²⁴² *Ibid.*, p. 57.

Tunisie. Mais bien avant la colonisation le système juridique tunisien subit d'autres formes de domination. Concrètement, de nombreux discours juridiques établissent une opposition entre égalité formelle et égalité réelle. Pour certains, cette opposition « conduit à limiter, et parfois même à empêcher, l'appréhension de dispositifs juridiques permettant de lutter concrètement contre les inégalités de fait qui touchent encore majoritairement les femmes »²⁴³. L'égalité formelle est dans son acception définie comme l'application d'un traitement juridique identique à des personnes qui sont placées dans des situations similaires²⁴⁴. Par ailleurs, elle suppose seulement « l'interdiction de la discrimination directe en raison du sexe par la neutralité des normes juridiques et des pratiques des employeurs ou des fournisseurs d'accès aux biens et aux services au regard du sexe des individus »²⁴⁵. Sous le prisme de l'égalité formelle, l'interprétation de l'égalité n'implique pas systématiquement que les femmes en tant que catégorie plus désavantagée soient favorisées. Ainsi, l'égalité formelle va justifier la contestation des mesures « de discriminations positives ». En d'autres termes, l'émergence d'une égalité formelle puiserait ses sources dans l'affirmation *de jure* de l'égalité homme-femme, ce qui pose inévitablement la question de son interprétation. Pour expliquer les problèmes juridiques que l'égalité des droits génère et décrire leur exacte réalité, nous avons choisi en premier lieu de retracer l'émergence d'une égalité formelle qui trouverait ses racines dans l'affirmation *de jure* de l'égalité homme-femme dans les différentes Constitutions. L'émergence de l'égalité entre les hommes et les femmes s'est fondée sur des sources plurielles **(Titre I)**, et, par conséquent, il existerait non pas un seul fondement, mais bien une diversité. **(Titre II)**.

²⁴³ E. FONDIMARE, « La mobilisation de l'égalité formelle contre les mesures tendant à l'égalité réelle entre les femmes et les hommes : le droit de la non-discrimination contre les femmes ? », La Revue des droits de l'homme. p.1. Disponible en ligne [<http://journals.openedition.org/revdh/2885>]. Mis en ligne le 10 janvier 2017, consulté le 11 mars 2017.

²⁴⁴ A. BYRNES, « ARTICLE 1 », IN M. FREEMAN, CH. CHINKIN, B. RUDOLF (Dir.), The UN Convention on the elimination of all forms of discrimination against women. A Commentary, Oxford University Press, 2012, p. 53: « 'Formal equality' often refers to [...] the 'sameness', 'similarly situated', or 'identical treatment' approach to equality. It embodies the presumption that equality means that all persons are to be treated identically, and a failure to do so amounts to discrimination or a denial of equality ».

²⁴⁵ *Ibidem*.

TITRE I :

**LE PLURALISME DES FONDEMENTS DE
L'ÉGALITÉ HOMME-FEMME**

34. Tenter de concilier la réalité de l'ensemble des dispositions juridiques des différents systèmes juridiques avec l'égalité homme-femme consiste, tout d'abord, à mettre en avant les justifications d'une approche similaire appliquée à des États qui se distinguent par leur histoire et leur culture et à vérifier que les solutions qui découlent de cette approche coïncident avec les impératifs poursuivis par la Constitution de chaque État. Si aujourd'hui, les femmes aspirent à plus d'égalité, c'est véritablement grâce à leur histoire²⁴⁶. Celle-ci est marquée par ceux qui ont eu le courage de mener une réflexion sur la question de l'égalité des sexes. Tahar Haddad fut celui qui eut le courage de penser l'égalité des sexes en amorçant la question de l'émancipation des Tunisiennes. Selon lui, « La femme est la mère de l'homme. C'est la moitié de l'homme et la deuxième partie de la nation, en qualité et en quantité, comme en capacité de production... Si donc nous mésestimons la femme et oublions le discrédit et le mépris en lesquels, elle se trouve être aujourd'hui, cela ne saurait être qu'une forme de la mésestime en laquelle nous nous tenons nous mêmes... »²⁴⁷ Cette citation fait échos au choix social et politique de la Tunisie de s'engager dans la voie de l'égalité des sexes sur le plan de la citoyenneté et devant la loi. Ce qui implique le questionnement de la situation matérielle réelle des femmes pour leur contribution au développement économique, social et culturel. Ceci nécessite donc que la femme tunisienne, appelée à assumer un rôle plus actif dans la construction d'un nouvel état démocratique, jouisse pleinement d'un droit à l'éducation²⁴⁸ afin d'accéder au droit, de le comprendre et de participer à son développement en tant qu'actrice à part entière. C'est dans ce contexte socioculturel, que l'État moderne libéral a dû s'organiser pour mettre en place une structure constitutionnelle ainsi qu'une organisation institutionnelle pour établir des normes qui résultent de la théorie du droit et de la gouvernance. L'outil juridique de la gouvernance se trouve dans la norme constitutionnelle, dont l'importance est centrale puisqu'elle est la norme suprême juridique interne. La Constitution organise les organes de l'État en prévoyant juridiquement leurs compétences, leurs pouvoirs et leurs obligations. La Constitution, dans le cadre d'un État démocratique, protège les droits et les libertés de la personne. Dans le droit

²⁴⁶ G. FRAISSE, *Les femmes et leur histoire*, Folio Gallimard, 1998, 624 pages ; M. PERROT, *Les Femmes ou les silences de l'Histoire*, Flammarion, 1998, 493 pages.

²⁴⁷T. HADDAD, *Notre femme dans la législation musulmane et dans la société*, Maison de l'édition tunisienne, 1930.

²⁴⁸ Comme nous l'explique à juste titre Philippe Raimbault, le droit à l'éducation implique des conditions d'organisation qui « prennent la forme d'un service public que l'État se doit d'instituer sur l'ensemble du territoire ». Aussi, l'effectivité de ce droit implique également que ce service soit « soumis au principe de gratuité, au moins pour ce qui concerne la scolarisation dans les établissements scolaires publics ». Ph. RAIMBAULT, « Accès à l'éducation et à la formation », in *Dictionnaire Juridique de l'égalité et de la non-discrimination*, D. THARAUD, C. BOYER-CAPELLE (Dir .), L'Harmattan 2021, p. 6.

tunisien, cela n'a pas toujours été le cas²⁴⁹. Concernant la Constitution tunisienne de 1959, il est certain qu'elle a fait l'objet d'une évolution importante au fil de l'histoire. Depuis un demi-siècle, elle est décrite comme étant « qu'une simple image multicolore d'un carcan juridique de plus en plus serré, au fur et à mesure du temps, face au changement démocratique ». ²⁵⁰ Tout comme en France, la Tunisie a connu de nombreuses sources d'influences dans la construction et l'évolution de la notion d'égalité des sexes. On entend ici par le mot *influence* l'idée d'un « Pouvoir social et politique de quelqu'un, d'un groupe, qui leur permet d'agir sur le cours des événements, des décisions prises ». Ainsi, pour les deux États, l'émergence de ce droit n'a été possible qu'avec la reconnaissance juridique de ce droit. Ce pluralisme des sources transparaît à travers la portée du fondement constitutionnel de l'égalité homme-femme (**Chapitre I**), mais aussi à travers l'accentuation jurisprudentielle du morcellement des normes de références (**Chapitre II**).

²⁴⁹ En effet, la loi organique n°32 du 3 mai 1988 prohibe toute intervention des traités internationaux concernant les libertés et les droits de l'Homme. Le préambule de la Constitution de 1959 proclame la volonté d'« instaurer une démocratie fondée sur la souveraineté du peuple et caractérisée par un régime politique stable et basé sur la séparation des pouvoirs » et ensuite « que le régime républicain constitue la meilleure garantie pour le respect des droits de l'Homme, pour l'instauration de l'égalité des citoyens en droits et en devoirs... ».

²⁵⁰ *Ibid.*

CHAPITRE I : LA PORTÉE DU FONDEMENT CONSTITUTIONNEL DE L'ÉGALITE HOMME-FEMME

35. Le fondement constitutionnel de l'égalité des sexes. La question du fondement constitutionnel de l'égalité des sexes implique également de se référer aux dispositions constitutionnelles qui consacrent le droit à l'égalité. En effet, l'égalité des sexes peut se présenter comme étant une composante du principe de l'égalité. Compte tenu de l'histoire constitutionnelle française, le principe d'égalité y occupe une place particulière sur laquelle la doctrine s'accorde. Aujourd'hui, « sur l'échiquier des droits fondamentaux, l'égalité représente assurément une pièce maîtresse »²⁵¹. Le droit à l'égalité bénéficie de fondements pluriels dans la Constitution et il prend sa source dans des textes constitutionnels précis. Il convient d'examiner si le droit à l'égalité est également devenu une norme de référence incontestable au sein de la Constitution tunisienne et de rechercher les fondements identifiables et potentiels de l'égalité des sexes au sein des Constitutions française et tunisienne. S'il résulte de l'analyse l'existence de la valeur constitutionnelle de l'égalité homme-femme en France, on peut également constater la consécration de la même valeur à ce droit en Tunisie. Dans un premier temps, la consécration du principe d'égalité des sexes s'est réalisée de manière implicite et elle marque l'aboutissement d'une évolution juridique historique. Dès lors, les circonstances dans lesquelles a été introduite l'égalité des sexes dans le système juridique (**Section 1**) ont constitué, dans un second temps, un cadre favorable à l'introduction explicite de l'égalité des sexes et elle constitue le premier point de convergence entre les deux systèmes (**Section 2**). En France, ces fondements sont dégagés par le Conseil constitutionnel afin de saisir la diversité de ses composantes, notamment celui de l'égalité des sexes. En Tunisie, la Cour constitutionnelle n'a pas eu de rôle important dans la construction de la signification du droit à l'égalité. En effet, l'absence d'une Cour constitutionnelle effective sous l'ancien régime et l'attente de l'instauration de cette dernière depuis la révolution de 2011 expliquent l'absence de rôle joué par le juge constitutionnel tunisien en la matière. Les assises textuelles du droit à l'égalité s'analysent comme autant de sources, à la disposition du législateur, pour assurer l'égalité des sexes comme un droit constitutionnellement garanti. Ces garanties peuvent résulter de dispositions spécifiques, mais également de la multitude de fondements textuels généraux. Toutefois, en Tunisie, le législateur pourrait se trouver limité dans la garantie de ce droit.

²⁵¹ L. FAVOREU et al., *Droit Constitutionnel*, Dalloz, 2018. p. 1057.

Section 1 : De la formule « tous les citoyens » à la consécration de l'égalité entre « les citoyens et les citoyennes »

36. La multiplicité des structures du système juridique tunisien. Si l'on reprend l'analyse d'HASEGAWA, la Tunisie a connu dans l'interaction entre le droit et la société une intégration dans la structure d'une approche plus égalitariste que la France au cours de son histoire. Toutefois, contrairement à la France où le sujet de l'égalité dans tous les domaines est ancré dans les mœurs, la Tunisie s'est intéressée à la question des discriminations des femmes de manière assez contemporaine. Pour comprendre comment ce sujet s'est imposé dans ce pays, il faut nécessairement se placer dans une perspective historique. L'égalité homme-femme, sa protection et sa promotion ont longtemps été considérées comme secondaires. La recherche de la protection de l'égalité homme-femme correspond à l'examen de la possibilité pour les différents systèmes juridiques de comporter une disposition composant le fondement juridique de ce droit. Cela n'est possible que s'il existe au préalable une reconnaissance du principe d'égalité homme-femme dans le système juridique propre à chacun des deux États étudiés. Or, tel semble *a priori* être le cas des femmes. Il faut donc tenter de déterminer le contexte d'intégration de la notion d'égalité homme-femme en droit tunisien à la lumière du droit français, et pour cela, analyser les influences culturelles et juridiques dans les différentes « sphères »²⁵². Quoiqu'il en soit, il convient de relever que c'est la révolution du Jasmin de 2011 qui a ravivé le sujet de l'égalité des sexes dans ce pays dont une partie profonde de sa structure est de tradition « arabo-musulmane ». En effet, la révolution du Jasmin a amorcé une « transition constitutionnelle » qui pose les nouvelles bases d'un État démocratique²⁵³. Ici, la question est de savoir si l'égalité homme-femme est un modèle de valeurs du droit déjà existant dans la structure juridique tunisienne.

37. Les influences « Kémaliste » et Égyptiennes dans la structure juridique tunisienne. Il existe une double influence dans l'évolution sociale et juridique de la femme tunisienne en dehors des influences française et tribale. Les réformes adoptées sont en partie inspirées du mouvement égyptien et turc. Ces influences ont marqué la structure juridique tunisienne, car

²⁵² Sphères politique, culturelles et économiques.

²⁵³ N. MARZOUKI, « La transition tunisienne : du compromis démocratique à la réconciliation forcée », *Pouvoirs*, 2016/1, n° 156, pp. 83-94.

certaines pays deviennent une véritable source d'inspiration. Ainsi, ce sont les réformes « *kémalistes* »²⁵⁴ pour émanciper la femme turque qui ont ouvert la porte au débat dans d'autres pays. Cette période propice au changement va générer une dynamique convergente entre le modèle turc et divers projets de réformes menés par d'autres chefs d'État²⁵⁵. Le modèle turc a fasciné le monde musulman et surpris le monde occidental. La femme turque a bénéficié d'avancées en termes de droit bien avant la femme européenne. Mais, cette avancée est nuancée par de nombreuses réactions de rejet sur le territoire arabo-musulman. Les conservateurs encadrés par les *ulémas* condamnent le modèle *Kemaliste* au motif de la conservation du patrimoine arabe. La laïcité est condamnée par les frères musulmans d'Égypte²⁵⁶ en raison de son incompatibilité avec l'Islam. Cette hostilité envers ce modèle n'est pas exclusivement nourrie par le conservatisme religieux. La géopolitique est un autre facteur du rejet à l'égard du modèle turc.²⁵⁷ Même si ces États admirent cet élan de modernisation des droits des femmes, les différends diplomatiques notamment à l'égard de l'Empire ottoman perçu comme un colonisateur ont été un frein à l'implantation d'un modèle d'émancipation des droits des femmes dans la région²⁵⁸. Le *kémalisme* a exercé une certaine influence, mais n'a jamais été décalqué par ces pays voisins et plus lointains. Malgré la difficulté à exporter ce modèle, pour une partie des élites arabes et musulmanes, il demeure une référence. Dans le cas de la Tunisie,

²⁵⁴ La Turquie est le premier État musulman à avoir adopté un régime républicain laïc dans le monde musulman. Il s'agit des réformes prises par Mustafa Kemal Atatürk (Mustafa Kemal Atatürk « père » de la Turquie moderne a adopté des réformes radicales. Elles ont pour principal objectif d'instaurer une constitution ainsi que des réformes visant l'émancipation des femmes). Atatürk a été le premier à s'opposer aux conservateurs des pays arabo-musulmans. Cette opposition va aboutir à la mise en place d'un État moderne d'origine perse. Cet État moderne devient anticlérical, progressiste et laïc. La Turquie devient une source d'inspiration, car elle est considérée comme un modèle d'inspiration. L'histoire démontre un rapprochement avec ces pays. Toutefois, elle met en évidence le facteur géo-politique en tant qu'obstacle. En 1934, le chef de l'État iranien Reza Chah Pahlavi, a été pendant plusieurs semaines l'hôte d'Atatürk. Il a demandé depuis Ankara par télégramme à son premier ministre, Mohammed Ali Faruahi, d'accélérer les mesures d'occidentalisation. Pour cela il a suivi le modèle turc en s'attaquant dans un premier temps aux symboles, notamment en remettant en cause le couvre-chef des hommes et le *tchador* féminin. D'autres mesures ont suivies ; l'interdiction de la polygamie, l'abolition des titres de noblesse ainsi que le cléricisme de l'État.

²⁵⁵ Parmi ces partisans ; Jinnah au Pakistan, Chadli Ben Chedid en Algérie, Abd el-Aziz Fahmi en Égypte et enfin Bourguiba en Tunisie. Les sujets de débats portent principalement sur les réformes de l'alphabet, le port de vêtements de style occidental et l'ensemble des mesures touchant à l'émancipation féminine. Concernant la réforme de l'Alphabet, en 1944, Abd- el- Aziz Fahmi propose la latinisation de l'écriture sur le modèle Turc en Égypte. Concernant le port de vêtements, en 1952, il propose la mise en index du *tarbouche*. Une mesure calquée sur la réforme turque de Kemal avec l'abolition du *fez* en 1925.

²⁵⁶ Notamment par *Hassan el Banna* fondateur de l'association les frères musulmans d'Égypte en 1928.

²⁵⁷ En Syrie, certains contentieux politiques ont été l'occasion pour critiquer et remettre en cause les choix doctrinaux du régime d'Atatürk. Ces contentieux portent sur le partage des eaux de l'Euphrate ainsi que la revendication de la Syrie sur la province de Hatay anciennement dénommée le sandjak d'Alexandrette. La province de Hatay est située au sud-est de la Turquie. C'est une province de Turquie limitrophe de la Syrie. La surface totale de cette province est de 5 403 km² et comprend une population de 1 296 358 habitants. La région présente aussi une diversité de religions.

²⁵⁸ Le cas de l'Irak conforte cette idée. L'État irakien était méfiant vis-à-vis de l'ancienne puissance coloniale malgré un intérêt pour le modèle turc.

il a fallu attendre la décolonisation pour envisager d'instaurer de nouvelles réformes inspirées directement du modèle turc et d'autres inspirées par l'Égypte²⁵⁹. Ce n'est que très tardivement que les femmes du harem beylical ont eu accès à un enseignement calqué sur le modèle turc²⁶⁰. Aussi, le choix du modèle égyptien par la Tunisie en matière de laïcité a pour conséquence une meilleure acceptation et compréhension de cette transition par le peuple²⁶¹. En effet, le président Bourguiba admiratif d'Atatürk²⁶² voulait instaurer le principe de laïcité dans la pratique. Il désirait amener le peuple tunisien vers la voie de la laïcité malgré l'hostilité rencontrée. Sa volonté de fer s'est rapidement heurtée au fait que le peuple n'était pas prêt à accepter ce changement radical²⁶³. Il n'avait pas pris en compte la limite religieuse à ces réformes libérales. Cependant, il a dû réaliser qu'une inscription constitutionnelle du principe de laïcité ne pouvait être viable sans un travail sérieux pour changer de manière profonde et durable la société tunisienne. C'est pourquoi la laïcité ne sera jamais consacrée dans un texte juridique même si elle se renforce dans la pratique. Ce n'est que par la suite, au contact du système juridique français que la question de la relation entre les droits des femmes et la laïcité sera de nouveau

²⁵⁹ Il existe en effet un point commun avec la vision égyptienne du principe d'égalité des sexes, celle de l'intégration de l'Islam et de la nécessité d'interpréter les textes religieux pour une évolution des rapports homme-femme. Le lien entre les deux États relève également d'une question d'altérité qui va certainement marquer le dialogue juridique entre ces deux États. Voy. K. CHATER, « La perception de « l'Autre » en Égypte et en Tunisie au XIX^e siècle : l'émergence d'un nouveau paradigme », *Cahiers de la Méditerranée*, 2003, pp. 305-320. De plus, ce dialogue juridique qui peut également être perçu comme constituant un miroir législatif, va également constituer des laboratoires expérimentaux en matière de transition démocratique. P. PICCININ DA PRATA, « Tunisie - Égypte : Un laboratoire exemplaire ? », *Les Cahiers de l'Orient*, vol. 109, 2013, pp. 65-87.

²⁶⁰ Ce sont ces femmes qui ont été les premières à bénéficier de ces réformes.

Les femmes *husseïnites* avaient des origines ethniques différentes. Elles ont deux statuts juridiques qui déterminaient leur place dans le harem. Le premier statut était celui d'épouse et le second de concubine. Leur éducation était principalement assurée par des *mouaddibas* qui leur enseignaient le Coran afin de disposer d'un minimum de connaissance religieuse.

En comparaison avec la Turquie, les femmes tunisiennes étaient peu éduquées notamment sur le plan de l'éducation musicale, littéraire ou encore linguistique. Il faut attendre l'arrivée de Kmar Baya à la cour pour voir des améliorations en la matière, car elle modernise l'éducation des jeunes filles et elle pratique les mêmes exercices intellectuels et culturels que les princesses ottomanes avec l'apprentissage de la langue arabe et turque.

²⁶¹ Contrairement à la Turquie qui a imposé une laïcité mal comprise par le peuple, l'Égypte n'a pas connu de rupture profonde dans la tradition arabo-musulmane. La Tunisie n'a pas réussi à imposer le principe de laïcité comme ce fut le cas en Turquie. Ce qui pourrait expliquer, en partie, les difficultés rencontrées par la société turque actuelle vis-à-vis de ce principe constitutionnel.

²⁶² V. SILVERA, « Le régime constitutionnel de la Tunisie : la Constitution du 1^{er} juin 1959 », *Revue française de science politique*, 1960, p. 394.

²⁶³ En ce sens, il y a eu probablement une volonté d'instaurer une politique laïque, mais les événements de l'époque ont démontré que les mentalités n'étaient pas encore prêtes pour accepter cette évolution. (D'ailleurs, en Tunisie, un événement majeur va dans le sens des risques encourus par la rupture de la tradition arabo-musulmane. Le Président était favorable pour une politique d'émancipation du peuple tunisien vis-à-vis de la religion. Il a incité et encouragé les tunisiens à rompre le jeûne pendant le Ramadan notamment avec une campagne télévisuelle où il buvait un verre d'eau. Voy. M. CAMEAU, V. GESSER (dir.), *Habib Bourguiba, « la trace et l'héritage »*, Édition Karthala, 2004, Institut d'études politiques Aix en Provence, p. 90.) La conséquence fut directe face à cette tentative de laïcisation de l'État, puisque le 27 janvier 1961, une manifestation se déroula à Kairouan au cours de laquelle il y a eu plusieurs morts et blessés. Afin de ne pas reproduire cet incident, le gouvernement met un frein aux différentes réformes liées à la religion pour éviter tout soulèvement des conservateurs (L. RUDEBECK, « *party and people. A study of political Change in Tunisia* », Stockholm, Almqvist and Wiksell, 1967, pp. 62-67.)

débatu. À ce titre, il appert que l'histoire de France et de Tunisie se croise puisque la Tunisie a, pendant de nombreuses années, vécu sous le régime du protectorat français. Cette interaction entre les deux droits constitue en Tunisie une combinaison de différentes couches de structures juridiques dans lesquelles un certain modèle de valeurs du droit a imprégné la structure contemporaine du droit tunisien²⁶⁴. Au sein de cette dernière, différentes valeurs existantes et valeurs étrangères connaissent une certaine tension, notamment l'égalité des sexes et la religion. Ces tensions et les conséquences inhérentes à ces dernières vont également enrichir et marquer la structuration juridique tunisienne.

38. Pour comprendre comment le constituant a réussi à affirmer de manière explicite l'égalité homme-femme, il convient tout d'abord d'évoquer les circonstances ayant mené les représentants du peuple à introduire ces dispositions (§1). Expliquer ce que sont ces dispositions consacrant l'égalité entre les deux sexes, que la majorité de la doctrine applaudit en qualifiant la Tunisie de pays précurseur en la matière, apparaît à cet égard indispensable. Nous verrons que si l'ancienne formule juridique « *tous les citoyens ont les mêmes droits et les mêmes devoirs. Ils sont égaux devant la loi* » peut sembler nébuleuse *prima facie*, elle se révèle en réalité aisément intelligible à la lumière de son contexte historique et politique (§2). Ce préalable achevé, il sera ensuite possible de détailler la nouvelle disposition qui consacre que « les citoyens et citoyennes sont égaux en droits et devoirs » qui a permis à l'Assemblée nationale constituante tunisienne (ANCT) de s'entendre en concluant sur l'affirmation explicite de l'égalité homme-femme alors qu'*a priori* les intérêts que défendent les différents partis au sein de cette assemblée paraissent plutôt opposés.

§ 1. Les circonstances de l'introduction implicite de l'égalité des sexes dans le système juridique tunisien

39. L'affirmation nuancée de l'égalité homme-femme au cours de l'histoire constitutionnelle tunisienne. Tout au long du XXe siècle, le droit positif tunisien a fait l'objet

²⁶⁴Voy. B. BADIÉ, « L'impact de la Révolution française sur les sociétés musulmanes : évidences et ambiguïtés », *Revue Internationale des Sciences sociales*, 1989, vol. 119, pp. 7-18. ; E. HERMASSI, « La Révolution française et le monde arabe », *R.I.S.S.*, vol. 119, févr. pp. 35-46 ; S. MARDIN, « L'influence de la Révolution française sur l'empire ottoman », *R.I.S.S.*, 1989, vol. 119, pp. 19-34. Cité par H. KHADHAR. Cité par K. HEDIA, « La Révolution française, le Pacte fondamental et la première Constitution tunisienne de 1861 », *Revue du monde musulman et de la Méditerranée* 1989, n° 52-53, pp. 132-137.

d'une grande évolution en raison des mutations qu'a connues l'État. Progressivement, le droit s'émancipe de la conception patriarcale de la société dans laquelle la femme est inférieure à l'homme. Le droit tunisien se détache de plus en plus du droit musulman. L'introduction de nouvelles lois a permis de moderniser la situation de la femme et de rééquilibrer certaines inégalités. Pour que ce principe devienne un principe fondamental, il fallait d'abord rechercher l'existence d'une constitutionnalisation du principe d'égalité et voir l'extension du principe aux dispositions législatives. Le droit Tunisien connut une véritable mutation avec l'introduction progressive du droit à l'égalité dès 1857. Les traces de cette mutation sont aujourd'hui perceptibles au travers du fait que le principe d'égalité entre les sexes a désormais une valeur constitutionnelle aussi bien en droit français qu'en droit tunisien. Toutefois, avant cette consécration constitutionnelle, c'est par la loi que l'égalité, d'abord, fut consacrée, puis l'égalité homme-femme. Grâce à son impérativité et à son pouvoir de contrainte, la loi est apparue comme l'instrument idoine pour que l'égalité homme-femme soit respectée. Une étude législative montrera que la mutation dont nous parlons est le fruit d'une lente évolution du principe d'égalité homme-femme. Les manifestations de cette mutation sont perceptibles dans l'étude de la discrimination positive. Cette mutation fut marquée par une lente évolution juridique en faveur de l'égalité homme-femme. La période décisive pour le droit des femmes fut la période beylicale. C'est la période qui a permis à la Tunisie de prendre un tournant vers la modernisation qui marqua l'aube d'une époque où le droit devient plus favorable à l'égalité. Le Pacte fondamental de 1857 (A) et la Constitution de 1861 (B) ont initié les projets de réformes de la Tunisie. En effet, cette époque est marquée par l'acquisition tardive de l'égalité entre les citoyens. Elle a vu l'influence déterminante de l'égalité, laquelle a permis par la suite une consécration implicite de l'égalité homme-femme avec la Constitution de 1959 (C).

A) Les prémices du droit à l'égalité : le Pacte Fondamental du 10 septembre 1857

40. La consécration du principe par une évolution institutionnelle. Le premier homme politique à avoir introduit dans le Pacte fondamental en 1857 l'égalité fut M'Hamed Bey²⁶⁵, au

²⁶⁵ H. SAIDI, « Le protectorat et le droit. La régence de Tunis entre la Charte de 1861 et le système colonial français ». *Insaniyat* / 2014, *إنسانيات*, pp. 239-257, disponible en ligne [<http://journals.openedition.org/insaniyat/14878> ; DOI : <https://doi.org/10.4000/insaniyat.14878>].

XIX^e siècle. C'est lors de cette période que la Tunisie connut d'importantes réformes²⁶⁶ inspirées du modèle français²⁶⁷. Les plus marquantes dans le domaine politique sont : la promulgation du Pacte Fondamental du 10 septembre 1857²⁶⁸ et la Constitution de 1861. Selon M'Hamed Bey, comme il l'écrit aux Consuls de France et d'Angleterre, les réformes²⁶⁹ étaient nécessaires aux besoins de la Tunisie²⁷⁰. Le consul de France à Tunis s'impacienta du retard pris par le Bey pour exécuter ses engagements²⁷¹. La construction étatique et juridique de la Tunisie débute par le Pacte fondamental du 10 septembre 1857. Cette même année, la condamnation de Samuel Sfez, un charretier de confession juive pour blasphème par le Bey précipita l'adoption du Pacte²⁷². En août 1957, une escadre française²⁷³ interpella le Bey dans le cadre d'une invitation et lui demanda quelles étaient les mesures qu'il allait prendre pour garantir qu'un tel événement²⁷⁴ ne se reproduise jamais. En réponse, le Bey s'engagea à promulguer le Pacte fondamental et une Constitution. C'est à la suite de cet épisode historique que le Pacte fut promulgué par M'Hamed Bey²⁷⁵.

41. Le Pacte fondamental recense les principes relatifs aux droits de l'Homme, notamment le principe d'égalité. Le Pacte²⁷⁶ est une déclaration écrite en date du 10

²⁶⁶ Voy. M. SMIDA, *Khéreddine, ministre réformateur*, M.T.E., Tunis, 1970 ; A. ABDEL-MALEK, *Idéologie et renaissance nationale, L'Égypte moderne*, Paris, Anthropos, 1969.

²⁶⁷ Voy. B. BADIÉ, « L'impact de la Révolution française sur les sociétés musulmanes : évidences et ambiguïtés », *Revue Internationale des Sciences sociales* 1989, vol. 119, pp. 7-18.

; E. HERMASSI, « La Révolution française et le monde arabe », *R.I.S.S.*, vol. 119, 1989, pp. 35-46 ; S. MARDIN, « L'influence de la Révolution française sur l'empire ottoman », *R.I.S.S.* 1989, vol. 119, pp. 19-34.

²⁶⁸ Le Pacte fondamental, version française publiée par la Société Tunisienne d'Étude du XVIII^e siècle, Tunis 1989.

²⁶⁹ Voy. M. SMIDA, *Khéreddine, ministre réformateur*, *Op. Cit. Ibidem* ; A. ABDEL-MALEK, *Idéologie et renaissance nationale*, *Op. Cit. Ibidem*.

²⁷⁰ « Je te (sic) prie de faire connaître au gouvernement de Sa Majesté (...) que je suis disposé à introduire dans mes États les réformes qui ont été successivement adoptées par la Sublime Porte [...] en les modifiant de façon à les rendre conformes à l'État et aux besoins de mon pays ». Mémoires des Consuls de France et d'Angleterre. Archives Générales. Premier Ministère (Tunis). Dossier 403. Carton 118. Pièces 51 et 53.

²⁷¹ Le consul répondit : « Dix-huit mois s'étaient déjà écoulés depuis cette déclaration solennelle et Son Altesse n'avait encore donné, ni à son peuple ni aux sujets des puissances alliées établies dans ses États, aucune des réformes dont elle avait promis l'adoption » *Ibidem*.

²⁷² K. HEDIA. « La Révolution française, le Pacte fondamental et la première Constitution tunisienne de 1861 » *Op. Cit. Ibidem*.

²⁷³ Sous la direction de l'Amiral Tréhouart qui était au port de La Goulette.

²⁷⁴ En effet, l'exécution de ce charretier, au nom du droit malékite, le 24 juillet 1957, poussa l'Angleterre et la France à intervenir pour la condamner. Les deux puissances estimaient qu'il s'agissait d'une persécution d'une minorité religieuse *Ibidem*. Autrement dit, « Tunis était en dernier lieu le théâtre d'une exécution qui rappelait l'époque la plus regrettable du fanatisme musulman et constituait un défi jeté à la puissance de l'Europe ». Déclaration écrite du Consul de France, Léon Roches, in Mémoires des Consuls de France et d'Angleterre. Archives Générales. Premier Ministère (Tunis).

²⁷⁵ Cette promulgation a eu lieu devant une assemblée. Cette dernière était formée des *Memeluks*, des *Ulema* et des Consuls étrangers.

²⁷⁶ Ce pacte ne revêt pas tous les caractères d'une Constitution. Il constitue un catalogue restrictif des droits reconnus. A. MAAREK, « Le Pacte Fondamental et les réformes à travers les archives diplomatiques françaises »,

septembre 1857 par laquelle le Bey s'engage à garantir à tous les habitants du Royaume la liberté, la sécurité et l'égalité en droit²⁷⁷. Ce pacte²⁷⁸ ne revêt pas tous les caractères d'une Constitution. Il constitue un catalogue restrictif des droits reconnus aux habitants de la Tunisie, dont l'égalité entre tous les sujets du Bey. On peut distinguer les dispositions relatives aux principes posés par le Pacte et celles relatives aux droits des étrangers dans la régence. Sur le plan des principes ternaires, nous nous intéresserons à celui de l'égalité. Nous laisserons de côté les autres principes et les droits relatifs aux étrangers de la régence dont le contenu n'entre pas dans le cadre de cette étude. En effet, dans le Pacte fondamental, deux articles consacrent l'égalité de manière générale. Les sujets musulmans et non musulmans sont égaux devant la loi (article 3) et l'impôt (article 2). Ainsi, le Pacte fondamental s'inspire des théories et concepts de la pensée libérale et de la philosophie des Lumières. La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 proclame dans son article 1^{er} : « Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits. Les distinctions sociales ne peuvent être fondées que sur l'utilité commune ». Son article 13 prévoit aussi l'égalité devant l'impôt sans se référer à la confession. En outre, le Pacte comme la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen exclut les femmes du champ d'application de l'égalité. Elles ne sont pas concernées par ces dispositions. Toutefois, on peut souligner un début de détachement du Pacte avec le droit public musulman. En effet, l'affirmation de l'égalité devant l'impôt et devant la loi sans distinction de religion remet en question certains principes posés par le droit musulman traditionnel, dont la *Djizya*²⁷⁹ et la *dimminitude*²⁸⁰. Les femmes non-musulmanes étaient avantagées par rapport aux hommes non-musulmans. En effet, seules ces dernières, ainsi que les enfants, les esclaves, les infirmes et les déments étaient généralement exemptés de ce tribut. Autrement dit, le Pacte fondamental tunisien du 10 septembre 1857 garantit la liberté et l'égalité des sujets. Aussi, « le Pacte fondamental constitue un essai d'application territoriale de la loi »²⁸¹. En ce sens, l'article 3 du

Entre orient et occident. Juifs et Musulmans en Tunisie, D. COHEN-TANNOUJJI (Dir.), Éditions de l'Éclat, 2007, pp. 133-141.

²⁷⁷ Au sein du préambule du Pacte, le Bey a inscrit : « Dieu est témoin que j'accepte ses hautes prescriptions pour prouver que je préfère le bonheur de mes États à mon avantage personnel ». Autrement dit, l'adoption de ce Pacte par le M'Hamed Bey est placée sous l'autorité de « Dieu ». Il s'engage également à respecter les lois divines puisque le Préambule s'achève en disposant que « rien dans ce Code ne sera contraire à ses saintes prescriptions ».

²⁷⁸ Le Pacte comportait 11 articles.

²⁷⁹ La *Djizya* peut se définir comme étant une capitation, une taxe dont l'acquittement pèse uniquement sur les individus non-musulmans sujets d'un État musulman.

²⁸⁰ Verset 29 de la sourate *at-tawbah* (le repentir) du Coran : « Faites la guerre à ceux qui ne croient point en Dieu ni au jour dernier, qui ne regardent point comme défendu ce que Dieu et son apôtre ont défendu, et à ceux d'entre les hommes des Écritures qui ne professent pas la vraie religion. Faites-leur la guerre jusqu'à ce qu'ils payent le tribut de leurs propres mains et qu'ils se soient soumis. »

²⁸¹V. SILVERA, « Le régime constitutionnel de la Tunisie : la Constitution du 1er juin 1959 », *Revue française de science politique*, n°2, 1960, pp. 366-394.

Pacte édictait que tous les habitants du pays, quelle que soit leur confession, seraient égaux devant la loi. De plus, l'article 8 précisait aussi qu'aucun des sujets du Bey, musulmans ou autres ne disposeraient d'un privilège spécial. Le Pacte de 1857 permit à la Tunisie d'emprunter un chemin nouveau, celui d'une monarchie constitutionnelle et d'une politique plus libérale. En ce sens, en 1859, après la mort subite de M'Hamed Bey, son successeur Mohamed Essa-dok, prêta avant son règne un serment de fidélité aux stipulations du Pacte : « Nous nous engageons non seulement en notre nom, mais au nom de nos successeurs : Aucun d'eux ne pourra régner qu'après avoir juré l'observation de ces institutions libérales ». Le 17 septembre 1860, Sadok Bey remettait à Napoléon III, à Alger, une copie de la Constitution de 1861 en français.

B) Le Bey au pouvoir poursuit la construction initiée par ses prédécesseurs : la
Constitution du 26 avril 1861

42. La première Constitution « arabe ». Le Bey Mohamed Sadok remarqua les lacunes relatives à l'organisation administrative. Dans la volonté de parachever l'œuvre de son prédécesseur, il octroya une Constitution le 26 avril 1861²⁸². Des réformes remarquables furent adoptées dans le domaine législatif. Elles ont marqué l'histoire du droit public tunisien. En effet, dans cette mouvance réformiste, l'État se dote le 26 avril 1861 de la « Loi de l'État ». Elle est en réalité la première forme de Constitution arabe, mais qui se nomme « Loi », car le vocabulaire juridique arabe ne comporte pas la notion de Constitution. Cette « Loi de l'État » a procédé à l'organisation des pouvoirs politiques qui instituait dans les faits un régime de monarchie constitutionnelle²⁸³. Dans la loi de l'État, figure le principe d'égalité devant la loi. Elle faisait partie des réformes voulues par Kheireddine²⁸⁴ et d'autres intellectuels et hommes politiques influents dans le pays. La Constitution de 1861 prévoyait des dispositions relatives à

²⁸²Ce texte fut écrit par Ahmed Ibn Abi Diaf, un haut fonctionnaire de l'État beylical qui deviendra l'historien tunisien le plus célèbre au XIX^e siècle (1804-1874). Ibn Abi Diaf est scribe et Garde des Sceaux dans l'entourage beylical sous les règnes de Hussein II Bey (1824-1835), Moustapha Bey (1835-1837), Ahmed Ier Bey (1837-1855), Mohammed Bey (1855-1859) et Sadok Bey (1859-1874). Il est l'auteur d'une chronique, *Ithaf ahl az-zaman bi akhbar Tounès wa 'ahd al aman* [Présent aux hommes de notre temps. Chronique des rois de Tunis et du Pacte Fondamental], A. J'DEY, *La pensée sociale, politique et culturelle de Ben Dhiaf*, Université de Nice, 1987, 3 vol.

²⁸³ Elle instaura un régime monarchique de type parlementaire. On passe donc d'une monarchie absolue à une monarchie libérale. Elle fut soumise au préalable à Napoléon III. Cette dernière comportait 114 articles répartis en 13 chapitres.

²⁸⁴A. DEMEERSMAN, « La doctrine de Kheireddine en matière de politique intérieure », *Revue ibla*, 1^{er} trimestre 1958, pp. 13-29. Cité par H. SAIDI, « Le protectorat et le droit. La Régence de Tunis entre la Charte de 1861 et le système colonial français », *Revue algérienne d'anthropologie et de sciences sociales Insaniyat*, 2014, pp. 239-257. Disponible en ligne [<http://journals.openedition.org/insaniyat/14878>].

l'égalité entre tous les habitants du royaume sans distinction de religion²⁸⁵. L'application de la Constitution de 1861 est suspendue 3 ans après son entrée en vigueur²⁸⁶.

C) L'indépendance de la Tunisie en 1956 : une consécration implicite de l'égalité homme-femme

43. L'affirmation limitée du principe d'égalité dans le système juridique tunisien postcolonial. L'année 1956 est marquée par l'unification législative en date du 13 août 1956 avec la promulgation du Code du statut personnel (CSP). Ce dernier entra en vigueur en janvier 1957. Les dispositions de ce Code s'appliquent à l'ensemble des Tunisiens, sans distinction de confessions. Autrement dit, le système qui impliquait une application de dispositions en fonction de la confession héritée du droit musulman est supprimé. Ainsi, la loi est la même pour tous les Tunisiens y compris en matière de droit de la famille²⁸⁷. La loi s'impose face au droit musulman. Cette évolution juridique n'a été possible qu'avec l'intervention de Habib Bourguiba. En 1956, Habib Bourguiba obtint l'indépendance de la Tunisie et il devint le président de la République tunisienne en 1957²⁸⁸. C'est la fin du règne de la dynastie beylicale, fondée en 1705 par Hussein Ben Ali. En deux siècles et demi, la Tunisie a connu 19 souverains, dont 7 ont régné depuis le protectorat français. La réalisation de la première transition constitutionnelle est facilitée par une préparation politique. La proclamation de l'indépendance tunisienne s'inscrit dans une continuité historique. Il y a un changement progressif de régimes successifs. La fin de l'exercice du régime beylical marque une rupture totale avec la suzeraineté ottomane et le protectorat français. Toutefois, l'indépendance tunisienne a été préparée. Ce

²⁸⁵ L'article 60 disposait que « le Conseil suprême est le gardien du Pacte fondamental et des lois, et le défenseur des droits des habitants ». Conformément à ces dispositions « il s'oppose à la promulgation des lois qui seraient contraires ou qui porteraient atteinte aux principes de la loi [et] à l'égalité des habitants devant la loi ».

²⁸⁶ Cette suspension est en partie due à une dégradation des finances publiques qui entraîna une immixtion croissante des puissances européennes, ce qui amena le Bey Mohamed Sadok à solliciter l'aide des puissances étrangères. S'ajoute à ces difficultés le mécontentement croissant des populations qui doivent assumer des impôts de plus en plus importants, ce qui poussa le bey à suspendre en partie le fonctionnement du Conseil suprême, le 30 avril 1864. Dès lors, et jusqu'à l'établissement du protectorat français, le bey, du fait de la suspension du Conseil suprême, recouvra l'intégralité de son pouvoir législatif. Ainsi, la Tunisie redevint une monarchie absolue dans laquelle le souverain exerçait tous les pouvoirs.

²⁸⁷ Voy. notamment sur le sujet, N. CHAABANE, « Les droits de succession en question », *Revue tunisienne de fiscalité*, 2009, n° 12.

²⁸⁸ Le 25 juillet 1957, peu de temps après la proclamation de l'indépendance, est élue une Assemblée nationale constituante tunisienne. Lors d'une décision adoptée à l'unanimité de ses membres, elle déclare l'abolition du régime monarchique et proclame la République tunisienne. Voy. K.D. MCDONALD, « *Patent Settlements and Payments That Flow The "Wrong" Way : The Early History of a Bad Idea* », art. préc., p. 7.

projet est principalement porté par l'homme providence tunisien incarné par Habib Bourguiba. Dans le cadre de l'indépendance, le schéma politique tunisien est imprégné d'inspiration française que l'on retrouve dans la pratique. Tout d'abord, la nationalisation et la laïcisation de la société tunisienne font partie des politiques de l'ancien Président. En effet, l'adoption de la Constitution de 1959 est rendue possible grâce à la mise en place du *néo-destour* incarné par le libérateur nationaliste, Habib Bourguiba. Ce dernier instaure un régime présidentiel dans lequel le président de la République est élu au suffrage universel. Il est, simultanément, chef de l'État, chef de l'exécutif et chef des forces armées. Les rapports franco-tunisiens n'étaient pas en rupture profonde quant à l'orientation du choix de projet politique, social et constitutionnel. La France demeure une source d'inspiration et une référence du cadre juridique nouveau dans l'implantation du régime républicain indépendant.

§ 2. L'intelligibilité de la disposition égalitaire à la lumière de son contexte historique et politique

44. L'adoption de cette disposition égalitaire intervient sous le régime de la Constitution « Bourguibiste » (A), on y perçoit la consécration du droit de vote des Tunisiennes (B), mais également des faiblesses (C). Une des faiblesses du processus d'émancipation des droits des femmes réside dans la prééminence de la place du législateur dans l'évolution des droits des Tunisiennes (D). Cette disposition est rendue complexe et devient intelligible et gagne en confusion avec la suspension de la Constitution de 1959 sous le régime « Benaliste » (E).

A) L'adoption de la Constitution de 1959 sous le régime « Bourguibiste »

45. **L'affirmation limitée du principe d'égalité dans le système juridique tunisien postcolonial.** Parmi ces droits constitutionnellement encadrés est consacré, à l'article 6 de la Constitution de 1959, « le principe d'égalité entre citoyens devant la loi en droits et en devoirs ». Le préambule de la Constitution de 1959 se réfère à l'égalité des citoyens en droits et en devoirs. Aussi, il disposait que « la meilleure garantie pour le respect des droits de l'Homme, pour l'instauration de l'égalité des citoyens en droits et en devoirs, pour la réalisation de la prospérité du pays par le développement économique et l'exploitation des richesses nationales

au profit du peuple ». Ce sont les seules dispositions qui font référence à l'égalité entre citoyens sans pour autant préciser une égalité homme-femme ou encore l'interdiction de discrimination fondée sur le sexe. En effet, aucune disposition constitutionnelle ne consacre de manière explicite le principe d'égalité des sexes dans l'ancienne constitution. De même qu'elle ne contient aucune définition ou référence à la discrimination. En dehors du préambule, l'unique article qui fait référence à l'égalité est le 6. Il est inscrit au premier chapitre intitulé « dispositions générales » de la Constitution de 1959. La Tunisie pose dans son ancienne Constitution le principe de l'égalité entre l'homme et la femme comme ayant une valeur constitutionnelle. Aussi, dans son article 6, la Constitution de la République tunisienne de 1959 dispose que « tous les citoyens ont les mêmes droits et les mêmes devoirs, ils sont égaux devant la loi ».

B) Le droit de vote des femmes tunisiennes, un droit consacré par la Constitution de 1959

46. Le droit de vote, la force de la Constitution de 1959. Si la Constitution de 1959 ne donna aucune valeur constitutionnelle au principe d'égalité homme-femme, elle n'était toutefois pas totalement silencieuse s'agissant des droits des femmes tunisiennes, tant s'en faut. Douze ans après la France, la Tunisie a constitutionnellement accordé le droit de vote aux femmes. Ce droit de vote n'était pas conditionné au sexe des personnes, mais à la durée de la possession de la nationalité tunisienne et à l'âge des citoyens. Précisément, l'article 20 de la Constitution de 1959 énonçait qu'« est électeur tout citoyen possédant la nationalité tunisienne depuis au moins cinq ans et âgé de vingt années accomplies ». Sous le protectorat français — qui débuta en 1881 — le droit de vote que les Françaises avaient acquis en 1944 n'avait pas été étendu aux Tunisiennes. Aucune mesure n'avait été prise pour que les femmes tunisiennes bénéficient de cette avancée démocratique. Il a donc fallu attendre l'indépendance en 1956 pour que Bourguiba puisse prendre, un an plus tard, les mesures nécessaires à l'émancipation des femmes à travers le droit. Cette émancipation n'était pas uniquement limitée au droit de vote. Pour que les femmes tunisiennes puissent s'impliquer dans la vie politique, encore fallait-il qu'elles obtiennent le droit d'éligibilité aux élections. Ce droit leur fut accordé. Depuis 1959, elles peuvent se présenter à toute fonction élective. Ce n'est toutefois qu'en 1983 qu'en pratique

une femme a pu accéder aux postes de gouvernement²⁸⁹. Cette dynamique favorable à la participation des femmes à la vie politique s'est poursuivie en 1999. Cette année-là, le pays introduisit des quotas volontaires de femmes pour les listes électorales des partis politiques.

C) Les faiblesses de la Constitution de 1959

47. La difficile conciliation entre les dispositions juridiques et celles de nature religieuse. Dans les premières années où la Constitution de 1959 fut appliquée, le législateur n'a pas écarté de son application le référent religieux. Le CSP, bien qu'il a été promulgué avant la Constitution, n'a pas totalement effacé de cette dernière les failles pouvant interférer avec la bonne marche de l'égalité homme-femme. Il est vrai que le CSP fut promulgué « *comme étant l'exemple typique de la possibilité de modernisation dans la fidélité à la religion musulmane* »²⁹⁰. De même, la Constituante de 1959 tenta de concilier les dispositions juridiques et les dispositions religieuses sans totalement se détacher de ce dernier référent religieux. En ce sens, on peut souligner l'article 1 de la Constitution qui consacra que « la Tunisie est un État libre, indépendant et souverain, sa religion est l'Islam, sa langue l'arabe et son régime la république ». Pour pouvoir rendre possible l'application de l'égalité homme-femme, il fallait que l'ANC ait réussi à écarter la *Charia* qui s'opposait au droit à l'égalité homme-femme. Pour consacrer ce droit, le pouvoir constituant et le législateur, afin de pouvoir s'éloigner du droit musulman classique, devaient tout d'abord déroger à ce dernier sans pour autant rompre totalement avec l'orthodoxie religieuse. Le CSP tunisien, et donc le législateur, réussit à se détacher de cette orthodoxie religieuse en recherchant une conciliation entre la modernité et la religion, c'est-à-dire en revisitant la religion et en consacrant des principes qui ne lui sont pas contraires. Il s'agissait d'interdire la polygamie et remplacer la répudiation par le divorce. Partant, peu de dispositions contraires à l'égalité homme-femme demeurèrent. De 1956 à 2014, aucune mesure législative ne vint renforcer ou délimiter l'article 6 de l'ancienne Constitution. En effet, il n'existait pas d'articles consacrant strictement l'interdiction de toutes formes de discriminations homme-femme ou accordant de manière égalitaire, dans tous les domaines, les mêmes droits aux hommes et aux femmes. La consécration de l'égalité homme-femme n'a pas

²⁸⁹ En effet, Fethia Mzali fut la première Tunisienne à être nommée ministre de la Famille et de la Promotion de la femme.

²⁹⁰ M. CHARFI, *Introduction à l'étude du droit*, Tunis, éd. CERES, 1997, pp. 65 et s.

suivi le modèle turc²⁹¹, puisqu'il n'y a pas eu de rupture, ni profonde ni totale, avec les dispositions religieuses. Cette consécration ne s'est pas réalisée en dehors du cadre religieux, mais bien en conformité avec celui-ci. Toutefois, on peut également nuancer le propos, car à défaut de consacrer explicitement l'égalité des droits homme-femme, certaines distances furent prises avec les normes religieuses notamment avec la suppression du droit confessionnel²⁹². Grâce à ces évolutions, de 1956 à 2014, l'égalité homme-femme fut consacrée dans la plupart des domaines. L'effet de la constitutionnalisation de l'égalité entre les citoyens et par ricochet une égalité homme-femme implicite était la suivante : le législateur n'étendait ce droit que dans les domaines qui ne faisaient pas obstacle aux règles explicites inégales que pouvaient générer des dispositions religieuses. Face à l'incertitude que laisse planer la Constitution de 1959, certaines situations étaient assez problématiques puisque l'égalité entre les citoyens, qui avait pour objectif d'encourager l'égalité homme-femme, ne jouait plus vraiment son rôle. La première Constitution et le CSP, pionniers, se voyaient en effet remis en question lorsque les dispositions s'avéraient être d'une faible intelligibilité face à la diversité de leurs interprétations possibles.

48. C'est le législateur lui-même, par sa propre volonté, qui a véritablement fait évoluer le droit des femmes en Tunisie. C'est pourquoi on peut relever que le législateur est intervenu dans diverses matières. En 1993 par exemple, il est intervenu en matière pénale²⁹³. L'abolition de cette loi laquelle une loi abrogea l'article 207 du Code pénal qui protégeait excessivement les époux. Cette loi portait sur les circonstances atténuantes dont bénéficiaient les époux qui commettaient un meurtre sur leur épouse dans l'hypothèse où l'époux aurait surpris son épouse en flagrant délit d'adultère. La peine maximale était de 5 ans d'emprisonnement. Cette dernière était dérisoire, car les simples coups et blessures qui entraînaient la mort pouvaient être punis de 20 ans de réclusion criminelle. Le législateur marqua une volonté de transformer le droit en

²⁹¹Voy. sur la question: T. ANSAY, D. WALLACE, Introduction to Turkish law, New York, The Hague, Kluwer Law International, 2005.

²⁹²Autrefois, sous le protectorat français, les tribunaux compétents en matière de statut personnel différaient selon la confession de l'individu. Il en allait de même pour la loi applicable en matière de statut personnel. En ce sens, un Tunisien de confession juive disposait de ses propres lois et tribunaux. Ce n'est que le 27 septembre 1957 qu'il y eut l'instauration d'un ordre juridictionnel unique compétent pour connaître des conflits relatifs au statut personnel entre les Tunisiens quelle qu'en soit l'appartenance ethnique ou la confession. Voy. sur la question : M. BOUGUERRA, « Le code du statut personnel, un code laïc ? », Mélanges Sassi Ben Halima, CPU, Tunis, 2005.

²⁹³ Par une loi, il abrogea l'article 207 du Code pénal qui protégeait excessivement les époux. Cette loi portait sur les circonstances atténuantes dont bénéficiaient les époux qui commettaient un meurtre sur leur épouse dans l'hypothèse où l'époux aurait surpris son épouse en flagrant délit d'adultère. La peine maximale était de 5 ans d'emprisonnement. Cette dernière était dérisoire, car les simples coups et blessures qui entraînaient la mort pouvaient être punis de 20 ans de réclusion criminelle.

un droit plus égalitaire. Désormais, peu importe que l'époux soit trompé, il ne pourra plus voir sa peine criminelle atteindre un plafond maximum de 5 ans. La matière pénale connut d'autres mutations. Depuis la loi de 2004²⁹⁴, le législateur est intervenu pour combler un vide juridique concernant le harcèlement sexuel et les atteintes aux bonnes mœurs. En effet, cette loi est venue apporter des précisions sur ces infractions, mais elle a mis en place des sanctions dans les cas de harcèlements sexuels qui demeuraient jusque-là impunis. Le souci du législateur était de préserver l'intégrité et la dignité de la femme dans une société qui se modernise, à savoir une société dans laquelle les femmes côtoient des hommes dans le milieu du travail ou dans des lieux publics. Les comportements civiques collectifs en sortirent améliorés.

49. Le législateur a établi un régime favorable à l'émancipation des droits des femmes. Depuis lors, le législateur n'intervint pas de manière à éradiquer les inégalités homme-femme. Cependant, il est à noter que malgré le nouveau cadre législatif, et ce en raison de la faible précision des textes et du vide juridique, de nouveaux droits furent attribués aux femmes tunisiennes, mais ils demeurent inégalitaires par rapport à ceux des hommes. La lecture du texte constitutionnel de 1959 montre que le législateur a raison d'affirmer que des abus sont toujours possibles. En effet, le texte n'impose pas de faire respecter le principe d'égalité homme-femme même s'il ne l'autorise pas non plus. Ainsi, le législateur soutient le droit des femmes, mais certaines dispositions peuvent encore bloquer la bonne application de l'égalité homme-femme puisque lorsqu'une disposition favorise l'homme par rapport à la femme, les dispositions prévues dans la Constitution et dans la loi n'empêchent pas leur mise en œuvre. En effet, si une femme ne parvient pas à obtenir la même part successorale que celle dévolue à l'homme, alors le juge ne peut pas déclencher la disposition constitutionnelle de 1959 pour faire toujours bénéficier la femme du droit à l'égalité en matière successorale. En conséquence, une disposition législative issue du droit musulman empêche l'application de ce droit.

D) La suspension de la Constitution de 1959 sous le régime « Bénéaliste »

50. La Constitution de 1959 est suspendue en mars 2011 à la suite de la chute du régime de Ben Ali qui fut brutale. Face au vide juridique laissé par sa suspension, l'ANC, au début de ses travaux, introduit un texte juridique interne qui fait office de « petite Constitution »²⁹⁵. Elle est

²⁹⁴ 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, 6 août 2004, p. 2233.

²⁹⁵ Loi constitutionnelle, n° 6-2011 portant sur l'organisation provisoire des pouvoirs publics, 16 déc. 2011.

considérée comme un mode d'emploi nécessaire à la transition constitutionnelle. Au lendemain de la révolution, la menace hypothétique de la parité remet les compteurs à zéro et place la lutte pour les droits des femmes à la case départ. La période postrévolutionnaire est une période d'essai. Les Tunisiens et les Tunisiennes sont face à un défi considérable. L'issue de l'avenir des femmes en Tunisie et de la parité dépend indéniablement de leur capacité à participer à la vie politique post-révolutionnaire. Soit, elles réussissent à relever le défi et elles affirment la parité comme un droit fondamental consacré par la nouvelle Constitution, soit, elles échouent et elles se trouvent dans une situation de régression. Ce qui les mènerait à une situation post indépendance ou comparable à d'autres pays musulmans. Après les événements de janvier 2011, les femmes réussissent à obtenir l'application du principe de la parité au sein de la haute instance pour la réalisation des objectifs de la révolution²⁹⁶. Les femmes se réclament d'une volonté de participation à la vie politique qui passe nécessairement par leur participation à la rédaction de la nouvelle Constitution. Elles ont saisi l'occasion pour affirmer leur présence et leur participation au sein des instances constitutionnelles et nationales issues de l'Assemblée nationale. L'ANC doit être composée à moitié de femmes.

Section 2 : L'introduction explicite de l'égalité des sexes dans les deux systèmes juridiques

51. L'histoire constitutionnelle française, celle de la Tunisie et leurs droits positifs respectifs laissent entrevoir une exclusion des femmes dans la jouissance de certains droits. La consécration de la valeur constitutionnelle de l'égalité homme-femme s'est opérée de manière progressive. À vrai dire, l'égalité homme-femme en Tunisie s'inscrit dans la même démarche que celle initiée en France, laquelle consiste à proclamer l'égalité homme-femme dans tous les domaines. Pour atteindre cet objectif, la Constitution tunisienne de 2014 a prévu un certain nombre de dispositions permettant l'affirmation explicite de l'égalité. Par la conclusion d'un

²⁹⁶ L'article 16 du décret du 11 mai 2011 relatif aux élections de l'ANC consacre le principe de parité entre les hommes et les femmes sur les listes électorales, c'est-à-dire la parité verticale. Le non-respect de ce principe entraîne l'annulation des listes électorales. Cette mesure coercitive a permis une hausse assez significative de la présence de femmes au sein de l'ANC. (R. Ben Achour, S. Ben Achour. « La transition démocratique en Tunisie : entre légalité constitutionnelle et légitimité révolutionnaire », *Revue française de droit constitutionnel*, vol. 92, no. 4, 2012, pp. 715-732.). En effet, la doctrine fait état d'un taux de représentativité de 29,95 % en comparaison à l'ancien taux de 27 % au sein de l'ancienne Chambre des députés. Autrement dit, on décompte 58 places de représentantes sur un total de 217 sièges.

Il s'agit là d'une avancée sur le plan démocratique. H. BEN MAHFOUD, M. TABELI, « Égalité, Genre et Constitution — Populisme et démocratie. Tunisie », in, *Annuaire international de justice constitutionnelle*, 2019, p. 492, n.b.p n° 46.

accord de projet de Constitution finale mettant un terme à un différend relatif à l'égalité homme-femme, l'ANC²⁹⁷ et la nouvelle Constitution de 2014 ont trouvé le moyen de neutraliser complètement le caractère implicite de cette égalité et de consolider des positions en faveur du caractère explicite de l'égalité homme-femme. Autrement dit, c'est de l'instrumentalisation de la Constitution de 1959 trop imprécise que sont nées les ambiguïtés relatives à l'égalité homme-femme et à certaines dispositions qui lui seraient néfastes. La naissance de ces nouvelles dispositions constitutionnelles en date de 2014 a mis au jour les profondes carences de la Constitution de 1959. Le révélateur le plus manifeste de cette carence se trouve certainement dans le fait qu'il n'existait aucun texte de référence précis dans l'ancienne Constitution qui permettait de la mettre au service de l'égalité homme-femme et d'en faciliter la reconnaissance formelle. Ainsi, pour empêcher l'introduction de dispositions dans la Constitution de 2014, la stratégie retenue par les opposants à l'égalité homme-femme ne nécessite pas de rompre totalement avec l'ancienne Constitution, et s'appuie au contraire sur le silence de la Constitution de 1959 en la matière. S'appuyer sur ce silence s'avère en pratique une redoutable ressource pour entraver l'affirmation explicite de l'égalité homme-femme.

52. Par la reconnaissance de la valeur constitutionnelle de l'égalité homme-femme, la Tunisie affirme explicitement cette égalité et rompt ainsi avec l'ancienne disposition douteuse, laquelle ne consacrait l'égalité que de manière implicite. En France, à première vue, c'est lors de la consécration de l'égalité des droits que le juge constitutionnel a explicitement institué le principe d'égalité des sexes comme un élément constitutif de l'égalité. Ceci met en évidence les difficultés rencontrées par ce dernier pour mettre en lumière les implications de l'égalité des sexes au regard de la valeur de l'égalité. Le Conseil constitutionnel fut prudent dans la construction de ce droit, notamment avec la question des quotas, car la mise en œuvre effective de l'égalité des sexes peut entrer en conflit avec l'application du droit à l'égalité. La menace de la rupture de l'égalité a poussé à deux reprises le Conseil constitutionnel à déclarer contraire à la Constitution les dispositions législatives qui instaurent des quotas²⁹⁸. Compte tenu de la menace de priver l'égalité des sexes d'un caractère effectif, le pouvoir constituant a modifié la Constitution pour autoriser certaines mesures qui étaient jugées non conformes à la Constitution. La révision constitutionnelle permet de consacrer la parité homme-femme en

²⁹⁷ Assemblée Nationale Constituante.

²⁹⁸ Cons. const., déc. n° 82-146 DC du 18 nov. 1982, *Loi modifiant le code électoral et le code des communes et relative à l'élection des conseillers municipaux et aux conditions d'inscription des Français établis hors de France sur les listes électorales*; Cons. const., déc. n° 98-407 DC du 14 janv. 1999, *Loi relative au mode d'élection des conseillers régionaux et des conseillers à l'Assemblée de Corse et au fonctionnement des Conseils régionaux*

matière électorale. Ainsi, il existe, dans les deux États, une forte reconnaissance de l'égalité entre les sexes au sein du texte constitutionnel par l'affirmation explicite de l'égalité homme-femme. Par la suite la révision de 1999, d'une part, introduisit explicitement l'égalité homme-femme dans le domaine politique, sous l'angle de la parité (§1). D'autre part, cette révision alla plus loin en prévoyant une obligation positive à la charge des partis de « contribuer à la mise en œuvre » de ce principe de parité (§ 2). Néanmoins, la portée de ce principe issue de la révision de 1999 est strictement encadrée puisque le Conseil constitutionnel à la lumière des textes de valeur constitutionnels précise que le constituant n'a autorisé la parité que pour les élections politiques. Ainsi, les révisions de 1999 et de 2008 ont permis de faire figurer l'égalité des sexes dans la Constitution et cette reconnaissance expresse n'est pas restée sans conséquence. Cette égalité explicite a un corollaire, celui de l'interdiction de discrimination fondée sur le sexe (§3).

§ 1. Le contexte de l'introduction de la disposition dans la nouvelle Constitution de 2014

53. Initialement, la révolution tunisienne était inspirée par une revendication du droit à la dignité et celui à la liberté. Très rapidement, ces principales aspirations ont été partiellement écartées au profit d'une résurgence de la question identitaire et des valeurs tunisiennes. Cette revendication identitaire a eu des répercussions sur l'approche de la nouvelle Constitution, et notamment sur le principe de la parité et la place de la femme tunisienne dans la société. En effet, cette revendication identitaire a conduit à façonner une « *identité de la Constitution tunisienne* », laquelle désigne le choix des *valeurs, des principes* et des droits qui devaient être inscrits dans la Constitution. Faire un choix entre des valeurs et des droits fut une tâche ardue dans la mesure où le peuple tunisien faisait face à une crise identitaire profonde. Celle-ci consistait entre le rattachement de l'État à la tradition arabo-musulmane et le rattachement à des valeurs occidentales. La difficulté du choix était aussi due au fait que l'identité arabo-musulmane actuelle diffère sensiblement de celle de 1956 qui était une revendication nationaliste pour l'indépendance. Aussi, l'inscription de l'égalité des sexes fut difficile, mais elle résultait d'une coopération et d'un compromis.

54. L'égalité homme-femme, résultat d'un consensus dans le cadre d'un processus démocratique. Tout d'abord, ce droit à l'égalité homme-femme a été mis en exergue par la

nouvelle Constitution de 2014, laquelle prévoit que « l'État s'engage à protéger les acquis dans les domaines des droits des femmes et à les renforcer »²⁹⁹. Il est possible de mettre au jour les raisons poussant l'ANC à introduire une telle disposition parmi d'autres références d'articles prévus dans la Constitution de 2014. En effet, cette disposition permet de montrer comment les différents partis au sein de la Constituante arrivent à déterminer d'un commun accord la consistance du droit à l'égalité à des fins d'efficace politique. Il s'agit là d'un atout important de cette nouvelle Constitution : cette inscription résultait bien d'un consensus dans le cadre d'un processus démocratique. En effet, le groupe de travail sur les droits et libertés au sein de l'Assemblée a proposé, en 2012, d'insérer un article³⁰⁰ qui dispose que « les femmes sont complémentaires aux hommes »³⁰¹. La « complémentarité » désignée par le terme arabe *mutakamila* s'oppose à l'égalité, traduite du mot arabe *musawa*, suggéré par le parti politique *Nida-Tounis* et les organisations de la société civile de gauche. Cette initiative a bouleversé la légitimité de la constituante dans son ensemble puisque le groupe de travail ne se composait pas uniquement d'adhérents d'*Ennahda*³⁰². L'ensemble des participants de l'Assemblée ont été critiqués, car l'enjeu de la place des femmes dépendait du vote au sein de l'ANC. À vrai dire, l'égalité homme-femme en Tunisie s'inscrit dans la même démarche que celle initiée en France, laquelle consiste à proclamer l'égalité homme-femme dans tous les domaines. Ensuite, et c'est certainement l'élément le plus déterminant, l'application du droit à l'égalité homme-femme n'aura d'effets que si la Constitution prévoit explicitement ce droit. Autrement dit, il existe la crainte d'une approche restrictive pour les libertés relatives aux droits des femmes. Selon Monsieur Goldstein, « l'Assemblée nationale constituante devrait combler les lacunes du projet de constitution qui pourrait permettre à un futur gouvernement de réprimer toute forme de dissidence ou de restreindre les droits fondamentaux pour lesquels les Tunisiens ont livré un dur combat »³⁰³. Dans le même ordre d'idée, et comme nous l'avons évoqué plus haut, l'opposition souleva elle aussi cette crainte de la restriction des droits fondamentaux. Elle affirma que la suggestion d'un statut de complémentarité représentait une menace pour les libertés formellement acquises dans le Code du statut personnel et, partant, elle décida de

²⁹⁹Tunisie. Constitution, 27 janv. 2014, art. 46.

³⁰⁰Tunisie. Projet constitutionnel, présenté le 8 août 2012 par l'ANC, Art. 28.

³⁰¹*Ibid.*

³⁰² Voy. sur le parti Ennahdha, K. BENDANA, « Le parti *Ennahdha* à l'épreuve du pouvoir en Tunisie », *Confluences Méditerranée*, 2012, vol. 82, n° 3, p. 189 ; O. MORIN, « Tunisie : le vertige démocratique », *Études* 2012, n° 4, 2012, p. 449.

³⁰³ Déclaration de E. GOLDSTEIN, directeur adjoint de la division Moyen-Orient et Afrique du Nord, *In Human Rights Watch*, « Tunisie : Le projet de constitution doit être revu », 13 mai 2013, disponible sur [<https://www.hrw.org/print/249642>].

s'associer aux organisations de la société civile³⁰⁴ afin de pousser au remplacement du mot « complémentaire » par celui moins équivoque d'égalité (*musawa*)³⁰⁵. Dans le cadre de leur campagne, les activistes ont défendu le CSP comme un précédent inébranlable, qui ne pouvait être renversé. Cet argument a notamment été soutenu à l'occasion de la Journée de la femme dans laquelle était programmée une marche sur l'avenue Bourguiba. Cette manifestation faisait référence à l'ancien Président Bourguiba, lequel instaura durant son mandat une fête pour commémorer le CSP et les progrès que ce Code a apporté à la société tunisienne³⁰⁶. Cet événement offrit l'occasion aux militants d'insister derechef sur l'importance du CSP dans les droits acquis par les Tunisiennes et sur son influence constante, qui permet à la Tunisie de poursuivre une « tradition » réformiste en matière du droit des femmes. En réponse à cet événement, l'ANC envisagea alors d'écarter le terme complémentarité afin de préserver l'héritage du CSP et ainsi maintenir la tradition réformiste tunisienne. Par la reconnaissance de la valeur constitutionnelle de l'égalité homme-femme, la Tunisie affirme explicitement cette égalité et rompt ainsi avec l'ancienne disposition douteuse, laquelle ne consacrait qu'une égalité de manière implicite. C'est par l'adoption de la nouvelle Constitution de 2014 qu'est introduite de manière explicite l'égalité des sexes. La naissance de ce droit a mis au jour les profondes carences de cette ancienne disposition. Le révélateur le plus manifeste de cette carence se trouve certainement dans le fait qu'il fallut plusieurs dispositions pour affirmer l'égalité des sexes. Cette affirmation, comme en France, passe par l'interdiction de discrimination fondée sur le sexe. Toutefois, il subsiste des entraves à la bonne application de l'égalité homme-femme en Tunisie.

55. La barrière posée par le silence de la Constitution française de 1958. Pour défendre l'action du législateur comme conforme à la Constitution, il a fallu rechercher des rattachements à la Constitution. Bien que celle-ci n'interdit pas l'égalité des sexes, elle n'en fait pas réellement un principe constitutionnel avec un rattachement textuel qui lui soit propre. Selon le Préambule de la Constitution de 1958, « le peuple français proclame solennellement son attachement aux

³⁰⁴L'expression « Organisations de la société civile » (OSC) désigne l'ensemble des différents intervenants de la société civile (ONG, syndicats, organisations confessionnelles, associations de populations autochtones, fondations, etc.) qui agissent dans un pays ou dans un domaine donné. Pour les instances internationales, comme l'ONU, l'UNESCO, la Banque Mondiale, etc., elles constituent des acteurs importants dans la fourniture de services sociaux et plus généralement la mise en œuvre de programmes de développement. Définition disponible sur [http://www.toupie.org/Dictionnaire/Sigles_on.htm].

³⁰⁵ Interview with H. MIZOUMI, National Secretary General for Dentists & Nurses for the General Union of Tunisian Workers (UGTT) (May 29, 2015) ; W. ROGERS, « *Tunisian Union Nominated for Nobel Peace Prize* », *Left labor reporter*, Apr. 21 2014, disponible sur [<https://leftlaborreporter.wordpress.com/tag/ugtt/>].

³⁰⁶*Tunisian Women Rally to Preserve Gender Equality*, *Al-Arabiya*, 13 août 2011, disponible sur [<https://www.alarabiya.net/articles/2011/08/13/162169.html>].

Droits de l'homme et aux principes de la souveraineté nationale tels qu'ils ont été définis par la Déclaration de 1789, confirmée et complétée par le préambule de la Constitution de 1946, ainsi qu'aux droits et devoirs définis dans la Charte de l'environnement de 2004 ». Ainsi, la Constitution se réfère directement à d'autres textes. Ce même principe fut explicité dans le Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946. Ainsi, la première proclamation du principe d'égalité homme-femme s'est réalisée à l'alinéa 3 du préambule de la Constitution. Il dispose que « la loi garantit à la femme, dans tous les domaines, des droits égaux à ceux de l'homme ». Par ailleurs, cette disposition vient pallier la carence de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 en introduisant un changement majeur. Sans proclamer explicitement le principe d'égalité homme-femme, la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 affirme dans son article 1^{er} que « les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits. Les distinctions sociales ne peuvent être fondées que sur l'utilité commune ». Les femmes ne sont pas concernées par la jouissance de l'égalité des droits. Pour ce qui est de la Constitution de 1958, initialement, elle ne comporte aucune disposition relative à l'égalité homme-femme et, partant, vint proclamer à l'article 1^{er} que la République française « assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction d'origine, de race ou de religion ». Ainsi, le choix d'une telle formulation du principe apparaissait dommageable pour sa mise en œuvre, l'interdiction de distinction ne se fondant pas sur le sexe et le mot « homme » invitaient à tolérer que des dispositifs législatifs réservant des droits aux seuls hommes, ou instituant un statut inférieur pour les femmes. En conséquence, le maintien d'une Constitution sans prohibition expresse de discrimination fondée sur le sexe et de l'absence d'une disposition spécifique aurait pu conduire à reporter la mise en œuvre d'une égalité réelle de plusieurs années puisque :

- d'une part, le législateur et le Conseil n'auraient pu mener à bien la garantie de l'égalité des droits entre les deux sexes qu'à la suite d'une révision constitutionnelle et d'une reconnaissance de la valeur constitutionnelle du Préambule de la Constitution de 1946, et
- d'autre part, le législateur aurait dû attendre que le constituant approuve une dérogation au droit à l'égalité afin de l'autoriser à réaliser certaines discriminations positives. Ceci prit de nombreuses années depuis l'entrée en vigueur de la Constitution. À titre d'exemple, on peut citer la révision de 1999 avec l'instauration de l'objectif de « parité »³⁰⁷.

³⁰⁷ Loi constitutionnelle n° 99-569 du 8 juillet 1999 relative à l'égalité entre les femmes et les hommes, JORF n°157 du 9 juillet 1999.

§ 2. Le contexte de l'introduction de la disposition dans la Constitution française de 1958

56. Si au XXI^e siècle, la doctrine³⁰⁸ s'interroge sur la question du genre en analysant la manière dont est rédigée la Constitution³⁰⁹. Le pouvoir constituant n'a pas toujours employé de vocabulaire épïcène dans la rédaction des textes consacrant l'égalité, ni l'écriture inclusive³¹⁰. Aussi, la Constitution de 1958 emploie majoritairement le masculin³¹¹, mais cela ne veut pas dire que cette dernière n'a pas connu d'évolution vers une consécration explicite d'une égalité entre les sexes. C'est ainsi que la révision de 1999, d'une part, introduisit explicitement l'égalité homme-femme dans le domaine politique, sous l'angle de la parité (A). D'autre part, cette révision alla plus loin en prévoyant une obligation positive à la charge des partis de « contribuer à la mise en œuvre » de ce principe de parité (B). Néanmoins, la portée de ce principe issue de la révision de 1999 est strictement encadrée puisque le Conseil constitutionnel à la lumière des textes de valeur constitutionnels précise que le constituant n'a autorisé la parité que pour les élections politiques (C). Ainsi, les révisions de 1999 et de 2008 ont permis de faire figurer l'égalité des sexes dans la Constitution et cette reconnaissance expresse n'est pas restée sans conséquence (D).

A) Les évolutions de la Constitution française de 1958

³⁰⁸ *Ibidem* ; H. DUMAIS et al., « De la féminisation des titres à la rédaction épïcène : regards croisés sur la parité linguistique ». *Recherches féministes* 2008, n° 1, pp. 171-182

³⁰⁹ En particulier, si celle-ci est rédigée de manière épïcène. Autrement dit, le vocabulaire choisi par le pouvoir constituant est-il neutre et indifférent au sexe ? Ce débat intervient parallèlement à la volonté politique de réformer le mode linguistique de la Constitution.

³¹⁰ « Le premier ministre pouvait légalement, par circulaire, prohiber l'écriture dite inclusive dans les textes publiés au *Journal officiel* », M.-C. de MONTECLER, « La féminisation en débats au Palais-Royal et quai Conti », CE 28 févr. 2019, req. n° 417128, *Dalloz actualité*, 06 mars 2019. Voy. également sur le sujet l'implication de l'Académie française dans la féminisation des mots, notamment la réponse significative d'H. Carrère d'Encausse qui estime que « la féminisation, tout comme l'écriture « inclusive », si son emploi devait se généraliser, entraînerait « un changement structurel profond ». T. COUSTET, « Féminisation des mots : la Cour de cassation demande la marche à suivre à l'Académie française. Lettre de B. Louvel à H. Carrère d'Encausse du 20 avr. 2017 Réponse de H. Carrère d'Encausse du 6 nov. 2017 », *Dalloz actualité*, 23 novembre 2017.

³¹¹ La Constitution de 1958 emploie majoritairement le masculin. Elle comporte des mots masculins singuliers pour désigner les titulaires de mandats politiques. Elle désigne le « Président de la République » (Titre II de la Constitution Française du 4 octobre 1958), « le Premier ministre » (Art. 8 de la Constitution Française du 4 octobre 1958), le « Président de l'Assemblée nationale » et le « Président du Sénat » (Art. 32 de la Constitution Française du 4 octobre 1958.) Concernant « les représentants » du peuple, la Constitution emploie également le même registre.

57. Les évolutions de la Constitution de 1958 avec les révisions de 1999 et de 2008. Bien qu'il y ait eu plusieurs révisions de la Constitution de 1958 plus ou moins importantes dans les deux décennies qui ont suivi son adoption, la principale réforme intervint avec la révision constitutionnelle du 8 juillet 1999 et celle en date du 23 juillet 2008. En 1999, par le biais de l'introduction d'un nouvel alinéa qui figurait à l'article 3 de la Constitution, le pouvoir constituant posa une nouvelle obligation à laquelle les parties, groupements politiques³¹² et le législateur³¹³ devaient se conformer afin de respecter les nouvelles exigences constitutionnelles. La révision constitutionnelle consacre donc que « la loi favorise l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électifs et fonctions électives »³¹⁴. Le pouvoir constituant prévoit implicitement le principe de parité dans la Constitution. Par conséquent, elle induit une obligation de moyens et non de résultat. Cette mention est faite à l'article 3 qui traite de la souveraineté. En 2008, la révision constitutionnelle avait pour but d'élargir le domaine de l'objectif de parité. Plus précisément, elle modifie la Constitution pour élargir au domaine non politique l'égal accès des hommes et des femmes ; le texte dispose désormais que « la loi favorise l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et fonctions électives, ainsi qu'aux responsabilités professionnelles et sociales ». Cette mention complète désormais l'article premier relatif à l'indivisibilité de la République et non plus à l'article 3. Ces révisions constitutionnelles devaient démontrer non seulement la nécessité de contourner l'obstacle constitutionnel qui ne permettait pas de surmonter la jurisprudence du Conseil constitutionnel³¹⁵, mais aussi son efficacité contre un « plafond de verre » qui interdit aux femmes les fonctions dirigeantes. Par le terme parité, le pouvoir constituant visait à ce que l'égalité homme-femme soit assurée par la loi dans le domaine électoral (mandats électoraux et fonctions électives), ainsi qu'aux responsabilités professionnelles et sociales. Cette nouvelle exigence de parité bouleversa sérieusement le paradigme dans lequel se trouvait le Conseil constitutionnel dont la jurisprudence épousait la conception française d'égalité. Bien que l'égalité consiste « à traiter également chaque citoyen par rapport à un objet déterminé », la parité repose sur ce fondement pour prétendre à un partage égal des responsabilités entre les hommes et les femmes. L'impératif d'efficacité conduisit à revisiter l'égalité sous le prisme de la parité. Ainsi, la Constitution de 1958 modifiée en 2008 fait clairement référence au principe

³¹² Const., art. 4, al. 1.

³¹³ Const., art. 4, al. 3.

³¹⁴ Const., ancien art. 3.

³¹⁵ Cons. const., 18 nov. 1982, déc. 82-146 DC, Loi modifiant le Code électoral et le Code des communes et relative à l'élection des conseillers municipaux et aux conditions d'inscription des Français établis hors de France sur les listes électorales.

d'égalité disposant en son article 1^{er} que « la France est une république indivisible » qui « assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction d'origine, de race ou de religion », l'alinéa 2 énonçant également que « la loi favorise l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et fonctions électives, ainsi qu'aux responsabilités professionnelles et sociales ». Conformément à la Constitution, le législateur est désormais autorisé à instaurer des règles contraignantes quant au sexe des candidats aux élections politiques qui disposent d'un mode de scrutin qui se prête à une telle réglementation. En ce sens, le Conseil constitutionnel pour affirmer la conformité de la loi tendant à favoriser l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et fonctions électives a constaté que l'intention claire du constituant, tel qu'elle résultait des débats parlementaires préalables à l'adoption de la loi constitutionnelle du 8 juillet 1999, était assurément d'autoriser le législateur à instaurer ces règles contraignantes. Le constituant a ainsi permis à la loi, dans la mesure jugée utile par le législateur pour favoriser l'égal accès des deux sexes aux mandats électoraux, de déroger aux exigences constitutionnelles sur le fondement desquelles le Conseil constitutionnel avait censuré à deux reprises³¹⁶ la prise en compte du sexe par les règles relatives aux candidatures. Lorsque le Conseil rend pour la première fois une décision sur le sujet « homme-femme » en 1982³¹⁷, il censure une disposition instituée grâce à un amendement de Mme Halimi. Il prévoit, un minimum de mixité pour les élections municipales. Autrement dit, le texte introduisait une division par catégories des électeurs ou des éligibles, notamment pour l'élection des conseillers municipaux en instituant et limitant à 75 % le pourcentage de candidats du même sexe sur les listes. Ce texte ambitionnait de poursuivre l'initiative de Mme Pelletier en 1979.

58. Pour Claire Bazy-Malaurie, membre du Conseil constitutionnel, « la saisine par les parlementaires ne portait pas spécifiquement sur cet article, et le Conseil s'est saisi d'office, signe d'une remise en cause à ses yeux, par le texte qui lui était soumis, d'un principe fondamental ». Selon elle, le Conseil se situait non pas sur le terrain de la promotion de l'égalité, mais sur celui de deux principes fondamentaux de la République : l'indivisibilité du corps

³¹⁶ Cons. const., 18 nov. 1982, déc. 82-146 DC ; Cons. const., 14 janvier 1999, déc. 98-407 DC.

³¹⁷cf. sur le débat constitutionnel en matière d'égalité hommes-femmes : Louis FAVOREU, « [Note sous décision n° 82-146 DC] », *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, avril 1983, n° 2, p. 367 [§ 58, 59, 66, 108, 109, 124] ; L. PHILIP, L. FAVOREU, « Principe d'égalité », *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*. Dalloz, 2009, pp. 213-242 ; L. FAVOREU, L. PHILIP, « Quotas par sexe. Indivisibilité du corps électoral. Principe d'égalité », *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*. Dalloz, 1999, pp. 556-562 ; F. DEMICHEL, « À parts égales : contribution au débat sur la parité », *Recueil Dalloz*, 1996, n° s.n., p. 95-97 ; P. BLACHER, « Droit constitutionnel et identité féminine », *Revue administrative*, janvier-février 1996, n° 289, p. 38-44 ; D. LOCHAK, « Les hommes politiques, les sages (?)... et les femmes », *Droit social*, février 1983, n° 2, p. 131-137 ; P. AVRIL ET J. GICQUEL, « [Note sous décision n° 82-146 DC] », *Pouvoirs*, avril 1983, n° 25, p. 190-191.

électoral³¹⁸, détenteur de la souveraineté nationale, et l'égalité devant la loi³¹⁹. Autrement dit, le Conseil constitutionnel avait annulé au nom de l'indivisibilité de la République, mais aussi du concept de citoyen et du principe d'égalité, qui interdisait toute distinction entre deux candidats, une loi instituant des quotas par sexe pour les élections municipales. De la sorte, le Conseil renouvelait « la consécration de l'un des fondements du droit constitutionnel. Concept abstrait lié à l'existence du corps politique, le citoyen en est la composante élémentaire dont l'interchangeabilité garantit, avec la parfaite homogénéité de ce corps, l'indivisibilité de la souveraineté dont il est titulaire. La qualité qui s'y attache [...] ne saurait être démembrée par une quelconque différenciation en catégories dont la seule existence porte atteinte à l'essence même du concept et à ce qu'il est destiné à représenter et à garantir »³²⁰. La position du Conseil ne fit pas l'objet d'une grande controverse, bien au contraire, la doctrine était majoritairement d'accord avec la décision.

B) La révision de 1999 et l'obligation des partis « de contribuer à la mise en œuvre » de ce principe

59. La révision de 1999 prévoyait également que les partis doivent « contribuer à la mise en œuvre » de ce principe³²¹. En pratique, cela signifiait que la révision devait mener dans les années à venir l'institution de binômes homme-femme pour l'élection des conseillers départementaux ; la validation par le Conseil³²² démontrant les bénéfices de ces révisions constitutionnelles. Bien que l'intention du constituant français fût de dépasser la difficulté qui résidait dans les contradictions apparues entre la jurisprudence et la volonté politique, les révisions en faveur de la parité provoquèrent une érosion importante de critiques. Pendant de nombreuses années d'ailleurs, la doctrine s'en plaignit et mit en lumière d'autres écueils de cette révision. Pêle-mêle, il était reproché à la parité de provoquer le risque d'une segmentation de la population en fonction de catégories ; de miner la légitimité des femmes à représenter

³¹⁸Ce principe avait été utilisé une première fois en décembre 1976, à l'occasion de l'approbation des décisions communautaires relatives aux élections à l'Assemblée des communautés européennes. Il sera utilisé dans d'autres décisions ultérieures, relatives aux langues régionales, à la Corse, etc.

³¹⁹En termes d'égalité, le Conseil constitutionnel a, on le sait, une position constante, exprimée dans un considérant réitéré à maintes reprises : le législateur peut introduire des différences à condition qu'elles s'appliquent à des situations objectivement différentes, en fonction d'un objectif d'intérêt général, et qu'aucun autre droit ne soit mis en cause par la différence de traitement. En 1982, ce principe ne conduisit pas à accepter la mise en place d'un régime juridique spécial pour les femmes.

³²⁰J. BOULOUIS, *AJDA* 1984, p. 470.

³²¹ Art. 4 de la Constitution de 1958.

³²² Cons. const., 16 mai. 2013, déc. 2013-667 DC.

l'ensemble de la population³²³; et de générer des effets pervers en impliquant « aussi une relation entre la binarité des sexes et la gouvernance ». En d'autres termes, la parité interroge sur la pensée républicaine de l'égalité. Dans cette perspective égalitaire, le Conseil a une position constante, formulée dans un considérant réitéré à plusieurs reprises : le législateur peut introduire des différences sous conditions. Celles-ci s'appliquent à des situations objectivement différentes, en fonction d'un objectif d'intérêt général, et qu'aucun autre droit ne soit mis en cause par la différence de traitement. Par conséquent, conformément à sa logique, le Conseil en 1982 refusa d'introduire un régime juridique spécial en faveur des femmes. Il fit le choix de préserver l'unité de la population en écartant le risque d'une segmentation selon des catégories³²⁴. La représentation politique renvoie à ce qui est commun, si le conseil n'avait pas censuré la disposition, il aurait permis la représentation des intérêts qui se mirait dans ce qui est particulier ou catégoriel, notamment le genre. En tout état de cause, il était assez aisé de constater les failles de la Constitution française à cette époque. Celle-ci était clairement en contradiction avec la volonté politique. En effet, la parité dans la vie politique ou encore les mesures de « discrimination positive » établies en faveur de la population d'origine indigène de Nouvelle-Calédonie étaient en contradiction avec la jurisprudence du Conseil. Or, ce dernier n'était pas réfractaire à toute forme de « discrimination ». Partant, il accepta en 1993 la création de la troisième voie à l'ENA, il aménage un mode de recrutement spécifique pour ceux qui ne sont ni fonctionnaires ni étudiants dans ce domaine.

60. Le pouvoir constituant devait désormais entreprendre des réformes afin de répondre au débat public suscité par l'enjeu électoral depuis les années 1990. La campagne présidentielle de 1995 avait démontré que le débat était nécessaire pour une inscription de l'objectif de parité dans la Constitution. En effet, l'objectif de parité avait conduit les deux principaux candidats, Jacques Chirac et Lionel Jospin au second tour de l'élection présidentielle. En ce sens, ils avaient proposé des réformes. Après la victoire de Jacques Chirac, le gouvernement Juppé créa, la même année, un Observatoire de la parité. Le 11 mars 1997, le gouvernement annonça une révision de la Constitution dans le but de permettre, à titre provisoire, une loi mettant en place une présence minimale de femmes dans les scrutins à la proportionnelle. Lionel Jospin est

³²³ E. VARIKAS, « Une représentation en tant que femme ? Réflexions critiques sur la demande de la parité des sexes », *Nouvelles Questions Féministes* 1995, vol. 16, n° 2, pp. 81-127.

³²⁴C. BAZY-MALAUURIE, « Le Conseil constitutionnel et la parité », in *Égalité-Parité : Une nouvelle approche de la démocratie ?* X. BIOY, M.-L. FAGES, (dir.), Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, 2013, p.91. Disponible en ligne sur [<http://books.openedition.org/putc/667>] (généré le 29 octobre 2018).

nommé Premier ministre à la suite des élections législatives de 1997. Il annonce dans sa déclaration de politique générale une révision de la Constitution afin d'y inscrire l'objectif de la parité entre les hommes et les femmes. Le 14 juillet 1997, Jacques Chirac se rallie à l'idée d'une modification constitutionnelle. Partant, la révision eut pour effet de contraindre le Conseil constitutionnel à modifier sa position. En effet, le dialogue entamé entre le législateur, le Conseil et le constituant avait retardé la consécration de la parité et réduit considérablement la période durant laquelle celle-ci pouvait être mise en œuvre. Pour synthétiser, la révision constitutionnelle du 8 juillet a eu deux conséquences : d'une part, le législateur peut désormais envisager des dispositions à caractère incitatif ou à caractère contraignant en raison des nouvelles dispositions constitutionnelles ; d'autre part, elle met fin à la division entre le Conseil et le constituant dans leur dialogue entre égalité et parité dans le domaine des élections politiques.

61. En outre, de façon médiate, la Constitution de 1958 ne prévoyait pas explicitement une égalité entre les hommes et les femmes. La révision de 1999 introduisit explicitement l'égalité homme-femme dans le domaine politique, sous l'angle de la parité. Cette dernière eut pour unique ambition « de lever le “verrou” constitué par la jurisprudence du Conseil constitutionnel » qui prescrivait les distinctions fondées sur le sexe, de manière générale, dans le domaine de l'accès aux emplois publics³²⁵. Si la Constitution antérieure n'incitait guère le législateur à prendre des mesures en faveur de l'égalité, le nouvel impératif d'égalité d'accès des femmes et des hommes au domaine non politique prévu par la révision de 2008 non seulement corrobora la volonté du constituant d'élargir le domaine de l'objectif de parité, mais surtout, celui de garantir les droits entre les hommes et les femmes. En définitive, les seules différenciations tolérées par la Constitution en vigueur résident dans les dispositions de l'article 3 de la Constitution. En ce sens, « sont électeurs, dans les conditions déterminées par la loi, tous les nationaux français majeurs des deux sexes, jouissant de leurs droits civils et politiques ». Autrement dit, en dehors des cas cités ci-dessus, « la loi doit être “aveugle” à des caractéristiques comme le sexe ». Cette logique, comme nous l'avons déjà constaté, fut expressément admise par le Conseil constitutionnel dans sa décision de 1982 relative aux « quotas de femmes » sur les listes municipales. En définitive, le Conseil constitutionnel refuse d'admettre des discriminations positives ou négatives en la matière sauf si cette dernière est autorisée par la Constitution (Révision de 1999).

³²⁵ Voy. Cons const., 14 janvier 1999, déc. 98-407 DC, cons. 12, Rec. p. 21 ; 19 juin 2001, déc. 2001-445 DC, cons. 56 à 58, Rec. p. 63 ; 12 janvier 2002, déc. 2001-455 DC, cons. 112 à 115, Rec. p. 49.

C) L'application stricte de la parité

62. Le cantonnement de la mise en œuvre de la parité dans le domaine des élections politiques. Pour d'autres domaines, le principe d'égalité exige des modulations selon certaines caractéristiques. L'article 6 de la Déclaration de 1789 prévoit « l'accès aux places et emplois publics » à « tous les citoyens » en fonction de « leurs capacités et sans distinction que celle de leurs vertus et de leurs talents ». Le Conseil a rappelé cette exigence en 1983 concernant l'accès à la fonction publique³²⁶ relatif à un projet de loi qui prévoyait ce recrutement sur un critère de « représentativité ». En l'absence de dispositions expresses de la Constitution, le Conseil refusa d'admettre des discriminations positives. En ce sens, ce dernier a jugé que le constituant n'avait entendu déroger aux exigences de l'article 6 de la Déclaration de 1789 que pour les élections politiques et non pour l'élection des magistrats membres du Conseil supérieur de la magistrature. Autrement dit, il a censuré des dispositions qui prévoyaient la parité homme-femme sur les listes de candidatures³²⁷. Son contrôle, en la matière, est très rigoureux, il a même émis des « réserves d'interprétation » de portée directive afin de pallier le silence de la loi. En 2003, il refuse également que la composition des jurys de validation des acquis de l'expérience ait une composition selon un quota par sexe. De même, dans le domaine de l'égalité d'accès des femmes et des hommes aux fonctions non publiques comme contraire au principe d'égalité et non couvert par les normes constitutionnelles relatives à la parité en matière d'élection politique, le Conseil a censuré en 2006 des dispositions de la loi relative à l'égalité salariale entre les sexes instaurant des règles de composition contraignantes entre sexes dans divers

³²⁶ De manière générale, le principe de l'égalité dans l'accès à la fonction publique en France est prévu par l'article 6 de la DDHC de 1789 qui dispose que « *Tous les citoyens...sont également admissibles à toutes dignités, places et emplois publics, selon leur capacité et sans autre distinction que celle de leurs vertus et de leurs talents* ». De plus, l'alinéa 18 du Préambule de la Constitution de 1946 prévoit également des dispositions dans le même sens en consacrant que la France « *garantit à tous l'égal accès aux fonctions publiques* ». C'est la jurisprudence du juge administratif qui va rendre ce principe effectif en 1954. CE Ass., 28 mai 1954, *Barel*, Rec. p. 30, concl. Letourneur. Cette affirmation s'opère « avant même que les statuts le consacrent par voie législative ». Comme nous l'explique la professeure Sauviat, ce n'est que « depuis l'entrée en vigueur du Préambule de 1946 affirmant l'égalité entre les sexes, la question de l'accès des femmes a été davantage encadrée par le droit, le droit de l'UE (Directive n° 76/207 CEE du 14 févr. 1976 abrogée et remplacée par la directive n° 2006/54/CE du 5 juill. 2006) va imposer le respect de l'égalité de traitement entre les hommes et les femmes tout en permettant des modalités de recrutement différentes dans la mesure où cela est déterminant pour l'exercice des fonctions ». A. SAUVIAT, « Accès à l'emploi public », in *Dictionnaire Juridique de l'égalité et de la non-discrimination*, D. THARAUD, C. BOYER-CAPELLE (Dir.), L'Harmattan 2021, p. 8.

³²⁷ Cons. const., 19 juin 2001, déc. 2001-445 DC, Loi organique relative au statut des magistrats et au Conseil supérieur de la magistrature.

organismes et commissions délibératives de caractère privé³²⁸. Le Conseil constitutionnel se fonda sur deux articles de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen³²⁹, un article de la déclaration de 1946³³⁰ et deux articles de la Constitution pour mettre en lumière que le constituant n'a autorisé la parité que pour les élections politiques. Le Conseil applique strictement les dispositions constitutionnelles relatives à l'égalité devant la loi qui aboutit à la censure. Une fois de plus, un dialogue est engagé entre le Conseil, le législateur et le constituant. Par sa position, le Conseil invite le constituant à réviser la Constitution dans le cas où la logique du Conseil n'est pas acceptée. Clairement, le constituant souhaite élargir la parité. Durant l'année 2008, un projet gouvernemental de révision de la Constitution est déposé. Ce dernier, issu majoritairement des réflexions du groupe de réflexion présidé par M. Balladur³³¹, ne contenait rien sur la question. Le groupe ne désirait pas inscrire la parité dans le préambule malgré un avis qui qualifiait le bilan affiché par la parité de modeste. Il n'acheva pas ses travaux en la matière. Toutefois, le rapport du Comité Balladur en date du 27 octobre 2007³³² précisa sur la question de la modification du préambule de la Constitution de 1958 que « le Comité n'était pas en mesure de trancher la question sur l'éventuelle contrariété entre telle ou telle disposition des textes auxquels se réfère le Préambule. Sont en cause de délicates questions de principe, plus idéologiques que proprement juridiques »³³³. Le rapport du comité ajouta que c'est pour cette même raison qui conduisit le comité « à ne pas souhaiter recommander aux pouvoirs publics d'ajouter au Préambule des principes nouveaux, même s'ils font l'objet d'un large assentiment au sein de la société. Ainsi en est-il de la diversité qui caractérise la composition de la société française, du principe de parité entre les femmes et les hommes... »³³⁴. Ce principe serait « soit trop récent pour que le contenu juridique soit figé dans un texte aussi

³²⁸Cons. const., 16 mars 2006, déc. 2006-533 DC, Loi relative à l'égalité salariale entre les femmes et les hommes ; Voy. sur la question. Ch. GESLOT, « Egalité devant la loi sociale et discriminations positives (Cons. Const. n° 2006-533 DC et n° 2006-535 DC) », *AJDA* 2006, pp. 1961-1967. « Egalité devant la loi sociale et discriminations positives (Cons. Const. n° 2006-533 DC et n° 2006-535 DC) », *Actualité juridique. Droit administratif*, 2006, n° 7, pp. 1961-1967; V. OGIER-BERNAUD, « L'évolution décisive de la jurisprudence constitutionnelle relative à l'exercice du droit d'amendement en cours de navette parlementaire », *Revue française de droit constitutionnel* 2006, n° 67, pp. 585-607; J.-É. SCHOETTL, « La loi relative à l'égalité salariale entre les femmes et les hommes devant le Conseil constitutionnel (1re partie) », *LPA* 2006, n° 74, pp. 13-20 ; J.-É. SCHOETTL, « La loi relative à l'égalité salariale entre les femmes et les hommes devant le Conseil constitutionnel (suite et fin) », *LPA* 2006, n° 75, pp. 8-21.

³²⁹ Art. 1^{er} et 6 de la DDHC.

³³⁰ Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 alinéa 3.

³³¹Assemblée nationale, Commission des lois, *Rapport n° 892 : Projet de loi relatif à la modernisation des institutions de la V^e République*, présenté par Jean-Luc WARSMANN, 15 mai. 2008 ; Sénat, commission des lois, *Rapport n° 387 (2007-2008) : Projet de loi relatif à la modernisation des institutions de la V^e République*, présenté par Jean-Jacques HYEST, 11 juin 2008.

³³²Edouard. Balladur, *Une Ve République plus démocratique*, Comité de réflexion et de proposition sur la modernisation et le rééquilibrage des institutions de la Ve République, La Documentation française, 2007.

³³³D. RIBES, Le rapport du comité Balladur, *Une Ve République plus démocratique*, 27 Octobre 2007, p.86.

³³⁴*Ibid.*

solennel que le Préambule soit déjà consacré par une jurisprudence constante et désormais bien admise qu'il serait inutile sinon fâcheux de perturber »³³⁵. Ces derniers arguments peuvent expliquer pourquoi il n'y a pas eu d'inscription de la parité dans le Préambule. À défaut, le 21 juillet 2008, est ajouté dans l'article 3 la précision suivante : « ainsi qu'aux responsabilités professionnelles et sociales ». Cette dernière mention ne figure plus à l'article 3 qui traite de la souveraineté. Désormais elle est inscrite à l'article 1^{er} de la Constitution qui est relatif à l'indivisibilité de la République. Autrement dit, le second alinéa de l'article 1^{er} de la Constitution a été ajouté par la loi constitutionnelle du 23 juillet 2008³³⁶. Cet article reprend le dernier alinéa de l'article 3 de la Constitution. L'article 1^{er} de la Constitution est complété par un alinéa ainsi rédigé : « La loi favorise l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et fonctions électives, ainsi qu'aux responsabilités professionnelles et sociales. » La loi constitutionnelle de 2008 supprime le dernier alinéa de l'article 3 de la Constitution. Conformément aux dispositions de la Constitution de 1958 qui précise que « la loi favorise l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et fonctions électives » et son article 4 que les partis et groupements politiques « *contribuent à la mise en œuvre* » de ce principe, le législateur prit des mesures pour appliquer ce principe de parité³³⁷. Par la suite, le législateur a promulgué une loi en date du 28 janvier 2011³³⁸. En définitive, les barrières édifiées

³³⁵*Ibid.*

³³⁶Loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008 de modernisation des institutions de la Ve République, JORF., 24.07.2008, n°0171.

³³⁷La loi n° 2000-493 du 6 juin 2000 tendant à favoriser l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et aux fonctions électives ; la loi n° 2000-641 du 10 juillet 2000 relative à l'élection des sénateurs qui applique le principe de la parité à l'élection des sénateurs au scrutin de liste à la proportionnelle, dans les départements où sont élus trois sénateurs et plus. Cette loi a été modifiée par la loi n° 2003-697 du 30 juillet 2003 portant réforme de l'élection des sénateurs qui a limité l'application du scrutin de liste paritaire à la proportionnelle aux départements où sont élus plus de quatre sénateurs ; la loi n° 2003-327 du 11 avril 2003 relative à l'élection des conseillers régionaux et des représentants au Parlement européen ainsi qu'à l'aide publique aux partis politiques ; la loi n° 2003-1201 du 18 décembre 2003 relative à la parité entre hommes et femmes sur les listes de candidats à l'élection des membres de l'Assemblée de Corse ; la loi n° 2007-128 du 31 janvier 2007 tendant à promouvoir l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et aux fonctions électives ; la loi n° 2008-175 du 26 février 2008 facilitant l'égal accès des femmes et des hommes au mandat de conseiller général ; la loi n° 2013-403 du 17 mai 2013 relative à l'élection des conseillers départementaux, des conseillers municipaux et des délégués communautaires, et modifiant le calendrier électoral ; la loi n° 2013-702 du 2 août 2013 relative à l'élection des sénateurs ; loi n° 2014-873 du 4 août 2014 pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes, concernant les élections législatives.

³³⁸ Le législateur a repris l'initiative et la loi relative à la représentation équilibrée des femmes et des hommes au sein des conseils d'administration et de surveillance et à l'égalité professionnelle, très proche de celle qui avait été censurée en 2006, a été publiée le 28 janvier 2011. On peut également noter que ce principe d'une représentation équilibrée entre les hommes et les femmes est également exigé dans le cadre du droit public, notamment dans la composition des jurys dont l'objectif est de prendre en considération les aptitudes des candidats conformément aux exigences de l'article 6 de la DDHC de 1789. Cette exigence on la retrouve dans la jurisprudence du Conseil d'État et du Conseil constitutionnel. CE, sect., 22 juin 2007, *Lesourd*, n° 288206 ; CE, 18 oct. 2002, *Catsiapis*, n° 242896 ; Cons. const., n° 2001-455 DC, 12 janv. 2002, cons. 112-115. En outre, le principe d'Égalité reste une obligation constitutionnelle qui est rappelé par le Conseil constitutionnel. Cons. const., n° 2010-94 QPC, 28 janv. 2011.

par la Constitution et la jurisprudence ne permettaient pas au législateur de garantir l'égalité des chances, c'est-à-dire que des actions spécifiques sont réalisées envers les femmes pour permettre une égalité réelle. Partant, ces mesures « positives » reposent sur des pratiques discriminatoires en faveur des femmes. Ce n'est que bien plus tard, avec une révision constitutionnelle, que la Constitution toléra certaines de ces mesures, mais elles furent strictement encadrées par le législateur et par le contrôle exercé par le Conseil. Avant cela, il y eut un tournant important, celui de la reconnaissance de la valeur constitutionnelle de l'égalité des sexes par ricochet. La consécration du bloc de constitutionnalité marqua, entre autres, la volonté de reconnaître la valeur constitutionnelle de l'égalité des sexes.

D) Les conséquences de cette reconnaissance expresse de l'égalité des sexes

63. Les principales conséquences de l'introduction d'une disposition expresse. La présence d'une disposition expresse eut deux conséquences principales. En premier lieu, elle contribua à renforcer le dispositif juridique en permettant la reconnaissance de sa valeur constitutionnelle. Grâce à la jurisprudence du Conseil, il a pu être constaté, d'une part, une consolidation de la protection de l'égalité des sexes et, d'autre part, une reconnaissance formelle de ce droit en France. Cette reconnaissance formelle a eu pour effet de considérablement repenser l'égalité des sexes dans ce nouveau cadre constitutionnel depuis la décision « liberté d'association »³³⁹. En second lieu, le principe d'égalité des sexes est corollaire à un autre principe fondamental, celui de l'interdiction de discriminations, notamment celles fondées sur le sexe.

64. Par la reconnaissance de la valeur constitutionnelle de l'égalité homme-femme, la Tunisie affirme explicitement cette égalité et rompt ainsi avec l'ancienne disposition douteuse, laquelle ne consacrait qu'une égalité de manière implicite. C'est par l'adoption de la nouvelle Constitution de 2014 qu'est introduite de manière explicite l'égalité des sexes. La naissance de ce droit a mis au jour les profondes carences de cette ancienne disposition. Le révélateur le plus manifeste de cette carence se trouve certainement dans le fait qu'il fallut plusieurs dispositions pour affirmer l'égalité des sexes. Cette affirmation, comme en France, passe par l'interdiction

³³⁹C.C., 16 juill. 1973, déc. 71-44 DC, *Liberté d'association*, Loi complétant les dispositions des articles 5 et 7 de la loi du 1er juillet 1901 relative au contrat d'association.

de discrimination fondée sur le sexe. Toutefois, il subsiste des entraves à la bonne application de l'égalité homme-femme en Tunisie.

§ 3. L'interdiction de la discrimination fondée sur le sexe

65. Sous l'influence du droit européen et international, l'expression de « principe de non-discrimination » a pu sembler similaire à celui du principe d'égalité. Toutefois, ce n'est pas réellement le cas. L'affirmation du principe d'égalité affirme une exigence de façon positive. Il est plus favorable aux personnes discriminées dans le sens où l'inégalité se constate plus aisément à partir du moment où des individus ne sont pas traités de la même manière alors que rien ne peut objectivement justifier une telle différence de situation. À l'inverse, l'interdiction de la discrimination est la formulation négative du principe d'égalité. Alors le principe de non-discrimination impliquerait pour la victime de déceler et de distinguer les critères sur lesquels s'est fondée la discrimination. C'est pourquoi le principe d'égalité ou de non-discrimination, est considéré comme étant deux approches antagoniques. Afin de maintenir une relation équilibrée entre le principe d'égalité et le principe de non-discrimination, le législateur a cherché à ériger des dispositions permettant à la fois de respecter et de protéger l'égalité des droits tout en prévoyant des dispositions qui ont la capacité d'éliminer toutes formes de discriminations fondées sur des critères prohibés. Conscient qu'un dispositif juridique permettant de faciliter la contestation des discriminations fondées sur des critères clairs et précis était crucial, le législateur a intégré dans la loi du 27 mai 2008 diverses dispositions consacrant des critères de discrimination prohibés, calquées sur la liste des critères de l'article 225-1 du Code pénal. Cette nouvelle loi apparaît comme une base juridique solide. Elle permet d'uniformiser les dispositions relatives aux discriminations. À cette fin, elle prévoit l'adaptation du droit communautaire dans le domaine dans une disposition législative qui s'aligne sur les critères prévus par le Code pénal. En pratique, la loi offre un cadre juridique significatif qui s'enrichit par la jurisprudence. Bien que la Constitution tunisienne interdise les discriminations entre les citoyens et les citoyennes, l'absence d'une disposition générale interdisant toutes formes de discriminations y compris entre les sexes vient s'ajouter à la liste des entraves à la bonne application de l'égalité homme-femme en Tunisie.

66. Principe d'égalité ou de non-discrimination, deux approches antagoniques. De manière à faire ressortir le cheminement parcouru depuis l'adoption de la Constitution de 1958 dont les dispositions-charnières de l'article premier donnèrent une assise constitutionnelle aux droits à l'égalité, nous esquisserons ici un schéma des principaux paramètres qui régissent la saisie juridique de la problématique de l'égalité entre les sexes sous le prisme de la non-discrimination. De manière générale, le principe d'égalité est souvent énoncé pour justifier l'interdiction de certaines discriminations, en l'occurrence celle fondée sur le sexe. Le terme discrimination vient du latin *discriminis*. Il indique à l'origine qu'une distinction, une séparation, une différenciation peut être établie entre des objets. Cependant, la discrimination dans son sens courant revêt une connotation négative³⁴⁰. Selon la HALDE, « discriminer, c'est interdire ou limiter l'accès d'une personne à un emploi, un logement, à des biens et des services ou à une formation pour des raisons interdites par la loi »³⁴¹. Autrement dit, la discrimination résulte d'une rupture de l'égalité pour un motif prohibé.

Les discriminations fondées sur le sexe dans le cadre professionnel ont toujours été interdites par les traités de l'Union européenne. Introduire le principe de non-discrimination apparaît comme une tâche très ardue³⁴². Tandis que la discrimination se présente, selon une partie de la doctrine comme le « chaînon manquant » entre les idéologies et les inégalités. Il estime que l'étude de la discrimination met en exergue les mécanismes des idéologies dans la constitution des inégalités entre les individus³⁴³. Contrairement au principe d'égalité qui constitue l'identité juridique qui s'est depuis longtemps cristallisée autour de caractéristiques bien identifiables, le paysage juridique a été modifié avec l'émergence du principe de non-discrimination qui est venu s'imbriquer dans le concept d'égalité entre les sexes. Ce qui a eu pour conséquence de transformer le cadre juridique du principe d'égalité entre les sexes. À l'origine, l'instrument constitutionnel ayant donné naissance au droit à l'égalité ne prévoyait pas explicitement l'égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction de sexe. En effet, l'article premier de

³⁴⁰ M. BOSSUYT, *L'interdiction de la discrimination dans le droit international des droits de l'homme*. Bruxelles, Bruylant, 1976.

³⁴¹ Ancienne Haute autorité de la lutte contre les discriminations et pour l'égalité Dossier d'information la HALDE, *Contre les discriminations et pour l'Égalité*, 2005.

³⁴² En effet, à la suite d'une série d'arrêts de la Cour de Justice des Communautés Européennes (CJCE), le principe a été affirmé par la transposition de deux directives européennes. Ce principe issu du modèle anglo-saxon n'a pas été rapidement intégré dans le système juridique français. La transposition des directives ne s'est pas opérée avec célérité. En effet, il a fallu que la Commission engage une procédure de manquement devant la CJCE pour qu'apparaisse enfin en procédure d'urgence la loi du 27 mai 2008, portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine des luttes contre les discriminations. La conception classique de la discrimination en France consiste à traiter de manière défavorable une personne ou un groupe en raison de critères prohibés, déterminés par la loi.

³⁴³ D. FASSIN, « *L'invention française de la discrimination* », *Revue Française de Science Politique*, 2002, n° 52, pp.403-423.

la Constitution de 1958 dispose que la République « assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction d'origine, de race ou de religion »³⁴⁴. Bien que l'objectif de la non-discrimination soit le même que celui du droit à l'égalité, c'est-à-dire assurer l'égalité entre les hommes et les femmes, l'approche des deux notions est considérée comme antagonique. D'ailleurs, M. Jean-Marie Delarue, en 2014 alors Contrôleur général des lieux de privation de liberté, résumait ces deux approches ainsi : « la discrimination est, pour le juge français, le versant antagoniste de l'égalité »³⁴⁵. C'est pourquoi « le refus de la discrimination repose sur l'affirmation d'un principe d'égalité entre plusieurs individus, qui devrait rendre impossible l'application d'un traitement différent »³⁴⁶.

Ainsi, le concept de discrimination dépend étroitement du concept d'égalité sans y être assimilable. En ce sens, le principe de discrimination peut se définir comme l'interdiction d'établir des différenciations de traitement entre les individus en raison de critères formellement prévus par la Constitution ou par d'autres normes, tels que la croyance, l'âge ou le sexe. Le rapport du Conseil d'État sur le principe d'égalité de 1996 énonce que « la non-discrimination [...] constitue une application stricte du principe d'égalité entre les sexes, affirmé par le

³⁴⁴ La jurisprudence du Conseil constitutionnel se réfère le plus souvent à une « formule standard censée exprimer sa conception globale du principe » (F. MELIN-SOUCRAMANIEN, « Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel. Quelles perspectives pour la question prioritaire de constitutionnalité ? », *Op. Cit.*, *Ibidem.*). Aussi, depuis sa décision du 9 avril 1996, il estime que, *a contrario*, « le principe d'égalité ne s'oppose ni à ce que le législateur règle de façon différente des situations différentes ni à ce qu'il déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général pourvu que, dans l'un et l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport direct avec l'objet de la loi qui l'établit » (Déc. n° 1996-375 DC, *Rec.*, p. 60). Sa position a été rappelé dans un arrêt de 2018 où il affirme que « le principe d'égalité devant la loi ne s'oppose ni à ce que législateur règle de façon différente des situations différentes, ni à ce qu'il déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général, pourvu que, dans l'un et l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport direct avec l'objet de la loi qui l'établit » (Décision n° 2018-738 QPC du 11 octobre 2018; J.-M. BRIGANT, « L'imprescriptibilité de l'action disciplinaire contre un avocat est conforme à la Constitution », *Gaz. Pal.* 2018, n° 41, pp. 16-18 ; C. VAUTROT-SCHWARZ, « Le Conseil constitutionnel, l'action disciplinaire contre l'avocat et la faux du Temps », *JCP G*, 2019, n° 1-2, pp. 26-31; H. BARBIER, « Le Conseil constitutionnel peut-il tout pour le droit des obligations ? », *RTD civ.*, 2019, pp. 92-94 ; La discrimination peut être définie comme consistant « à traiter différemment des personnes se trouvant dans des situations comparables ou à traiter de manière identique des personnes se trouvant dans des situations différentes ». Ainsi, « La discrimination consiste à traiter de manière différente des situations qui sont identiques ou de manière identique des situations qui sont différentes » (CJUE, Arrêt 23 Février 1980, Wagner, Aff. n°147/79, *Rec.JD.*, 1980 p. 03005, *Sommaire*, Cons.2) « Selon une jurisprudence constante de la cour, le principe général d'égalité dont l'interdiction de discrimination en raison de la nationalité n'est qu'une expression spécifique, est un des principes fondamentaux du droit communautaire. Ce principe veut que les situations comparables ne soient pas traitées de manière différente, à moins qu'une différenciation ne soit objectivement justifiée. Il exige, à l'évidence que des agents places dans des situations identiques soient régis par les mêmes règles, mais il n'interdit pas au législateur communautaire de tenir compte des différences objectives de conditions ou de situations dans lesquelles se trouvent places les intéressés ». (CJUE, Arrêt 16 octobre 1980, Hochtrass, Aff. n°147/79, *Rec.JD.*, 1980, Cons.7. p. 03005).

³⁴⁵Rapport d'information n°94 (2014-2015) de Mme Esther BENBASSA, M. JEAN-RENÉ, fait au nom de la commission des lois, déposé le 12 novembre 2014, *La lutte contre les discriminations : de l'incantation à l'action*, [<https://www.senat.fr/notice-rapport/2014/r14-094-notice.html>].

³⁴⁶*Ibidem.*

préambule de la Constitution de 1946 toujours en vigueur. En revanche, elle ne peut avoir pour prétention de réaliser l'égalité réelle des hommes et des femmes dans tous les aspects de la vie sociale »³⁴⁷. Pour la doctrine, « cette affirmation constitue une illustration de l'un des nombreux discours juridiques qui érigent une opposition entre égalité formelle et égalité réelle. Une telle opposition conduit à limiter, et parfois même à empêcher, l'appréhension de dispositifs juridiques permettant de lutter concrètement contre les inégalités de fait qui touchent encore majoritairement les femmes ». Selon certains critères, ce principe de non-discrimination est également encadré par la loi, notamment celle du 27 mai 2008³⁴⁸. Le principe de non-discrimination est défini à l'article 1132-1 du Code du travail, selon lequel « aucune personne ne peut [...] faire l'objet d'une mesure discriminatoire, directe ou indirecte [...], en raison de son origine, de son sexe, de ses mœurs, de son orientation ou identité sexuelle, de son âge, de sa situation de famille ou de sa grossesse, de ses caractéristiques génétiques, de son appartenance ou de sa non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation ou une race, de ses opinions politiques, de ses activités syndicales ou mutualistes, de ses convictions religieuses, de son apparence physique, de son nom de famille ou en raison de son état de santé ou de son handicap ».

67. L'existence d'un droit à la non-discrimination, l'instrument constitutionnel tunisien. Qu'est-ce que la discrimination en Tunisie ? Bien que complexe, la nouvelle Constitution avait pour ambition de trouver un équilibre entre modernité et tradition. L'objectif était d'éviter tout blocage institutionnel et une crise politique majeure. La mobilisation de l'opinion publique sur la question de l'égalité homme-femme a bousculé l'inertie concurrentielle dans le domaine politique. L'absence d'une disposition législative générale interdisant la discrimination dans tous les domaines a eu une conséquence importante dans la consécration de l'égalité des sexes. Sa mauvaise conception a laissé des espaces ouverts pour tolérer des situations discriminatoires. L'effet collatéral de cette malfaçon se trouve dans l'existence d'un vide juridique en matière de discrimination.

En effet, ce vide juridique est le résultat de défauts de dispositions législatives en la matière. Ce défaut de disposition a eu pour effet de renforcer l'existence de discriminations. Pourtant, la

³⁴⁷ Rapport du Conseil d'État, *Sur le principe d'égalité*, Paris, La documentation française, 1998, p. 1.

³⁴⁸ La notion de discrimination pénétra le droit français d'abord par la voie du droit international des droits de l'homme à partir des années 1950³⁴⁸, puis en droit interne. Ainsi, comme pour le principe de l'égalité, différentes sources du droit de l'Union européenne établissent des normes qui prohibent la discrimination. Aussi, la législation de l'Union européenne interdit à toute personne morale ou physique, ainsi qu'aux institutions européennes et aux États membres, d'exercer une discrimination, notamment lorsque leurs actes enfreignent une interdiction de discrimination fondée sur le sexe.

Constitution interdit, de manière spécifique, les discriminations dans certains domaines. En d'autres termes, ce n'est pas la loi qui interdit la discrimination, mais la Constitution de manière spécifique. Dès le préambule, la Constitution de 2014, « lutte contre toutes les formes de discriminations et de racismes ». L'article 47 prévoit de « fournir toutes les formes de protection à tous les enfants sans discriminations » et l'article 48 dispose que « l'État protège les personnes handicapées de toute discrimination ». Or, sans l'action du législateur dans l'élaboration d'une loi visant à éliminer toutes les formes de discrimination, celles-ci subsistent de manière légale. C'était le cas du racisme qui n'était pas considéré comme un délit. Le 26 juillet 2017, l'Assemblée des représentants du peuple vota un projet de loi organique visant à interdire les discriminations fondées sur le sexe³⁴⁹. Pourtant, dans d'autres domaines, le législateur n'a pas pris de telles mesures. Ainsi, en matière de discrimination à l'encontre des homosexuels, l'article 230 du Code pénal n'a jamais été abrogé. Ce dernier dispose que « la sodomie, si elle ne rentre dans aucun des cas prévus aux articles précédents, est punie de l'emprisonnement pendant trois ans »³⁵⁰. Cette disposition existe depuis 1913, c'est-à-dire depuis l'entrée en vigueur du Code pénal tunisien. Wahid Ferchichi explique à ce sujet que « la criminalisation de l'homosexualité découle de l'influence de la doctrine et la jurisprudence française », notamment la sanction.

68. Qu'en est-il en matière d'égalité homme-femme ? La Constitution est claire. L'article 21 dispose que « les citoyens et les citoyennes sont égaux en droits et devoirs. Ils sont égaux devant la loi sans discrimination aucune ». Même si la notion n'a pas été délimitée, la catégorisation du fait du sexe, est considérée par les instances internationales et par la Cour africaine des Droits de l'homme, comme une discrimination. De plus, comme nous l'avons déjà évoqué, l'article 49 de la Constitution dispose qu'il peut y avoir limitation des droits et des libertés, mais à condition de respecter la proportionnalité et la nécessité. Partant, il existe quatre conditions pour réaliser cette limitation : si ces droits et libertés portent atteinte au droit d'autrui, à la défense nationale ou à la sécurité, mais aussi, s'il y a une atteinte à la santé publique et à la morale publique. Or, une hypothèse selon laquelle l'égalité des sexes peut porter atteinte à ces quatre éléments est difficilement concevable, même si le dernier point, c'est-à-dire la moralité

³⁴⁹ Loi organique 11 août 2017 relative à l'élimination de la violence à l'égard des femmes, n° 2017-58, JORT 15 août 2017, N° 65, p. 2604.

Projet de loi organique N° 11/2018 relatif à l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale

³⁵⁰ Les versions arabe et française diffèrent. La version française parle de « sodomie » alors que la version arabe parle de « d'homosexualité féminine et masculine ». Or c'est le texte arabe qui fait foi devant la loi. Les deux types d'homosexualité sont criminalisés par la loi tunisienne.

dans les espaces publics, peut-être plus contraignants pour les femmes. Par conséquent, sans une loi éliminant toutes les discriminations, ou à tout le moins, les interdisant substantiellement, les discriminations fondées sur le sexe existent et perdurent. À titre d'exemple, on peut citer le cas des successions. La jurisprudence n'a pas épinglé cette pratique ni délimité la notion de non-discrimination.

CHAPITRE II : L'ACCENTUATION JURISPRUDENTIELLE DU MORCELLEMENT DES NORMES DE REFERENCE

69. Selon le doyen FAVOREU, « on désignera par “normes de référence” l’ensemble des principes et règles à valeur constitutionnelle contenus dans ce que nous avons proposé d’appeler le bloc de constitutionnalité »³⁵¹. Le principe d’égalité a fait l’objet d’une constitutionnalisation. Le Préambule de la Constitution de 1958 renvoie à d’autres textes, notamment la Déclaration de 1789 et le Préambule de 1946. Le bloc de constitutionnalité désigne l’ensemble des principes et dispositions ayant une valeur constitutionnelle. C’est avec la décision fondatrice, liberté d’association, du 16 juillet 1971 que le Conseil a consacré la valeur constitutionnelle du préambule du 4 octobre 1958 qui renvoie au préambule de 1946 et la Déclaration des droits de l’homme et du citoyen de 1789. Une loi constitutionnelle est venue étendre le bloc de constitutionnalité en 2005. Désormais, la charte de l’environnement fait partie du bloc de Constitutionnalités. Le bloc se trouve au sommet de la hiérarchie des normes et le Conseil est le garant du respect de la Constitution. Ainsi, les lois et normes inférieures doivent être conformes au principe d’égalité entre les hommes et les femmes qui a une valeur constitutionnelle. Le Doyen Louis FAVOREU a théorisé cette notion en expliquant que « l’expression désigne l’ensemble des principes et règles à valeur constitutionnelle dont le respect s’impose au pouvoir législatif comme au pouvoir exécutif, et d’une manière générale à toutes les autorités administratives et juridictionnelles ainsi, bien sûr, qu’aux particuliers »³⁵². Aussi, le principe d’égalité va puiser dans différentes normes pour enrichir son champ d’application et affirmer d’une part une formulation positive du principe d’égalité, d’autre part une formulation négative du principe. Dès lors, la formulation positive du principe, c’est-à-dire la consécration *expressis verbis* de l’égalité trouve ses sources dans une multitude de textes (**Section 1**). Corollairement, la lecture négative, c’est à dire le principe l’interdiction de discrimination dispose également de sources multiples (**Section 2**).

³⁵¹ L. FAVOREU, « Les normes de référence » in *Le Conseil constitutionnel et les partis politiques*, Travaux de l’association française des constitutionnalistes, journée d’études du 13 mars 1987, PUAM-Economica, 1988, p.69.

³⁵² O. DUHAMEL et Y. MENY, *Dictionnaire constitutionnel*, PUF, 1992, p.87.

Section 1 : La multitude de sources textuelles en matière d'égalité

70. Faiblesse du dispositif contenu dans la Constitution de 1958. Les barrières constitutionnelles que nous avons précédemment identifiées produisaient un effet négatif concret pour la promotion de l'égalité des sexes. Elles entravaient clairement l'émergence d'une constitutionnalisation expresse de l'égalité, laquelle aurait pu déclencher une baisse significative du retard accumulé dans le domaine. Cet état d'entrave était corroboré par certains chiffres. À titre d'exemple, en matière de représentation des femmes en politique, on peut constater une entrée massive des femmes dans les conseils municipaux³⁵³. En pratique, la cause principale de l'acquisition tardive de droits égalitaires dans plusieurs domaines relève du silence de la Constitution en la matière. Sans dispositions consacrant l'égalité des sexes, et sans l'élargissement des normes de référence du Conseil, l'égalité des sexes était une simple composante du principe d'égalité. Le Conseil examina une proposition de loi dont le grief dominant était le non-respect d'un principe fondamental reconnu par les lois de la République selon lequel les associations se constituent librement sans autorisation préalable, même lorsqu'elle émane de l'autorité judiciaire. Conséquemment, on souligne qu'en France (§ 1) comme en Tunisie (§ 2) la faiblesse des différents dispositifs constitutionnelle a poussé à un élargissement des normes de références.

§ 1. L'élargissement des normes de référence en France

71. La volonté française de consacrer la valeur constitutionnelle de l'égalité des sexes avec la consécration du bloc de constitutionnalité. En ce qui concerne les normes

³⁵³ Depuis les élections de 2001, les femmes représentent 30 % des conseils municipaux. Concernant les femmes qui exercent la fonction de maire, le bilan est beaucoup plus mitigé même si l'on peut constater une progression. En 1995, la proportion de femmes élues est de 7,5 %. Un chiffre qui s'accroît à 10,9 % en 2001, puis à 13,80 % en 2008. (Rapport de l'observatoire de la parité remis au Premier ministre en 2002 sur l'impact de la loi dans les domaines où s'applique la parité.)

Par ailleurs, concernant les élections qui ne sont pas concernées par la parité, les effets n'ont pas été immédiats. Les femmes élues à l'Assemblée nationale constituaient 224 des effectifs en 2017, alors que ce chiffre s'élevait à 155 en 2012. Ainsi, elles représentaient 38,8 % des députés de l'Assemblée nationale. Cf. Observatoire de la parité entre les femmes et les hommes, Rapport sur *La parité entre les femmes et les hommes : Une avancée décisive pour la démocratie*, présenté par C. GENISSON, Paris, Janv. 2002, 141.p ; Observatoire de la parité entre les femmes et les hommes, Rapport sur *Pourquoi la parité en politique reste-t-elle un enjeu pour la démocratie française ?*, présenté par M.-J. ZIMMERMANN, Paris, Déc. 2003, 74.p ; Sénat, Rapport d'information n° 215 : *Projet de loi tendant à favoriser l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et aux fonctions électives : Favoriser l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et fonctions électives. Rapport sur les projets de loi correspondants*, fait au nom de la délégation aux droits des femmes, présenté par D. POURTAUD, 9. Fév. 2000.

constitutionnelles de références, l'égalité des sexes trouve sa source dans plusieurs textes. Autrement dit, avec la consécration du bloc de constitutionnalité dont les textes ont une valeur constitutionnelle, il y a une extension des sources de ce droit. Ainsi, les droits fondamentaux inclus dans la Déclaration de 1789 deviennent des droits absolus attachés à l'Homme³⁵⁴ c'est-à-dire partagés entre la femme et l'homme. Par conséquent, les dispositions relatives à l'égalité homme-femme contenues dans le bloc de constitutionnalité ont également une valeur constitutionnelle. Le Conseil examina une proposition de loi dont le grief dominant était le non-respect d'un principe fondamental reconnu par les lois de la République selon lequel les associations se constituent librement sans autorisation préalable, même lorsqu'elle émane de l'autorité judiciaire. Le Conseil, avec cette décision fondatrice, trancha une controverse qui durait depuis le début de l'entrée en vigueur de la Constitution de 1958. Il s'agissait de la question de savoir si le Préambule de la Constitution de 1946 et partant la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 reprise par celui-ci, avaient valeur de droit positif, « c'est-à-dire contenaient des normes juridiques susceptibles d'être appliquées notamment par un juge ». Autrement dit, dans sa décision « Liberté d'association », le Conseil invalide des dispositions législatives attaquées pour violation du principe fondamental reconnu par les lois de la République. Par la suite, le Conseil a également mis en œuvre la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et particulièrement son article 6 en 1973³⁵⁵. C'est en 1975³⁵⁶ qu'il fait application du Préambule de la Constitution de 1946. Après ces décisions, « la Constitution se composait de quatre éléments, d'âge et d'inspiration différents formant ce qu'il est convenu d'appeler "le bloc de constitutionnalité" ». La révision de 2005 ajouta par la suite la « Charte de l'environnement ». La notion « de bloc constitutionnel » est utilisée dès le début de la V^{ème} République³⁵⁷. Il est composé de cinq séries de normes. La plupart des décisions d'annulation prononcées par le Conseil constitutionnel sont fondées sur les articles mêmes de la Constitution de 1958 et de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789. Les normes restantes tiennent une place moins importante dans le contentieux constitutionnel³⁵⁸.

³⁵⁴cf. F. GOGUEL, « Objet et portée de la protection des droits fondamentaux » in *Cours constitutionnelles européennes et droits fondamentaux*, PUAM-Economica, 1982, pp. 225-240; M. TROPER, « Le problème de l'interprétation et la théorie de la supralégalité constitutionnelle » in *Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann*, éditions Cujas, 1975, pp.133-151.

³⁵⁵Cons. const., 27 décembre 1973, déc. 73-51 DC, *Taxation d'office*, Loi de finances pour 1974.

³⁵⁶*Ibid.*

³⁵⁷J.-M. BLANQUER, « Bloc de constitutionnalité ou ordre constitutionnel ? » in *Mélanges Jacques Robert*, LGDJ, 1998, pp. 227-238.

³⁵⁸Elles concernent les principes politiques économiques et sociaux énoncés dans le Préambule de la Constitution de 1946, des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République mentionnés dans ce même Préambule et, enfin la Charte de l'environnement dont la constitutionnalisation a été réalisée en 2005.

Entre autres choses, l'extension des normes de références du Conseil a, d'une part, encouragé la protection du droit à l'égalité des sexes dans les différentes branches du droit en renouvelant le cadre des dispositions consacrant ce droit, d'autre part, favorisé l'introduction de dispositifs législatifs se conformant au cadre du bloc de constitutionnalité. Pour ce faire, de nombreuses dispositions de valeur constitutionnelle prévoyant expressément ou non l'égalité des sexes assurèrent au législateur une marge de manœuvre en matière de mesures de mises en œuvre afin d'obtenir l'égalité des sexes. Deux dispositions pivots peuvent être soulignées : la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 relative aux droits et libertés (A) et le Préambule de 1946 relatif aux principes politiques, économiques et sociaux (B).

A) La Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen de 1789 relative aux droits et libertés

72. La nécessaire refonte de la procédure abrégée originelle. Des dispositions existaient déjà en 1789, mais elles n'étaient point explicites³⁵⁹. À dire vrai, la première application de la déclaration par le Conseil fut en 1973³⁶⁰. À cet égard, la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen s'est affirmée comme un texte fondamental surtout dans la jurisprudence du Conseil, mais également dans celle du Conseil d'État ou de la Cour de cassation. Cela signifie que la reconnaissance de sa valeur constitutionnelle a activé la force juridique de l'ensemble de ces dispositions y compris celles auxquelles on peut rattacher l'égalité des sexes. D'autre part, la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen ne concerne pas exclusivement la proclamation et la défense des droits et libertés. En effet, elle prévoit également des dispositions relatives à « l'organisation de l'État nouveau issu de la Révolution ». Mais nous nous intéresserons aux dispositions de la Déclaration relatives aux droits et libertés, notamment au principe d'égalité³⁶¹. C'est sur le fondement de l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen qu'en 1982, le Conseil constitutionnel a censuré les quotas par sexe³⁶². Cette disposition empêcha, jusqu'à la révision de 2008, d'introduire des mesures de discrimination positive par la loi dans certains domaines, où le principe d'égalité est appliqué avec rigueur. En ce sens, en

³⁵⁹ En effet, l'article 1^{er} de la DDHC de 1789 dispose que : « Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits. Les distinctions sociales ne peuvent être fondées que sur l'utilité commune » alors qu'aux termes de son article 6, la loi « doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse. Tous les Citoyens étant égaux à ses yeux sont également admissibles à toutes dignités, places et emplois publics, selon leurs capacités, et sans autre distinction que celle de leurs vertus et de leurs talents ».

³⁶⁰ Cons. const., 27 déc. 1973, déc n° 51 DC, *Taxation d'office*, GDCC, n°45.

³⁶¹ Celui-ci est proclamé à l'article 1^{er} suivant lequel « les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits ». Il découle aussi de l'article 6 de la DDHC qui dispose que « la loi (...) doit être la même pour tous soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse ».

³⁶² Cons. const., 18 nov. 1982, déc. n° 82-146 DC, *Quotas par sexe*, cons.6.

matière de droits politiques, c'est-à-dire concernant l'électorat et l'éligibilité, les seules différenciations admises sont prévues par la Constitution de 1958³⁶³. En matière de contentieux constitutionnel, la méconnaissance de la Déclaration représente un pourcentage non négligeable des cas d'annulation des normes législatives. Autrement dit, cette déclaration est un texte fondamental. Toutefois, même si le Conseil s'est appuyé sur l'article 6 pour se prononcer sur la question de l'égalité des sexes, spécialement la parité, ce texte ne prévoit pas de disposition explicite en matière d'égalité. Mais elle a servi de norme de référence concernant la question *Ab initio*, les dispositions relatives à l'égalité concernaient également celles relatives à l'égalité homme-femme, de sorte que le Conseil pouvait se fonder sur ces dispositions, et donc, annuler des dispositions législatives qui seraient contraires au principe d'égalité, dont l'égalité des sexes.

73. Le succès de la nouvelle norme de référence fut rapide et incontestable. Le non-respect de celle-ci représente un pourcentage significatif des cas d'annulation des normes législatives. Le principe général d'égalité est déjà affirmé dans la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 sans toutefois être appliqué expressément aux hommes et aux femmes. Même lorsqu'il se fonde sur l'alinéa 3 du Préambule de 1946, le Conseil constitutionnel renvoie à l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen³⁶⁴. En réalité, ce dernier article comprend deux éléments distincts. D'une part, il désigne la loi comme l'expression de la volonté générale et d'autre part il affirme le principe d'égalité. La partie qui intéresse le sujet reste le second élément. La question de l'égalité, comme nous l'avons déjà exposé, relève de plusieurs normes, dont la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen. Cette dernière ne consacre pas exclusivement l'article 6 au principe d'égalité des sexes, elle n'est qu'une composante du principe général d'égalité puisque de ce même fondement, découle d'autres principes. À titre d'exemple, on peut citer le principe d'égalité devant la justice qui « est inclus dans le principe d'égalité devant la loi proclamée dans la Déclaration des Droits de l'homme de 1789 et solennellement réaffirmé par le préambule de la Constitution »³⁶⁵. Autre exemple, « le principe d'égalité devant la loi pénale, tel qu'il résulte de l'article 6 de la

³⁶³ Art. 3 de la Constitution de 1958.

³⁶⁴ Cons. const., 16 mars 2006, déc. n° 2006-533 DC, Loi relative à l'égalité salariale entre les femmes et les hommes.

³⁶⁵ Cons. const., 23 juil. 1975, déc. n° 75-56, Loi modifiant et complétant certaines dispositions de procédure pénale spécialement le texte modifiant les articles 398 et 398-1 du code de procédure pénale, cons. 4.

Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, ne fait pas obstacle à ce qu'une différenciation soit opérée par la loi pénale entre agissements de nature différente »³⁶⁶.

B) Le Préambule de la constitution de 1946

74. Afin de rendre l'égalité des sexes explicite, lever le verrou posé par la lacune de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 devenait une nécessité. Comme nous l'avons évoqué précédemment, l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen constituait un fondement juridique à l'égalité des sexes, sans toutefois être exclusivement applicable à la matière. Ainsi, l'alinéa 3 du Préambule dispose que « la loi garantit à la femme, dans tous les domaines, des droits égaux à ceux de l'homme ». En clair, les droits de l'homme sont accordés à l'être humain en général et pas uniquement aux seules personnes de sexe masculin. Ce faisant, même si le Conseil ne s'est pas fondé sur le Préambule, il considéra que « le principe constitutionnel d'égalité entre les sexes s'impose au pouvoir réglementaire sans qu'il soit besoin pour le législateur d'en rappeler l'existence »³⁶⁷. Même si le Conseil a tendance à ne pas se référer à cette disposition, lorsqu'il le fait, il renvoie à l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen³⁶⁸. Ici, l'intérêt général d'avoir une disposition spécifique qui prévoit l'égalité des droits dans tous les domaines permet de combler les lacunes de la Constitution et de l'absence de dispositions spécifiques dans la Déclaration.

§ 2. L'élargissement des normes de référence en Tunisie

75. Cet élargissement se réalise par un préalable nécessaire, celui de l'affirmation générale de l'égalité des sexes par la Constitution tunisienne de 2014 (A). Cette affirmation générale s'accompagne de dispositions inédites introduites par la nouvelle Constitution tunisienne et qui sont favorables à l'égalité femmes-hommes (B).

A) L'affirmation générale de l'égalité des sexes par la Constitution Tunisienne de 2014

³⁶⁶ Cons. const., 5 août 2010, déc. n° 2010-612 DC.

³⁶⁷ Cons. const., 20 mars 1997, déc. 97-388 DC, *Plan d'épargne retraite*, cons. 13.

³⁶⁸ Cons. const., 16 mars 2006, déc. n° 2006-533 DC, Loi relative à l'égalité salariale entre les femmes et les hommes.

76. La Constitution tunisienne de 2014 consacre à la fois des droits négatifs³⁶⁹ et positifs.³⁷⁰ Ces droits prennent la forme de droits civils et politiques ainsi qu'économiques et sociaux³⁷¹. Les droits de programmation, ou droits économiques et sociaux, sont parfois désignés comme des droits de deuxième génération qui nécessitent des ressources supplémentaires pour leur accomplissement. Ces droits concernent le droit à la santé, le droit à l'eau et le droit à l'éducation³⁷². Ces droits programmatiques inextricablement liés aux droits civils et politiques ne sont pas directement applicables dans la mesure où les droits civils et politiques le sont, mais doivent attendre leur mise en œuvre par des mesures législatives ou exécutives et des crédits budgétaires. Ensuite, la consécration de ces droits est explicite même si « l'on peut regretter une certaine anarchie dans la présentation des droits »³⁷³. La consécration de ces droits s'accompagne de clauses qui favorisent la mise en œuvre du principe d'égalité pour « les personnes potentiellement concernées par des discriminations objectives »³⁷⁴, dont les femmes.

³⁶⁹ Les droits négatifs restreignent, interdisent ou limitent l'exercice du pouvoir gouvernemental. Les droits positifs, ou programmatiques, appellent le gouvernement à fournir des ressources, des services et des programmes pour leur réalisation. Autrement dit, ils obligent le gouvernement à agir afin de rendre les droits visés effectifs³⁶⁹. Sur la notion d'effectivité *lato sensu* : voy. not. J. Carbonnier, « Effectivité et ineffectivité de la règle de droit », *L'Année sociologique*, LVII, 1958, p. 3 ; *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, 9e éd., LGDJ, 1998, p. 133.

³⁷⁰ M. FABRE-MAGNAN, « Le Droit et les Droits », *Introduction au droit*, PUF, 2014, pp. 5-9. Les droits substantiels quant à eux recouvrent les droits positifs qui ont pour objectif d'accomplir ces droits et de combattre les inégalités. Sans mécanismes et procédures pour matérialiser ces droits, ils demeurent majoritairement restreints sur le terrain de la rhétorique. À titre d'exemple, en 2004, la campagne nationale nigériane de sensibilisation des femmes à la réforme constitutionnelle a dressé une liste de recommandations. Celle-ci avait pour objet de rendre la Constitution davantage favorable aux femmes. Il avait été fait appel à la « justiciabilité » des droits socio-économiques constitutionnels actuels.; Voy. C.M. HERRERA, « Sur le statut des droits sociaux – La constitutionnalisation du social », *Revue Universelle des droits de l'Homme*, vol. 16, n° 1-4, 2004, p. 32 ; D. ROMAN, « La justiciabilité des droits sociaux ou les enjeux de l'édification d'un État de droit social », *La Revue des droits de l'homme*, n°1/2012, mis en ligne le 27 mars 2014, consulté le 23 octobre 2017 ; N. BACCOUCHE, « *Economic and social rights and the Tunisian Constitution* », Disponible en ligne sur [<http://www.arabstates.undp.org/pdf>] ; H. CHAKROUN, « *Tunisia: Human Rights Organizations and the State* », mai 2018, Disponible en ligne sur [<https://www.arab-reform.net/en/node/1269>] ; Sur la question de la justiciabilité, voy. Ch. ATIAS, « Justiciabilité », *Dictionnaire de la justice* Loïc Cadet (dir.), PUF, 2004, p. 798 ; C. NIVARD, *La justiciabilité des droits sociaux. Étude de droit conventionnel européen*, th. dact., Université de Montpellier 1, F. Sudre (dir.), 2009, p. 18 et s. ; D. ROMAN, « Les droits sociaux, entre « injusticiabilité » et « conditionnalité » : éléments pour une comparaison », *Revue Internationale de droit comparé*, 2009, n° 2, p. 285 ; D. Roman, « Le juge et les droits sociaux : Vers un renforcement de la justiciabilité des droits sociaux ? », Dossier Le juge et les droits sociaux, *Revue de droit sanitaire et social*, 2010, n°5.

³⁷¹ *Ibidem*.

³⁷² Tunisie. Constitution, 27 janv. 2014, arts. 38, 39, 44. En France, le droit à l'éducation et à la formation a également une valeur constitutionnelle, car le Préambule de la Constitution de 1946 dispose que « *la Nation garantit l'égal accès de l'enfant et de l'adulte à l'instruction, à la formation professionnelle et à la culture. L'organisation de l'enseignement public gratuit et laïque est un devoir de l'État* ». Aussi, le droit à la formation est également consacré par le Code du travail, notamment l'article L. 6314-1 qui dispose que « *tout travailleur engagé dans la vie active ou toute personne qui s'y engage a droit à la qualification professionnelle et doit pouvoir suivre, à son initiative, une formation lui permettant, quel que soit son statut, de progresser au cours de sa vie professionnelle d'au moins un niveau en acquérant une qualification correspondant aux besoins de l'économie, prévisibles à court ou moyen terme* ». Ph. RAIMBAULT, « Accès à l'éducation et à la formation », *Op. Cit.*, *Ibidem*.

³⁷³ G. WEICHELBAUM et X. PHILIPPE, art. préc., p. 63.

³⁷⁴ *Ibidem*.

Cependant, la question de l'égalité des sexes n'a pas suscité un débat rigoureux et précis, et ce, certainement afin d'éviter la question sensible des effets de sa reconnaissance sur le droit des successions. En effet, le droit musulman ne traite pas l'homme et la femme de manière égalitaire³⁷⁵. Cette discrimination successorale, figée dans le texte coranique, expliquerait que l'acte fondamental, alors même qu'il reconnaît le principe d'égalité des sexes, contourne la mise en œuvre de ce dernier dans le domaine des successions. Autrement dit, le principe d'égalité des sexes n'irradierait pas tous les champs du droit tunisien. *A priori*, celui des successions en serait exclu. Quoi qu'il en soit, l'Assemblée s'est accordée sur l'article 21 de la Constitution, lequel apparaît très ambitieux, pour ne pas dire légèrement spéculatif. Son libellé prévoit en termes généraux l'égalité des sexes. Précisément, il dispose que les citoyens et les citoyennes sont « égaux en droits et en devoirs » et sont « égaux devant la loi »³⁷⁶. Aussi, le texte ne comprend aucune spécificité³⁷⁷ et n'érige aucune exception à cette égalité « formelle »³⁷⁸. Cette égalité entre citoyens est également garantie par le préambule de la Constitution de 2014. Ainsi, le principe d'égalité est consacré par la Constitution (art.21), mais de manière suffisamment vague et ambiguë, ce qui alimente les controverses sur l'interprétation de ce principe. Toutefois, ce caractère vague et ambiguë est atténué par l'insertion de l'article 46, lui aussi inédit. Aux termes de ce dernier, l'État est engagé pour protéger « les droits acquis de la femme, [...] les soutenir et œuvrer à leur amélioration ». À cet égard, quelle signification doit-on donner à ces droits acquis visés par l'article 46 ? Sont-ils ceux scellés dans le CSP ? Aucune précision n'est apportée par la Constitution. En effet, le texte ne le précise pas et ne fait aucune référence expresse aux CSP ; de même que le nouveau texte ne constitutionnalise pas le respect du même CSP. S'il est clair que l'égalité des droits politiques, économiques, sociaux et culturels est garantie, et ce, sans discrimination de sexe, il n'en est pas de même des droits privés et familiaux.

³⁷⁵ Cette question de l'égalité dans l'héritage cristallise actuellement les tensions en Tunisie. Voy. sur le sujet : F. BOBIN, « Tunisie : le président soutient l'égalité dans l'héritage », *Le Monde*, 15 août 2018, p. 3.

³⁷⁶ Voy. Constitution de la République tunisienne, art. 21, disponible sur le site [<http://www.legislation.tn>], *JO* de la République tunisienne - 20 avr. 2015, p. 5.

³⁷⁷ Tunisie, Constitution, 27 janv. 2014, art. 21.

³⁷⁸ Selon nous, il existerait une égalité « formelle » ou « normative », laquelle se distinguerait de l'égalité « substantielle ». L'égalité formelle désignerait celle que l'on retrouve dans les textes : Constitutions, lois, décrets, etc. L'égalité substantielle viserait quant à elle l'égalité réelle, c'est-à-dire celle qui se déploie concrètement dans la société ; celle qui se manifeste dans les faits. À cet égard, nous pensons avec d'autres que « le droit ne doit pas accompagner ce qui est mais orienter vers ce qui doit être » de sorte que le système normatif qui promeut l'égalité a un rôle majeur à jouer. Voy. E. MOUJAL BASSILANA, I. PARACHKEVOVA-RACINE et M. TELLER, « Les femmes en droit des affaires » in *Mél. en l'honneur de J. Mestre*, 2019 (article transmis par les auteurs). Voy. aussi A. SUPIOT, *La gouvernance par les nombres*, Fayard, 2015, p. 18, qui explique qu'« un système normatif peut faire advenir au moins partiellement dans les faits la représentation du monde qu'il promeut ».

B) L'introduction dans la Constitution tunisienne de dispositions inédites favorable à l'égalité des sexes

77. Un atout majeur du droit constitutionnel tunisien. L'article 40 de la Constitution prévoit également le droit au travail pour « chaque citoyen et citoyenne ». L'article précise que l'État prend les mesures nécessaires à sa garantie sur la base de la compétence et de l'équité. Tout citoyen et citoyenne a le droit au travail dans des conditions décentes et à salaire équitable. Parmi les atouts particuliers que l'on retrouve dans ces dispositions inédites, la nouvelle Constitution a introduit une véritable discrimination positive³⁷⁹. À tout le moins, en matière électorale, la discrimination positive a vu le jour en Tunisie. En effet, le 15 juin 2016, l'Assemblée des représentants du peuple (ARP) a adopté une loi³⁸⁰ consacrant le principe de parité horizontale³⁸¹ et verticale³⁸² pour les prochaines élections municipales³⁸³. Aux termes de

³⁷⁹ Il a fallu attendre les effets de la révolution du 14 janvier 2011 pour que les féministes tunisiennes, et notamment Mme Faïza Skandrani, arrivent à obtenir des droits en faveur des femmes sous forme de discrimination positive. Précisément, c'est le nouvel article 46 de la Constitution de 2014 qui a introduit la discrimination positive en Tunisie. L'alinéa 2 de ce texte dispose que « 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'alinéa 3 quant à lui énonce que « l'État s'emploie à consacrer la parité entre la femme et l'homme dans les assemblées élues ». En d'autres termes, la nouvelle Constitution a introduit deux types de discrimination positive : une discrimination positive au sens large qui irrigue l'ensemble des métiers de la société et une discrimination positive spécialement dédiée à la matière électorale. On aurait pu penser que ce texte n'aurait qu'une dimension de propagande et qu'il ne serait pas appliqué. Mais force est de constater que ce n'est pas le cas.

³⁸⁰ L'article 49 du projet de loi relatif aux élections et référendums prévoit le principe de parité verticale et celui horizontale. Promulguée le 26 mai 2014, il s'agit de la loi n° 2014-16 du 26 mai 2014 relative aux élections et référendums, JORT n°42, p. 2049. Loi de 2014 modifiée et consolidée par la Loi organique n°2019-76 du 30 août 2019, n°JORT 70.

³⁸¹ C'est-à-dire que « en ce qui concerne les élections municipales et régionales, les partis politiques et les coalitions électorales présentant des listes candidates dans plus d'une circonscription électorale doivent désigner autant de têtes de listes femmes que de têtes de listes hommes ». Democracy Reporting International, *Rapport sur la mise en œuvre de la Constitution tunisienne au niveau du cadre juridique*, 9ème édition, 30 septembre 2019, Disponible [en ligne], [consulté le 18 février 2020], [https://democracy-reporting.org/wp-content/uploads/2019/12/web_DRI-TN_rapport_suivi_mise-en-oeuvre_constitution_septembre_2019_FR_VF_2019-12-23.pdf], p.21.

³⁸² C'est-à-dire que « des candidats hommes et des candidates femmes en nombre égal et tout en respectant la règle de l'alternance dans une même liste candidate ». *Ibidem*.

³⁸³ Il faut rappeler que le problème initial est le silence du pouvoir constituant qui affirme que l'« Etat s'emploie à consacrer la parité entre la femme et l'homme dans les assemblées élues » (article 46, troisième alinéa), sans prévoir les modalités de cette parité, c'est-à-dire le type de parité qui est à la charge de l'État. Aussi, pendant une période significative la question était de savoir si l'exigence constitutionnelle impliquait à la fois la parité horizontale et verticale. En effet, initialement, la parité horizontale n'a pas été prévue. L'Instance provisoire chargée du contrôle de constitutionnalité des lois a été saisi par des députés pour vérifier la conformité de la loi organique n°16 du 26 mai 2014 portant sur les élections et les référendums, qui a pour objet d'encadrer et de régir les élections de l'ARP. L'Instance considère dans sa décision n°2014/02, que le fait de prévoir uniquement le principe de parité horizontale n'est pas inconstitutionnel. En effet, l'État n'a qu'une obligation de moyens et non de résultat. Cette position a été réaffirmé dans une autre décision de cette même Instance en 2015. Dans sa décision n° n° 2015/02 du 8 juin 2015, l'Instance considère que la loi organique répond de manière satisfaisante aux exigences constitutionnelles en matière de parité. Voy. N. CHABANE, « Les droits des femmes dans la Constitution tunisienne de 2014 », In *La femme et son environnement, sa priorité... Mélanges en l'honneur de la Professeure Soukaina Bouraoui*, Tunis, Centre de Publication Universitaire, 2018, p. 231.

ce texte, chaque liste aux élections municipales devra comporter autant d'hommes que de femmes en vertu d'un système d'alternance. De plus, au moins la moitié des listes présentées par les partis politiques devra être présidée par des femmes³⁸⁴. Une députée de l'ARP a qualifié cette loi de « grande victoire pour la deuxième République ». Pour vérifier l'efficacité de la nouvelle loi, les élections du 6 mai 2018 ont été un bon laboratoire d'observation. Les résultats ont dépassé toutes les espérances³⁸⁵. La Tunisie, premier pays du monde arabo-musulman à instaurer la parité aux élections, a donc fait mieux que les pays du vieux continent, et ce, en un temps record. Toutefois, il ne faut pas occulter les carences que peut produire ce résultat positif pour les femmes tunisiennes, ni le surdimensionné. Nonobstant ce score flatteur, des problèmes demeurent. Le principal problème réside dans la qualité du nouveau personnel politique élu. En effet, le fait d'avoir imposé la parité aux élections a conduit à ce que les partis présentent des candidates qui n'avaient aucune expérience politique. Cette inexpérience pourrait être compensée à l'avenir par des programmes de formation qui sont à ce jour insuffisants. En effet, pour l'heure, les mesures prises par l'État tunisien semblent clairement déficientes. Au lendemain de l'adoption de la loi du 15 juin 2016, le ministère de la femme, de la famille et de l'enfance a mis en place un programme de formation destiné seulement à 450 femmes diplômées. L'objectif avec cette mesure est d'améliorer et de renforcer leurs compétences afin de mieux les préparer à la vie publique et politique. On peut néanmoins s'interroger sur l'efficacité d'une telle mesure. Former seulement 450 femmes, est-ce vraiment une mesure satisfaisante ? On peut en douter. À notre sens, ce type d'actions ne devrait pas uniquement viser une petite catégorie de femmes. Bien au contraire, une telle mesure devrait toucher le plus grand nombre. C'est en étendant cette mesure à toutes les femmes tunisiennes diplômées, voire non diplômées, que le personnel politique féminin pourra efficacement tenir son rôle.

³⁸⁴ Selon H. SKHIRI, chargée du programme national *ONU Femmes*, « *l'inscription de la parité horizontale et verticale dans la loi électorale offre davantage de chances aux femmes d'être élues lors des prochaines élections locales, ainsi qu'une meilleure représentation dans les conseils municipaux et régionaux.* ». N. DEJOUÏ, « HÉLA SKHIRI : « La parité horizontale et verticale offre davantage de chances aux femmes d'être élues » », *L'économiste maghrébin*, 30 septembre 2017, disponible en ligne, [<http://www.leconomistemaghrebin.com/2017/09/30/hela-skhir-parite-horizontale-verticale-offre-davantage-de-chances-aux-femmes-detre-elues/>], consulté le 08 décembre 2018.

³⁸⁵ Les deux principaux partis du pays, Nidaa Tounes et Ennahdha, ont instauré des listes équitables entre les femmes et les hommes. Arithmétiquement, cela s'est traduit de la façon suivante : 580 femmes têtes de liste, ce qui correspond au quart des listes présentées. Relevons que la loi a été fermement appliquée puisque plus d'une centaine de listes ont été écartées en raison du non-respect du principe de parité. Relevons aussi que ces élections ont été un véritable succès dès lors que nous les analysons à l'aune de la parité. En effet, 47,5 % des élus sont des femmes, ce qui représente un taux supérieur à la France (40,3 %), au Royaume-Uni (33 %) et à l'Allemagne (27 %).

78. Ainsi, en Tunisie, on retrouve cette discrimination aussi bien dans la norme constitutionnelle que dans des lois ordinaires. Il faut souligner l'importance de cet atout puisqu'il n'existait pas sous le régime de la Constitution de 1959. En effet, l'article 6 de la Constitution de 1959 prévoyait l'égalité de tous les citoyens. Cependant, aucune réforme semblable à celles qu'a connues la France avec la révision constitutionnelle de 2008 n'a été prise. En effet, la Constitution de 1959 ne contenait aucune disposition visant la parité entre les hommes et les femmes ou encore des quotas par sexe dans des instances ou en matière électorale. Le Conseil constitutionnel n'a jamais rendu un avis qui interpréterait l'article 6 de la Constitution comme impliquant la parité homme-femme. La loi quant à elle, contrairement à la Constitution, n'était pas totalement indifférente au sort des femmes. Grâce à l'implication d'associations féministes nées sous la présidence Ben Ali, la loi électorale de 2011 a introduit le principe de parité dite verticale en matière électorale. Cette parité verticale³⁸⁶ n'est pas très efficace. Pour s'en convaincre, il suffit de regarder les effets qu'elle a eue sur la composition de l'ANC. Sur 217 sièges, 49 seulement sont revenus à des femmes dont 42 étaient des têtes de liste du parti islamiste *Ennahdah qui paradoxalement profite du combat contre la discrimination homme femme dans ce cas alors que le discours politique est d'une autre nature.* Toutefois, la nouvelle Constitution dépasse les attentes : non seulement elle assure la continuité et la fixité de l'égalité des sexes, et ce de manière plus explicite, mais également un renforcement de celle-ci³⁸⁷. Ce résultat positif s'explique par la vigilance de la société civile, mais aussi, voire surtout, par le contexte particulier dans lequel l'adoption de la Constitution a eu lieu. En dépit de l'évocation d'obstacles à la plénitude égalitaire par rapport au principe d'égalité des sexes, l'extension constitutionnelle et le renforcement de l'égalité dans d'autres catégories du droit³⁸⁸ confirment le statut d'exception par rapport à l'historicité de ce droit. En

³⁸⁶ La parité verticale désigne la situation où « *les candidats sont classés entre femmes et hommes dans les listes de manière alternée* ». Autrement dit, dans le cadre d'une parité verticale, les liste de candidats doivent comporter autant de femmes que d'hommes, de sorte que si la tête de liste est un homme, le suivant est nécessairement une femme et vice-versa.

³⁸⁷ La Constitutionnalisation du principe de parité en Tunisie prévu à l'article 46 de la Constitution de 2014 a permis de sécuriser juridiquement la participation des femmes à la vie politique. Depuis l'acquisition du droit de vote et d'éligibilité par les tunisienne en 1957, c'est de manière inédite que ce droit a été renforcé par une norme constitutionnelle lui permettant aussi d'accéder à la fonction de la Présidence de la République alors même que l'ancienne Constitution de 1959 ne lui permettait pas. M. BEN JEMIA, « Lecture de l'article 46 de la Constitution », « Lecture de l'article 46 de la Constitution », in M. MARTINEZ SOLIMAN, S. BAHOUS, P. KEULEERS, K. ABDEL SHAFI et J. DE LA HAY (dir.) Rapport du PNUD, *La Constitution de la Tunisie. Processus, principes et perspectives*, p. 433. Disponible en ligne [https://www.tn.undp.org/content/tunisia/fr/home/library/democratic_governance/la-constitution-de-la-tunisie-.html#gsc.tab=0].

³⁸⁸ Notamment la loi organique n° 16 du 26 mai 2014 relative aux élections et au referendum vient conforter l'engagement constitutionnel envers la parité, car elle consacre ce principe dans le cadre des élections de l'ARP. En adoptant un registre permanent électoral, cette loi impose de manière dure la composition paritaire et alternée

effet, la Tunisie est considérée dans la région arabo-musulmane comme un État réformiste, et même avant-gardiste. Il est souvent érigé en tant que canevas d'égalité des sexes pour les pays voisins.

Section 2 : La multiplication de sources textuelles en matière de discrimination

79. Selon l'OIT « être une femme » constitue un « premier facteur de discrimination au travail en France »³⁸⁹. Si être femme constitue une barrière en matière sociale, la jurisprudence française a déjà illustré la difficulté pour les salariés de faire la preuve des discriminations de carrière³⁹⁰. La CEDH a également censuré des décisions dans lesquelles être femme est un motif de licenciement³⁹¹. Par son raisonnement habituel, la CEDH a considéré qu'il existait *a priori* une différence de traitement et que le gouvernement turc ne justifiait pas la nécessité de réserver ces postes aux seuls hommes. Ce genre de discrimination peut être sanctionné, car il y a eu

des listes candidates. É. GOBE, « Système électoral et révolution : la voie tunisienne », *Pouvoirs*, vol. 156, 2016, pp. 71-82.

³⁸⁹ OIT, *Être une femme, premier facteur de discrimination au travail en France*, Actualité, 7. Mars. 2014 ; Voy. OIT, Défenseur des droits, enquête conjointe, *7e baromètre sur la perception des discriminations au travail en France : Synthèse du focus « Egalité femmes / hommes »*, 7. Mars. 2014, disponible sur [http://www.ilo.org/global/publications/books/WCMS_237287/lang--fr/index.htm].

³⁹⁰ L'arrêt de la Cour d'appel d'Orléans illustre la difficulté de la preuve des discriminations subies dans les carrières par les femmes, lorsqu'elles arguent que leur carrière s'est déroulée avec moins de célérité que celle des hommes. CA, Ch. Soc., 23. Avril 2015, n° 14/00500 ; Le Conseil d'Etat s'est également prononcé sur la question, notamment dans la réduction du champ des mesures d'ordre intérieur (Cf. CE, 4 juillet 1958, *Commune d'Anglet*, n° 39089, Leb. p. 411.) dans le domaine de la fonction publique en vertu de la lutte contre les discriminations. Conseil d'État par sa jurisprudence (CE, 15 avril 2015, *Mme A. c. Pôle Emploi*, Req. n° 373893.) apporte une nouvelle exception à l'égard des mesures relatives à l'affectation ou aux tâches des agents qui constitueraient une discrimination : « (...) dès lors qu'elles ne traduisent aucune discrimination, ces décisions, qui ne portent atteinte ni aux perspectives de carrière ni à la rémunération de l'intéressée, ont le caractère de simples mesures d'ordre intérieur (...). CE, 15 avril 2015, *Mme A. c. Pôle Emploi*, Req. n° 373893 . Consid. 7. En l'espèce, Elle invoque une discrimination en raison de son engagement syndical mais les faits qu'elle mentionne ne suffisent pas à convaincre le juge, d'autant moins qu'il relève que le candidat retenu exerce également des responsabilités syndicales ; « Le simple fait que les agents de sécurité doivent travailler de nuit dans des zones rurales et puissent être amenés à utiliser des armes à feu et la force physique ne saurait en soi justifier une différence de traitement entre les hommes et les femmes ». CEDH Emel Boyraz c. Turquie - 61960/08 Arrêt 2.12.2014 ; « Une agent de sécurité turque licenciée au seul motif qu'elle est une femme, a fait condamner son pays mardi par la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH), pour "discrimination" » Cf. Article de presse Le figaro avec AFP. « Licenciée parce que femme, une Turque fait condamner son pays devant la CEDH », Le Figaro, 02, décembre, 2014, Disponible en ligne sur [<https://www.lefigaro.fr/flash-actu/2014/12/02/97001-20141202FILWWW00219-licenciee-parce-que-femme-une-turque-fait-condamner-son-pays-devant-la-cedh.php>].

« une évolution considérable »³⁹² du droit de l'Union européenne au contact des aspirations de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme (CESDH). Initialement, il n'existait pas de principe général de non-discrimination, il s'agissait davantage « de causes ou de cas particuliers et finalement isolés, directement liés aux nécessités économiques du marché commun »³⁹³. Aussi, le droit européen accroît le champ d'application de l'interdiction des discriminations entre les sexes jusqu'à exiger le respect de ce principe dans le domaine professionnel. Force est de le dire que depuis le droit dérivé n'ait eu de cesse à rechercher l'affermissement de l'efficacité de ce principe. La mise en place de l'interdiction de discrimination s'est faite progressivement avec pour principal acteur la jurisprudence de la Cour de justice. En matière de discrimination, les textes ne faisaient qu'énoncer ce principe, mais ne donnaient aucune définition de la notion³⁹⁴. Dès lors, au moyen de sa jurisprudence portant sur la libre circulation des travailleurs et de manière révélatrice, celle relevant de l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes. Dans ce contexte, la jurisprudence européenne segmente le principe de non-discrimination en deux concepts distincts dans le but d'agir contre toutes les formes de discriminations même les plus insidieuses. Par conséquent, dans les contextes « non personnels »³⁹⁵, le droit à la non-discrimination consiste, d'une part, à ce dont « les personnes placées dans des situations comparables doivent recevoir un traitement comparable et qu'aucune d'entre elles ne doit être traitée de façon moins favorable au simple motif qu'elle présente une certaine caractéristique »³⁹⁶ (il s'agit de la discrimination directe). D'autre part, le droit de la non-discrimination escompte qu'un individu « étant dans une situation différente » doit se voir accorder « un traitement différent » dans la mesure où cela est essentiel pour lui permettre de tirer profit « d'opportunités particulières sur la même base que d'autres personnes. La prise en considération des “motifs de discriminations prohibés” s'impose donc lors de la mise en exécution de toute pratique particulière ou lors de l'élaboration

³⁹² P. RODIERE., *Droit social de l'Union européenne*, 2014, LGDJ, 774. p.

³⁹³ *Ibid.*

³⁹⁴ Le traité de Rome prohibait seulement les discriminations relatives au bénéfice d'une égalité entre les ressortissants européens et les nationaux dans le domaine d'application du traité, c'est-à-dire dans l'exercice des libertés économiques et dans l'établissement d'un marché commun. Voy. P. RODIERE., *Droit social de l'Union européenne*, *Op.cit.*

³⁹⁵ Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne Cour européenne des droits de l'homme - Conseil de l'Europe, *manuel de droit européen en matière de non-discrimination*, Luxembourg : Office des publications de l'Union européenne, 2011, pp. 23-24.

³⁹⁶ « La CEDH ne justifie la discrimination directe que dans le cas où l'auteur de celle-ci peut soulever une exception générale justifiant objectivement le traitement discriminatoire. En ce qui concerne le droit de l'UE, les motifs susceptibles de justifier une discrimination directe se révèlent assez limités ». *Ibidem*. Cf. article 2, paragraphe 1, point a), de la Directive sur l'égalité de traitement entre hommes et femmes (version refondue) ; article 2, point a), de la Directive sur l'égalité de traitement entre les femmes et les hommes dans l'accès aux biens et aux services ;

de règles particulières»³⁹⁷ (il s'agit des discriminations indirectes). Ainsi, cette segmentation du droit à la non-discrimination au niveau européen existe dans plusieurs normes du système juridique français qui distingue également les discriminations directes et indirectes (§ 1). Cette multitude de référents juridiques laisse entrevoir la nécessaire harmonisation législative en matière de non-discrimination (§ 2).

§ 1. Discriminations directes et indirectes

80. Le droit français connaît depuis longtemps la discrimination directe. La discrimination indirecte est plus contemporaine³⁹⁸. En effet, la loi du 27 mai 2008 consacra la discrimination indirecte³⁹⁹. Toutefois, cette notion fut développée en droit américain dès 1971 par la jurisprudence⁴⁰⁰. En effet, la Cour suprême, notamment le juge Brennan, avait estimé que toute différence fondée sur le sexe n'est justifiée que si elle répond à un objectif bien précis ou qu'elle est déterminée par un intérêt gouvernemental impératif (*a compelling governmental interest*)⁴⁰¹. Afin d'examiner les cas de discriminations sexuelles, la Cour suprême a adopté un test dit de niveau intermédiaire, avec la notion de *heightened scrutiny*. Par la suite, la notion est reprise en droit français dans le cadre de la transposition de directives européennes. En effet, la loi du 27 mai 2008 avait pour vocation d'assurer la transposition en droit français de cinq directives, dont celle mettant en œuvre le « principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique »⁴⁰².

³⁹⁷ *Ibidem*. De plus, le manuel précise que « Quelle que soit la forme qu'elle revêt, et que l'allégation de discrimination tire son fondement de la CEDH ou du droit de l'UE, la discrimination indirecte ne peut être considérée comme acceptable que si elle repose sur une justification objective.

³⁹⁸ La directive de refonte 2006/54 définit la discrimination indirecte comme « une situation dans laquelle une disposition, un critère ou une pratique apparemment neutre désavantagerait particulièrement des personnes d'un sexe par rapport à des personnes de l'autre sexe, à moins que cette disposition, ce critère ou cette pratique ne soit objectivement justifié par un but légitime et que les moyens pour parvenir à ce but soient appropriés et nécessaires » (article 2, paragraphe 1 sous b). La discrimination indirecte est relative aux mesures qui, tout en étant neutres d'apparence, ont une incidence désavantageuse sur des personnes en particulier. A titre d'exemple, on peut citer le traitement moins favorable à l'égard des travailleurs à temps partiel équivaut souvent à une discrimination indirecte fondée sur le sexe dans la mesure où les emplois à temps partiel sont principalement occupés par des femmes. Ici, les facultés de justifications sont plus larges que celles dans le domaine des discriminations directes (Cf. Commission européenne, Réseau européen d'experts juridiques dans le domaine de l'égalité des genres et de la non-discrimination, *Droit de l'égalité des genres en Europe, Aperçu des règles de l'UE et de leur transposition en droit national en 2016*, p.13.)

³⁹⁹ 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.

⁴⁰⁰ Cour Suprême, 429 U.S. 190. Affaire Craig v. Boren, 1976.

⁴⁰¹ É. BOULOT, « La Cour suprême, les droits des femmes et l'égalité des sexes », *Revue française d'études américaines* 2001/1, n° 87, p. 87.

⁴⁰² Directive 2000/43 du 29 juin 2000 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique ; Directive 2000/78 du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail ; Directive 2002/73 du 23

81. Définition du droit français. En droit interne français, l'article 1^{er} de la loi du 27 mai 2008 définit ainsi ces deux notions : « Constitue une discrimination directe la situation dans laquelle, sur le fondement de son appartenance ou de sa non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie ou une race, sa religion, ses convictions, son âge, son handicap, son orientation ou identité sexuelle, son sexe ou son lieu de résidence, une personne est traitée de manière moins favorable qu'une autre ne l'est, ne l'a été ou ne l'aura été dans une situation comparable. » Autrement dit, la discrimination est directe lorsqu'elle est délibérée et qu'elle concerne cette liste exhaustive des critères prohibés. À titre d'exemple, on peut citer une décision qui a été considéré comme étant une discrimination directe un article d'un règlement intérieur réservant aux hommes seulement la faculté de demeurer dans l'entreprise au-delà de 50 ans. Ici, il s'agit d'une discrimination de sexe et d'âge⁴⁰³. Par ailleurs, « constitue une discrimination indirecte une disposition, un critère ou une pratique neutre en apparence, mais susceptible d'entraîner, pour l'un des motifs mentionnés au premier alinéa, un désavantage particulier pour des personnes par rapport à d'autres personnes, à moins que cette disposition, ce critère ou cette pratique ne soit objectivement justifié par un but légitime et que les moyens pour réaliser ce but ne soient nécessaires et appropriés ». Cette définition a permis « de débusquer derrière une *“apparence neutre”* des comportements réellement discriminatoires »⁴⁰⁴. Autrement dit, la discrimination indirecte apparemment neutre exclut un groupe ou une personne de l'accès à un droit ou un service en le désavantageant. À titre d'exemple, le fait de demander des compétences disproportionnées au poste à pourvoir ou encore des cautions exorbitantes pour la location d'un logement constituent de tels comportements. Cette approche juridique classique de la discrimination est assez réductrice, car elle se cantonne à la réduire à ces deux catégories et ainsi rendre la discrimination de nature systémique invisible⁴⁰⁵.

septembre 2002 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelles, et les conditions de travail ; Directive 2004/113 du 13 décembre 2004 mettant en œuvre le principe de l'égalité de traitement entre les femmes et les hommes dans l'accès à des biens et services et la fourniture de biens et services ; Directive 2006/54 du 5 juillet 2006 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail.

⁴⁰³Cass., soc., 7 déc. 1993, n° 88-41422, Bull. civ. ch. Sociale, n° 306, p. 208.

⁴⁰⁴Rapport d'information n°94 (2014-2015) de Mme E. BENBASSA et M. J.-R. LECERF, fait au nom de la commission des lois, déposé le 12 novembre 2014, *La lutte contre les discriminations : de l'incantation à l'action*, [<http://www.senat.fr/rap/r14-094/r14-0942.html>].

⁴⁰⁵ M. MINE, « *Les concepts de discrimination directe et indirecte* », ERA-Forum. 2003, 4(3), pp. 30-44.

82. Le juge européen confirma la condamnation des discriminations directes⁴⁰⁶ et indirectes contenues dans le droit français. Ainsi, s'agissant des discriminations directes, l'ancienne C.J.C.E condamna la France, en mars 1997, pour manquement aux obligations lui incombant, en raison d'une interdiction du travail de nuit des femmes dans l'industrie⁴⁰⁷. Aussi, la Cour jugea que le fait qu'une réglementation nationale qui prive une femme de congé de maternité pour la raison qu'elle ne pourrait alors pas être notée dans la perspective de bénéficier d'une promotion professionnelle, constitue une discrimination directe⁴⁰⁸. Ainsi, La Cour jugea que le refus de notation constituait une discrimination directe sur le fondement du sexe⁴⁰⁹. La Cour eu aussi l'occasion de confirmer la condamnation des discriminations indirectes. En octobre 1997⁴¹⁰, la C.J.C.E rappela qu'« il y a discrimination indirecte lorsque l'application d'une mesure nationale, bien que formulée d'une façon neutre, désavantage en fait un nombre beaucoup plus élevé de femmes que d'hommes »⁴¹¹, à partir de là cette mesure doit être considérée comme non conforme à la directive 76/207⁴¹². En outre, une abondante jurisprudence existe en matière d'égalité professionnelle⁴¹³. Au niveau national, la jurisprudence est plus timide dans le domaine. En 1996, le juge vint réaffirmer qu'une mesure par laquelle l'Opéra de Paris mit fin au contrat d'une danseuse, au motif que celle-ci avait atteint l'âge conventionnel d'ouverture des droits à la retraite pour le personnel de la danse, qui était

⁴⁰⁶ La directive de refonte 2006/54 définit la discrimination directe comme « la situation dans laquelle une personne est traitée de manière moins favorable en raison de son sexe qu'une autre ne l'est, ne l'a été ou ne le serait dans une situation comparable » (article 2, paragraphe 1 sous a). La directive de refonte affirme aussi « qu'un traitement défavorable lié à la grossesse ou à la maternité infligé à une femme constitue une discrimination directe fondée sur le sexe » (voy. cons. 23).

⁴⁰⁷ CJCE., 13 mars 1997, aff. C-197/96, *Commission des communautés européennes c/ République française*, Rec., p. I- 1496, En effet, le juge considéra la disposition contestée contraire au principe de l'égalité de traitement formulée dans la directive 76/207

⁴⁰⁸ CJCE., 30 avril 1998, aff. C-136/95, *C.N.A.V.T.S. c/ Mme Thibault*. En effet, en l'espèce, Madame Thibault s'était vue refuser une notation pour l'année 1983 en raison de son absence pour maternité. De ce fait elle n'a pas pu bénéficier d'une inscription au tableau d'avancement du choix du salarié, une disposition conventionnelle exigeant 6 mois de présence sur l'année de référence.

⁴⁰⁹ Voy. sur la situation particulière des salariées en état de grossesse au regard de la jurisprudence communautaire : J. CONAGHAN, *Pregnancy, Equality and the European Court of Justice : interrogating Gillespie*, *International Journal of Discrimination and the Law*, 1998, vol. 3, pp. 115-133.

⁴¹⁰ C.J.C.E., 2 octobre 1997, aff. C-1/95, *Gester c/ Freistaat Bayern*, Rec., p. I-5253 ; 2 octobre 1997, aff. C- 100/95 *Kording*, Rec. p. I-5289. Voir sur ces deux arrêts la note de Nicole Busby, *Full-Time Rights for Part-Timers*, *The Juridical Review* 1998, part III, p. 196-199.

⁴¹¹ Sur ce point, voir Martin Hedemann-Robinson, *Indirect Discrimination Law in the E.E.C., appearance rather than reality ?*, *International Journal of Discrimination and the Law*, 1996, vol. 2, p. 85-117.

⁴¹² Directive 76/207/CEE du Conseil du 9 fév. 1976 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les hommes et les femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelle, et les conditions de travail, *JOCE* du 14 fév. 1976, pp. 40-42, qui permet aux États membres d'adopter et/ou maintenir en vigueur les « mesures visant à promouvoir l'égalité des chances entre hommes et femmes, en particulier en remédiant aux inégalités de fait pouvant exister dans la réalité de la vie sociale » ; et dans l'accord sur la politique sociale annexé au Traité de Maastricht.

⁴¹³ E. SAULNIER, « L'égalité professionnelle femmes-hommes en France et en Europe : développements récents », *Petites affiches* 1998, n° 121, p.8.

de 40 ans pour les femmes, mais de 45 ans pour les hommes⁴¹⁴, aboutissait à une discrimination directe.

83. L'absence du « sexe » dans les critères prohibés par la Constitution. De manière générale, les nombreuses dispositions qui fondent la notion de discrimination s'articulent autour de trois sources qui le plus souvent se complètent : les textes européens la Constitution et les lois issues du droit français. Comme nous l'avons déjà vu, l'égalité des droits entre les hommes et les femmes s'appuie d'abord sur la Constitution française de 1946, laquelle affirme dans son préambule que « la loi garantit à la femme dans tous les domaines des droits égaux à ceux des hommes ». L'article 1^{er} de la Constitution est également une source textuelle sur laquelle la non-discrimination peut se fonder. En effet, il indique de manière précise quelles sont les discriminations que le législateur ne peut établir sans justification. Il en résulte cinq motifs de discrimination expressément interdits par la Constitution de 1958. Ceux fondés sur la race, la religion et les croyances. Ainsi, « la France est une République indivisible » qui affirme un principe d'égalité entre tous les citoyens qui sert de fondement au refus de discrimination, entre les individus selon « l'origine, la race ou la religion. Elle respecte toutes les croyances ». Autrement dit, ces dispositions rendent impossible l'application d'un traitement différent en fonction de ces critères. Mais le critère du « sexe » ne fait pas partie des dispositions de l'article 1^{er} de la Constitution. Comme pour le principe d'égalité, la Constitution reste silencieuse sur la question. Elle ne définit pas la discrimination et ne fait pas du « sexe » un critère prohibé en matière d'égalité. En effet, la reconnaissance juridique de la discrimination est subordonnée à l'appartenance de la victime à un groupe racial, ethnique ou religieux. Les femmes ne sont pas considérées par la Constitution comme un groupe, pour ne pas dire qu'elles ne sont initialement pas considérées du tout par la Constitution. Toutefois, à la lumière de l'interprétation donnée à l'article 1^{er} de la Constitution et au regard du Préambule de 1946, le critère du « sexe » peut-être ajouté. La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen fonde également le principe d'égalité et suppose qu'il n'existe pas de distinction entre les citoyens⁴¹⁵.

§ 2. La nécessaire harmonisation législative en matière de non-discrimination

⁴¹⁴ CA, Paris, 26 septembre 1996, Sordoillet R.J.S., 1997, n°537.

⁴¹⁵ Ainsi, l'article 1 dispose que « les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits. Les distinctions sociales ne peuvent être fondées que sur l'utilité commune ». De plus, l'article 6 dispose que « la loi est l'expression de la volonté générale » ; tous les citoyens ont droit de concourir personnellement, ou par leurs représentants, à sa formation. Elle doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse.

84. Le caractère inintelligible du concept de discrimination au regard de la multiplicité des textes de référence. Comme nous venons de le montrer, la multiplication des textes, en particulier en ce qu'ils instituent des motifs de discriminations différents apparaissent comme un frein très important à la lisibilité du droit en la matière, allant même jusqu'à le rendre « invisible »⁴¹⁶. Pour réduire son effet de dissuasion, le législateur français a alors érigé une technique de renvoi au bénéfice de l'article 225-1 du Code pénal, qui comporte à ce jour la liste la plus exhaustive de ces motifs. En effet, le Code pénal français prévoit des sanctions en matière de discrimination. Il contient en la matière un nombre considérable de critères⁴¹⁷. Les domaines d'application de la notion de non-discrimination sont également étendus, la différence de traitement fondé sur le sexe étant prohibée dans l'ensemble de l'activité professionnelle, c'est-à-dire dans l'accès à l'emploi et dans son exercice. Ainsi, on peut se fonder sur cette énumération pour déduire certains actes discriminatoires proscrits. D'autre part, le harcèlement est aussi une forme de discrimination. Il peut s'exprimer sur le terrain de la discrimination fondée sur le sexe et le genre. La défense contre la discrimination doit aboutir à assurer l'absence de discrimination fondée sur le sexe, en fait comme en droit. Autrement dit, elle vient pallier la logique selon laquelle l'égalité doit être uniquement assurée de manière formelle. Cette technique incitative a été initiée par le député Lionel TARDY. C'est lors de l'examen de la loi du 24 mars 2014 relative à l'accès au logement et un urbanisme rénové⁴¹⁸, alors que le texte initial se contentait de compléter la liste des motifs de discrimination qui figurait à l'article 1^{er} de la loi du 6 juillet 1989⁴¹⁹ pour la mettre à niveau sur celle du Code pénal, que la commission des affaires économiques de l'Assemblée nationale, dont M. Tardy était député, a modifié l'article 1^{er} de façon à substituer à l'énumération un renvoi vers l'article 225-1. Le rapporteur indiquait privilégier la technique du renvoi sur celle consistant à compléter l'énumération au motif que cette dernière « solution présente [...] un léger inconvénient, en ce que toute modification de la législation pénale impliquerait une

⁴¹⁶Mme Gwénaële CALVES lors de son audition. Sénat, Commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale, Rapport n°94 : *Projet de loi relatif à la lutte contre les discriminations, présenté par Mme Esther BENBASSA et M. Jean-René LECERF*, 12 nov. 2014.

[<http://www.senat.fr/>]

⁴¹⁷ En effet, l'article 225-1 du Code pénal (Modifié par la loi n°2016-1547 du 18 novembre 2018. Art.86.) dispose que « constitue une discrimination toute distinction opérée entre les personnes physiques » sur le fondement de 20 critères, dont celui du sexe et de l'état de grossesse. Il fait également référence à l'identité de genre. Le Code du travail prévoit qu'aucun salarié ne peut être écarté d'un recrutement, d'une formation ou encore sanctionné ou licencié ou voir son déroulement de carrière remis en cause en raison de critères discriminatoires dont celui du sexe. De même, la loi du 6 juillet 1989 pose le principe de non-discrimination en matière d'accès au logement avec un aménagement de la charge de la preuve au profit du locataire. La loi du 16 novembre 2001 élargit les critères de discriminations prohibés, et aménage la charge de la preuve en droit du travail.

⁴¹⁸Loi n°2014-366 du 24 mars 2014 relative à l'accès au logement et un urbanisme rénové.

⁴¹⁹Loi n° 89-462 du 6 juillet 1989.

modification de la loi de 1989, puisque rien ne justifie que les discriminations réprimées par la loi diffèrent entre le secteur du logement et le droit commun »⁴²⁰. Cette position a été confirmée par l'adjonction d'un nouveau motif de discrimination (le lieu de résidence) par l'article 15 de la loi du 21 février 2014⁴²¹. Ainsi, l'initiative de la démarche débutée avec la loi du 24 mars 2014 mériterait d'être continuée et étendue pour accorder au droit de la discrimination une cohérence qui lui fait aujourd'hui défaut. De plus, le cadre juridique de la lutte contre les discriminations semble aller à l'encontre d'une cohérence des normes de références. En effet, dans certaines situations, le choix de la base juridique de référence semble difficile. On assiste à une fragmentation et une disparité des dispositions relatives à la non-discrimination. Toutefois, l'approche nouvelle de la non-discrimination permet la reconnaissance de la singularité des individus y compris de leur sexe. Cette notion permet d'envisager l'égalité de manière différenciée ce qui implique une catégorisation des personnes selon le sexe et également selon d'autres critères. La notion est très large, mais elle est étayée par la jurisprudence. Elle coexiste avec le principe de l'égalité. L'utilité de l'élargissement de la notion de discrimination nous paraît évidente. Non seulement la disposition qui le prévoit respecte les droits entre les sexes, mais surtout, préserve par ricochet les situations propres aux femmes. Plus précisément, la multiplication des critères a permis également de protéger la femme de manière spécifique notamment, comme nous l'avons déjà évoqué, lorsqu'elle est en état de grossesse. En effet, grâce au caractère large de la notion, la femme se retrouvera dans une situation très protectrice dans la mesure où ses droits ne seront pas niés. De cette façon, la non-discrimination permettra à la victime d'éviter une concurrence potentielle entre deux statuts, celui de femme et celui de mère.

⁴²⁰Rapport n° 1329 (XIV^e législature) de M. Daniel GOLDBERG et Mme Audrey LINKENHELD, fait au nom de la commission des affaires économiques de l'Assemblée nationale.

⁴²¹(Loi n° 2014-173 du 21 février 2014 de programmation pour la ville et la cohésion urbaine.) De même, il n'était pas non plus nécessaire d'intervenir dans la loi du 6 juillet 1989 (Loi n° 89-462 du 6 juillet 1989 précitée.) alors que l'harmonisation des dispositions législatives du 27 mai 2008 (Loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 précitée) et du Code du travail était nécessaire afin d'accorder toute sa portée à ce nouveau critère.

CHAPITRE III : L'INFLUENCE DETERMINANTE DU DROIT INTERNATIONAL EN TANT QUE VECTEUR DE L'EGALITE EN TUNISIE

85. Les sources du droit. La Tunisie s'est engagée au plan international à respecter la convention internationale relative à l'égalité entre l'homme et la femme dans le domaine du travail, à travers la ratification des instruments suivants : d'une part, la Convention de l'OIT du 25 juin 1958⁴²² et d'autre part de la Convention de l'OIT du 29 juin 1951⁴²³. Il existe deux autres traités fondamentaux dans la mise en œuvre et la progression du principe d'égalité. Pour pouvoir comparer la situation des femmes tunisiennes et françaises face aux hommes, il faut se baser sur des conventions que les deux États ont ratifiées communément. Ainsi, il peut être constaté l'impulsion de ce droit par la constitution commune : la charte des Nations Unies (**Section 1**) et apprécier le rôle de la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes (**Section 2**) qui ont véritablement favorisé l'égalité des sexes dans le droit tunisien.

Section 1 : L'essor du droit à l'égalité homme-femme grâce à la constitution commune : la charte des Nations Unies

86. C'est en 1945 que les représentants de 50 États se sont rencontrés à la conférence des Nations Unies sur l'organisation internationale⁴²⁴. L'ONU a reconnu comme objectif la

⁴²² Convention de l'OIT du 25 juin 1958, n°11 concernant la discrimination en matière d'emploi et de profession.

⁴²³ Convention de l'OIT du 29 juin 1951, n°100 concernant l'égalité de rémunération entre la main d'œuvre masculine et la main d'œuvre féminine pour un travail de valeur égale.

⁴²⁴ Cette conférence a eu lieu à San Francisco afin d'élaborer la Charte des Nations Unies. Leurs travaux se sont basés sur les travaux rédigés entre août et octobre 1944 à Dumbarton Oaks aux États-Unis par les représentants de la Chine, Royaume uni, l'URSS et des États-Unis. La Charte a été signée le 26 juin 1945 par les représentants des 50 États. La France adhéra à la Charte des Nations unies le 24 octobre 1945 et la Tunisie le 12 novembre 1956. Ainsi l'article 3 de la Charte dispose «sont membres originaires des Nations Unies les États, qui ayant antérieurement signé la Déclaration des Nations Unies, en date du 1er janvier 1942, signent la présente Charte et la ratifient conformément à l'article 110». L'article 7 dispose qu'«il est créé comme organes principaux de l'Organisation des Nations Unies : une assemblée générale, un Conseil de sécurité, un Conseil économique et social, un Conseil de tutelle, une Cour internationale de justice et Secrétariat ». L'article 7 alinéas 2 précise que « les organes subsidiaires qui se révéleraient nécessaires pourront être créés conformément à la présente Charte ». La charte des Nations unies est « l'instrument juridique constitutif de l'Organisation des Nations Unies. Elle fixe les obligations des États membres et elle porte création des organes et des procédures. » Elle a pour objet de régir les relations internationales en codifiant de grands principes communs. Le préambule de cette charte contient les valeurs et les objectifs communs de tous les peuples de tous les gouvernements qui se sont rassemblés pour créer l'Organisation des Nations Unies.

protection des droits de la femme afin qu'elles puissent contribuer au développement, à la paix et à la sécurité. Cette volonté de garantir les droits de la femme apparaît dans le chapitre I de la Charte des Nations Unies qui énonce que «réaliser la coopération internationale (...) en encourageant le respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales pour tous, sans distinctions de race, de sexe (...)». L'article 1 dispose «le respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales pour tous, sans distinctions de race, de sexe, de langue ou de religion». Cette disposition traduit le principe d'égalité homme-femme devant les droits fondamentaux et les libertés fondamentales qui sont des droits pour «tous» et sans distinctions «de sexe». L'année 1975 a été consacrée comme étant l'année internationale des femmes. Trois organisations internationales féminines ont pu bénéficier du «statut consultatif catégorie 1» auprès des Nations unies : tout d'abord, le Conseil international des femmes créé en 1888, ensuite l'Alliance internationale des femmes créée en 1904 et enfin la fédération démocratique internationale des femmes. L'Assemblée générale des Nations Unies a adopté une série de résolutions. Tout d'abord celle du 12 décembre 1997 relatives aux «Mesures en matière de prévention du crime et de justice pénale pour éliminer la violence contre les femmes»⁴²⁵. Ensuite, il y a eu celle du 18 décembre 2002 concernant les «Mesures à prendre en vue d'éliminer les crimes d'honneur commis contre les femmes»⁴²⁶. Enfin celle du 22 décembre 2003 qui s'intitule «Élimination de la violence familiale à l'égard des femmes»⁴²⁷. Cette politique internationale de protection de la femme a été renforcée par la déclaration de Pékin et le programme d'action adopté durant la quatrième conférence mondiale sur les femmes du 15 septembre 1995⁴²⁸. Viennent s'ajouter à ces instruments les résolutions du 18 mai 2000 sur le suivi du programme d'action de Pékin⁴²⁹, ainsi que celle du 10 mars 2005 sur le suivi du programme d'action de la quatrième conférence mondiale sur les femmes⁴³⁰ et celle du 25 février 2010 sur le suivi du programme d'action de Pékin⁴³¹. En octobre 2000, le Conseil de sécurité a adopté une résolution⁴³² en vue d'accroître la représentation des femmes dans les États partis dans les prises de décision pour la gestion, la prévention et la résolution des conflits.

⁴²⁵ A/RES/52/86.

⁴²⁶ A/RES/57/179.

⁴²⁷ A/RES/58/147.

⁴²⁸ Pékin+10, JO C 320 E du 15.12.2005, p. 247.

⁴²⁹ Résolution du Parlement européen du 13 mars 2007 sur une feuille de route pour l'égalité entre les femmes et les hommes 2006-2010 (2006/2132(INI)), Journal officiel n° 301 E du 13/12/2007 pp. 56 -63.

⁴³⁰ Pékin+10, JO C 320 E du 15.12.2005, p. 247.

⁴³¹ Pékin+15, JO C 304 E du 06.10.1997, p. 55.

⁴³² Résolution 1235.

L'Assemblée générale des Nations Unies, en juillet 2010, créa « ONU Femmes »⁴³³ pour l'égalité des sexes et l'autonomisation des femmes. Parmi les objectifs des Nations Unies, la volonté de mettre fin à la violence à l'égard des femmes figure désormais en bonne place. Dans ce but, le Secrétaire général de l'ONU, M. Ban Kin Mohon, a lancé sa campagne « Tous unis pour mettre fin à la violence à l'égard des femmes ». Les Nations Unies définissent « les violences à l'égard des femmes » comme « désignant tout acte de violence dirigé contre les femmes, et causant ou pouvant causer aux femmes un préjudice ou des souffrances physiques, sexuelles ou psychologiques, y compris la menace de tels actes, la contrainte ou la privation arbitraire de liberté, que ce soit dans la vie publique ou dans la vie privée »⁴³⁴. Afin de lutter pour la disparition des violences faites aux femmes, l'Assemblée générale des Nations Unies a adopté, le 19 décembre 2006, une résolution dénommée « Intensification de l'action menée pour éliminer toutes les formes de violence à l'égard des femmes »⁴³⁵ et les résolutions 1325 et 1820 du Conseil de sécurité des Nations Unies qui concernent les femmes, la paix et la sécurité. Ces résolutions ont trouvé un écho dans l'Union européenne, mais aussi auprès du Conseil de l'Europe. En effet, des travaux du comité *ad hoc* du Conseil de l'Europe ont été effectués en 2008 dans le but de combattre et prévenir toutes formes de violence à l'égard des femmes et la violence domestique. Ces travaux ont vocation à préparer l'élaboration d'une future convention du Conseil de l'Europe sur cette problématique. Le Conseil de l'Europe, le 14 décembre 2010, a pris une position favorable sur le projet de directive du Parlement européen et du Conseil relative à la décision de protection européenne⁴³⁶. La Commission s'est engagée dans un plan d'action, qui met œuvre le programme de Stockholm, de présenter en 2011-2012, une « Communication relative à une stratégie visant à combattre la violence envers les femmes, la violence domestique et les mutilations génitales féminines, devant être suivie d'un plan d'action de l'UE ».⁴³⁷ Une série de mesures nouvelles a été proposée pour lutter contre les violences fondées sur le sexe⁴³⁸. D'autres mesures sont prévues pour pallier les difficultés relatives à la

⁴³³ Cette organisation résulte de la fusion de 4 composantes distinctes des Nations Unies. Son objectif exclusif est l'égalité des sexes et l'autonomisation des femmes. Pour montrer l'exemple, le Conseil de sécurité a invité le Secrétaire général à nommer plus de femmes dans les fonctions des représentants et envoyés spéciaux.

⁴³⁴ Article 1 de la déclaration des Nations unies du 20 décembre 1993 sur l'élimination de la violence à l'égard des femmes.

⁴³⁵ A/RES/61/143.

⁴³⁶ Résolution législative du Parlement européen du 14 décembre 2010 sur le projet de directive du Parlement européen et du Conseil relative à la décision de protection européenne (00002/2010 – C7-0006/2010 –), Texte adopté de cette date, P7_TA (2010)0470.].

⁴³⁷ COM (2010) 0171 mettre en place un espace de liberté, de sécurité et de justice au service des citoyens européens- Plan d'action mettant en œuvre le programme de Stockholm, p.13.

⁴³⁸ À titre d'exemple, il y a une proposition qui invite les États membres à garantir que les auteurs de violences soient réprimés de manière proportionnée par rapport à la gravité de leur crime.

preuve, c'est pourquoi la commission invite les États membres à élaborer des procédures spécifiques d'investigation pour les professionnels de la police et du secteur de la santé afin de réunir des éléments de preuve concernant les violences fondées sur le sexe. Les aspirations de la Charte des Nations Unies trouvent aussi un écho dans la Charte africaine des droits de l'Homme et des peuples à laquelle la Tunisie a adhéré en 1982⁴³⁹. L'article 3 est consacré l'Égalité devant la loi et l'égle protection par la loi. Enfin, l'article 18 est relatif à la protection de la famille, de la femme, de l'enfant, des personnes âgées et des personnes handicapées. L'article 18 de cette Charte dispose que « la famille est l'élément naturel et la base de la société », qui selon l'alinéa 1 « doit être protégée par l'État ». L'alinéa 3 dispose que « l'État a le devoir de veiller à l'élimination de toute discrimination contre la femme et d'assurer la protection des droits de la femme et de l'enfant ». Il y a une similitude dans les dispositions, toutefois, la charte africaine a un champ d'application qui s'étend à la famille, dont les principaux sujets de droit sont la femme et l'enfant. Alors que la Charte interdit toute discrimination fondée sur le genre⁴⁴⁰ et consacre l'égalité homme-femme explicitement.

87. La Tunisie semble avoir été influencée par les exigences internationales⁴⁴¹. Tout d'abord, la Tunisie a mené une politique d'éradication de l'analphabétisme des femmes qui se situent dans les régions rurales. Pour arriver à remplir ces engagements, l'État tunisien a mis en place le « Programme national d'Enseignement des Adultes »⁴⁴² en 2000. Ce programme de lutte contre l'analphabétisme des jeunes et des femmes a connu un grand succès avec une adhésion féminine représentant 87,6 % des apprenants en 2006. Le taux d'analphabétisme chez les femmes est passé de 42,3 % en 1994 à 31 % en 2004 avec des chiffres plus récents 25.6% en 2014⁴⁴³ 25% en 2019⁴⁴⁴. Aujourd'hui, en Tunisie, beaucoup de femmes participent à la vie active⁴⁴⁵. La Tunisie a également adopté une loi contre les violences faites aux femmes⁴⁴⁶.

⁴³⁹ Loi n° 82-64 du 6 août 1982.

⁴⁴⁰ Soulignons que le terme « genre » n'est pas inscrit de manière formelle dans la Constitution tunisienne de 2014. En effet, le terme genre n'a pas été prévu par les rédacteurs de la Constitution en langue arabe. Le terme genre ne constitue pas non plus le vocabulaire juridique portant sur le droit constitutionnel alors que conformément à l'article 1er de la Constitution du 27 janvier 2014 qui dispose que langue officielle de l'État tunisien est l'arabe et qu'ainsi seuls les textes en langue arabe font foi. H. BEN MAHFOUD, M. TABELI, « Égalité, Genre et Constitution - Populisme et démocratie. Tunisie », in, Annuaire international de justice constitutionnelle, 2019, p. 480. pp. 477-496.

⁴⁴¹ Charte des nations unies et régionales (La charte africaine des droits de l'homme et des peuples.

⁴⁴² PNEA.

⁴⁴³ <https://nawaat.org/2019/01/13/lanalphabetisme-en-tunisie-disparites-spatiales-et-de-genre/>

⁴⁴⁴ <https://www.webmanagercenter.com/2019/09/20/439129/lelimination-de-lanalphabetisme-en-tunisie-necessite-la-mobilisation-dune-enveloppe-de-25-a-30-millions-de-dinars-chaque-annee/>

⁴⁴⁵ K. MEZIOU-DOURAI, A. MEZGHANI, statistiques et analyse in Hafedh Zaafrane et emploi en Tunisie. Crédif 2002. Voir sur le sujet l'égalité entre Hommes et femmes en droit successoral. p. 138.

⁴⁴⁶ Loi organique relative à l'élimination de la violence à l'égard des femmes, JORT 15 août 2017 p.2604.

Le président Tunisien Béji Caïd Essebsi annonça en 2018 son soutien à un projet de loi afin de garantir l'égalité homme-femme en matière d'héritage. Actuellement il n'y a eu aucun changement en la matière. Le président tunisien Kaïs Saïed a déclaré lors de son discours d'investiture en date du 23 octobre 2020 qu'« il n'est pas question de toucher aux droits des femmes » et que ces dernières avaient besoin de « voir ses droits renforcés, notamment ses droits économiques et sociaux. » Pourtant, dans son discours antérieur en date du 23 mars 2019, le Président a clarifié sa position en estimant que la *Charia* est claire en la matière et qu'il n'était donc pas possible de changer la règle en matière successorale⁴⁴⁷.

Section 2 : La Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes

88. L'article 1^{er} de la CEDF⁴⁴⁸ définit la discrimination à l'égard des femmes comme « toute distinction, exclusion ou restriction fondée sur le sexe qui a pour effet ou pour but de compromettre ou de détruire la reconnaissance, la jouissance ou l'exercice par les femmes, quel que soit leur état matrimonial, sur la base de l'égalité de l'homme et de la femme, des droits de l'homme et des libertés fondamentales dans les domaines politique, économique, social, culturel et civil ou dans tout autre domaine ». Afin de lutter contre ces discriminations, « elle propose des orientations de politique nationale ». ⁴⁴⁹ Ainsi, pour honorer leurs engagements, les États partis s'engagent à prendre des mesures afin d'éliminer toutes les discriminations envers les femmes. La convention préconise, dans certaines situations où la femme est désavantagée sérieusement, de créer des lois qui leur accordent un traitement préférentiel. C'est pourquoi l'article 4 dispose que des mesures temporaires « spéciales » peuvent être adoptées. Ces

⁴⁴⁷ S. MOURAD. « Tunisie: Egalité successorale, Kaies Saïed, dévoile sa position », 23 mars 2019, disponible [<https://www.tunisienumerique.com/tunisie-egalite-successorale-kaies-saied-devoile-sa-position/>]; La rédaction de *Mondafrique*, « Peine de mort, homosexualité, héritage: Kais Saïed s'explique », 24 septembre 2019. Disponible en ligne sur [<https://mondafrique.com/peine-de-mort-homosexualite-heritage-kais-saied-sexplique/>].

⁴⁴⁸ Les Nations unies ont adopté des instruments relatifs à la violence à l'égard des femmes. Ces instruments sont composés de la déclaration et du programme d'action de Vienne du 25 juin 1993 adoptés par la conférence mondiale sur les droits de l'homme (A/CONF. 157/23) et la déclaration sur l'élimination de la violence à l'égard des femmes du 20 décembre 1993 (A/RES/48/104. Journal officiel du 2 octobre 2012- Numéro C 296- p. 26. Disponible sur <http://eur-lex.europa.eu/>.) La Convention sur l'élimination de toutes les formes de discriminations à l'égard des femmes a été adoptée le 18 décembre 1979 (Résolution 34/180 du 18 décembre 1979.) par l'Assemblée générale. Elle est composée d'un préambule qui contient 30 articles. Elle est entrée en vigueur le 3 septembre 1981 après avoir été ratifiée par 20 États. L'objet de cette charte porte exclusivement aux questions d'égalité des sexes.

⁴⁴⁹ L'article 3 dispose que « toutes les mesures appropriées, y compris des dispositions législatives, pour assurer le plein développement et le progrès des femmes, en vue de leur garantir l'exercice et la jouissance des droits de l'homme et des libertés fondamentales sur la base de l'égalité avec les hommes ».

mesures ont une durée limitée comme historiquement toutes les dispositions ayant pour objet la lutte contre la discrimination et l'objectif est d'accélérer l'instauration de ce principe. La convention a été ratifiée par 186 États partis. Ces États « ont la triple obligation de respecter⁴⁵⁰, protéger⁴⁵¹ et assurer⁴⁵² l'exercice des droits humains des femmes »⁴⁵³. Cette convention⁴⁵⁴ invite le législateur à modifier la loi interne afin de la rendre conforme aux prescriptions du traité international. Ainsi, lorsque la mise en conformité est effectuée, l'État respecte ses engagements. La République tunisienne a effectivement ratifié cette convention, toutefois elle a émis, pour la première fois concernant les droits des femmes, des réserves de fond lors de la ratification de la convention. Il est vrai que la convention de New York du 10 décembre 1962⁴⁵⁵ sur le consentement au mariage, l'âge minimum au mariage et l'enregistrement des mariages n'a fait l'objet d'aucune réserve. Cependant, le pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels du 16 décembre 1966⁴⁵⁶ et le pacte relatif aux droits civils et politiques⁴⁵⁷ n'ont fait l'objet de réserves que relativement au règlement des différends par voie d'arbitrage, qui ne concerne pas le contenu substantiel de la convention. Les réserves permettent aux États de limiter leurs engagements en soustrayant de leurs obligations certaines dispositions du traité. Donc, cette technique des réserves offre la possibilité à un État d'adhérer à une convention internationale, mais d'exclure certaines dispositions. Les réserves sont autorisées en droit international, mais ce n'est pas un droit absolu. En effet, la convention de Vienne du 23 mai 1969⁴⁵⁸ autorise les réserves en droit international en précisant qu'elles peuvent être interdites ou limitées par le traité⁴⁵⁹. Les réserves émises par la Tunisie concernent notamment l'article 16 §h de la convention qui invite les États à garantir « les mêmes droits à chacun des époux en matière de propriété, d'acquisition, de gestion, d'administration, de jouissance et de disposition des biens, tant à titre gratuit qu'à titre onéreux ». Concernant le § h la doctrine⁴⁶⁰ considère que « le droit successoral doit être inclus par interprétation parmi les modes

⁴⁵⁰ L'Etat doit s'abstenir de toute conduite ou activité qui viole les droits humains.

⁴⁵¹ L'Etat doit empêcher les violations par les acteurs non étatiques, comme les individus, les groupes, les institutions et les entreprises.

⁴⁵² L'Etat doit prendre toutes les mesures nécessaires pour progresser vers les pleines jouissances de ces droits.

⁴⁵³ Résolution 34/180 du 18 déc. 1979.

⁴⁵⁴ La Tunisie a ratifié la « Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes » en vertu de la loi du 12 juillet 1985 (Résolution 34/180 du 18 déc. 1979).

⁴⁵⁵ Ratifiée par la loi n°67-41 du 21 novembre 1967.

⁴⁵⁶ Ratifiée par la loi n°68-30 du 29 novembre 1968, JORT 1968 p. 1260, publié par décret n° 83-1098 du 21 novembre 1983 JORT n° 79.

⁴⁵⁷ Ratifiée par la loi n°68-30 et publié par Décret n°91-1664 JORT 1991 p. 1876.

⁴⁵⁸ Ratifié par la Tunisie le 23 juin 1971.

⁴⁵⁹ L'article 29 de la convention dispose que les réserves ne peuvent être admises si elles sont incompatibles avec l'objet et le but du traité.

⁴⁶⁰ A. MEZGNANI et K. MEZIOU-DOURAÏ, *L'égalité entre hommes et femmes en droit successoral*, sud Editions-Tunis, 2006, p. 72.

d'acquisition de la propriété. Ainsi, la réserve n'a de portée effective qu'au regard de l'héritage qui reste un droit totalement inégalitaire pour les femmes tunisiennes malgré les évolutions juridiques ». Mais, concernant aussi l'article 16 §c qui implique que les États partis à la Convention, sur la base de l'égalité homme-femme, assurent « les mêmes droits et les mêmes responsabilités au Cours du mariage que de son libre et plein consentement ». Ces réserves ont une portée limitée, car le droit positif tunisien ne comporte aucune disposition autorisant de telles discriminations. Les modes d'acquisition de la propriété, l'administration, la jouissance, la gestion et la disposition des biens restent égalitaires. De même que les §d, h et g de l'article 16 dont la réserve a une portée limitée, car des palliatifs ont déjà été apportés par la législation tunisienne, même si la tutelle dans son principe reste une prérogative du père, mais avec des pouvoirs moins absolus (f). L'article 9 § 2 relatif aux droits égaux dans l'attribution de la nationalité a aussi fait l'objet d'une réserve. Cette situation juridique a partiellement évolué avec la loi du 10 décembre 2010 qui est venue corriger une partie de l'inégalité homme-femme sans pour autant l'établir de manière formelle⁴⁶¹. En effet, depuis cette réforme l'enfant né d'une mère tunisienne obtient automatiquement la nationalité tunisienne⁴⁶². Néanmoins, il subsiste des inégalités malgré l'introduction de cette loi puisque la ligné maternelle est exclue dans l'octroi de la nationalité par la naissance en Tunisie. Seul la ligné paternel est prise en compte⁴⁶³. Ainsi, la technique de la réserve a permis de maintenir des règles discriminatoires qui sont incompatibles avec la convention de CEDF dont l'objet exclusif est d'éliminer toutes les formes de discriminations. À l'évidence, la ratification de cette convention ne permet pas d'éradiquer les règles inégalitaires qui perturbent la mise en place d'un principe d'égalité homme-femme dans l'ordre juridique interne. Donc, un instrument international normatif de mise en œuvre du principe d'égalité entre les genres n'est efficace que si l'État consent à mettre tous les moyens en œuvre pour assurer ce principe en droit interne en renonçant au recours du procédé généré par la réserve. Pourtant, la jurisprudence tunisienne a affirmé que les principes de non-discrimination et d'égalité étaient des principes fondamentaux⁴⁶⁴. Face à l'affirmation de ce

⁴⁶¹ La Loi n° 2010-55 du 1er décembre 2010, *modifiant certaines dispositions du code de la nationalité tunisienne*, JORT, 3 décembre 2010, p. 3276. Disponible sur [<https://www.refworld.org/docid/5e00d5704.html>] [accessed 9 March 2020]

⁴⁶² Avant cette réforme, seul le père tunisien pouvait donner automatiquement sa nationalité à ses enfants. Pour que l'enfant de la tunisienne obtienne la nationalité de sa mère, il fallait qu'il naisse en Tunisie d'un père étranger ou d'un père inconnu ou apatride. L'enfant de la tunisienne né à l'étranger d'un père étranger n'avait la nationalité de sa mère qu'à la condition que s'il en faisait la demande et, sauf circonstances exceptionnelles, il fallait l'accord du père étranger.

⁴⁶³ L'enfant étranger né en Tunisie n'obtient la nationalité tunisienne que si son père et son grand-père paternel sont eux-mêmes nés en Tunisie. Cf. Article 7 du code la nationalité tunisienne.

⁴⁶⁴ En matière de répudiation Civ n° 17297, 16 juin 1987, bull. 1987, p. 233 ; Tbl 1^{ère} Inst. Tunis 19 nov. 1991, RTD 1993 p. 429 (partie en langue arabe).

principe subsiste sa remise en cause, notamment par la loi relative aux successions qui donne à la femme un statut inférieur à celui de l'homme donner l'exemple typique la femme reçoit la moitié de l'héritage qu'un homme située sur la même lignée comme son frère reçoit. C'est ainsi qu'à travers l'émission de ses réserves et de la situation du droit positif tunisien, transparait une contradiction entre la volonté, l'affirmation d'un principe et la réalité législative qui autorise des discriminations, lorsque la citoyenne est une femme. Le plus étonnant réside dans la motivation de ces réserves. La Tunisie, dans la déclaration générale, explique la « décision du gouvernement tunisien de ne prendre aucun acte législatif ou réglementaire en application de cette convention qui aille à l'encontre de l'article premier de la Constitution tunisienne selon lequel la Tunisie est une République indépendante dont la langue est l'arabe et l'islam, la religion »⁴⁶⁵. Cette technique de la réserve remet profondément en cause l'effectivité du principe d'égalité homme-femme. Il serait facile de conclure à une désillusion du principe d'égalité en droit tunisien et optimiste de constater l'effectivité de ce droit. En réalité, il serait plus réaliste, au regard du contexte historique, politique et des origines du droit tunisien de décrire la situation comme étant progressive, évolutive grâce aux engagements internationaux qui sont une source pour la République tunisienne et un attachement aux objectifs internationaux⁴⁶⁶. Le 16 août 2011, la Tunisie prend la décision de lever toutes les réserves tout en exprimant une Déclaration générale à cette Convention qui énonce que « le gouvernement tunisien déclare qu'il n'adoptera en vertu de la Convention, aucune décision administrative ou législative qui serait susceptible d'aller à l'encontre des dispositions du chapitre premier de la constitution ». Le doyen Carbonnier avait écrit que ce « sont les coutumes qui conservent et la loi qui innove »⁴⁶⁷. Cette idée du Doyen Carbonnier relate en partie de la situation de la femme face au poids des traditions, mais la loi est venue régir juridiquement la situation de la femme dans la société tunisienne. En France, la situation a été débloquée par la communauté européenne, mais aussi grâce à une évolution constitutionnelle qui a apporté des précisions sur le domaine du principe d'égalité homme-femme⁴⁶⁸.

⁴⁶⁵ R. BEN ACHOUR et J. GICQUEL, *Regards croisés sur les constitutions Tunisiennes et Française à l'occasion de leur quarantenaire*. Publication de la Sorbonne, 1999, p. 104.

⁴⁶⁶ Cela démontre une ouverture de la Tunisie au reste du monde. Entre le début de l'indépendance en 1956 et la révolution tunisienne en 2011, il y a eu une évolution progressive qui peut actuellement faire l'objet d'une régression sociale sur la question de la place de la femme dans la société tunisienne. Si, selon certaines conceptions du droit, ce dernier était le reflet de la réalité sociale, alors le principe d'égalité homme-femme dépend du regard que la société porte sur les femmes. Ces femmes se sont libérées de leur condition de sujet de droit inférieur aux hommes. Elle se libère de son rôle préétabli dans la tribu ou la famille pour avoir sa place à part entière dans une société moderne dans laquelle elle a un rôle actif.

⁴⁶⁷ J. CARBONNIER., *Essais sur les lois*, Répertoire du notariat Defrénois, 1995, p. 198. p. 226.

⁴⁶⁸ La Tunisie n'avait pas clairement consacré un principe d'égalité entre homme-femme, mais, la nouvelle Constitution de 2014 remédie à cette lacune. Cependant, la communauté internationale reste vigilante et exigeante

Section 3 : L'influence expansive du droit de l'Union européenne en tant que vecteur de l'égalité en France

89. L'égalité des sexes a longtemps été ignorée en droit français dans le sens où le dispositif juridique interne ne parvenait pas à une égalité réelle depuis la promulgation de la Constitution de 1958 et ses réformes ultérieures. Aussi, l'intervention du droit européen se perçoit comme étant un palliatif au droit positif français (§ 1) qui entraîne des conséquences sur la mise en œuvre de l'égalité homme-femme en droit interne (§ 2).

§ 1. L'intervention du droit européen en tant que palliatif du droit positif

90. À la recherche d'un équilibre entre la protection du principe d'égalité des sexes et l'effectivité du principe. À défaut d'une égalité réelle entre les hommes et les femmes, le législateur européen cherche à tout prix à protéger l'égalité de traitement homme-femme tout en recherchant davantage d'effectivité. Les efforts législatifs engagés tout au long de la construction de l'égalité par le droit français deviennent inefficaces à ce stade et insuffisants pour répondre au désarroi de l'ineffectivité de l'égalité homme-femme. C'est la raison pour laquelle ces efforts déclinent à l'orée de cet essoufflement législatif, ce dernier capitule et cherche alors à trouver des solutions innovantes dans le cadre du droit européen. Ces solutions semblent *a priori* pro égalitaire et exempts de préoccupations quant à leur efficacité, notamment parce que les solutions du droit européennes envisagent la question de l'effectivité dans leur appréhension de l'égalité homme-femme, c'est-à-dire que le principe de non-discrimination inclut d'une certaine manière la question pratique de l'égalité homme-femme. Celle-ci prend deux formes ; la reconnaissance d'une nouvelle catégorie constituée par les femmes et le caractère légal de la discrimination positive. C'est pourquoi, dans le cadre du renforcement du rôle et de la place de la femme dans la société et de la préoccupation politique de la protéger, le législateur européen s'est employé à promouvoir davantage l'égalité juridique entre l'homme et la femme en excluant toutes formes de discrimination contre les femmes. Cette volonté

envers les gouvernements. Ainsi, il peut être constaté que le principe d'égalité homme-femme est largement diffusé dans l'ordre juridique interne des deux États. Il subsiste certaines lacunes.

implique l'instauration de dispositions législatives en vue de garantir l'égalité homme-femme, mais aussi la promotion du principe par la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne.

91. L'instauration de dispositions législatives en vue de garantir l'égalité homme-femme. Quelles incitations poussent le législateur français à appliquer la conception du droit européen de l'égalité homme-femme ? Le législateur français pourrait au lieu de se conformer au droit européen, suivre la conception française de l'égalité et ainsi interdire de manière absolue toute entorse à ce droit visant à favoriser une catégorie de personne. Comme nous l'avons déjà exposé, cette option offrirait une lecture stricte de l'égalité qui empêcherait une voie d'accès vers la reconnaissance d'autres catégories possible et infinie dès lors que la discrimination positive sera jugée conforme ou non contraire à l'égalité homme-femme. Cependant, dans plusieurs situations, le législateur français se trouva face aux limites de l'égalité homme-femme. Afin notamment de respecter l'engagement pris par la France dans l'élimination des inégalités, et à promouvoir l'égalité homme-femme, ainsi que les incertitudes juridiques générées par le caractère non effectif de certaines mesures, ce dernier fit le choix de respecter ses obligations constitutionnelles aux termes duquel l'article 55 de la constitution dispose que « *les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traités, de son application par l'autre partie* »⁴⁶⁹. Aussi, la conception du principe de non-discrimination innovante, elle aussi, saisit tout l'attrait d'appliquer ce principe en droit français. Néanmoins, les incitations et les motivations poussent le législateur européen et le législateur français à adopter des positions sur la définition de l'égalité homme-femme qui diffèrent sensiblement, même si nous verrons, qu'*in fine*, le législateur français adopte progressivement l'approche européenne permettant de dégager des solutions uniformes et plus efficaces. Gardons en mémoire, qu'avant la révision du 23 juillet 2008 relative à l'introduction de la parité, la décision *Lesourd du 22 juin 2007*⁴⁷⁰ rappela que « le principe d'égalité aux emplois publics énoncé à l'article 6 de la Déclaration de 1789 exclut que, pour les candidatures à des dignités, places et emplois publics autres que ceux ayant un caractère politique, une distinction puisse être faite entre les candidats en raison de leur sexe ». Ce n'est qu'avec la révision du 23 juillet 2008 qu'il y eut l'autorisation pour le législateur français d'envisager des différenciations

⁴⁶⁹ CE, Ass., 20. Oct, 1989, requête n°108.243, Rec., p. 190 ; Cass., chambre mixte, 24 mai 1975, n° 73-13.556. Bull civ. ch. mixte, n° 4, p.6, *Société des Cafés Jacques Vabre*

⁴⁷⁰CC. Déc. n° 2001-455 DC, décision Lesourd, 22 juin 2007, Lebon p. 253.

dont l'objectif est de promouvoir l'égalité effective entre les hommes et les femmes. En droit public, l'intégration de l'égalité homme-femme est plus forte, notamment parce que le juge administratif lui accorda la place particulière de ce droit dans les idéaux français de 1789. Il qualifia expressément l'égalité comme le principe général du droit et affirma qu'il « régit le fonctionnement des services publics »⁴⁷¹.

92. En droit français, l'incitation essentielle réside dans le fait que le droit européen a une valeur supérieure à celle des lois⁴⁷². L'administration peut appliquer le droit européen, soit de manière immédiate, soit après transposition du texte européen en droit interne⁴⁷³. En effet, la suprématie du droit européen sur le droit national français a été consacrée par la jurisprudence⁴⁷⁴. En matière de droit européen, l'intervention de l'égalité homme-femme est particulièrement significative en matière sociale, car il était le principal domaine d'intervention du législateur européen en la matière. Toutefois, en France, le pouvoir constituant n'est pas intervenu dans le but de rendre plus effective l'égalité des traitements en matière de rémunération, mais plutôt en matière électorale. Comme nous l'avons constaté, il y a eu la crainte d'un retour de « boomerang » avec l'introduction de ces actions positives jugées plus incitatives. En effet, au cours des débats sur les quotas électoraux, nous pouvions entendre médire : « sommes-nous à ce point handicapées qu'il faille nous imposer par la contrainte constitutionnelle ? Et si cela devait arriver, comment jamais être sûres que nous sommes à tel ou tel ne poste par l'effet de nos compétences ou par la force des quotas ? [...] La discrimination n'est jamais positive et finit toujours par se retourner contre la personne discriminée »⁴⁷⁵. Cette crainte de voir remettre en cause les compétences et le mérite des femmes à se voir attribuer une responsabilité politique au nom d'un quota fut également perçue par la jurisprudence de

⁴⁷¹ CE, Conseil d'Etat, Section, 9 mars 1951, Société des concerts du Conservatoire, n° 92004, publié au recueil Lebon.

⁴⁷² Voy. Annexe III relative à la hiérarchie des normes.

⁴⁷³ Concernant les règlements et les décisions, elles sont directement applicables et donc elles ne nécessitent pas de transpositions. Seules les directives et les décisions-cadres doivent faire l'objet d'une transposition en droit national. Les avis et les recommandations ne sont pas contraignants

⁴⁷⁴ Dans un premier temps, la Cour de justice de l'Union européenne a considéré que le droit européen devait s'imposer à celui des États membres, car le droit européen formait un nouvel ordre juridique. La Cour de justice a adopté cette position dans l'arrêt Simmenthal du 9 mars 1978. Dans un second temps, c'est la Cour de cassation, en France qui a adopté cette position avec l'arrêt Société des Cafés Jacques Vabres du 24 mai 1975. Enfin, ce n'est que tardivement que le Conseil d'État a adopté ce raisonnement de la suprématie du droit européen. En effet, c'est avec l'arrêt Nicolo du 20 octobre 1989 que le Conseil d'État a formulé ce principe. L'égalité homme-femme qui dispose d'une assise constitutionnelle trouve également un prolongement conventionnel qui accroît sa place au cœur du droit national.

⁴⁷⁵ E. BADINTER, « Non aux quotas de femmes », *Le Monde*, 12 juin 1996 également cité par I. HACHEZ et S. VAN DROOGHENBROECK, « L'introduction de l'égalité entre les hommes et les femmes dans la Constitution », *Revue belge de droit constitutionnel*, 2002, n° 2, p. 154.

l'Union européenne qui s'est rapidement chargée de délimiter les actions positives en droit. Au sein de l'Union européenne, deux conceptions s'opposent. Celle de l'égalité formelle c'est-à-dire, celle qui « semble s'épuiser dans l'énoncé du principe d'égalité de droits et la conception de l'égalité réelle c'est-à-dire qu'elle prend en compte des situations réelles et des inégalités de fait »⁴⁷⁶. En effet, la Commission européenne a publié en 1996, un code de conduite relatif à l'application de l'égalité de rémunération entre les hommes et les femmes. La commission fait un bilan qui concerne la mise en œuvre de ce principe européen par les États membres dans une période de 20 ans. Elle constate que « les différences de rémunération entre les femmes et les hommes restent considérables. À titre d'exemple, les données disponibles concernant l'industrie manufacturière et le commerce de détail révèlent un écart important, dans tous les États membres, entre les salaires féminins et masculins ». Le code de conduite prévoit la mise en œuvre d'une action pour l'élimination des discriminations. Ce texte n'a pas de valeur normative, mais incitative.

93. À l'origine, le Traité de Rome ne consacrait qu'un unique article à la question de l'égalité homme-femme⁴⁷⁷. Le traité de Rome interdisait, dès lors, les discriminations entre homme-femme en matière de rémunération pour un même travail. Le traité semblait trop limitatif en matière de discrimination, l'Union européenne décida d'adopter d'autres mesures afin d'élargir considérablement le domaine d'application de l'interdiction des discriminations entre homme-femme. En effet, « les institutions communautaires ont adopté de nombreux textes dans cette matière. Compte tenu de l'absence de base juridique spécifique dans le Traité, ces textes ont été adoptés sur la base de l'article 235 du Traité de Rome⁴⁷⁸. Outre la directive concernant l'égalité des rémunérations, cinq directives ont été adoptées en matière d'égalité de traitement »⁴⁷⁹. L'égalité homme-femme figurait, depuis le traité d'Amsterdam, parmi les

⁴⁷⁶ <http://www.sénat.fr/>.

⁴⁷⁷ Ainsi, l'article 119 du Traité instituant la Communauté européenne dispose que « chaque État membre assure au Cours de la première étape, et maintient par la suite, l'application du principe de l'égalité des rémunérations entre les travailleurs masculins et les travailleurs féminins pour un même travail ».

⁴⁷⁸ Cet article permet au Conseil de mettre en œuvre une action nécessaire pour réaliser l'un des objets de la Communauté lorsque le Traité n'a pas prévu de pouvoirs d'action dans ce domaine. L'utilisation de cet article implique une adoption des dispositions par le Conseil à l'unanimité.

⁴⁷⁹ Sénat, Délégation du Sénat pour l'Union Européenne, session ordinaire de 1996-1997, Rapport d'information n°293, présenté par Mme Danièle POURTAUD, annexe au procès-verbal de la séance du 27 mars 1997. En ce sens il y a eu l'adoption de la directive du 9 février 1976 (Directive 76/207/CEE, JO n° L 39, 14 février 1976 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité hommes et femmes concernant l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnels, et les conditions de travail). Ensuite, une directive de 1979 concernant l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière de sécurité sociale (Directive 79/7/CEE, JOCE n°L 6, 10 janvier 1979, p.24) Cette directive ne s'appliquera dans les pays de l'UE qu'à partir de 1984, date de son entrée en vigueur dans ces derniers pays. L'Union va aussi s'intéresser à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement homme-femme dans les régimes professionnels de sécurité sociale avec la directive du 24 juillet 1986 (Directive

missions assignées à la Communauté européenne par l'article 2⁴⁸⁰ du traité CE⁴⁸¹. L'article 13, introduit par le traité d'Amsterdam, selon la doctrine « n'était pas une clause de non-discrimination susceptible d'effet direct. Il a donné une base juridique à l'adoption de mesures de lutte contre les discriminations de toute nature »⁴⁸². En effet, l'article dispose que « sans préjudice des autres dispositions du présent traité et dans les limites des pouvoirs que celui-ci confère à la Communauté, le Conseil statuant à l'unanimité sur proposition de la Commission et après consultation du Parlement européen, peut prendre les mesures nécessaires en vue de combattre toute discrimination fondée sur le sexe, la race ou l'origine ethnique, la religion ou les croyances, un handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle »⁴⁸³. L'article 137 du traité CE disposait « qu'en vue de réaliser les objectifs visés à l'article 136, la Communauté soutient et complète l'action des États membres dans les domaines suivants : (...) l'égalité entre hommes et femmes en ce qui concerne leurs chances sur le marché du travail et le traitement dans le travail ». De plus, l'article 141 du traité CE, disposait que « chaque État membre assure l'application du principe de l'égalité des rémunérations entre travailleurs masculins et travailleurs féminins pour un même travail ou un travail de même valeur ». Par la suite, une directive de 2006⁴⁸⁴ concernant le principe d'égalité de traitement et des chances entre hommes et femmes en matière professionnelle est venue refondre les textes existants dans un texte unique en y intégrant les apports jurisprudentiels. Le traité de Lisbonne reprend les dispositions qui figuraient dans le traité établissant une Constitution pour l'Europe qui portait sur la non-discrimination et sur l'égalité⁴⁸⁵.

86/378/CEE, JO n° L 225, 12 août 1986, p.40.) Enfin, deux autres directives concernant d'une part, l'égalité de traitement entre hommes et femmes exerçant une activité indépendante, y compris une activité agricole, ainsi que la protection de la maternité ((Directive 86/613/CEE, JOCE n° L 359, 19 déc. 1986, p.56). Et d'autre part, concernant la promotion de l'amélioration de la sécurité et de la santé des travailleuses enceintes, accouchées ou allaitantes au travail (Directive 92/85/CEE, JO n° L 348, 28 nov. 1992, p.1.)

⁴⁸⁰ Pour atteindre les finalités fixées par l'article 2, l'article 3 disposait que « lorsqu'elle réalise toutes les actions visées au présent article, la Communauté cherche à éliminer les inégalités, et à promouvoir l'égalité entre les hommes et les femmes ».

⁴⁸¹ Voy. sur le sujet ; F. BENOIT-ROHMER, l'Union européenne et les droits fondamentaux depuis l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne. L'égalité femme-homme UMR, Revue trimestrielle de droit européen 2011 p. 145.

⁴⁸² Jurisclasseur Europe Traité, Fasc. 191 : Ordre juridique de l'Union européenne sources non écrite, II. Traitements jurisprudentiels des principes de l'Union européenne, A. Traitement jurisprudentiel des valeurs fondatrices de l'Union européenne Cote : 04, 2011.

⁴⁸³ E. DUBOUT, l'article 13 du traité CE- La clause communautaire de lutte contre les discriminations : Bruxelles, Bruylant, collection Droit de l'Union européenne, vol 2. 2006.

⁴⁸⁴ PE et Cons. de l'UE, Directive 2006/54 du 5 juillet 2006 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail, JOCE n° L 204 du 26 juil. 2006, pp. 23-36

⁴⁸⁵ Parmi ses dispositions, l'article 2 de la TUE précise dans ses dispositions que la société est caractérisée par la non-discrimination. L'article 3 §3 alinéas 2 de ce même traité prévoient le principe d'égalité homme-femme et la non-discrimination. L'article 9 consacre le principe d'égalité entre les citoyens.

94. Concernant le TFUE, le principe d'égalité homme-femme est prévu à l'article 9 et l'article 10 prohibe les discriminations fondées sur le sexe⁴⁸⁶. Des dispositions de la troisième partie du traité établissant une Constitution pour l'Europe reprenaient des dispositions du traité CE et notamment le principe d'égalité homme-femme et sur le modèle de l'article 13 du traité CE la lutte contre les discriminations⁴⁸⁷.

95. La convention européenne des droits de l'Homme contient des dispositions relatives à la lutte des discriminations et notamment celle fondées sur le sexe à l'article 14, mais aussi à l'article 1 du protocole n°12. Cependant, aucune disposition spécifique est explicite au principe d'égalité homme-femme n'est consacré dans la convention. Elle interdit seulement toute forme de discrimination fondée sur le sexe. Le traité d'Amsterdam modifia l'article 141 du traité CE et inséra l'article 13 du traité CE car « le traité avaient tenu compte des positions du juge communautaire et des problèmes rencontrés par lui » et cela permit de constituer une base juridique pour l'adoption de législations en vue de lutter contre toutes discriminations et notamment pour l'adoption de législations en vue de lutter contre toutes discriminations et notamment celles fondées sur le sexe. Cet article a eu pour effet de permettre une législation européenne assez abondante « adoptée sur la base de la décision du 27 novembre 2000 établissant un programme communautaire de lutte contre la discrimination »⁴⁸⁸.

⁴⁸⁶ L'article 19 §1 est relatif à l'action contre les discriminations fondées sur le sexe, la race ou l'origine ethnique, la religion ou les convictions, un handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle. En matière professionnelle, l'article 153 §1 consacre l'égalité entre hommes et femmes en ce qui concerne leurs chances sur le marché du travail et le traitement dans le travail. L'article 157 §1 renforce le principe d'égalité entre les sexes en prévoyant l'« égalité des rémunérations entre travailleurs masculins et travailleurs féminins pour un même travail ou un travail de même valeur ».

⁴⁸⁷ Art. III-124. Voy. L. BURGORGUE-LARSEN, *La Convention européenne des droits de l'homme*, L.G.D.J, 2019, 330 pages ; Y. LÉCUYER, *L'essentiel de la Convention européenne des droits de l'Homme, Tout le système de protection instauré par la CEDH*, Gualino, 160 pages ; F. MODERNE, *La Convention européenne des droits de l'homme*, Dalloz, 2019 ; C. BLUMANN, L. DUBOIS, *Droit matériel de l'Union européenne*, L.G.D.J, 2019, 976 pages ; J.-L. CLERGERIE, A. GRUBER, P. RAMBAUD, *Droit institutionnel et matériel de l'Union européenne*, Daloz, 2018, 1088 pages ; C. BOUTAYEB, *Droit institutionnel de l'Union Européenne*, 2018, LGDJ, 802 pages ; S. ROBIN-OLIVIER, *Manuel de droit européen du travail*, Bruylant, 2016, 658 pages ; O. DUBOS, *Institutions européennes*, Dalloz, 2019, 208 pages ; Conseil de l'Europe, R. LIDDELL, M. O'FLAHERTY (Dir.), *Manuel de droit européen en matière de non-discrimination*, Office des publications de l'Union européenne, Luxembourg, 2018, 325 pages.

⁴⁸⁸ Cons. UE. Déc. n° 2000/750/CE, 27 nov. 2000, établissant un programme d'action communautaire de lutte contre la discrimination., Voir J O des communautés européennes 2 décembre 2000 avec l'adoption de directives en 2000 et 2002.-PE et Cons. UE, dir. 2000/78/CE, 27 nov. 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail : JO des communautés européennes 2 décembre 2000.-PE et Cons. UE, dir. 2002/73/CE, 23 sept. 2002 relative à la mise en œuvre du principe d'égalité de traitement ententes en matière d'emploi et de conditions de travail : JO des communautés européennes 5 oct. 2002.

§ 2. Les conséquences sur la mise en œuvre de l'égalité homme-femme en droit interne

96. Des conséquences plutôt favorables à l'égalité des sexes. Ces dispositions européennes paraissent être en faveur de l'égalité homme-femme. La vision positive dont jouit le principe de non-discrimination semble liée au fait qu'ils actionnent le passage d'une égalité formelle à une égalité matérielle, voire dans certaines occurrences le saut vers une égalité parfaite. En d'autres termes, elles ouvrent le chemin vers une égalité *de facto*. C'est par l'existence de ses traités et l'intermédiaire de ses directives que les objectifs fixés par l'Union européenne ont permis de faire évoluer le droit en matière d'égalité homme-femme en droit français. Un principe d'égalité homme-femme dont les domaines d'application ont fait l'objet d'une extension. Dans son sillage, les instruments européens importeront une accélération de l'égalité homme-femme par des mesures qui permettront d'accroître l'application de l'égalité homme-femme. La Commission a présenté ses priorités en matière d'égalité homme-femme pour pouvoir améliorer la place des femmes dans l'Union européenne et aussi dans la société française. Les domaines concernés sont ceux de l'indépendance économique des femmes⁴⁸⁹ et l'égalité de rémunération. La Commission a souligné l'existence d'écarts de rémunération entre les hommes et les femmes qui persistent, y compris pour un même travail ou un travail de même valeur. Pour contribuer à éliminer ses écarts, la commission propose par exemple « d'explorer avec les partenaires sociaux les possibilités d'améliorer la transparence salariale »⁴⁹⁰. Enfin, la commission a constaté l'insuffisance de la représentation des femmes dans les processus décisionnels⁴⁹¹, donc elle veut établir une égalité dans la prise de décision. Dans ce contexte, la Commission souhaite favoriser par exemple « l'augmentation du nombre de femmes dans les comités et les groupes d'experts établis par la Commission, avec un objectif d'au moins 40 % de femmes ». Cette égalité va s'étendre dans les politiques extérieures de l'Union européenne. De manière générale, la Commission s'engage à faire évoluer le principe d'égalité homme-femme en veillant à la bonne application de la législation européenne, en particulier la directive sur l'égalité de traitement dans l'accès à des biens et services et la fourniture de biens et services

⁴⁸⁹ Par exemple encourager l'emploi indépendant et la création d'entreprises par des femmes.

⁴⁹⁰ Voy.

[http://europa.eu/legislation_summaries/employment_and_social_policy/equality_between_men_and_women/em0037_fr.htm.]

⁴⁹¹ Parlements ou gouvernements nationaux.

sur l'égalité des chances⁴⁹². C'est ainsi que de manière réciproque, le droit administratif français, sous l'influence du droit de l'Union européenne, connaît une transformation⁴⁹³.

97. Selon le Conseil d'État, « la non-discrimination [...] constitue une application stricte du principe d'égalité entre les sexes, affirmé par le préambule de la Constitution de 1946 toujours en vigueur. En revanche, elle ne peut avoir pour prétention de réaliser l'égalité réelle des hommes et des femmes dans tous les aspects de la vie sociale ». Pourtant, le droit européen aspire à une égalité concrète, non cantonnée au seul traitement juridique des situations. Pour éviter que l'égalité homme-femme ne soit purement formelle, le droit français doit tendre vers des mesures palliatives. La mise en œuvre de l'égalité homme-femme doit se réaliser de manière transversale, car elle est, en effet, une condition nécessaire dans la réalisation de l'égalité homme-femme. C'est ainsi que « l'égalité des droits doit parfois subir des assouplissements, un rééquilibrage pour que soit rétablie une égalité de fait. L'équité est alors le principe qui justifie la mise en forme d'un tel dispositif. Il constitue à la fois une forme de concrétisation partielle du principe d'égalité des droits »⁴⁹⁴. Aussi, « la notion d'équité doit être comprise comme une règle accessoire, un ensemble de lignes de conduite, un moyen d'interprétation des autres règles de droit »⁴⁹⁵ y compris l'égalité homme-femme. D'ailleurs, l'application de l'égalité homme-femme n'a pu empêcher que des inégalités entre les deux sexes persistent en matière de droit économique et social, voire se développent au risque de faire apparaître l'égalité des droits comme purement formelle. Face à des discriminations systémiques et structurelles fondées sur le sexe, le droit français semble effectivement s'attacher à une conception formelle de l'égalité et de la notion de discrimination si bien que le droit français considère le principe d'équité comme une simple référence avec de rares références à ce principe alors que le droit européen en fait un principe important et multiplie les références directes à l'équité dans ses textes. Pourtant, Maurice Houriou reconnaissait que « le droit administratif est un droit d'équité fondé sur la prérogative de l'administration, fait par le juge et organisé selon la théorie de l'acte ». C'est ainsi que le juge administratif consacra dans

⁴⁹² Directive 2004/113/CE concernant la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les femmes et les hommes dans l'accès à des biens et services et la fourniture de biens et services, *JOCE* du 21 déc. 2004, pp. 37-43.

⁴⁹³ J. SIRINELLI, *Les transformations du droit administratif par le droit de l'union européenne – Une contribution à l'étude du droit administratif européen*, thèse, Paris II, 2009, LGDJ, 2011 ; Un modèle de droit administratif se construit Voy en ce sens J-B. AUBRY, J. DUTHEIL de LA ROCHERE (DIR.), *Traité de droit administratif européen* Bruylant, 2^e éd. 2014. V. B. STIRN, Y. AGUILA, *Droit public français et européen*, Sciences-Po-Dalloz, 2014.

⁴⁹⁴ B. MAJZA, « Équité et droits fondamentaux », *CRDF* 2002., n°1, p.81.

⁴⁹⁵ *Idem*. P.88.

sa jurisprudence le principe de discrimination positive ou principe d'égalité des chances⁴⁹⁶. Cette décision consacra qu'« eu égard à l'intérêt général qui s'attache à ce que le conservatoire de musique puisse être fréquenté par les élèves qui le souhaitent, sans distinction selon leurs possibilités financières, le conseil municipal de Gennevilliers a pu, sans méconnaître le principe d'égalité entre les usagers du service public, fixer des droits d'inscription différents selon les ressources des familles ». Le juge administratif consacra la possibilité de tenir compte des ressources pour la tarification de tous les services publics. Alors que le juge constitutionnel français ne considère pas le principe d'équité comme « un principe complémentaire, qui tient un rôle de suppléance pour pallier les carences des principes fondamentaux »⁴⁹⁷, notamment celui de l'égalité homme-femme. Toutefois, il admit que le principe d'égalité n'est pas absolu, et que les différences de traitement pouvaient être appliquées lorsque les circonstances le justifiaient. Il laisse au législateur le soin de déterminer les domaines dans lesquels les discriminations positives sont réalisables. Ainsi, dans sa décision du 11 juillet 2001 il jugea qu'eu égard à l'exigence constitutionnelle d'égal accès à l'instruction, « l'Institut d'études politiques de Paris pouvait ouvrir une voie d'accès particulière en proposant des conventions aux établissements situés dans une zone d'éducation prioritaire, afin de permettre la diversification de l'accès des élèves du second degré aux formations qu'il dispense, à la condition que ces modalités particulières de recrutement reposent sur des critères objectifs ».

98. Pour répondre aux aspirations de l'égalité homme-femme et aux exigences européennes, la jurisprudence du Conseil d'État rechercha la conformité de sa jurisprudence à celle de la Cour de justice de l'Union européenne. En ce sens, on peut rappeler que s'agissant du montant des pensions, la décision du Conseil d'État du 29 juillet 2002, Griesmar, qui tire les conséquences de l'arrêt Griesmar de la Cour de justice des Communautés européennes du 29 novembre 2001, rendu sur une question préjudicielle que le Conseil d'État avait posée, affirme que « le principe de l'égalité des rémunérations s'oppose à ce qu'une bonification, pour le calcul d'une pension de retraite, accordée aux personnes qui ont assuré l'éducation de leurs enfants, soit réservée aux femmes, alors que les hommes ayant assuré l'éducation de leurs enfants seraient exclus de son bénéfice ». D'autres éléments, tout aussi limpides et portant une certaine gémellité avec nos précédents propos, expliquent le ralliement de la France à la conception européenne de la non-discrimination.

⁴⁹⁶Décision Commune de Gennevilliers du 29 décembre 1997.

⁴⁹⁷ B. MAJZA, *Op. Cit. Ibidem.*

99. En somme, en droit interne français, le droit européen a fait évoluer la conception classique de l'égalité vers la non-discrimination. Cette interdiction est prévue à l'article 14 de la convention européenne des droits de l'homme en proclamant que la jouissance des droits et libertés reconnus par la convention doit être assurée « sans distinction aucune, fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou tout autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation ». L'article 21 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne interdit « toute discrimination fondée notamment sur le sexe, la race, les origines ethniques ou sociales, les caractéristiques génétiques, la langue, la religion ou les convictions, les opinions politiques ou toute autre opinion, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance, un handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle ». Toujours, sous l'influence du droit de l'Union européenne, les discriminations sont dorénavant ventilées entre discriminations directes et indirectes. Initialement, les textes communautaires firent mention de ces termes, mais ne donnèrent pas de définitions⁴⁹⁸. C'est le juge communautaire qui a défini ces termes, grâce à sa jurisprudence, relatifs à la libre circulation des travailleurs et de manière significative avec l'égalité professionnelle entre les sexes dans l'emploi. Ce droit de l'égalité professionnelle dispose de sources textuelles importantes ainsi que d'une jurisprudence abondante. Par conséquent, les évolutions conceptuelles en la matière ont irrigué les autres branches du droit de la discrimination. De plus, ses avancées sont bénéfiques aux personnes touchées par les autres discriminations. Dans la recherche d'une définition de la discrimination, le Traité d'Amsterdam vint parapher l'évolution du droit communautaire en la matière, en élargissant sensiblement le domaine des discriminations prohibées⁴⁹⁹. Toutefois, il ne propose pas de définition. Ainsi, il y a eu un travail significatif dans cette recherche de définition. Aussi, la question des règles de preuve et l'adaptation de ce domaine aux exigences européennes sont un moyen de renforcer la protection du principe d'égalité des sexes en permettant à la victime d'établir la discrimination en définissant les règles de la preuve. Même si le principe d'égalité imprègne le droit français, il a été influencé par les éclairages européens. En matière de discrimination, cette influence se traduit par la prise en compte d'exigence sur le plan procédural, au travers d'adaptations des règles de preuve et de

⁴⁹⁸ Voy. not. Règl. (CEE) n° 1612/68 du Conseil du 15 oct. 1968 relatif à la libre circulation des travailleurs à l'intérieur de la Communauté, *JOCE* du 19 oct. 1968, pp. 2-12 ; Directive 76/207/CEE du Conseil du 9 fév. 1976 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les hommes et les femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelle, et les conditions de travail, *JOCE* du 14 fév. 1976, pp. 40-42.

⁴⁹⁹ l'art. 13 du Traité d'Amsterdam vise « toute discrimination » fondée sur différents critères.

recevabilité, et également substantiel, par la prise en compte des problématiques nouvelles liées au principe d'égalité⁵⁰⁰ et en l'occurrence celui entre les sexes.

100. En définitive, le droit européen offre de solides justifications au législateur français afin de mettre en conformité le droit français avec les exigences européennes. Le principe de non-discrimination sera ici d'une redoutable efficacité. En effet, le législateur français introduit des mesures plus incitatives ; accélère la progression de l'égalité homme-femme, il diversifie le domaine d'application de l'égalité homme-femme. Par cet instrument juridique, il ne sera pas nécessaire d'attendre plus longtemps pour que le législateur français se lance dans la recherche de la promotion et la diffusion de l'égalité homme-femme. En d'autres termes, le droit européen incita par les engagements pris par la France, à faire évoluer la législation nationale de manière rapide. Par ce fait, le droit européen semble avoir pour objet ou pour effet d'accélérer la diffusion et la promotion de l'égalité homme-femme en droit interne où celle-ci était bridée et verrouillée par la présence d'une conception historique et singulière de l'égalité.

* *
*

101. Conclusion titre I relatif le pluralisme des fondements de l'égalité homme-femme. Les modifications apportées par la Tunisie dans sa nouvelle Constitution, qui semble emprunter le même chemin que celui entamé par la France, ont permis l'apparition d'une multitude de sources de référence à l'égalité entre les citoyens et les citoyennes, dont la référence à l'égalité homme-femme. Pourtant, à la lecture de l'ensemble des dispositions une ambiguïté demeure. En effet, des dispositions se référant à l'islam demeurent et rendent l'assise constitutionnelle de l'égalité homme-femme faible. Cette faiblesse est maintenue par rapport à la Constitution de 1959.

102. Historiquement, le principe d'égalité des sexes a été conçu comme un droit découlant du principe d'égalité. Incontestablement, l'introduction du principe de non-discrimination lié « aux nécessités économiques du marché commun »⁵⁰¹ confère à l'égalité des sexes une valeur que le droit dérivé a autorisée l'extension de manière significative l'application de l'interdiction

⁵⁰⁰Intervention de Bernard Stirn, président de la section du contentieux du Conseil d'État

⁵⁰¹ P. RODIÈRE, *Droit social de l'Union européenne*, mars 2014, LGDJ, 774 pages.

entre les sexes, qui a eu pour conséquence d'édicter ce principe pour l'ensemble des activités d'un individu. Conceptuellement, il n'y a rien de surprenant à ce que la conception interne française ou tunisienne puisse être impactée par l'interaction avec des exigences venues d'autres arènes juridiques. Si l'évolution de la conception de la Cour de justice de l'Union européenne a connu également une évolution très perceptible en rapport avec des appétences suscitées par les impératifs de la Convention européenne de Sauvegarde des Droits de l'Homme, le système juridique français a enrichi le contenu juridique, mais a également joué son rôle en adoptant dans le cadre de son application juridique des méthodes des cours européennes dont la finalité est la recherche du renforcement de l'efficacité.

103. De cette recherche d'efficacité, le droit tunisien n'en restait pas moins cantonné à la seule lecture positive du principe d'égalité jusqu'à l'adoption constitutionnelle d'une interdiction de discriminations entre hommes et femmes, prohibition ne couvrant d'ailleurs, à la différence du système français, que le seul exercice de libertés économiques ou le bénéfice de droits sociaux qui ne sont pas couverts par le champ d'intervention des dispositions d'influence religieuse. Liée par des engagements internationaux, la Tunisie a compensé l'absence d'un système juridique régional aussi performant que celui de l'Union européenne, par celui qui se trouve dans les instances internationales. En théorie, le verrouillage de la conceptualisation interne de l'égalité des sexes pourrait non seulement empêcher l'émergence de nouveaux paradigmes qui nécessitent de mobiliser les instruments juridiques disponibles dans le domaine international, mais aussi obstruer le déclenchement d'une mise en conformité du système juridique interne qui bénéficierait aux femmes et, s'agissant du secteur professionnel, ultimement à la société et, par conséquent, à l'État.

104. En effet, la condamnation des discriminations par la Constitution tunisienne, jointe à celle qui découle d'autres instruments internationaux, tels que l'OIT ou les chartes de l'ONU, également présente dans les règles juridiques françaises, ne pouvait pas manquer d'avoir une influence sur leurs systèmes juridiques. À cet égard, le principe de non-discrimination pourrait apparaître comme une intégration de valeurs internationales dans le sens où elles s'accordent sur l'une des finalités de l'égalité des sexes. Cette semi-dépendance par rapport aux exigences internationales a pour effet de limiter le domaine de certaines dispositions constitutionnelles dans lequel le référent religieux pourrait être invoqué. En effet, « les ambivalences » en la matière restent significatives dans l'article 6 de la Constitution, qui selon le Professeur Ben Achour, constitue certes « une avancée majeure par rapport à la mouture du projet du 1 et juin

2013 », mais qui reste devancé par la mention que « l'État est le gardien/garant de la religion »⁵⁰². Il faut également souligner que le droit à l'égalité, la dignité ou la liberté entre dans le catalogue des droits consacrés dans la Constitution de 2014, catalogue qui il est vrai, s'accroît et s'étoffe au fur et à mesure de son expérience historique et juridique avec d'autres systèmes d'interaction dont les règles juridiques s'ajoutent au texte initial. À cet égard, certaines dispositions étrangères pourraient apparaître comme une déviance des droits de nature sacrée dans le sens où l'article 22⁵⁰³ prévoit la vie humaine comme étant sacrées ce qui peut selon l'interprétation remettre en cause le droit de l'avortement⁵⁰⁴.

105. Quoi qu'il en soit, si l'émergence de l'égalité homme-femme en France est la conséquence de l'application du droit à l'égalité, l'émergence en Tunisie de l'égalité sous l'influence de la France, la Constitutionnalisation de l'égalité homme-femme ne s'appuie pas sur le même *ratio*, mais la France demeure, à notre sens, un facteur d'inspiration. La Constitution tunisienne de 2014 est venue remédier à la lacune d'une inscription implicite de l'égalité des sexes dans la Constitution de 1959. Ainsi, il peut être constaté que le principe d'égalité homme-femme est largement diffusé dans l'ordre juridique interne des deux États. Il subsiste certaines lacunes. Le fait qu'il existe une consécration du principe d'égalité des sexes n'implique pas une mise en œuvre concrète de ce droit.

106. Nous avons vu qu'en France et Tunisie, le principe d'égalité homme-femme est largement diffusé dans l'ordre juridique interne. La France connaît un changement de paradigme dans sa conceptualisation de l'égalité des sexes grâce au cadre que lui offre le droit de l'Union européenne. Une amélioration de son système juridique et de sa jurisprudence en découle. La Tunisie ne connaît pas un cadre institutionnel régional comparable. Elle dispose

⁵⁰² « L'article 6 dans sa version finale dispose certes que "l'État s'engage à diffuser les valeurs de la modération et de la tolérance [...]" et "[...] qu'il s'engage à l'interdiction et la lutte contre les appels au *Takfir* et l'incitation à la violence et à la haine" mais il est pré-cédé par l'affirmation que "L'État est le gardien/garant de la religion" », R. BEN ACHOUR, « La constitution tunisienne du 27 janvier 2014 », *Revue française de droit constitutionnel*, 2014, p. 789.

⁵⁰³ « Le droit à la vie est sacré. Aucune atteinte ne saurait être portée à ce droit sauf dans des cas extrêmes fixés par la loi. »

⁵⁰⁴ L'IVG a été légalisée en Tunisie depuis 1963. Cet acte est gratuit. Article 214 du Code pénal (modifié par la loi n° 65624 du 1^{er} juillet 1965 et par le décret-loi n° 73-2 du 2 septembre 1973 ratifié par la loi n° 73-57 du 19 novembre 1973) : « L'interruption artificielle de la grossesse est autorisée lorsqu'elle intervient dans les trois premiers mois dans un établissement hospitalier ou sanitaire ou dans une clinique autorisée, par un médecin exerçant légalement sa profession. Postérieurement aux trois mois, l'interruption de la grossesse peut aussi être pratiquée, lorsque la santé de la mère ou son équilibre psychique risquent d'être compromis par la continuation de la grossesse ou encore lorsque l'enfant à naître risquerait de souffrir d'une maladie ou d'une infirmité grave. Dans ce cas, elle doit intervenir dans un établissement agréé à cet effet. » R. BEN ACHOUR, *Op. Cit.*, p. 790.

uniquement du cadre du droit international comme moyens d'amélioration de son système juridique. Dans la poursuite de l'examen du pluralisme des fondements de l'égalité homme-femme, il nous reste désormais à les identifier avec précision les éventuelles divergences de fondements à travers la question de la concurrence de légitimités (**Titre II**). Nous verrons que tous systèmes socio-juridiques ne sont pas élaborés sur les mêmes fondements de légitimation. Les assises normatives et idéologiques de la Tunisie ont connu une influence significative du système français et auraient donc émergé de façon plurielle des formes de légitimités caractérisées par leur incompatibilité avec la conception française de l'égalité des sexes.

TITRE II : LA CONCURRENCE DE LÉGITIMITÉS

107. La question de l'égalité homme-femme implique celle de légitimité. Le dictionnaire de l'Académie française définit la légitimité comme le « Caractère de ce qui est fondé en droit ou de ce qui est conforme à l'équité, à la raison, aux règles établies, à la tradition »⁵⁰⁵. Le terme « *légitimité* » renvoie à différents usages : nous pouvons parler de légitimité d'une personne, de celle du Pouvoir, de celle de l'action, mais nous pouvons également parler de légitimité historique. Juridiquement, la légitimité renvoie à ce qui est conforme au droit, à la loi, à l'état d'une personne (un enfant légitime ou illégitime par exemple). Le législateur, ainsi que les individus qui se sont battus pour l'égalité des sexes ont cherché à bâtir des légitimités, afin de permettre aux femmes d'être considérées par le droit comme étant des membres de la société à part entière. Elles ont obtenu leurs droits, suite au fondement de légitimités successives. Tout d'abord, la légitimité religieuse a maintenu la femme dans une situation de complémentarité et d'inégalité. Par la suite, le principe démocratique a impliqué le fait que la femme soit l'égal de l'homme, en droits et en devoirs. Il a ainsi impliqué le droit à une représentation et à une participation politique. Enfin, la légitimité se trouve également dans le principe de la dignité humaine. Nous retrouvons une concurrence des légitimités au sein du système tunisien. En effet, le droit et la religion restent des concurrents dans la légitimation de la règle, et le respect conditionne la légitimation de l'action. Nous retrouvons également cette concurrence entre les légitimités des systèmes, au niveau de la justification du principe d'égalité des sexes.

108. Le respect de la règle comme condition de la légitimation de l'action. Toute justification⁵⁰⁶ est conditionnée par « l'argumentation comme moment proprement constitutif de la validité possible attachée à l'acte légal, juridictionnel ou administratif »⁵⁰⁷. Dès lors, « la validation renvoie au moment important de la justification »⁵⁰⁸, plus précisément « au moment du juge », dans l'application de la norme et à celui du législateur, dans le cadre de l'adoption de la norme⁵⁰⁹. Si nous nous référons au principe de cohérence interprétative de Dworkin,

⁵⁰⁵ Dictionnaire en Ligne [<https://www.cnrtl.fr/definition/academie9/legitimité>].

⁵⁰⁶Cf. la justification de l'éthique de la discussion le débat entre Habermas et Apel ; J.-M. FERRY, « De l'antinomie de la vérité à la fondation ultime de la raison » in *Philosophie de la communication*, Cerf, 1994 ; « Il y a lien interne entre l'idée de justification et l'idée d'argumentation, lien qui rend plausible la préférence accordée à une éthique de la discussion dans le contexte moderne des sociétés démocratiques ou pluralistes ». A. BERTEN, « l'éthique procédurale dans ses rapports avec les sciences humaines » in *Variations sur l'éthique, Hommage à Jacques Dabin*, Publications des facultés universitaires Saint-Louis, 1994, p.540.

⁵⁰⁷ J.-M. FERRY, « Narration, interprétation, argumentation, reconstruction », in *Les Philosophies politiques contemporaines (dir. Alain Renaut)*, Calmann-Lévy, 1999, p. 277 ; Sur l'argument du législateur rationnel, voir F. OST, « L'interprétation logique et systématique et le postulat de rationalité du législateur » in *L'interprétation en droit*, (dir. M. van de Kerchove), 1978, pp. 97 et sv.

⁵⁰⁸ J.-M. Ferry, op. cit. loc. cit., 1999,

⁵⁰⁹*Ibid.*

l'interprétation⁵¹⁰ permet de fonder « la “surdétermination” possible du sens de la norme au regard des contextes »⁵¹¹, car « sans cette contextualisation, les responsables de la régulation juridique voueraient leur entreprise à l'échec politique »⁵¹². Ainsi, la connexion de ces responsables « au monde de la vie »⁵¹³ devient plus importante que le fait de se connecter au « système du droit »⁵¹⁴, afin de garantir « la pertinence » du système⁵¹⁵, mais aussi « la cohérence elle-même du tissu normatif qu'il leur incombe sans cesse d'activer et d'actualiser »⁵¹⁶. La cohérence narrative⁵¹⁷ est donc privilégiée par rapport au discours juridique⁵¹⁸.

109. Dans la justification juridique, il existe « deux types distincts de tests de cohérence »⁵¹⁹. Il s'agit, d'une part, de « la cohérence normative à des valeurs » et d'autre part à des principes « qui assurent une représentation cohérente d'une forme de vie souhaitée »⁵²⁰. Autrement dit, « la cohérence des normes consiste dans le fait que, en les relatant rationnellement, comme un ensemble, elles “font sens”, intrinsèquement ou instrumentalement, ou dans la réalisation d'une

⁵¹⁰ P.-A. COTE, « Le sens en droit : entre vérité et validité », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 1999, pp. 7-11 ; « Bousculée, malmenée, transformée, la question de l'interprétation n'a rien perdu de son actualité [...] le droit présente un "sens véritable". De la prise en considération de ces valeurs et de la hiérarchie qu'il est possible d'établir entre elles se dégage une interprétation "vraie" au sens de "cohérence substantielle" (la perspective éthique rendant le mieux compte du plus grand nombre possible d'aspects de la pratique juridique) ». Ch.-A. MORAND, et F. OST. « Y a-t-il un texte dans le prétoire ? », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 1999, pp. 1-6.

L'interprétation revêt également des contraintes et des limites. Voir sur le sujet. P.-A. COTE, L'interprétation des lois, une création sujette à des contraintes, *Revue du barreau* 1990, n° 50, p. 322, spéc. p. 329 ; U. ECO, *Les limites de l'interprétation*, trad. par M. BOUZAHER, Grasset, 1992 ; F. MATSCHER, « Les contraintes de l'interprétation juridictionnelle » in *Les méthodes d'interprétation de la Convention européenne* (dir. F. SUDRE), Bruylant, 1998, p. 23

⁵¹¹ J.-M. FERRY, *op. cit.*, 1999, p. 5.

⁵¹² *Ibid.*

⁵¹³ *Ibid.*

⁵¹⁴ *Ibid.*

⁵¹⁵ *Ibid.*

⁵¹⁶ *Ibid.*

⁵¹⁷ F. OST, « La légitimité dans le discours juridique : cohérence, performance, consensus ou dissensus ? », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 1984, pp. 163-192.

⁵¹⁸ R. DWORKIN, La Chaîne du droit, *Droit et Société* 1985, p. 51.

⁵¹⁹ La première concerne « la justification des règles juridiques ou de l'ordre normatif » et le second concerne « la justification juridique dans la détermination des faits et dans la manière de faire des inférences raisonnables à partir de l'évidence ». Aussi, « la cohérence peut utilement être distinguée de la consistance [...] Un ensemble de propositions est mutuellement consistant si chacune d'entre elles peut être affirmée sans contradiction en conjonction avec toutes les autres [...]. Toutefois, la cohérence est « la propriété d'un ensemble de proposition qui, prises ensembles, « font sens » dans leur entièreté ». N. MACCOMICK, cité par J. HABERMAS, Vérité et justification, Gallimard, 2001, 348p. ; Voir aussi, J. LENOBLE, « La théorie de la cohérence narrative en droit: Le débat Dworkin-MacCormick. » in *Archives de Philosophie du Droit*, 1988, pp. 120-139 ; S. André, « Droit et Sémiotique : la cohérence narrative », 2011, Victoria University of Wellington Law, Review 33 ; F. Ost, « Retour sur l'interprétation », *Journal of Legal Hermeneutics, Reasonableness and interpretation*, Lit Verlag Münster, Hamburg-London, 2003, p.127 ; F. MICHAUT, N. MACCORMICK, *Raisonnement juridique et théorie du droit*, coll. « Les voies du droit » in *Droit et société*, 1997, pp. 491-494.

⁵²⁰ N. MACCOMICK cité par J. HABERMAS, *Vérité et justification*, Gallimard, 2001, p. 348.

ou de plusieurs valeurs communes, ou dans l'accompagnement d'un ou de plusieurs principes communs »⁵²¹. Néanmoins, si pour certains, la cohérence narrative n'est pas entendue au sens de l'unité du droit⁵²², pour d'autres, cette cohérence « implique qu'à l'instar du technicien du droit, le juge procède par réinterprétation globale de la pratique juridique antérieure ». De là découle la question du modèle interprétatif⁵²³. Selon la conception de la cohérence narrative, consistant en un travail intégralement interprétatif du juge, Dworkin « se réfère au modèle herméneutique qui définit la pratique littéraire ou la pratique de l'historien »⁵²⁴. Dès lors, le juge serait « dans une position identique à ce romancier chargé d'ajouter un chapitre à un roman commencé par d'autres, tout en faisant en sorte que le roman en cours soit le meilleur roman possible »⁵²⁵. De là apparaissent deux critères qui définissent la pratique interprétative : le critère de convenance⁵²⁶ et le critère de valeur⁵²⁷. Ainsi, il existe une double dimension de l'interprétation⁵²⁸.

110. Tout comme le modèle français, la Tunisie comme d'autres pays musulmans ont constitué leur système juridique sur le modèle occidental, c'est-à-dire sur celui de l'État nation.

⁵²¹*Ibid.*

⁵²²« Le principe d'unité en droit comme principe de décision s'adresse aux juges et aux autres autorités chargées d'appliquer les normes publiques de comportement d'une communauté politique. Il leur prescrit de lire et de comprendre celles-ci, dans toute la mesure du possible, comme si elles étaient l'œuvre d'un seul auteur, la communauté personnifiée, exprimant une conception cohérente de la justice et de l'équité. Il en résulte le critère suivant de ce qui fait le droit : une proposition de droit est vraie, si elle apparaît comme la meilleure interprétation du processus juridique en son entier, comprenant à la fois l'ensemble des décisions de fond déjà prises et la structure institutionnelle, ou si elle découle d'une telle interprétation. » R. DWORKIN cité par J. HABERMAS, *Vérité et justification*, Gallimard, 2001, pp.100-101.

⁵²³J. HABERMAS, *Vérité et justification*, *op. cit.*, *loc.cit.*; J.-M. FERRY, *Habermas - L'Éthique de la communication*, PUF, 1987, pp. 382-383 ; J. LENOBLE, « Philosophie contemporaine du droit et modèle herméneutique » in *Études d'anthropologie philosophique*, (dir. G. FLORIVAL), *Figures de la rationalité*, Paris/Louvain-la-Neuve, Vrin/Peeters, pp. 285-315; R. DWORKIN, « La Chaîne du droit » in *Droit et Société*, 1985, pp. 51-79.

⁵²⁴ J. LENOBLE, *Philosophie contemporaine du droit et modèle herméneutique*, *op. cit.*, p. 292.

⁵²⁵*Ibid.*

⁵²⁶ Il consiste en ceci : le juge doit trancher le cas à l'aide d'une règle qui résulte de la meilleure interprétation de l'histoire juridique passée. Pour ce faire, il doit donc recollecter l'ensemble des règles, précédents et principes susceptibles d'être concernés par le cas en question et déterminer quelle est ou quelles sont les interprétations qui assurent le respect de la cohérence de l'histoire juridique passée.

⁵²⁷ Il vise à départager les diverses interprétations que le juge maintient comme possibles sur base du premier critère. Parmi ces diverses interprétations, le juge retiendra celle qu'il estime la plus conforme aux exigences de la morale politique : parmi ces histoires possibles, il retiendra celle qui montre la communauté sous un meilleur jour, tout bien considéré, du point de vue de la morale politique en général. On retrouve d'ailleurs ici l'analogie avec le travail littéraire, quoique le critère de valeur pour le romancier soit non pas la moralité politique mais la valeur esthétique.

⁵²⁸L'interprétation dispose d'une double dimension, celle de convenance et celle de morale politique, qui est « soumise à une norme de référence générale : rendre la pratique juridique aussi bonne que possible du double point de vue précité », J. LENOBLE, « Philosophie contemporaine du Droit et modèle Herméneutique » in *Figures de la Rationalité, études d'anthropologie philosophique IV*, Edition de l'institution supérieur de philosophie Louvain-La-Neuve, 1991, p.293.

À la différence des États islamiques dont les régimes théocratiques se caractérisent par la fusion du pouvoir temporel et du pouvoir spirituel, la Tunisie n'a pas pour loi fondamentale la Charia, mais bien une Constitution autour de laquelle s'articule son système juridique de droit commun. Ce choix a eu pour effet de faire du système tunisien un terreau fertile à d'autres types d'influences politiques par le passé tel que le socialisme. Sur le modèle des États occidentaux, la Tunisie s'est également dotée de codes et s'est approprié certains principes fondamentaux essentiels à un régime démocratique. Même si la *Charia* n'est pas en vigueur, cela ne signifie pas *ipso facto* que l'islam soit absent du système juridique tunisien. Il figure à la fois comme l'un des facteurs de l'ordre social⁵²⁹ à côté de celui constitué par l'État de nature civil. De cette ambivalence émerge une concurrence de légitimités. Autrement dit, la concurrence de légitimités est la conséquence de deux phénomènes ; d'une part les résistances culturelles (**Chapitre I**) et les obstacles structurels d'autre part (**Chapitre II**).

⁵²⁹ Pris séparément, le nom « ordre » du latin *ordo, ordinis* se traduit par rang, ligne. Dans son sens premier, le dictionnaire juridique le définit comme « un ensemble ordonné, considéré sous le double rapport de son existence comme entité distincte (classe, catégorie) et de son organisation interne, que l'ordre s'applique à des personnes, des juridictions, des opérations ou activités ou aux règles du Droit » (G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, PUF, 2014, p. 719). Le mot « social » quant à lui désigne (*Ibidem*. p. 971) du latin *socialis* qui se traduit par compagnon et associé peut se définir comme ce « qui concerne, dans un pays donné, la société tout entière et donc l'intérêt général ». Même s'il est difficile de définir l'ordre social, car « le problème du fondement de l'ordre social est à la fois historique et philosophique » (J. HALLEUX, « Le problème philosophique de l'ordre social ». In: *Revue néo-scholastique*. 6e année, n°22, 1899, p. 97), l'expression « ordre social » désigne la manière dont la société est organisée, c'est à dire à la fois dans son ensemble mais également l'ordre politique. Puisque, pour expliquer l'organisation de la société la sociologie part du postulat que l'ordre social résulte d'un construit, nous définissons ici « L'ordre social » comme étant « toujours d'une manière ou d'une autre un phénomène organisé où s'enchevêtrent prévisible et contingence » (J.-G. Padioleau , *L'ordre social. Principes d'analyse sociologique*. Paris, L'Harmattan, 1986,p. 40), qui a pour effet d'établir un certain nombre de valeurs communes sur lesquelles l'ordre politique tient sa légitimité. À travers l'Histoire, la doctrine donne comme exemple la conception religieuse de l'ordre social ou bien la conception contractuelle dans laquelle cet ordre traduit la *manifestatio* de la libre participation des volontés des individus. (J. Halleux. *Op.Cit.*, p. 104).

CHAPITRE I : LES RÉSISTANCES CULTURELLES À L'ÉGALITÉ HOMME-FEMME

111. Le juriste est un artiste capable de saisir la constellation du *nomos*. Jean CARBONNIER suggère d'établir une distinction entre « grand Droit » et « petit droit »⁵³⁰. Pour lui le « petit droit » correspond au droit subjectif alors que le grand Droit » appartient à la catégorie du droit objectif. S'il nous fallait définir un axe dans ce second titre, nous retiendrions l'opposition entre l'aspect mobile et l'aspect statique du droit : mobile, dans le cadre de « l'hypothèse de l'évolution »⁵³¹ qui se situe dans le temps. Celle-ci permet de « saisir le temps dans son mouvement historique »⁵³², c'est-à-dire « de rendre compte de l'évolution du droit »⁵³³. Statique, dans les « hypothèses de la structure »⁵³⁴ qui « considèrent le droit dans sa situation présente, au repos »⁵³⁵.

112. CARBONNIER procède par hypothèses, notamment dans *Flexible droit*, mais bien souvent il adopte des théories sociologiques avec lesquelles il est en accord. Ces deux hypothèses entendent ainsi dégager des principes et des concepts centraux pour fonder un cadre de recherche. Ainsi, « la signification de l'hypothèse de l'évolution »⁵³⁶ permet d'envisager la société comme un « organisme vivant »⁵³⁷ et le droit qui « en est un élément constituant, participe à la vie de l'organisme »⁵³⁸. Autrement dit, « toutes les règles de droit ont un caractère essentiellement provisoire et relatif »,⁵³⁹ car le droit « est variable »⁵⁴⁰ dans le temps et dans l'espace⁵⁴¹. En revanche, parmi les hypothèses de structure Carbonnier situe l'hypothèse du pluralisme juridique, en ajoutant « qu'il n'existe pas un pluralisme juridique », mais davantage « des phénomènes de pluralisme juridique, phénomènes multiples »⁵⁴². En conséquence, « le droit étatique devra subir la concurrence d'ordres juridiques indépendants de lui »⁵⁴³. Ce

⁵³⁰ J. CARBONNIER, *Flexible droit, op. cit.*, p.193.

⁵³¹ *Ibid.*, p.11

⁵³² *Ibid.*

⁵³³ *Ibid.*

⁵³⁴ «(sans référence au structuralisme) » *Ibid.*

⁵³⁵ *Ibid.*

⁵³⁶ *Ibid.*, p. 13

⁵³⁷ *Ibid.*

⁵³⁸ *Ibid.*

⁵³⁹ *Ibid.*, p12

⁵⁴⁰ *Ibid.*

⁵⁴¹ *Ibid.*

⁵⁴² *Ibid.*, p19

⁵⁴³ *Ibid.*

pluralisme juridique peut se manifester sous la forme de phénomènes collectifs ou individuels. D'un point de vue collectif, il nous permet de comprendre l'influence des systèmes juridiques étrangers ; on peut ainsi « par l'effet de l'histoire, réunir des éléments provenant de sources diverses »⁵⁴⁴. Quant au pluralisme juridique individuel, « il se révélera par un conflit déchirant la conscience et l'inconscient de l'individu »⁵⁴⁵. À cet égard, Carbonnier cite l'exemple typique des « conflits d'un droit laïc avec un droit religieux »⁵⁴⁶.

113. Ajoutons à cela que l'auteur propose une autre hypothèse sociologique consacrant celle du non-droit. Cette hypothèse est bien connue. Elle conduit l'auteur à constater « que le droit est infiniment plus petit que l'ensemble des relations humaines »⁵⁴⁷ car « la conduite humaine est régie par d'autres systèmes que le droit »⁵⁴⁸.

Section 1 : Les oppositions à la transformation du système

114. La religion, la morale, les mœurs constituent des systèmes en dehors du droit. Aussi, le bon sens et le sens commun peuvent également constituer « une véritable source du droit »⁵⁴⁹. L'ensemble des travaux sur la sociologie juridique témoigne de l'importance d'user de la méthode sociologique⁵⁵⁰ et de la science juridique⁵⁵¹ pour comprendre l'articulation entre le droit et le non-droit qui apparaissent dans la distinction entre la société et l'individu⁵⁵².

115. C'est en « s'appuyant sur l'identification du phénomène juridique »⁵⁵³ au cœur des phénomènes sociaux⁵⁵⁴ que la sociologie du droit va nous permettre d'observer du dehors ce phénomène « sans s'interroger sur ce qu'il peut être en lui-même [...] comme essence »⁵⁵⁵. Dans

⁵⁴⁴ *Ibid.*

⁵⁴⁵ *Ibid.*, p.20

⁵⁴⁶ *Ibid.*

⁵⁴⁷ J. Carbonnier, « Paroles de Jean Carbonnier. Propos retranscrits par Raymond Verdier », *Droit et cultures*, 2004, pp. 231-251.

⁵⁴⁸ *Ibid.*

⁵⁴⁹ *Ibid.*

⁵⁵⁰ Il s'agit « de l'observation des faits ». D. Fenouillet, « Jean Carbonnier, Flexible droit, le non-droit, une invitation à lire et à relire », *RDA* 2019, p. 151.

⁵⁵¹ « Dans l'analyse des faits constatés ». *Ibid.*

⁵⁵² *Ibid.* p. 156.

⁵⁵³ R. RICCI, « De la nécessité de redéfinir la frontière entre droit et non-droit » in R. VERDIER (Dir), Jean Carbonnier. L'homme et l'œuvre, Presses universitaires de Paris Nanterre, 2012, pp. 145-165.

⁵⁵⁴ J. CARBONNIER, *Sociologie juridique*, PUF, 2004, p. 13.

⁵⁵⁵ *Ibid.*

cette perspective, il semble nécessaire de s'inscrire dans la « chair » du droit⁵⁵⁶ et ainsi dans ce qu'Étienne Le Roy appelle le droit en « action »⁵⁵⁷. Il nous serait possible alors « de décrire les modes de production et de reproduction, l'intelligibilité et la compréhension, la structuration et la manifestation du droit et de différentes activités qui lui sont liés »⁵⁵⁸. Aussi, la production juridique en tant que « phénomène réel, dynamique et vivant »⁵⁵⁹, nécessite l'analyse de l'étoile la plus visible de la constellation du *nomos*⁵⁶⁰, c'est-à-dire celle que l'auteur désigne comme l'ensemble des usages qui constituent le droit de la pratique. C'est ainsi qu'au regard des expériences du droit représentées par chaque étoile de la constellation, le juriste prend la forme d'« "un artiste" qui construit et représente à la fois un monde, selon des règles et des procédures spécifiques »⁵⁶¹. C'est là une figure que peuvent prendre le « praticien »⁵⁶² qui travaille concrètement ce domaine et le « théoricien qui, abstraitement, en parle »⁵⁶³. Autrement dit, dans le cadre de notre étude, nous parlerons des pratiques en fonction des représentations des hommes et des femmes, dans le cadre de l'interaction des systèmes juridiques tunisiens et français, afin d'étudier le sens commun retenu à l'épreuve d'une « multiplicité des expériences »⁵⁶⁴ de ce droit en action⁵⁶⁵. Afin d'expliquer la différence des degrés d'intégration du principe d'égalité homme-femme entre les deux systèmes, il faut tout d'abord s'intéresser aux résistances qui résultent de facteurs de complexité entre les deux États. Nous pouvons repérer un facteur de complexité dans les rapports que peuvent entretenir le système français et le système tunisien, mais également au sein même de leur système juridique propre. La question de l'interaction des facteurs de complexité, entendus ici comme l'ensemble des modalités d'application de la règle de droit, en particulier celles inhérentes à l'égalité homme-femme, conduit au phénomène d'accélération ou de décélération du processus de transformation des

⁵⁵⁶ Ici, en faisant référence à une expression de Carbonnier, Etienne Leroy nous explique que cette « chair » du droit est constituée « au quotidien des passages à l'acte de tous ceux, juristes ou justiciables, acteurs ou citoyens qui sont confrontés à la reproduction de la société, avec ce que cela suppose tant de répétitions que de manière de penser, de faire ou de ne pas faire, ce que nous avons proposé d'appeler le droit " en action" ». E. LEROY, « Le droit en action », *Cahiers d'Anthropologie du Droit* 2006, p. 8.

Concernant la référence à Carbonnier, « [...] le droit n'apparaît pas comme un droit en majesté. Troublé dans ses origines, vacillant dans sa force, incertain dans son application, toujours tourmenté- ce n'est pas la coulée de bronze décrite par les juristes dogmatiques [...]. Le droit gagnera en respect véritable s'il se montre tel qu'il est, chair et non métal, participant de nos faiblesses, humain, trop humain, même quand il lui arrive, par crises, de ne pas l'être du tout ». J. Carbonnier, *Flexible droit, op.cit.*, p.93.

⁵⁵⁷E. LEROY, *art. préc.*, p. 8.

⁵⁵⁸ B. DUPRET, « Une grammaire du droit en contexte et en action », *Cahiers d'Anthropologie du Droit* 2006, p. 39.

⁵⁵⁹ M. MIAILLE, « La critique du droit », *Droit et société* 1992, p.73

⁵⁶⁰E. LEROY, *art. préc.*, p. 8

⁵⁶¹ M. MIAILLE, *art. préc.*, pp 73-87

⁵⁶²*Ibid.*

⁵⁶³*Ibid.*

⁵⁶⁴ E. LEROY, *art. préc.*, p.8

⁵⁶⁵*Ibid.*

systèmes. Ce processus de transformation se traduit par la rénovation des agents qui régissent la vie en société ainsi que les interactions sociales.

Un premier facteur de complexité est relatif au socle culturel commun, qui se traduit par la place donnée à la religion comme étant l'un des agents de l'ordre social (§1). Cette opposition de conceptions contribue à l'une des formes de malaise au sein des systèmes, mais également entre les deux systèmes (§2).

§1. Les facteurs de complexité entre les deux systèmes

116. La religion a communément sa place en France et en Tunisie. Néanmoins, à travers l'expérience historique, la laïcité est devenue un facteur de l'ordre social français (A). *A contrario*, après une tentative de sécularisation de la société qui a globalement eu des effets positifs sur l'évolution des droits des femmes, la religion est toujours considérée comme l'un des facteurs de l'ordre social tunisien (B).

A) La laïcité : un facteur de l'ordre social français

117. Pour traiter de la laïcité, il importe d'abord d'évoquer le renouveau conceptuel des fondements de l'ordre social (1) avant d'évoquer les effets de la loi de 1905 sur la structure politique française (2).

1) Le renouveau conceptuel des fondements de l'ordre social

118. D'un point de vue historique et sociologique, l'ordre social est conforme au point de vue religieux. Celui-ci est lui-même lié au patriarcat qui situe le principe de l'autorité paternelle au commencement de toute organisation sociale. Le matriarcat, pour sa part, serait associé à l'idée d'anarchie et de désordre qui caractérise les premiers hommes⁵⁶⁶. Le matriarcat serait à l'origine d'une société domestique où la mère serait identifiée comme le noyau autour duquel gravitent et se regroupent les enfants, la promiscuité des sexes ayant rendu « la paternité incertaine »⁵⁶⁷. D'après ce constat, la société politique et les sphères de pouvoir qu'elle

⁵⁶⁶J. HALLEUX « Le problème Philosophique de l'ordre social » in *Revue néo-scholastique*, 6^e année, n°22, 1899, p. 98.

⁵⁶⁷*Ibid.*, p. 99.

constitue, relèveraient du « droit divin positif »⁵⁶⁸ au même titre que « la puissance religieuse »⁵⁶⁹.

119. L'ordre religieux est générateur de justifications et de dispositions et il est au fondement de mécanismes de comportements, il constitue également l'une des forces de l'action⁵⁷⁰. C'est en ce sens qu'Émile Durkheim considérait que « [l]e fidèle qui a communiqué avec son Dieu n'est pas seulement un homme qui voit des vérités nouvelles que l'incroyant ignore ; c'est un homme qui peut davantage. Il sent en lui plus de force soit pour supporter les difficultés de l'existence soit pour les vaincre »⁵⁷¹.

120. Cette doctrine a mené à la confusion du pouvoir spirituel et du pouvoir temporel au point de les désigner comme « Dieu-État »⁵⁷². Ce phénomène a profité aux légistes français sous le régime de la Monarchie. Autrement dit, pendant longtemps, l'ordre social français a eu pour fondement métaphysique la théorie chrétienne. C'est sur ce fondement que des règles ont été édictées pour régir les actions en société. Par la suite, au XVIIIe siècle, le débat n'est plus axé sur l'origine divine du pouvoir, mais sur la question de savoir si l'état social dérive de l'esprit de l'homme ou de la nature elle-même. C'est avec la mort du roi que s'annonce, de manière hautement symbolique et non dénué de violence, la fin « du patriarcat politique, de droit divin »⁵⁷³.

121. Ce renouveau conceptuel qui place l'homme au centre de la société érige l'individualisme « en valeur suprême, devenant même la source des valeurs »⁵⁷⁴. De cette expérience sécularisée, l'homme ressort paré de droits individuels et naturels, inaliénables et imprescriptibles. Cet humanisme, dépourvu de toute « trace de prosélytisme »⁵⁷⁵, a permis de déterminer un ensemble de règles simples, claires et logiques »⁵⁷⁶ pouvant s'appliquer à tous.

⁵⁶⁸ *Ibid.*

⁵⁶⁹ *Ibid.*

⁵⁷⁰ J.-P. WILLAIME, « La religion : un lien social articulé au don », *Revue du MAUSS*, 2003, n° 22, p. 248.

⁵⁷¹ E. DURKHEIM, *Les Formes élémentaires de la vie religieuse*, Paris, PUF, [1912] 1985, p. 50

⁵⁷² J. HALLEUX « V. Le problème Philosophique de l'ordre social », *in* *Revue néo-scholastique*, 6e année, n°22, 1899. p. 99.

pp. 97-118

⁵⁷³ E. BADINTER, « La laïcité un enjeu pour les femmes », *Matériaux pour l'histoire de notre temps*, n°78, 2005, pp. 50-53.

⁵⁷⁴ J. YACOUB, « Pour un élargissement des droits de l'homme », *Diogène* 2004, vol. 206, n° 2, pp. 99-121.

⁵⁷⁵ M ANCEL. « L'Humanisme et le droit ». *in*: *Bulletin de l'Association Guillaume Budé*, n°3, juillet 1947. pp. 38-45

⁵⁷⁶ *Ibid.*

C'est grâce à cet humanisme juridique qu'à partir du XVIIIe siècle, les philosophes des lumières s'intéressent à l'Islam⁵⁷⁷. C'est d'ailleurs à travers la fiction littéraire que l'on voit se construire les premières critiques plutôt positives des législateurs de l'époque⁵⁷⁸ et c'est aussi sous couvert du législateur musulman que vont s'exprimer des critiques à l'égard de l'intolérance religieuse catholique.

122. De cette primauté accordée à la raison de l'homme naissent les prémices de l'humanisme juridique qui « consiste à vouloir protéger l'homme contre l'injustice et l'erreur », celui-ci se prolongeant « naturellement dans une défense de l'homme contre le désordre et la violence ». C'est dans ce contexte qu'émerge l'idée selon laquelle le principe d'égalité homme-femme est un principe humaniste. La configuration de l'ordre social global répond à des exigences conceptuelles qui sont de nature à fonder une validité universelle, la société se sécularisant sur le fondement d'un contrat social pour se dégager progressivement des contraintes et des interdits sociaux qui étaient jusque-là édictés par l'ordre religieux. La France, portée par ce courant humaniste, a étendu l'une de ses constructions juridiques au sein d'autres systèmes. En effet, le XIXe siècle est marqué, en Europe par une série de codes promulgués sur le mode du code civil français de 1804 qui a réussi à répondre au défi de « la conciliation du droit traditionnel et de l'œuvre révolutionnaire »⁵⁷⁹.

123. Comme ce fut le cas en 1789, seul l'homme légifère selon ce que lui dicte sa raison et non plus un « État-Dieu » assis sur une conception chrétienne de l'ordre social. Selon cette dernière, l'ordre juridique se fonde sur une nécessité naturelle d'ordre moral qui dérive de la volonté du divin (incarnée par le roi). L'ordre moral légitime ou pas certaines pratiques et tend ainsi à réduire les libertés d'action pour préserver en plus l'ordre social qu'il établit. Dans cette configuration, les traitements différenciés des illégalismes⁵⁸⁰ de sexe apparaissent à travers l'histoire comme justifiant le maintien d'un ordre social sous prétexte de préservation de l'ordre

⁵⁷⁷ La fondation des premiers cours de langue arabe (1539 à Paris), La traduction en français des Mille et une nuits (1704-1717), du Coran (1783) ; La traduction du Coran (1783),

⁵⁷⁸ Les *Lettres persanes* de Montesquieu, parues en 1721 ; La traduction en français des Mille et une nuits (1704-1717 ; Mohamed est « un grand législateur » d'après la biographie que lui consacre le comte de Boulainvilliers (mort en 1722).

⁵⁷⁹ G. RIPERT, *Le déclin du droit*, Etudes sur la législation contemporaine, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1949, p.2.

⁵⁸⁰ « Illégalité » fait référence aux pratiques illégales qui se produisent dans un espace social qui jouit d'une marge d'impunité. C'est un espace de tolérance résultant soit de l'incapacité du pouvoir de réprimer les auteurs de crimes, soit d'un « consentement muet » destiné à préserver l'ordre social. La réglementation des illégalismes est donc liée au fonctionnement du pouvoir qui, pour se perpétuer, doit nécessairement fournir des espaces où la loi peut être ignorée ou violée (Fischer et Spire, 2009).

moral. Autrement dit, cet ordre participe de la délimitation des actions, des comportements selon le critère de ce qui est moralement acceptable et de ce qui ne l'est pas. C'est dans ce contexte que les valeurs, qui « sont fonction de la culture »⁵⁸¹, vont cristalliser l'exclusion des femmes considérées civilement comme vulnérables, incapables et comme constituant souvent la partie faible de la société. C'est avec le tournant de l'individualisme que la liberté individuelle sera consacrée comme un principe fondamental qui, par ailleurs, n'aura de cesse d'être invoqué par les femmes qui souhaitent adopter des comportements jugés socialement masculins. Elles ne se fondent plus sur une règle religieuse, mais bien sur le caractère contractuel de la société à travers sa construction intellectuelle individualiste.

124. Il faut donc prendre acte du fait que la structure de la réglementation des droits fondamentaux se construit sur le principe de la liberté individuelle comme nous l'avons écrit plus haut. En effet, si tout au long du XIXe siècle en France, l'intervention de l'État en faveur de l'ordre politique et social ne cesse de s'affirmer et ce, dans plusieurs domaines des droits fondamentaux, cette intervention ne concerne pas directement le principe d'égalité entre les sexes qui n'existait pas jusque-là⁵⁸². Cette intervention concerne des domaines qui auront des conséquences significatives par la suite dans le choix de la réglementation des libertés, notamment celles qui concernent les femmes et le travail⁵⁸³. Tout d'abord, l'État fait le choix de réglementer de manière stricte les libertés qui pourraient avoir pour effet de changer la ligne directrice du régime économique, politique et social⁵⁸⁴. C'est dans ce contexte que les valeurs, qui comme éléments de la culture, et les déclarations de droit deviendront « imparfaites »⁵⁸⁵. Les changements opérés en matière de choix de l'ordre social ont eu des répercussions significatives sur l'évolution des droits fondamentaux et notamment sur le principe d'égalité homme-femme.

125. Le libéralisme renaissant de la fin XIXe siècle⁵⁸⁶ nous conduit à un premier constat : celui de la nécessité de l'action positive de l'État à l'égard des individus et à l'égard des

⁵⁸¹ Quincy Wright (1890-1970), professeur à l'Université de Chicago, cité par J. YACOUB, « Pour un élargissement des droits de l'homme », *Diogène*, vol. 206, n° 2, 2004, pp. 99-121.

⁵⁸² G. VLACHOS, « La structure des Droits de l'Homme et le problème de leur réglementation en régime pluraliste », In. *Revue internationale de droit comparé*, Vol. 24 N°2, Avril-juin 1972, p. 281.

⁵⁸³ *Ibid.*

⁵⁸⁴ *Ibid.*

⁵⁸⁵ *Ibid.*

⁵⁸⁶ *Ibid.*

catégories sociales les plus démunies⁵⁸⁷. C'est à partir de cette prise de conscience que la classification bipartite classique entre droits humains et droits politiques laisse place, selon le Professeur VLACHOS⁵⁸⁸, à une classification tripartite qui va structurer les droits et les libertés individuels⁵⁸⁹. Cette action positive de l'État n'aurait pas été aussi aisée sans l'intervention du législateur qui, par l'adoption de la loi de 1905 consacrant la séparation des églises et de l'État, met fin à une résistance structurelle en opérant un changement de cadre législatif. Ce changement ne sera pas sans conséquences à moyen terme sur les droits des femmes.

2) *Les effets de la loi de 1905 sur la structure politique française*

126. La loi de 1905 s'inscrit dans un contexte particulier : elle marque l'héritage d'un long combat mené à l'encontre des aspirations autocratiques du catholicisme. Au début du XXe siècle, on trouvait encore une majorité de catholiques influents contestant la République et voulant la restauration de la Monarchie. L'établissement de la laïcité en tant qu'agent de l'ordre social n'est pas, dès lors, allé de soi.

127. Lors de la discussion de la loi de 1905, la France consacre ses derniers débats concernant l'examen de l'ancien département algérien à la question de la mise en place de la laïcité sur ce territoire. La France décide de ne pas appliquer la laïcité sur ce territoire en raison du contexte colonial et du fait que la religion islamique est un élément structurant du « statut personnel » qui n'était pas inconciliable avec le statut de citoyen⁵⁹⁰. Par cette expérience, la laïcité, qui était source d'égalité dans la représentation collective française, devient un instrument d'exclusion de la représentation des musulmans colonisés considérés comme sous-citoyens. C'est une expérience dommageable qui aura des conséquences néfastes sur la vitesse de transformation des systèmes juridiques en faveur de l'égalité des sexes. Elle sera l'une des premières résistances auxquelles le législateur tunisien devra se confronter.

⁵⁸⁷ Cette classification a été exposée de façon systématique pour la première fois par G. Jellinek dans son livre *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, 1: éd., 1892 cité par G. VLACHOS, « La structure des Droits de l'Homme et le problème de leur réglementation en régime pluraliste », In. *Revue internationale de droit comparé*, Vol. 24 N°2, Avril-juin 1972, p. 283.

⁵⁸⁸ Cette classification a été exposée de façon systématique pour la première fois par G. Jellinek dans son livre *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, 1: éd., 1892 cité par G. VLACHOS, « La structure des Droits de l'Homme et le problème de leur réglementation en régime pluraliste », In. *Revue internationale de droit comparé*, Vol. 24 N°2, Avril-juin 1972, p. 283.

⁵⁸⁹ Il s'agit d' : « Un statusnegativus (droits et libertés individuels du type classique), un statusactivus (droits politiques), et un statuspositivus (droits sociaux et dispositions sociales) ». par G. VLACHOS, *Op. Cit. Ibid.*

⁵⁹⁰ J. ROMAN, « La laïcité comme partage d'un monde commun », *Vie sociale* 2011/2, n°2, pp.129-136.

128. Pourtant, l'application du principe de laïcité dans le système français n'est pas restée sans importance à l'égard de l'émancipation des femmes. Elle a même été l'une des « conditions *sine qua non* »⁵⁹¹ de la mise en œuvre effective de l'égalité homme-femme. En réservant la religion à la vie privée, elle lui laisse le champ d'action dans l'espace public où tout individu est reconnu par la loi de 1905 comme citoyen. Seul le pouvoir politique séculier est maître de l'action et de la gestion de l'ordre social⁵⁹².

129. C'est par la voie de la laïcité que s'est imposé le droit à l'avortement et celui à la contraception, face aux contestations religieuses. Si autrefois la religion disposait de véritables armes telles que le sacré⁵⁹³, le temps de l'éternité ou la notion de bien et de mal, désormais il ne lui reste plus que celle de « la force de persuasion »⁵⁹⁴. Ainsi la séparation de l'église et de l'État institutionnalise-t-elle le principe de laïcité comme l'un des agents de l'ordre social. Cette loi va permettre d'opérer un tournant dans la conception des fondements du pouvoir politique, en écartant l'une des forces - le clergé et les religions -, qui étaient jusque-là considérés comme l'une des forces agissantes majeures dans la construction de l'ordre social. Dès lors, l'anticléricalisme devient une nouvelle composante dans la structuration de l'ordre social⁵⁹⁵, ce qui va complètement bouleverser, avec le temps, les rapports homme-femme.

130. Le principe républicain de laïcité apparaît comme un élément constituant d'un « monde commun » où la liberté s'accompagne de l'égalité⁵⁹⁶. La laïcité est un principe dans lequel se manifeste le principe d'égalité à travers l'idée que les services et les lieux publics d'affiliation

⁵⁹¹ E. BADINTER, « La laïcité un enjeu pour les femmes ». in. *Matériaux pour l'histoire de notre temps*, n°78, 2005. La laïcité, un enjeu sur la voie de l'émancipation humaine. pp. 50-53.

⁵⁹² Comme nous l'explique le Professeur MÉLIN-SOUCRAMANIEN, la laïcité est « la source d'un principe d'organisation de l'État qui interdit toute influence de la sphère religieuse sur la sphère publique ». F. MÉLIN-SOUCRAMANIEN, « La laïcité : composante de l'identité constitutionnelle de la France ? » in *Mélange en l'honneur du professeur Dominique Rousseau*, LGDJ, 2020, p. 719.

⁵⁹³ *Ibid.*

⁵⁹⁴ *Ibid.*

⁵⁹⁵ Pour le professeur MÉLIN-SOUCRAMANIEN, dans le cas du système français, la véritable question et enjeu est de savoir si le principe de laïcité énoncé à l'article 1^{er} de la Constitution française constitue un véritable principe « inhérent » à l'identité constitutionnelle de la France ». Ainsi la réponse à cette question est cruciale car elle permet de déterminer le sens juridique de la Constitution. F. MÉLIN-SOUCRAMANIEN, « La laïcité : composante de l'identité constitutionnelle de la France ? » *Op.Cit.*, p. 718.

Voy. sur la notion d' « identité constitutionnelle », P. GAÏA, in L. FAVOREU, L. OHILIP et al., *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, 19^e éd., Dalloz, coll. « Grands arrêts », Paris, 2018, G.D., n°19, p. 298.

⁵⁹⁶ C'est pourquoi, il n'est pas anodin que le pouvoir constituant originaire est consacré dans l'article 1^{er} de la Constitution les valeurs républicaines essentielles qui imbrique d'une certaine manière les différents principes ou du moins les connecte, notamment celui de la laïcité et de l'égalité des citoyens devant la loi. « La France est une République indivisible, laïque, démocratique, sociale. Elle assure le respect de l'égalité des citoyens devant la loi ... ».

neutres sont accessibles de manière égale à tous. Ce principe implique une conception formelle de l'égalité faisant abstraction de toutes les différences religieuses qui sont le corollaire des différences sexuelles. De la même manière que ce principe relève de la continuité de l'État, il semble disposer des mêmes mécanismes d'actions en mettant en œuvre tantôt une action négative et tantôt une action positive. Cette ambivalence entre une « laïcité négative »⁵⁹⁷ et une « laïcité d'abstention »⁵⁹⁸ structure le comportement des acteurs de la société ainsi que son mode organisationnel et de gestion. Dans le premier cas, l'individu sera reconnu en tant que citoyen à travers un comportement neutre de l'État⁵⁹⁹ au sens du droit public. Dans la seconde acception du principe de laïcité, l'État reconnaît l'individu à travers sa religion pour lui garantir sa liberté de culte⁶⁰⁰.

B) La religion considérée comme l'un des facteurs de l'ordre social en Tunisie

131. À la différence du système français, la seconde République tunisienne ne se fonde pas sur la laïcité⁶⁰¹. Si la Tunisie a connu, au sein de son système juridique, le phénomène de « l'ingénierie constitutionnelle » avec l'ancienne Constitution de 1959, désormais il semble qu'elle ait fait le choix de « l'amélioration constitutionnelle »⁶⁰². Cette dernière consiste dans une progression du droit positif tunisien au moyen de l'analyse des systèmes juridiques étrangers. Aussi la Tunisie va-t-elle opter pour une séparation relative entre le pouvoir spirituel et le pouvoir temporel qui, sous certains régimes, était plus stricte en raison de la crainte de l'émergence de l'« islam politique »⁶⁰³. À ce titre, la place de la religion et de ses principes est essentielle, parfois existentielle, pour déterminer si elle constitue une source d'ordonnement social. La Tunisie dispose bien d'une religion d'État.

⁵⁹⁷ J. ROMAN, « La laïcité comme partage d'un monde commun », Eres, *Vie sociale*, 2011/2 n°2 pp.129-136.

⁵⁹⁸ *Ibid.*

⁵⁹⁹ Une exigence de neutralité et de respect de la liberté d'opinion et de conscience « même religieuse » consacrée par l'article 10 de la DDHC de 1789.

⁶⁰⁰ Voy. QPC, 29, mars 2018, M. Rouchdi B et autre, JO, 30 mars 2018, texte n°111, §. 37.

⁶⁰¹ F. HACHED, « La laïcité : un principe à l'ordre du jour de la IIe République tunisienne ? », *Confluences Méditerranée*, 2011, pp. 29-36 : « Dans la Constitution tunisienne actuelle, plusieurs articles font référence à la question de la religion sans pour autant apporter une réponse explicite quant à la place de la religion dans l'ordre politico-juridique tunisien ».

⁶⁰² Voy. sur le sujet, P. GELARD, « Quelques conseils au constitutionnaliste de droit comparé » in *Renouveau du droit constitutionnel - Mélanges en l'honneur de Louis Favoreu*, Dalloz, 2007, p. 705 ; J. du BOIS DE GAUDUSSON, « Le mimétisme post colonial et après ? », *Pouvoirs* 2009/2, n° 129, pp. 45-55.

⁶⁰³ A. LAMCHICHI, « Laïcité autoritaire en Tunisie et en Turquie », *Confluences Méditerranée* 2000, n° 33, p. 35

132. La Tunisie, au même titre que la France, a perçu l'enjeu de l'ascendant religieux sur le politique ou inversement⁶⁰⁴. Dès lors, le système tunisien a longtemps hésité entre une intervention étatique dans le domaine religieux et une séparation entre l'État et la religion⁶⁰⁵. Ce refus de la séparation des fonctions religieuse et politique sous le contrôle de l'État trouve ses origines dans une strate profonde de la structure sociale tunisienne. En effet, cette séparation « a été souvent vécue par les intellectuels musulmans, dans une vision négative et évolutionniste, comme une corruption du premier modèle de la communauté médinoise. Après la prophétie et les califes "bien guidés", l'histoire du gouvernement de la cité musulmane se définit comme celle d'une corruption progressive. L'emprise du politique sur le religieux est alors analysée comme un renversement inacceptable — et parfois traumatique — des rôles »⁶⁰⁶.

133. En faisant ce choix de constitutionnalisation de la Religion, la Constitution tunisienne s'inscrit dans une pratique commune à la plupart des pays dont la population est majoritairement de confession musulmane⁶⁰⁷. Néanmoins, elle ne consacre pas la *Charia* comme source du droit et ne s'appuie pas exclusivement sur le Coran et la *Sunna* que l'on retrouve en Arabie Saoudite, pays également tributaire de cette forme de Constitution. Dès lors, la place accordée à une religion dans le système juridique et en particulier à travers la norme constitutionnelle peut dépasser le cadre des valeurs communes, affecter et transformer la nature du régime politique. À cet égard, l'analyse substantielle des nouvelles dispositions constitutionnelles nous permettra d'émettre un avis sur les rapports que peuvent entretenir le pouvoir politique et l'islam. Autrement dit: existe-t-il un effet neutralisant de ces dispositions sur les droits des femmes ou au contraire existe-t-il un point d'équilibre en matière juridique ? Sur ce sujet, le professeur Ben Achour exprime l'idée selon laquelle « *le statut de l'islam dans les pays qui le déclarent religion d'État ne sera jamais un statut de marginalisation totale ni un statut d'adoption intégrale (...)* Le juriste tunisien, magistrat, praticien ou enseignant demeurent dans l'ensemble liés par une sorte de cordon ombilical à la loi sacrée »⁶⁰⁸.

⁶⁰⁴ M. ALI HALOUANI, « Raison et laïcité : l'expérience tunisienne », Collège international de Philosophie, *Rue Descarte*, 2008/3, n°61 pp. 67-75.

⁶⁰⁵ *Ibid.*

⁶⁰⁶ R. et S. BEN ACHOUR, « La transition démocratique en Tunisie : entre légalité constitutionnelle et légitimité révolutionnaire », *RFDC* 2012/4, n° 92, p. 715.

⁶⁰⁷ A. MOINE, « Les références à l'islam et à ses principes dans la Constitution tunisienne du 27 janvier 2014 », *Civitas Europa* 2014/1, n° 32, pp.225-254.

⁶⁰⁸ Y. BEN ACHOUR, *Politique, religion et droit dans le monde arabe*, Tunis : Cérès productions, 1992, p. 200 et s.

134. Comme nous l'avons déjà rappelé dans cette étude⁶⁰⁹, la Tunisie revendique son attachement aux valeurs universelles et humaines antérieurement au « choc de l'expédition napoléonienne d'Égypte »⁶¹⁰ qui marque la première rencontre entre la République française des Lumières et l'Orient. Que ce soit le régime républicain français ou les sociétés arabo-musulmanes, toutes sont constituées d'entités sociales à vocation universelle⁶¹¹. L'égalité revêt tout autant un caractère universel en Islam que dans la République française. L'universalité n'est pas étrangère à la Tunisie et la Tunisie n'est pas étrangère au processus de laïcisation de la société islamique. En observant le déroulement de l'histoire, nous verrons que la Tunisie a saisi l'occasion de faire de son droit régional un droit universel, en faisant coexister, dans sa structure juridique, des systèmes et des règles juridiques d'origines différentes. Cette volonté de changement traduit la capacité pour un système de mettre fin à des résistances juridiques par un mouvement de réforme volontaire. Cette manifestation volontaire se traduit dans le choix du changement opéré avant et après la période coloniale. Ce désir de changement va modifier en partie l'architecture sociale, mais aussi sa valeur politique substantielle⁶¹².

135. La subsistance du droit public musulman. Le constitutionnalisme moderne transforme le droit public musulman⁶¹³. Toutefois, ce dernier n'a pas entièrement disparu des systèmes juridiques des régimes politiques des pays musulmans⁶¹⁴. La subsistance du droit public musulman dans certaines institutions politiques et dispositions juridiques est renforcée par sa subsistance idéologique⁶¹⁵. Il n'est dès lors pas surprenant de voir de nouveaux projets politiques islamiques resurgir dans la vie politique contemporaine des États du monde musulman⁶¹⁶. Le droit public musulman classique ne dispose plus de sa forme originelle, mais continue à influencer la substance constitutionnelle du Maghreb. Comme le souligne le Professeur Mouaqit, « en tant que droit public, le droit public musulman régit les rapports entre

⁶⁰⁹ Voy. *supra* Titre I.

⁶¹⁰ M. ALI HALOUANI, « Raison et laïcité : l'expérience tunisienne », Collège international de Philosophie, *Rue Descartes*, 2008/3, n°61 pp. 67-75.

⁶¹¹ *Ibid.*

⁶¹² *Ibid.*

⁶¹³ M. MOUAQIT, *Droit public musulman, aspects classiques et contemporains*, Afrique Orient, 2013, 190. p ; B. Abderrahman. M. Camau (dir.). *Tunisie au présent. Une modernité au-dessus de tout soupçon ?* .In: *Politique étrangère*, 1988 -pp. 994-995.

⁶¹⁴ Voy. Sur le sujet, A. SANHOURY, *Le Califat, son évolution vers une société des nations orientale*, Paris, Éditions Geutner, 1926, p. 21 ; Y. BEN ACHOUR, *Politiques, religion et droit dans le monde arabe*, Tunis, Cérés Productions, 1992, p. 56.

⁶¹⁵ G. BLANCHI et J-F. RYCX, « Références à l'Islam dans le droit public positif en pays arabes », *Pouvoirs* 1980, n° 12 p. 57

⁶¹⁶ G. KRAMER, « La politique morale ou bien gouverner à l'islamique. Vingtième siècle », *Revue d'histoire* 2004, n° 82, pp. 131-143.

gouvernants et gouvernés, entre administration et administrés, par distinction avec le droit privé, lequel désigne les règles qui régissent les relations contractuelles ou les actes impliquant des personnes privées, c'est-à-dire des personnes n'agissant pas en qualité de gouvernants ou d'agent public de l'administration »⁶¹⁷. Dans ses fondements idéologiques et philosophiques, la pensée juridique musulmane classique ignore la propriété privée et l'individualisme « comme fondements de la société libérale et comme limites de la puissance de l'État. La pensée juridique musulmane donne valeur au groupe et à la communauté plus qu'à l'individu »⁶¹⁸.

136. La nouvelle Constitution tunisienne marque un tournant en révolutionnant le monde musulman ainsi que l'histoire de l'ordre légal musulman traditionnel. Pourtant, une tentative de réintroduction de dispositions de la *Charia* relative au statut personnel a menacé la continuité de l'évolution de l'ordre légal - juridique tunisien en faveur de la parité et en rupture avec le droit musulman. Cette tentative illustre l'idée que la religion demeure l'un des agents fondamentaux de l'ordre social tunisien.

137. Depuis l'indépendance en 1956, le droit positif tunisien se prononce en faveur du principe d'égalité homme-femme. Même si le pays a connu des régimes autoritaires successifs, la lutte pour l'égalité des sexes se présente comme une constante. Ce n'est pas le cas dans les pays voisins⁶¹⁹. Dans le monde musulman originaire, les solutions matérielles relatives à certains droits reflètent « un cloisonnement communautariste qu'illustrent certaines interdictions en raison de la religion ». Ce cloisonnement communautariste transparait dans la référence systématique, dans toutes les Constitutions du Maghreb, au rattachement de chaque État à l'identité arabo-musulmane et à l'islam. La Constitution tunisienne du 27 janvier 2014 affirme, de manière non équivoque, son attachement aux droits fondamentaux dans leurs moutures modernes et consacre la liberté de conscience⁶²⁰ et l'égalité entre les citoyens⁶²¹.

⁶¹⁷ M. MOUAQIT, *op. cit.*, pp. 10-11. Il en ressort que la distinction entre droit public et droit privé est propre à la pensée juridique française, car la distinction n'existe pas dans d'autres droits y compris en Europe. Aussi, cette distinction n'existe pas dans la pensée juridique musulmane classique.

⁶¹⁸ *Ibid.*, p 11.

⁶¹⁹ Par exemple, au Maroc, une importante réforme du droit du statut personnel a été introduite. L'application de cette réforme se fait toutefois timidement par les tribunaux. En Tunisie, la question de la mise en application effective par les juges des dispositions constitutionnelles à travers les Codes légaux demeure vivace. En Algérie, le droit relatif à la parité semble quant à lui figé. Si la majorité des pays musulmans reste proche du droit musulman classique, au Maghreb, seules des traces perdurent dans la Constitution tunisienne de 2014.

⁶²⁰ Tunisie. Constitution, 27 janv.2014, art. 6.

⁶²¹ Tunisie. Constitution, 27 janv.2014, art. 21.

138. Le préambule fonde la Constitution de 2014 sur la religion. La fidélité aux enseignements de l'islam est consacrée en même temps que celle due aux principes universels des droits de l'homme. Toutes les discriminations religieuses antérieurement établies étaient fondées sur le seul article 1 de la Constitution de 1959. Avec la nouvelle Constitution, l'article 1 fonde toujours, de manière expresse, ces discriminations. L'article 2 de la Constitution consacre le caractère civil de l'État tunisien. Celui-ci le définit comme un État démocratique, garant des libertés et des droits fondamentaux conformément aux dispositions du § 3 du préambule de la Constitution tunisienne de 2014. C'est sur ce référent juridique que certaines discriminations d'ordre religieux n'ont été jugés applicables qu'aux femmes tunisiennes. En effet, conformément aux dispositions islamiques, le mariage d'une Tunisienne musulmane avec un étranger non musulman était interdit⁶²². *A contrario*, l'homme musulman pouvait contracter un mariage avec une étrangère non musulmane. Cette interdiction était établie par voie de circulaire adressée aux officiers d'état civil et à la justice. L'objet de la demande aux officiers d'état civil était de refuser de célébrer le mariage au cas où l'époux ne se serait pas préalablement converti à la religion musulmane. En cas de non respect de cette condition, la justice devait annuler le mariage. Cette circulaire a été abrogée⁶²³.

139. Le rôle politique des juges renforcé en présence du caractère dual des dispositions constitutionnelles. Au niveau du cadre législatif, nous pouvons constater un double effet de ce caractère dual des dispositions sur le système juridique. Tout d'abord, le législateur peut trouver dans ce corpus religieux une source d'inspiration, sans lui accorder une place prépondérante au sein du système juridique tunisien. C'est le cas, par exemple, en matière de droit civil où le recours à la *Charia* est justifié par le juge en raison du caractère historique de la relation de cette dernière au Code des droits et des obligations. La *Charia* constitue l'une de ses sources matérielles. Ensuite, dans le domaine du statut personnel, elle reste une fenêtre ouverte pour le législateur. Il peut, dans certains cas, choisir des solutions juridiques traditionnelles ou inspirées par le droit positif plus moderne. Par ailleurs, le juge français lui-même a, par le passé, également participé à l'élaboration de la jurisprudence musulmane et ce, notamment en Algérie. Il lui revenait souvent la tâche difficile « de choisir ou de concilier entre les normes locales et les normes françaises et donc d'apprécier les valeurs qui sous-tendent ces normes et leur degré

⁶²² W. WASSILA. « Conventions internationales, mariage mixte et droit successoral en Afrique du Nord : "Cachez-moi cette différence que je ne saurais voir" », *Revue internationale des sciences sociales* 2005, vol. 184, n° 2, pp. 363-383.

⁶²³ Circulaire 216 du 5 novembre 1973 qui stipulait que les étrangers non-musulmans sont obligés de se convertir à la religion musulmane pour officialiser leur union avec une femme tunisienne musulmane.

d'adhérence aux réalités sociologiques ambiantes»⁶²⁴. Autrement dit, il lui incombait de concilier deux ordres juridiques hétérogènes constitués par le *fiqhet* les coutumes, d'un côté et, de l'autre côté, par le Droit français. Ce travail de conciliation sera la règle en matière d'interprétation des textes, mais aussi dans les réformes législatives qui se succéderont.

140. Ainsi, il existe deux ordres : l'ordre social fondé sur le caractère civil de l'État et l'ordre moral fondé sur la religion d'État. À cette difficulté à identifier l'ordre auquel se rattachent les règles, s'ajoute le risque de substitution de l'ordre social à l'ordre moral. On observe des formes d'action autorisées dans la sphère privée qui échappaient généralement à l'intervention de l'État. Pourtant, les mœurs ont constitué et constituent aujourd'hui encore un instrument d'actions positives de l'État et du législateur tunisien pour limiter certaines libertés des femmes et ce, au nom de raisons morales et religieuses qui restent toutefois en pratique assez nuancées par rapport à d'autres pays du Maghreb où la police des mœurs est assimilée à la « police des féminités »⁶²⁵.

141. C'est d'ailleurs à travers l'idée de préservation de l'ordre public, considérée comme motif légitime, que le juge permet de justifier une discrimination indirecte. Autrement dit, la crainte de la radicalisation politique a fait émerger une pratique institutionnelle laïque sans pour autant éradiquer les dispositions religieuses. Contrairement à la Turquie où le principe de laïcité est un principe constitutionnel, la Tunisie n'a pas établi de manière juridique des remparts contre la résurgence de l'islam comme religion d'État, car l'islam était déjà présent dans la Constitution de 1959. L'évolution de cette ancienne Constitution vers la nouvelle repositionne l'enjeu du droit constitutionnel tunisien au sein d'une projection plus globale dans le cadre d'une mondialisation du droit⁶²⁶. Il faut compter, certes, avec la subsistance du droit public musulman, mais ce dernier se heurte à la recherche d'une compatibilité avec la démocratisation de la Constitution.

⁶²⁴ J.-P. CHARNAY, « Le rôle du juge français dans l'élaboration du droit musulman algérien », *Revue internationale de droit comparé*, 1963, vol. 15, n°4, pp. 705-721.

⁶²⁵ M. CHEIKH, « De l'ordre moral à l'ordre social. L'application des lois pénalisant la sexualité prémaritale selon des lignes de classe ». *L'Année du Maghreb* 2017, n° 17, pp.49-67.

⁶²⁶ R. TEITEL, « Comparative Constitutional Law in a Global Age », *Harvard Law Review*, 2004, p. 2570 et s.

§2. L'opposition des conceptions, source de malaise *au sein* des systèmes et *entre* les deux systèmes

142. Au sein des systèmes. Force est de relever qu'en dépit des éléments que nous avons analysés plus haut⁶²⁷ et qui attestent un élan moderniste incontestable en Tunisie, il subsiste une certaine forme de pesanteur du passé dans le système juridique actuel. Si les ouvertures constitutionnelles en matière de parité constituent une avancée incontestable par rapport au modèle du droit musulman public, elles n'ont pas pour autant éliminé les symboles forts du droit musulman classique. Le modèle tunisien apporte des avancées constitutionnelles importantes. La révolution de jasmin de 2011 et la cascade de révolutions qui l'ont suivie ont créé une fenêtre d'opportunités cruciale, mais limitée, pour des changements politiques susceptibles de façonner la réforme du système juridique du Maghreb et du Machrek⁶²⁸.

143. Le Maroc et la Libye plaident pour un changement constitutionnel, comme préalable nécessaire pour la transition vers un État démocratique⁶²⁹. Dans ce contexte, les mouvements de réforme constitutionnelle deviennent des plateformes permettant d'aborder les inégalités de sexe profondément enracinées⁶³⁰. Les organisations musulmanes officielles contemporaines continuent de refuser de signer la Déclaration Universel des Droits de l'Homme en lui substituant une charte islamique des droits de l'homme. Cette dernière consacre l'égalité des conditions entre les hommes et les femmes reconnue sur le plan de la « *dignité* », mais elle ne contient aucune disposition consacrant l'égalité des droits entre hommes et femmes. De plus, elle ignore la liberté de conscience et de confession⁶³¹. En outre, même si certaines dispositions d'origine islamique persistent dans les différents systèmes juridiques du Maghreb, elles restent

⁶²⁷ Voy. *supra* XXX

⁶²⁸ Voy. Sur les discussions des causes du printemps arabe et de ses implications géopolitiques potentielles, K. DALACOURA, « *The 2011 uprisings in the Arab Middle East: political change and geopolitical implications* », 88 *International Affairs* 63 (2012), disponible sur <https://doi.org/10.1111/j.1468-2346.2012.01057>.

⁶²⁹ Voy. J. LIOLOS, *Erecting New Constitutional Cultures: The Problems and Promise of Constitutionalism Post-Arab Spring*, 36 *Boston College International and Comparative L. Rev.* 219, (2013), spéc. pp. 221-224. Voy. aussi I. EL AMRANI, Op-Ed., *Egypt: A Constitution First*, *Guardian Comment Network*, 12 juin 2011, disponible sur <http://www.theguardian.com/commentisfree/2011/jun/12/egypt-a-constitution-first>. Dans cet article, l'auteur relève une déclaration d'activistes égyptiens qui recommandent de s'inspirer du modèle tunisien de la politique de transition.

⁶³⁰ V. R. GROTE et T. RÖDER, « *Constitutionalism in Islamic Countries: between upheaval and continuity* », *Oup USA* (2012), pp. 628-673. Pour une analyse davantage approfondie des débats populaires sur les questions liées au genre dans les pays d'Afrique du Nord entre 2011 et 2013 : voy. A. KHALIL, *Crowds and politics in North Africa: Tunisia, Algeria and Libya*, Routledge, 2014.

⁶³¹ Mariage entre une musulmane et un non-musulman.

relatives, en comparaison d'autres pays musulmans qui appliquent la *Charia*⁶³² ou un droit hybride constitué d'un droit coutumier combiné au droit musulman⁶³³. L'ambiguïté des textes régissant le principe d'égalité homme-femme, n'empêche pas la protection constitutionnelle contre toute tentative de réforme au nom du référent religieux. L'article 49 de la Constitution interdit expressément toute limite aux droits et libertés touchant à leur essence. Si le principe d'égalité n'est pas consacré expressément en matière d'affaires familiales, le référent religieux est placé sur un pied d'égalité celui relatif des droits de l'homme⁶³⁴.

144. Ce malaise résulte également d'un risque de confusion généré par l'existence de dispositions contradictoires. Le processus d'élaboration de la Constitution se justifie par la volonté de soustraire à la culture de droit définie par l'État un texte qui traduit un large consensus entre les « valeurs de l'islam et les valeurs de la modernité »⁶³⁵. Le texte concentre les diverses visions des droits des femmes dans la société. Il en résulte un ensemble disparate de dispositions qui ne réunissent pas, *in extenso*, les intérêts de toutes les parties prenantes. Plus précisément, le préambule constitutionnel prévoit simultanément un « engagement envers les enseignements de l'islam » et « les principes des droits de l'homme universels », sans étayer la nature de la relation entre ces deux sources⁶³⁶. Ces engagements ne sont pas nécessairement exclusifs l'un de l'autre. L'application d'une des deux dispositions n'exclut pas obligatoirement celle de l'autre. Le risque de confusion est important dans la manière de considérer ces deux sources. Il faut déterminer, lors des premières phases de mise en œuvre, si elles doivent être considérées de manière collective ou indépendante. À l'examen de la Constitution, un autre risque de confusion semble se dégager. L'article 1 dispose que « la Tunisie est un pays libre... État souverain » et « l'Islam est sa religion », alors que l'article 2 affirme que l'État se fonde sur « la volonté du peuple et la suprématie du droit ». Concernant la disposition affirmant que l'« Islam est sa religion », il n'y a pas de précision quant à l'objet auquel le déterminant « sa »

⁶³² Arabie saoudite, Émirats arabes unis.

⁶³³ Exemple de la Jordanie, Yémen pour les crimes d'honneur.

⁶³⁴ Ainsi, la nouvelle Constitution modifie certaines dispositions. Le texte constitutionnel est flou, à moins d'une interprétation extensive de l'article consacrant la lutte pour le maintien des acquis des droits des femmes. En effet, historiquement, cet acquis est garanti par le CSP, qui est un code fondateur et historique des droits des femmes. Le pouvoir constituant n'a pas donné de valeur constitutionnelle aux dispositions du CSP. L'inquiétude est donc grande. Si jusqu'à présent l'égalité homme-femme était consacrée comme un principe fondateur de l'ordre juridique tunisien, la brèche ouverte par le flou des dispositions constitutionnelles concernant l'égalité dans les relations privées et notamment en droit de la famille pourrait être un réel danger. Cette brèche pourrait ouvrir la voie à un revirement jurisprudentiel sur la base du référent religieux.

⁶³⁵ R. JOYCE, « Leader Says Ennahda to Steer Clear of Presidential Race », *Tunislive*, 27 fév. 2014, disponiblesur <http://www.tunisia-live.net/2014/02/27/leader-says-ennahda-to-steer-clear-of-presidential-race/>.

⁶³⁶ Tunisie, Constitution, 27 janv. de 2014, Préambule.

se réfère⁶³⁷. La difficulté reste de savoir si ce terme désigne plus largement la société elle-même ou la nature politique du gouvernement, ou tout simplement l'État. *A priori*, il s'agirait de l'État tunisien, car il dispose de manière formelle d'une religion d'État consacrée par la Constitution⁶³⁸. Toutefois, l'article 2 de la Constitution⁶³⁹ renforce l'ambiguïté quant à la lecture globale de celle-ci. Dans l'hypothèse où il s'agit de la nature politique du gouvernement, l'article 2 de la Constitution dispose que la « Tunisie » est un « État civil ». Tantôt, l'islam est la religion d'État, tantôt la Tunisie est un État civil⁶⁴⁰ fondé sur la conception de l'État de droit. La comparaison des deux articles⁶⁴¹ peut donc créer une contradiction et de la confusion. Celle-ci est aggravée par le dernier alinéa de l'article premier qui dispose que « cet article ne peut être modifié », et par l'article 146 qui prévoit que « les dispositions de la Constitution soient interprétées comme un ensemble harmonieux ». Sans réponses claires, la Cour constitutionnelle doit harmoniser toutes ces dispositions conformément aux exigences de la Constitution (art 146). Toutefois, il n'est pas anodin que le pouvoir constituant ait choisi d'inscrire ce principe qui existait déjà sous le régime de la première République au sein de son article premier. La formule de l'article 2 vient s'adosser à l'article qui consacre l'*identité* de la Tunisie et du choix de ses valeurs. Ainsi, il n'y a pas de véritable rupture substantielle avec l'ancienne Constitution. Au contraire, ce choix s'inscrit dans une continuité. Néanmoins, il y a rupture avec le contexte historique, social, politique et économique dans l'adoption constitutionnelle. Il existe une résurgence religieuse qui va marquer une rupture avec le contexte de sécularisation lors de l'adoption de la première république et la fin d'une pratique exclusivement laïque des institutions.

145. Entre les deux systèmes. D'un point de vue sociologique, nous pouvons considérer que la religion ne constitue pas seulement un système de croyances qui se juxtapose à la société. Elle est aussi un ensemble de règles et d'institutions sociales dont la complexité se répercute dans la construction des normes comportementales et organisationnelles. De la même manière que pour la structure juridique, il existe un degré de dépendance ou d'indépendance entre le système juridique et le dogme religieux.

⁶³⁷ F. HACHED, « La laïcité : un principe l'ordre du jour de la IIème République tunisienne ? », *Confluences Méditerranée* 2011/2, n°77, p. 32.

⁶³⁸ « La Tunisie est un État libre, indépendant et souverain, l'Islam est sa religion, l'arabe sa langue et la République son régime ». Art. 1, Const. Tn. 27. Janv. 2014.

⁶³⁹ « La Tunisie est un État civil, fondé sur la citoyenneté, la volonté du peuple et la primauté du droit ». Art. 2, Const. Tn. 27. Janv. 2014.

⁶⁴⁰ Voy. sur le sujet, C. YARED, « “Un Etat civil, pour un peuple musulman” ou le nouveau pari constitutionnel de la Tunisie », *POLITEIA* – n° 31, 2017, pp. 143-155.

⁶⁴¹ Tunisie, Constitution, 27 janv. de 2014, art.1 et 2.

146. Ainsi, sommes-nous, d'un côté, en présence d'un système français dont les normes comportementales guidant l'action et l'interaction entre les sexes, se fondent sur un principe juridique laïque. Ce dernier va déterminer les contraintes liées aux besoins de la *praxis* en dehors de tout référent religieux. De l'autre côté, nous sommes en présence d'un système tunisien, dans lequel les normes sont encadrées par ce référent. Les actions sont guidées par ces normes. Dans ce cadre, les individus favorables à un principe d'égalité des sexes, rejettent toute forme d'intervention religieuse dans le système juridique car ils estiment, à juste titre, que la compatibilité entre l'islam et la modernité reste très difficile⁶⁴², voire impossible à réaliser lorsqu'il s'agit d'évoquer le statut des femmes. C'est de cette différence de conceptualisation que résulte le conflit de légitimité.

147. Le « droit est un terrain d'affrontement » dans lequel a existé initialement une lutte des femmes contre l'État, le patriarcat et le capitalisme. Il s'agissait d'abord d'une lutte féministe. Cependant, elle peut être aussi envisagée sous le prisme d'une lutte des classes et d'une lutte ethnique. Cette lutte s'est transformée, de fait, en un combat politique, c'est-à-dire un combat qui vise à défendre les femmes en arrachant des mesures législatives faisant obstacle à la superpuissance patriarcale. C'est ainsi que le droit est devenu un lieu d'antagonismes entre les sexes⁶⁴³. Pour se défendre contre l'exploitation domestique, les femmes revendiquent principalement le droit de participer au pouvoir. Ce droit répond à des spécificités qui sont propres à chaque expérience historique, culturelle et qui se traduisent par des normes juridiques. Le pouvoir est « sacralisé »⁶⁴⁴ tant en Tunisie qu'en France. On pense ici à la conception monarchique du « Pouvoir » en France et beylicale en Tunisie. Le pouvoir est dans les deux pays un terrain de contestation permanente et de révérence qui sont indissociables de son caractère originellement sacré. Cette sacralité a longtemps écarté les femmes de la « chose publique » : elles sont restées cantonnées à la sphère privée. Aussi, cette conception de la séparation de la vie privée et de la vie publique a fortement conditionné la représentation des hommes et des femmes, mais surtout l'acception du pouvoir. La société s'est essentiellement

⁶⁴² « Paradoxalement, l'obstacle qui empêche cette prise de conscience n'est autre que la politique des dirigeants qui se disent et se veulent modernistes. D'abord l'autoritarisme pratiqué au nom de la modernité rend celle-ci suspecte voire détestable. D'autre part, beaucoup de dirigeants partagent avec les citoyens le sentiment diffus de l'incompatibilité entre l'islam et la modernité ». M. CHARFI, *Islam et liberté : le malentendu historique*, Casbah Édition, Alger, 2000, p. 18.

⁶⁴³Ici conf X.

⁶⁴⁴ Terme employé par Edith CRESSON lors d'un interview, disponible sur [<https://www.ina.fr/video/I16120777/edith-cresson-sur-le-feminisme-video.html>].

« intéressée aux attributs extérieurs du pouvoir »⁶⁴⁵, c'est-à-dire à l'image que les hommes se font du pouvoir et non pas à sa finalité, celle qui consiste à « changer la société, apporter des modifications qui aillent dans le sens de l'intérêt général »⁶⁴⁶. Ainsi, à travers la volonté des femmes de participer au « pouvoir » par l'acquisition de la citoyenneté, le droit est apparu comme l'instrument idoine pour lutter contre les rapports de domination, notamment celle des hommes ; le droit s'est présenté comme le moyen de réglementer la société patriarcale en promulguant des lois en faveur de l'émancipation des femmes. Néanmoins, il semblerait que la modification de la société patriarcale ne puisse pas être simplement réalisée au moyen d'une législation progressiste et réformiste. Le dépassement d'une conception formaliste de l'égalité des sexes est le seul moyen de libérer les hommes et les femmes des formes de domination sous-jacentes.

148. Le droit devrait être inégal dans certaines situations (inégalité compensatrice), car les hommes et les femmes sont différents. Dès lors, leur imposer un critère qui fasse abstraction des différentes capacités de travail, de productivité dans certaines situations (état de grossesse), ne pourrait que perpétuer cette inégalité. Aussi, un droit égal engendre un phénomène inégalitaire et devient un moyen de confirmer une situation d'injustice (les hommes seront toujours avantagés par rapport aux femmes puisqu'ils n'assument pas, dans la nature, la capacité de reproduction).

149. Ainsi, le fait de traiter de manière égalitaire des individus qui doivent être considérés comme différents conduit à des règles de droit inégales. La répartition des biens ne se fera pas selon les besoins, mais en vertu des capacités, alors que ces dernières peuvent varier selon les personnes. À titre d'exemple, l'idée d'un salaire égal pour un travail égal est une règle du droit égalitaire. *A priori*, elle semble juste et égalitaire, mais si nous creusons un peu plus cette idée, nous voyons, comme on l'a fait observer, qu'elle rejoint la question que soulève Marx⁶⁴⁷, visant le fait de recevoir les mêmes biens, sans égard aux besoins à condition de fournir un travail égal. Le philosophe conclut sur l'idée que « le droit devrait être non pas égal, mais inégal »⁶⁴⁸.

⁶⁴⁵ *Ibid.*

⁶⁴⁶ *Ibid.*

⁶⁴⁷ S. PETRUCCIANI, *Le Droit chez Marx*, Droit et Philosophie, 2018, pp. 11-20 ; Voir également sur le sujet. A. ARTOUS, « Marx et le droit légal : retour critique » in *Droit et émancipation* (dir. D. HANNE et A. ARTOUS), Syllepse, 2005.

⁶⁴⁸ K. MARX et F. ENGELS, *Critique des programmes de Gotha et d'Erfurt*, Les Éditions sociales, 1972, p. 32.

Si l'Homme est naturellement bon, c'est la société et ses grandes mutations qui ne le sont pas et c'est ainsi que la morale s'oppose au droit.

Section 2 : Les résistances substantielles du dispositif juridique tunisien

150. De manière générale le dispositif juridique interne de lutte contre les discriminations s'est construit par strates législatives successives. La structure et la réglementation du principe d'égalité homme-femme connaissent des évolutions tant substantielles que structurelles selon le contexte historique dans lequel il s'inscrit. Devant un phénomène d'universalisation des droits de l'homme, le principe d'égalité homme-femme gagne une place de premier ordre à l'échelle planétaire et de ce fait il se trouve confronté aux différences culturelles qui constituent la principale résistance substantielle. Tout comme le système français, le système tunisien a élaboré le modèle juridique de lutte contre les inégalités entre les sexes sur le plan interne autour de l'articulation du principe d'égalité homme-femme et celui de la non-discrimination. Si en France le dispositif juridique interne ainsi que la conception du principe d'égalité des sexes ont fortement été transformés en partie sous l'influence du droit de l'Union européenne, la Tunisie a connu un chemin bien différent. La conceptualisation du principe d'égalité homme-femme a connu une rupture avec l'élaboration de la Constitution de 2014 qui introduit le principe de non-discrimination. L'enrichissement de la structure juridique tunisienne se fait au coup par coup, selon l'agenda législatif et selon une prise en considération plus fréquente de cette question par le législateur tunisien.

151. La capacité du système tunisien à lutter effectivement contre les discriminations soulève autant d'interrogations que pour le système français, à la différence, qu'il existe encore des dispositions inégalitaires dans le droit positif tunisien. La Tunisie en choisissant aussi de manière générale de déterminer, selon des critères, les catégories de personnes à protéger, aurait dû amener à une mise en conformité des dispositions législatives au principe constitutionnel d'égalité. Une mise en conformité qui est possible, car certaines dispositions revêtent aussi un caractère discriminatoire fondé sur le sexe. Ensuite, l'élaboration du droit à l'égalité homme-femme en Tunisie par strates successives interroge sur la cohérence et les choix du législateur. Par-delà l'incohérence du dispositif juridique tunisien, caractérisée notamment par des contradictions et une protection à géométrie variable selon les dispositions considérées pour

justifier la non-application du principe d'égalité homme-femme, l'examen des différentes strates du système tunisien révèle que la conceptualisation du principe d'égalité des sexes s'enrichit de manière progressive. Néanmoins, cette conceptualisation reste décousue, selon un premier aspect de changements de perception du fait égalitaire qui découlent eux-mêmes du sémantisme social des différences et des inégalités et du second aspect de l'agenda juridico-politique (transition constitutionnelle). Cette acception constitutionnelle n'est donc pas établie à la suite d'une réflexion d'ensemble menée par le pouvoir constituant sur la question d'égalité. Il ne s'agit pas d'une continuité de sens par rapport à l'ancienne Constitution, mais bien d'une rupture compte tenu du contexte. Les résultats du processus d'élaboration de la Constitution définissent les principaux concepts impliqués dans la question de l'égalité homme-femme qui s'inscrivent dans des dynamiques variables en termes de cohérences juridiques. Ils découlent d'une forme d'acclimatation législative à la problématique de l'égalité homme-femme. Cet abouissement graduel de la structure juridique résulte d'une altération des phénomènes inégalitaires, liée à des transformations sociétales⁶⁴⁹. L'évolution scientifique explique par exemple l'intégration du droit à l'IVG, tandis que la question socio-économique⁶⁵⁰ impose une évolution du monde du travail et du marché qui doit de plus en plus se concilier avec toutes formes de vie familiale. Le droit des successions en Tunisie nous semble un cas d'école, en ce qui nous permet de mettre en lumière certaines caractéristiques, difficultés et imperfection du cadre juridique tunisien de l'égalité homme-femme qui institutionnalise des discriminations. Ainsi, nous sommes pour une adaptation des dispositions du Code du statut personnel (§1), mais aussi favorable à un élargissement du principe d'égalité homme-femme en matière successoral (§2).

§1. Les dispositions du Code du statut personnel

152. L'influence du système français sur celui de la Tunisie en matière de droit de la famille se manifeste autant au niveau de la formation du mariage, que concernant le divorce et les interdictions⁶⁵¹, malgré des divergences entre le choix des deux législateurs. Cette affiliation est d'autant plus marquante, car elle démontre non seulement l'intérêt que peut avoir le modèle

⁶⁴⁹ A. LACROIX, L. LALONDE et G.A LEGAULT., « Les transformations sociales et la théorie normative du droit », *Revue de droit de l'Université de Sherbrooke* 2002-2003, p. 1.

⁶⁵⁰ K. CHÉRIF, I. MARZOUKI, « Les facteurs socio-culturels défavorisant les femmes en matière de succession », in « *La non-discrimination à l'égard des femmes entre la convention de Copenhague et le discours identitaire* ». Colloque CERP/UNESCO, 1989, p. 301.

⁶⁵¹ Polygamie et réudiation.

français de la famille à l'égard d'autres pays, mais aussi, car elle est très révélatrice de son influence significative par rapport à ces pays voisins. Pays qui ont également connu un phénomène de domination et qui a été plus marqué pour certains. Le Maroc et la Tunisie n'ont pas connu de réformes aussi profondes que celle apportée par le Code du statut personnel tunisien de 1956 (CSP). Pour comprendre les divergences législatives et les raisons de la subsistance d'une dualité de normes de références dans les pays voisins, il faut au préalable s'intéresser à l'histoire pour pouvoir constater l'émergence d'un conflit de légitimité en matière de statut personnel (A). Nous reviendrons plus loin sur ces limites, mais pour la présentation comparative du droit tunisien par rapport à ces pays voisins, nous nous tiendrons largement à la formation du mariage (B) ainsi qu'aux interdictions, tout en signalant, si besoin est, les différences entre l'ancien droit tunisien et le nouveau.

A) L'émergence d'un conflit de légitimité en matière de statut personnel

153. Au sein de la Tradition juridique musulmane, il existe une pluralité d'école juridique. Le Maghreb est de tradition sunnite. Le sunnisme dérive de la Sunna qui désigne la Tradition du Prophète. Cette tradition comprend ses paroles (*hadîths*), ses actes et ses pratiques⁶⁵². Le sunnisme en tant que doctrine dispose également de dimensions politico-théologiques et théolo-juridique. Le sunnisme apparaît comme le courant d'orthodoxie musulman, car ils se réclament de la continuité et de la perpétuation de la « Tradition » du prophète. Le sens sous-jacent à cet attachement de la « Tradition » cache une question de légitimité par rapport aux autres courants. Elle représente et cèle une reconnaissance de légitimité historique, politique, juridique et religieuse du pouvoir des quatre premiers califes qui sont connus sous le nom des « biens guidés ». Au-delà de la question de légitimité du pouvoir, il reconnaît à travers la Tradition la légitimité de l'ordre de succession dans lequel s'est succédé la passation de pouvoir entre ces quatre califes. En outre, le monde musulman a connu une séparation entre deux grands courants (chiites et sunnites) pour une question d'affiliation légitime du pouvoir à travers le choix d'un Calife. Les sunnites ont accepté le pouvoir de *Mu'âwiyya* à la suite de la défaite de Ali, cousin et gendre du Prophète. Le mot chiite désigne littéralement ceux qui ont « pris le parti » d'Ali. En dehors, de la dimension de légitimité du pouvoir politique, les sunnites qui sont désignés comme les « gens de la Tradition » s'attachent à la légitimité d'une décision de justice. Sur cette question, il existe deux

⁶⁵² Ici, il s'agit d'une définition au sens le plus strict. Au sens large le terme désigne ce qui a été dit à propos des paroles, des actes et des comportements du prophète.

courants opposés. Une partie de la doctrine sunnite ne reconnaît la légitimité d'une décision juridique qu'à la seule condition de son rattachement au Coran ou à la Sunna. Il ne peut y avoir d'interprétation possible de ces deux sources normatives. L'autre partie considère la capacité de la raison à fonder le jugement lorsqu'un texte du Coran manque de clarté ou d'une tradition du Prophète. Le terme sunnisme renvoie plus largement à un choix d'affiliation politique et juridique jugé légitime. C'est de cette légitimité que diverge au sein même de cette branche la méthode juridique de prise de décision. Cette « voie empruntée » se traduit par le *madhhab* qui signifie l'école de courant d'opinion juridique. Pour pouvoir trouver des solutions à des situations concrètes, la sharia a constitué la première norme de référence. Néanmoins, compte tenu du fait que le nombre d'actions humaines possibles est multiple, il a fallu dégager des principes de solution pour répondre à des situations nouvelles. C'est dans cet objectif de recherche de solution et d'adaptation qu'émergeât l'une des sciences humaine et sociale de l'époque : le *fiqh*. Ce dernier a pour objet les questions morales et culturelles. Il peut être défini « comme un ensemble de qualifications ou jugement des comportements et des actions humaines »⁶⁵³. La gestion de ces actions est guidée par une liste de qualification qui est au nombre de cinq. Il s'agit de l'obligatoire (*fardh*)⁶⁵⁴, le recommandé (*mandûb*), le licite (*mubâh*), le désapprouvé (*makrûh*) et l'interdit (*mahdûr*)⁶⁵⁵. Autrement dit, « le *fiqh* se présente donc comme un exposé des différents actes, réels ou possibles, sous l'angle de leur qualification »⁶⁵⁶. Le *fiqh* constitue un système d'interprétation à travers une « casuistique théorique »,⁶⁵⁷ car ils ne constituent pas de *précédents*⁶⁵⁸ et ils ne découlent pas de règles générales. Il en résulte des solutions qui seront appliquées aux problèmes juridiques. Un système d'interprétation et de qualification qui dispose d'une légitimité divine. Il va mettre en place un système de contrôle de l'action dont le système lui-même est contrôlé.

154. De manière plus contemporaine : L'année 1956. Outre le fait que le positivisme de l'ordre public musulman a pu se construire par l'intégration de la tradition juridique musulmane dans le sens de jurisprudence (*fiqh*) dans une forme positive de la loi, il a également porté sur le statut personnel. L'intégration du *fiqh* en droit positif dans ce domaine démontre une

⁶⁵³ S. LAGHAMANI, « Les écoles juridiques du sunnisme », *Pouvoirs* 2003/1 n°104, pp. 21-31.

⁶⁵⁴ On retrouvera ce terme plus tard dans la partie des successions.

⁶⁵⁵ Les qualifications « désapprouvé » et « recommandé » ne constituent pas des qualifications juridiques au sens actuel du terme. Voy. S. LAGHAMANI, « Les écoles juridiques du sunnisme », *Pouvoirs* 2003/1, n°104, pp. 21-31.

⁶⁵⁶ *Ibid.*

⁶⁵⁷ *Ibid.*

⁶⁵⁸ Tels qu'ils peuvent exister dans les systèmes de Common Law.

évolution marquante dans les systèmes juridiques musulmans. Les dispositions du *fiqh* en matière du droit de la famille sont codifiées et intégrées en droit positif notamment dans la norme législative. La traduction, l'institutionnalisation du *fiqh* en matière de statut personnel vont marquer une étape de restructuration de la société. En soumettant, ces dispositions au respect de la norme constitutionnelle, la légitimité ne relève plus du divin, mais bien du politique et d'un système légal. C'est la société à travers l'Homme et ses lois que le pouvoir d'action et d'interprétation dans la gestion des individus se trouve légitimé. Il va constituer en Tunisie comme le souligne Bernard Botiveau « le paradigme d'un droit positif produit à partir du *fiqh* »⁶⁵⁹. C'est à partir de « cet effort de rationalisation »⁶⁶⁰ dans un Code que le législateur lui a réservé une place toute particulière en opérant une rupture avec le passé qui traduit une « révolution par le droit »⁶⁶¹.

155. Néanmoins, dans certains États, l'institutionnalisation du *fiqh* ne marque pas la fin d'un système d'interprétation, mais plus une pluralité de système d'interprétation qui va avoir pour effet de marquer à des degrés différents la structure. La jurisprudence établie par le *fiqh* est plus marquée en Algérie et au Maroc. Certes ces propos sont appelés à être nuancés avec les ouvertures marocaines et algériennes nées des réformes des droits marocain et algérien de la famille, respectivement entreprises en 2004⁶⁶² et en 2005⁶⁶³. La révision du Code du Statut personnel algérien en 2005 ne concerne pas l'ensemble des dispositions, mais uniquement celles qui sont relatives au mariage, à sa dissolution et à ses effets. Le Maroc a également connu une profonde réforme en 2004 qui vise à introduire le principe d'égalité homme-femme en matière de statut personnel. La *Moudawwana* marocaine qui régissait le droit de la famille se voit supplantée par l'introduction du nouveau code de la famille. Ce dernier vient mettre à l'épreuve les principes enracinés depuis des siècles dans le système juridique interne. La progression de l'égalité entre époux bouleverse l'architecture d'ensemble du droit de la famille. Le Code du Statut personnel tunisien témoigne de la forte inspiration du législateur par la société maghrébine qui connaît un vent d'émancipation. L'égalité des conjoints a vocation à

⁶⁵⁹ B. BOTIVEAU, *Loi islamique et droit dans les sociétés arabes, mutations des systèmes juridiques du Moyen Orient*, Paris, Éd. Karthala, 1993, p. 29

⁶⁶⁰ S. BEN ACHOUR, « Le Code tunisien du statut personnel, 50 ans après : les dimensions de l'ambivalence », *L'Année du Maghreb*, II, 2007, pp. 55-70.

⁶⁶¹ Y. BEN ACHOUR, *Politique, religion et droit dans le monde arabe*, Tunis, Cèrès Production, Cerp, 1992, p. 203- 224.

⁶⁶² K. SAIDI, « La réforme du droit algérien de la famille : pérennité et rénovation », *Revue international de droit comparé* 2006, p. 119 et s.

⁶⁶³ F. SAREHANE, « Le nouveau code marocain de la famille ». GP, 3-4 septembre, 2004, Doctrine, pp 2 et s.

s'appliquer dès la formation du lien matrimonial, lors de la vie maritale. Il s'applique également en matière de divorce.

B) La tentative de mise en conformité des dispositions relatives à la formation du lien matrimonial au principe d'égalité des sexes

156. Le droit tunisien de la famille constitue, de manière significative, la rigueur du modèle historique⁶⁶⁴. Le domaine de la mise en conformité est large puisque la mise en conformité du principe d'égalité homme-femme va effectivement toucher toutes les étapes du mariage, mais n'aura pas les mêmes avancées. Que ce soit à sa formation, lors de sa célébration ou dans le cas de la dissolution du régime matrimonial, la femme n'est pas toujours considérée comme l'égal de l'homme. Néanmoins le droit tunisien de la famille s'inscrit dans sa continuité historique en dépassant la plupart des résistances juridiques même si le dispositif juridique reste perfectible. Le législateur tunisien a déterminé les modalités juridiques conduisant à une égalité. Malgré les évolutions législatives marocaines et algériennes en matière de droit de la famille, qui restent de véritables avancées dans le domaine, leurs systèmes juridiques n'ont pas éliminé les symboles⁶⁶⁵ forts du droit musulman classique : la polygamie et la répudiation. En Tunisie, la polygamie fait partie des empêchements à mariage et constitue une des limites à l'ordre public. En effet, l'article 14 du CSP établit une distinction entre les empêchements permanents des empêchements provisoires. L'article dispose que « les empêchements permanents résultent de la parenté, de l'alliance, de l'allaitement ou du triple divorce ». Les empêchements

⁶⁶⁴ Sur ce code, voir notamment, A. COLOMER, « le Code du statut personnel tunisien », Revue algérienne, tunisienne et marocaine de législation et de jurisprudence, 1957, pp 115 et s ; E. de LAGRANGE, « Le législateur tunisien et ses interprètes », RTD, 1968, pp 11 et s, spc. Pp 20 et s ; M. BORRMANS, *Statut personnel et famille au Maghreb*, thèse dactyl. Université de Paris, Faculté des lettres et des sciences humaines, 1969-1970 ; M. CHARFI, « le droit tunisien de la famille entre Islam et modernité », RTD, 1973, pp 1 et s ; A. MEZGHANI, « Réflexions sur les relations du Code du statut personnel avec le droit musulman classique », RTD, 1975, II, pp 53 et s ; H. CHEKIR, *Le statut des femmes entre les textes et les résistances : le cas de la Tunisie*, Chama, 2000 ; S. BEN HALIMA, « Religion et statut personnel en Tunisie », RTD 2000, p. 107 et s ; M.M BOUGUERRA, « Le code tunisien su statut personnel, un code laïc ? » in mouvements du droit contemporain, mélanges offerts au Professeurs S.BEN HALIMA, CPU, 2005, pp 529-582 ; K. MEZIOU, « Approche critique du code du statut personnel » in *Mélanges offerts au Doyen A.AMOR*, CPU, 2005, pp. 815-828. Adde, M.BEN JEMIA, « Non-discrimination religieuse et code du statut personnel » in *Droits et culture, Mélanges en l'honneur du Doyen Y. BEN ACHOUR*, CPU, 2008, p. 261 et s ; M. CHARFI, « Le statut personnel tunisien entre la loi et la jurisprudence (en langue arabe) », in *Mélanges en l'honneur du Doyen Y.BEN ACHOUR*, CPU, 2008, p. 425 et s.

⁶⁶⁵ De la même manière, dans les systèmes contemporains, les sociétés et le législateur s'intéressent aux symboles tels que l'écriture ou la tenue vestimentaire. Autrement dit, nous nous trouvons dans des sociétés qui s'intéressent également à une représentation d'une égalité hommes-femmes au sein des symboles extérieurs, notamment à travers la question de l'écriture inclusive ou la prohibition du voile intégrale. Voy. sur le dernier point, L. CHOUIKHA, « La question du hijab en Tunisie. Une amorce de débat contradictoire », F. LORCERIE (dir.), *La politisation du voile en France, en Europe et dans le monde arabe*, Paris, L'Harmattan, 2005, pp. 161-184.

provisoires « résultent de l'existence d'un mariage non dissous et de la non-expiration du délai de viduité ». L'article 18 du Code du statut personnel tunisien sanctionne pénalement toute personne qui s'engage dans un second mariage avant la dissolution du premier. Elle encourt un an d'emprisonnement et une amende. Le législateur tunisien prohibe également le mariage de l'homme avec la femme dont il avait été divorcé trois fois⁶⁶⁶. De même qu'il interdit le mariage de l'homme avec la femme mariée dont l'union n'est pas encore dissoute. Le CSP ne prévoit pas de dispositions relatives à l'empêchement à mariage pour des raisons religieuses. Si le principe de l'*Umma* tiré de la *Charia* interdit le mariage entre une musulmane et un non-musulman et interdit aussi l'adoption, celui-ci ne s'applique pas en Tunisie en tant que source formelle. Toutefois, l'interdiction de mariage entre une musulmane et un non-musulman n'a été abrogée que récemment⁶⁶⁷ et la Constitution de 2014 contient une référence à l'*Umma*.

1) L'appréciation de l'intégration du principe d'égalité dans certaines conditions de formation du mariage

157. En Algérie, les conditions essentielles du mariage prévues par loi continuent à obéir au principe du droit musulman classique. Néanmoins, la loi de 2005 vient apporter des modifications au Code de la famille. Globalement il procède « par petites touches »⁶⁶⁸. En Tunisie, le CSP ne se trouve pas retouchée de manière significative, car la plupart des dispositions ont été introduites en 1956, date à laquelle le CSP est promulguée. Concernant la formation au mariage, il y a eu différentes mises en conformités, mais l'incorporation de l'égalité homme-femme dans les différents codes converge en matière d'âge⁶⁶⁹. Ils augmentent aussi l'âge minimum aux mariages.

158. C'est au cours de l'année 2007⁶⁷⁰ que le législateur tunisien intervient pour unifier l'âge minimum au mariage pour les deux sexes à 18 ans. Jusqu'à cette réforme, l'âge minimum fixé

⁶⁶⁶ Article 19.

⁶⁶⁷ L'interdiction pour une Tunisienne musulmane d'épouser un non-musulman, dans le cas où le futur époux ne produirait pas une attestation de conversion était prévue dans une circulaire. Cette circulaire « *interdit à tout officier d'état civil de célébrer le mariage d'une Tunisienne musulmane avec un non-musulman si celui-ci ne produit pas un certificat d'islamisation. Il est également interdit aux agents consulaires de transcrire de tels mariages célébrés à l'étranger sur les registres d'état civil.* »

⁶⁶⁸ en abrogeant un article, en ajoutant un nouvel article. Il intervient aussi pour modifier 4 articles.

⁶⁶⁹ Au Maroc. Sous l'empire de l'ancienne Moudawana, l'âge légal minimum au mariage pour la femme était de 15 ans. Le nouveau code de la famille marocain élève ce dernier à 18 ans. Cette disposition vient mettre fin aux mariages des mineurs. Celle-ci va protéger également les filles considérées comme aptes au mariage dès l'âge de la puberté.

⁶⁷⁰ Loi n° 2007-32 du 14 mai 2007

était de 17 ans pour la femme et de 20 ans pour l'homme. Aussi, le législateur de 2007 a-t-il rétabli une égalité entre les deux sexes, en faisant coïncider l'âge du mariage avec celui de la fin de l'enfance conformément aux dispositions de l'article 3 du Code tunisien de protection de l'enfant⁶⁷¹. Pour des raisons de cohérence juridique interne, l'article 7 du Code des Obligations et Contrats s'adapte à cette modification et dispose qu'« est majeur aux effets de la présente loi tout individu du sexe masculin ou féminin âgé de dix-huit ans révolus »⁶⁷². En Algérie le législateur opéra le même effort pour garantir le principe d'égalité de sexes en fixant dans l'article 7 du Code du statut personnel l'âge minimum au mariage à 19 ans pour les hommes et les femmes⁶⁷³. Il existe cependant des divergences entre la Tunisie et les deux autres pays du Maghreb. Précisément, elles s'expriment par la faculté pour l'Algérie et le Maroc d'autoriser la conclusion des mariages selon la coutume. Toujours est-il que les législateurs tentent d'inciter ces couples mariés coutumièrement à officialiser leur union. Ils le font notamment en prévoyant des mesures incitatives. Même si les textes apparaissent clairs, en pratique, l'application de ces textes peut s'avérer complexe. Car la pratique de la coutume demeure. Cette dernière vient quelque peu contrarier les dispositions des codes de la famille algérien et marocain et mettre à mal les efforts opérés par le législateur. Concrètement, les mariages coutumiers mettent en péril la réforme qui a tendu à élever l'âge minimum à 18 ans. À titre d'exemple, il existe encore beaucoup d'ambiguïté sur les règles de fiançailles⁶⁷⁴, ces règles ne constituant aucunement une obligation. Les fiancés peuvent rompre à tout moment leur mariage⁶⁷⁵. La généralisation du

⁶⁷¹ Promulgué par la loi n°95-92 du 9 novembre 1995

⁶⁷² Article 7 du Code des obligations et Contrats (loi n° 2010-39 du 26 juillet 2010)

⁶⁷³ Nouvel article 7 du Code de la famille. L'ancien article 7 fixait cet âge à 21 ans pour l'homme et à 18 ans pour la femme. N. M. MAHIEDDIN, « L'évolution du droit de la famille en Algérie : nouveautés et modifications apportées par la loi du 4 mai 2005 au Code algérien de la famille du 9 juin 1984 », *L'Année du Maghreb* 2007, II, 97-137

⁶⁷⁴ Le droit musulman classique ne rend pas la *khutba* obligatoire. La *khutba* peut être assimilée aux fiançailles puisqu'il s'agit de la demande en mariage au vu d'une union conjugale. Le coran évoque la *khutba*. Ce sont les juristes musulmans qui ont apporté des éléments de réponse concernant le caractère obligatoire ou non de la *khutba* en tant que préalable au mariage. Ils ont considéré que la *khutba* constitue un *mustahabba*. C'est-à-dire qu'elle n'apparaît pas obligatoire, mais qu'elle se trouve recommandée. Ce qui veut dire que l'absence de *khutba* ne rend pas le mariage *haram*. Dans les pays du Maghreb, la *khutba* est devenue les fiançailles en droit positif.

⁶⁷⁵ En Algérie. L'article 5 (nouvel) du code de la famille précise que les fiançailles font office de « promesse de mariage » à laquelle « chacune des parties peut renoncer ». Cette disposition s'inscrit comme conforme à l'enseignement du fiqh classique. Ce dernier reconnaît la *khutba* dans laquelle il y a eu consentement et qui emporte des effets en droit musulman classique, ne peut être assimilée à un acte juridique dont découlerait l'obligation de conclure un contrat de mariage (note 40).

En Tunisie. L'article 1 du CSP dispose : « La promesse de mariage et l'échange de promesse ne constituent pas mariage et le juge ne pourra pas en imposer l'exécution aux parties ».

Au Maroc. L'article 5 définit les fiançailles comme « une promesse mutuelle de mariage entre un homme et une femme ». Celle-ci se réalise lorsque : « les deux parties expriment, par tout moyen communément admis, leur promesse mutuelle de contracter mariage. Il en est ainsi de la récitation de la *Fatîha* et des pratiques admises par l'usage et la coutume en fait d'échange de présents ». Les deux parties sont considérées en période de fiançailles jusqu'à la conclusion de l'acte de mariage dûment constatée. Chaque partie peut rompre les fiançailles.

certificat médical à l'homme et à la femme est un autre exemple de la volonté du législateur de mettre fin à ces résistances. Pour le Maroc et l'Algérie, ces modifications ont été introduites avec les grandes réformes de 2005⁶⁷⁶. En Tunisie cette modification est antérieure. C'est la loi n° 64-46 du 3 novembre 1964 qui instaure le certificat médical principal. Les futurs époux doivent fournir ce certificat, peu importe leur sexe⁶⁷⁷.

159. La subsistance de la dot. Par ailleurs, importe-t-il de relever que le législateur n'a pas supprimé le régime dotal dans les pays du Maghreb⁶⁷⁸. Conformément aux exigences islamiques, la fixation d'une dot au profit de la femme est requise pour la validité du mariage⁶⁷⁹. Aussi, la dot garde-t-elle une place importante dans tous les codes, à tout le moins sur le plan symbolique. Si elle fait l'objet d'un chapitre entier dans le Code de la famille marocain, ce dernier préconise la modération dans sa fixation⁶⁸⁰. Quant aux codes tunisien et algérien, s'ils accueillent tous deux la dot en leur sein, il faut relever que celle-ci demeure beaucoup plus cardinale en Algérie qu'en Tunisie. En effet, en Tunisie, la notion est traitée dans le livre premier intitulé « du mariage » dans lequel une section lui est dédiée. Et cette section combat très nettement l'*hybris*. Car, un mariage peut être tout à fait valide alors même que la dot

⁶⁷⁶ En Algérie. La réforme de 2005 introduit un nouvel article qui prévoit le certificat prénuptial. L'article 7 bis vient compléter l'article 5. Il dispose que bis dispose que : « *Les futurs époux doivent présenter un document médical, datant de moins de trois mois et attestant qu'ils ne sont atteints d'aucune maladie ou qu'ils ne présentent aucun facteur de risque qui contre-indique le mariage* ».

⁶⁷⁷ La loi prévoit l'obligation pour l'officier d'état civil et aux notaires de ne procéder à la célébration du mariage qu'après la remise par chacun des futurs époux d'un certificat médical. Le certificat médical doit attester que l'intéressé a fait l'objet d'un examen en vue du mariage. Son application est prévue dans certaines circonscriptions déterminées par arrêté ministériel.

La remise du certificat médical prénuptial est généralisée sur tout le territoire de la République tunisienne en 1995, en vertu de l'arrêté des ministres de l'Intérieur et de la Santé publique daté du 28 juillet 1995. Le certificat devient un préalable au contrat de mariage.

⁶⁷⁸ Rappelons ici qu'il s'agit d'une « dot inversée » qui jure avec la dot qui a pendant longtemps eu les honneurs du droit français. En France, le Code civil prévoyait un régime dotal qui accordait à l'époux l'administration et la jouissance des biens apportés lors du mariage. Il fallut attendre la loi du 13 juillet 1965 pour que cette « tradition méridionale », comme la qualifia Carbonnier, soit supprimée du Code civil. Voy. J. Carbonnier, « Préface au colloque "Dot, femme et mariage" » in *Jean Carbonnier : L'homme et l'œuvre*, Presses universitaires de Paris Nanterre, 2012, p. 701.

⁶⁷⁹ Article 3 du CSPT.

⁶⁸⁰ Le Sadaq (la dot) consiste en tout bien donné par l'époux à son épouse, impliquant de sa part la ferme volonté de créer un foyer et de vivre dans les liens d'une affection mutuelle. Le fondement légal du Sadaq consiste en sa valeur morale et symbolique et non en sa valeur matérielle CHAPITRE II DU SADAQ (LA DOT) Article 26 de la Mudawanna. La dot constitue en droit marocain l'une des conditions de la conclusion du mariage. IL faut distinguer la dot nommée de la délégation de la dot (Tafwid). La dot nommée. C'est celle fixée dans le contrat de mariage, où sont précisés la valeur et le mode de paiement convenu par les parties (Article 28 de la Mudawanna). Il peut être convenu du paiement d'avance ou à terme de la totalité ou d'une partie du Sadaq (Article 30). L'épouse peut demander que la dot lui soit versée au moment de l'établissement de l'acte de mariage, comme elle peut exiger de la percevoir avec la consommation du mariage. (Article 27.) Il peut être convenu du paiement d'avance ou à terme de la totalité ou d'une partie du Sadaq (Article 27). Elle peut notamment fixer une date de paiement avec son époux (Article 30) Arrivé à l'échéance, l'époux doit s'acquitter du montant convenu (Article 31)

adressée à l'épouse s'élèverait seulement à 1 dinar symbolique, soit l'équivalent de 30 centimes d'euros...

160. Le consentement est un autre point sur lequel le législateur est intervenu même si en principe le Coran mentionne l'exigence du consentement de la femme au mariage⁶⁸¹. Dans le cadre d'un enfant mineur, le mariage reste possible dans les cas prévus par la loi. Le législateur tunisien est venu pallier une inégalité de sexe en exigeant le consentement de la mère au mariage de son enfant mineur. La loi du 12 juillet 1993 prévoit la subordination du mariage du mineur au consentement maternel au même titre que celui de l'époux⁶⁸². Jusqu'à la promulgation de cette loi, le père étant le tuteur de l'enfant mineur, la mère était considérée comme tutrice légale que dans deux hypothèses. Son consentement se trouvait nécessaire pour la validité du mariage de l'enfant, soit en cas de décès du père ; soit en cas d'incapacité juridique de ce dernier. Aussi, en droit tunisien, contrairement à d'autres pays musulmans, la règle du tuteur matrimonial pour les femmes majeures n'existe-t-elle pas.

161. En Algérie, comme au Maroc, le mariage continu à obéir aux règles du droit musulman classique à des degrés différents. En Algérie comme au Maroc, les codes de la famille continuent à autoriser la polygamie. Le code de 2005 algérien continue d'autoriser la polygamie comme le code de 1984⁶⁸³. La polygamie repose sur un droit « charaïque » et le texte y fait directement référence en limitant le nombre d'épouses à celle prévue par la Charia. Celle-ci limite le nombre de femmes à quatre. Il est possible de « *contracter mariage avec plus d'une épouse dans les limites de la "chari'a" si le motif est justifié, les conditions et l'intention d'équité réunies* ». Aussi, la polygamie apparaît comme un droit conditionné. Épouser quatre femmes n'est possible que si le principe d'équité est respecté. Concrètement, l'équité se traduit par des moyens matériels et financiers de l'époux, c'est-à-dire sa capacité à subvenir aux besoins des épouses. Il doit se trouver capable d'assurer équitablement ses obligations relatives au logement et aux aliments. Toutefois, la notion de « motif justifié » reste floue. L'article 8 du Code de 1984 a fait l'objet d'une circulaire qui apporta des précisions sur la notion. La

⁶⁸¹ L'Article 3 du Code du statut personnel tunisien dispose : « *Le mariage n'est formé que par le consentement des deux époux. La présence de deux témoins honorables et la fixation d'une dot au profit de la femme sont, en outre, requises pour la validité du mariage.* »

⁶⁸² Loi n°93-74 du 12 juillet 1993. L'article 6 nouveau de la loi de 1993 dispose : « le mariage du mineur est subordonné au consentement de son tuteur et de sa mère. En cas de refus du tuteur ou de la mère et persistance du mineur, le juge est saisi. L'ordonnance autorisant le mariage n'est susceptible d'aucun recours. »

⁶⁸³ Le droit positif algérien prévoit dans son nouvel article 8 la polygamie.

circulaire⁶⁸⁴ ordonne aux procureurs de la République et aux officiers d'état civil de veiller au respect des conditions énoncées par l'article 8 et notamment le « juste motif ». Sous l'empire du Code de 1984, ces justifications permettaient au notaire et à l'officier d'état civil de procéder à la célébration d'un second mariage. En l'absence de motif justifié par l'état de santé évoqué, le juge disposait d'un pouvoir d'appréciation sur les motifs invoqués par le mari pour justifier sa demande et rendre un avis favorable ou non. Si la réponse est positive, l'officier d'état civil ou le notaire peuvent enregistrer un second contrat de mariage. Cette possibilité de contracter un second mariage alors que l'homme est encore lié à une précédente épouse devient possible qu'en l'absence de toute clause qui interdit de contracter un deuxième mariage dans le premier contrat de mariage⁶⁸⁵.

162. Au Maroc, dès le préambule du nouveau code, le législateur fait référence à la polygamie. La polygamie devient un droit des plus riches. Le législateur justifie le droit à la polygamie, comme le « respect des desseins de l'Islam tolérant qui est attaché à la notion de justice, à telle enseigne que le Tout-Puissant a assorti la possibilité de polygamie d'une série de restrictions sévères : *“Si vous craignez d'être injustes, n'en épousez qu'une seule”*. Néanmoins, le législateur interprète les dispositions coraniques en expliquant que « le Très-Haut a écarté l'hypothèse d'une parfaite équité, en disant en substance : *“vous ne pouvez traiter toutes vos femmes avec égalité, quand bien même vous y tiendriez”* ». La femme marocaine dispose du même droit que la femme algérienne. Elle peut empêcher une demande de polygamie à la condition de consigner dans l'acte la renonciation du mari à son droit de polygamie. Si aucune disposition contractuelle ne prévoit cette renonciation, le mari peut convoquer la première femme et demander son consentement puis informer la deuxième que son conjoint est déjà marié, et recueillir également son assentiment. Si autrefois la polygamie n'était pas contrôlée, le législateur marocain a changé de stratégie en encadrant plus strictement le comportement du futur polygame envers son épouse. Il octroie la possibilité à l'épouse lésée, en cas de défaut de notification⁶⁸⁶, le droit de demander l'application, à l'encontre de l'époux, de la sanction prévue par l'article 361 du Code pénal⁶⁸⁷. Elle peut aussi faire appel à l'article 45

⁶⁸⁴ Circulaire n°14 du 22/ 08/ 1985. Relative la direction des affaires civiles du ministère de la Justice de 1985. Cette dernière était adressée aux procureurs de la République et aux officiers d'état civil)

⁶⁸⁵ Article 19 du nouveau code de la famille.

⁶⁸⁶ (pour cause d'adresse erronée communiquée de mauvaise foi par son époux ou pour falsification du nom ou du prénom de l'épouse)

⁶⁸⁷ Article 361 dispose « Quiconque se fait délivrer indûment ou tente de se faire délivrer indûment un des documents désignés à l'article précédent, soit en faisant de fausses déclarations, soit en prenant un faux nom ou une fausse qualité, soit en fournissant de faux renseignements, certificats ou attestations, est puni de l'emprisonnement de trois mois à trois ans et d'une amende de 120 à 300 dirhams. Le fonctionnaire qui délivre ou

qui prévoit les modalités du divorce pour la femme qui refuse de se voir adjoindre par son mari une autre femme⁶⁸⁸. Le jugement de divorce ne peut faire l'objet d'aucun recours dans sa partie qui met fin à la relation conjugale.⁶⁸⁹ Le droit marocain et le droit algérien ont beaucoup de points de convergences, mais le droit marocain reste plus procédurier et détaillé dans ses dispositions. Un sens du détail qui rend les dispositions applicables inintelligibles.

2) *Le régime légal et le contrat de mariage*

163. Dans les trois pays du Maghreb, le régime matrimonial légal reste celui de la séparation des biens. Cependant, les parties peuvent choisir librement un autre régime tel celui de la communauté lors de la conclusion du mariage. Il n'y a rien d'étonnant dans le fait de voir les codes des trois États être traversés par le principe de séparation des biens. Le régime légal résulte de la tradition islamique qui prévoyait la libre disposition des biens propres à la femme. La Charia distingue les biens de la femme et ceux du mari. En cas de contestation entre les époux au sujet de la propriété des biens qui se trouvent au domicile conjugal et d'absence de preuve, la répartition des biens s'effectuera en fonction de ce qui appartient habituellement aux hommes et ceux aux femmes. Ce principe s'applique en cas de contestations entre les conjoints⁶⁹⁰.

164. Il convient de relever les spécificités existantes en Algérie et au Maroc. S'agissant du Maroc, la réforme du Code de la famille a introduit la possibilité pour les époux d'établir un

fait délivrer un des documents désignés à l'article 360 à une personne qu'il sait n'y avoir pas droit, est puni de l'emprisonnement d'un à quatre ans et d'une amende de 250 à 2 500 dirhams, à moins que le fait ne constitue l'une des infractions plus graves prévues aux articles 248 et suivants. Il peut, en outre, être frappé de l'interdiction de l'un ou plusieurs des droits mentionnés à l'article 40 pendant cinq ans au moins et dix ans au plus. Les peines édictées à l'alinéa 1er sont appliquées à celui qui fait usage d'un tel document, le sachant obtenu dans les conditions précitées, ou établi sous un nom autre que le sien ». Disponible en ligne sur le site internet du Ministère et de la Justice. [<https://adala.justice.gov.ma/production/legislation/fr/Nouveautes/code%20penal.pdf>]

⁶⁸⁸ L'Article 45 dispose : « *lorsqu'il est établi, au cours des débats, l'impossibilité de la poursuite de la relation conjugale et que l'épouse dont le mari envisage de lui adjoindre une épouse persiste à demander le divorce, le tribunal fixe un montant correspondant à tous les droits de l'épouse et de leurs enfants que l'époux a l'obligation d'entretenir. L'époux doit consigner la somme fixée dans un délai n'excédant pas sept jours. Dès la consignation de la somme, le tribunal prononce un jugement de divorce* ».

⁶⁸⁹ Prévue aux articles 94 à 97 du même code. Lorsque l'époux ne consigne pas la somme demandée qui correspond à tous les droits de l'épouse et de leurs enfants, dans le délai imparti, cela sera considéré comme une renonciation de l'époux à sa demande de prendre une autre épouse. Si l'époux persiste à demander l'autorisation de prendre une autre épouse et que la première ne donne pas son accord, sans pour autant demander le divorce, le tribunal applique, d'office, la procédure de discorde (*Chiqaaq*)

⁶⁹⁰ Exemple Article 26 du CSP.

contrat de mariage dans lequel ils prévoient la gestion de leurs biens acquis pendant le mariage⁶⁹¹. Le contrat peut être rédigé par voie *adoulair*e. Les époux doivent se mettre d'accord sur le contenu des clauses du contrat. Ces dernières ne doivent pas se trouver contraires aux buts du mariage⁶⁹². L'article 67 du CFM établit une liste exhaustive des pièces constitutives de l'acte de mariage. Quant à l'Algérie, « Chacun des deux époux conserve son propre patrimoine »⁶⁹³. Toutefois, les deux conjoints peuvent convenir, « dans l'acte de mariage ou par acte authentique ultérieur, de la communauté des biens acquis durant le mariage et déterminer les proportions revenant à chacun d'entre eux ».

C) Le principe d'égalité en matière de divorce

165. Le principe d'égalité relatif aux effets du divorce. En vertu de l'égalité et de l'équité entre les deux conjoints, le législateur a introduit des dispositions pour atteindre l'objectif paritaire. Il institue le divorce par consentement mutuel, sous contrôle judiciaire. C'est au bout d'un long processus législatif que le Maroc et l'Algérie ont franchi le pas en matière de divorce. L'objectif poursuivi tend à rendre le divorce accessible à l'homme et à la femme. Mais aussi à renforcer la protection des femmes à l'encontre de certaines dérives. En Tunisie, depuis 1956, le code prévoit la dissolution du mariage par le divorce⁶⁹⁴. Ce dernier ne peut avoir lieu que devant le tribunal⁶⁹⁵. Aussi, un divorce prononcé par une autorité religieuse n'aurait-il aucun effet juridique. Le divorce par consentement mutuel est également prévu⁶⁹⁶. Le divorce peut être demandé à l'initiative de la femme ou du mari⁶⁹⁷. Il prohibe le mariage de l'homme avec la femme « dont il avait été divorcé trois fois »⁶⁹⁸.

166. Le préambule marocain évoque le divorce comme l'un des objectifs fixés par la réforme. La répudiation existe en Algérie et au Maroc. Le divorce n'est pas un droit exercé, car il n'est

⁶⁹¹ L'article 49 du code marocain dispose : « Les deux époux disposent chacun d'un patrimoine propre. Toutefois, les époux peuvent se mettre d'accord sur les conditions de fructification et de répartition des biens qu'ils auront acquis pendant leur mariage. Cet accord fait l'objet d'un document distinct de l'acte de mariage. Les Adour avisent les deux parties, lors de la conclusion du mariage, des dispositions précédentes. À défaut de l'accord susvisé, il est fait recours aux règles générales de preuve, tout en prenant en considération le travail de chacun des conjoints, les efforts qu'il a fournis et les charges qu'il a assumées pour fructifier les biens de la famille. »

⁶⁹² art.39duCFM)

⁶⁹³ Article 37 du CFA

⁶⁹⁴ Article 29 du CSP.

⁶⁹⁵ Article 30 du CSP ;

⁶⁹⁶ Article 31 du CSP modifié par la loi n° 81 -7 du 18 février 1981.

⁶⁹⁷ Article 31 du CSP modifié par la loi n° 81 -7 du 18 février 1981.

⁶⁹⁸ Article 19 du CSP.

pas considéré comme une alternative à la répudiation. Le législateur marocain en vertu de l'égalité des sexes veut renforcer les dispositions en matière de divorce. Pour cela, il introduit la possibilité pour la femme dont le mari vient de prendre une deuxième épouse de réclamer le divorce. Il veut également faire du divorce un moyen de dissolution matrimoniale exercé par les deux conjoints. Cette faculté est soumise aux conditions légales propres à chacune des parties et sous contrôle judiciaire. Il s'agit, pour le législateur, de restreindre le droit de divorce reconnu à l'homme et prévenir un usage abusif de ce droit. Pour atteindre cet objectif, il prévoit de renforcer les mécanismes de conciliation et d'intermédiation avec l'intervention de la famille et le juge. Le préambule affirme que le pouvoir de divorce revient au mari et que l'épouse en a la prérogative par le biais du droit d'option. Dans ce cadre, le législateur renforce le rôle du juge en matière de divorce. Avant d'autoriser le divorce, il doit s'assurer que la femme divorcée bénéficiera de tous les droits qui lui sont reconnus. La nouvelle procédure de divorce adoptée requiert l'autorisation préalable du tribunal. Il requiert aussi le règlement des droits dus à la femme et aux enfants par le mari, avant l'enregistrement de celui-ci. Elle consacre l'irrecevabilité du divorce verbal dans des cas exceptionnels.

167. La réforme a pour objectif d'élargir le droit dont dispose la femme pour demander le divorce judiciaire, pour cause de manquement du mari. Ce manquement peut résulter du non-respect à l'une des conditions stipulées dans l'acte de mariage ou en raison du préjudice subi par la conjointe⁶⁹⁹. Le mariage de la femme divorcée avec un tiers annule l'effet des trois divorces avec le premier époux ; le mariage de nouveau avec le premier époux peut faire l'objet de trois nouveaux divorces⁷⁰⁰.

168. Quoiqu'il en soit, il ne s'agit pas ici d'étudier le droit du divorce en tant que tel. Nous constatons que le droit de divorcer par consentement mutuel est consacré dans les trois États. Toutefois, une asymétrie demeure entre l'homme et la femme. En effet, le principe d'égalité se heurte à la répudiation et à la polygamie. Ce faisant, même si le renforcement du divorce est une avancée, la rupture de l'égalité homme-femme subsiste. Pour dire les choses autrement, l'objectif poursuivi par le législateur permet d'atténuer l'inégalité entre les sexes, mais ne la fait pas pleinement disparaître. Cette inégalité continue d'ailleurs à s'exercer dans le cadre des

⁶⁹⁹ (tel que le défaut d'entretien, l'abandon du domicile conjugal, la violence ou tous autres sévices, et ce, conformément à la règle jurisprudentielle générale qui prône l'équilibre et le juste milieu dans les relations conjugales)

⁷⁰⁰ Article 39 CMF.

effets du divorce. Toutefois, de manière heureuse, il est possible d'identifier des avancées positives pour l'égalité. Deux exemples permettent d'en prendre la mesure : la garde de l'enfant (1), qui est une avancée substantielle, et l'institution du juge de la famille (2), qui est une avancée institutionnelle (3).

1) La garde de l'enfant en cas de divorce : des réformes vers plus d'égalité

169. En France, comme dans les pays du Maghreb, les juges accordent souvent les droits de garde des enfants⁷⁰¹ aux mères et les pères versent une pension alimentaire. En Tunisie, comme au Maroc et en Algérie la notion d'autorité parentale partagée n'existe pas. En Algérie, la notion même d'autorité parentale reste inexistante. Dans le cadre des trois États, la loi distingue les prérogatives accordées à la mère de celles attribuées au père. Celles qui concernent la mère se rapportent à l'exercice du droit de garde et celles rattachées au père sont celles détenues par le représentant légal de l'enfant c'est-à-dire le tuteur. En Tunisie, le tuteur est celui qui exerce l'autorité parentale. Le droit de garde consiste communément dans les trois pays à celui relatif à la garde physique de l'enfant.

170. En Tunisie, le droit de regard sur les affaires de l'enfant était confié à la garde de l'un des parents. L'ancien article 60 du code du statut personnel reconnaissait ce droit uniquement au père ou au tuteur. Dans un souci égalitaire, l'article est modifié en partie pour rectifier le caractère discriminatoire de la disposition. L'autre raison consiste à renforcer les mécanismes inhérents au suivi des affaires de l'enfant. La mère jouit du même droit même si le tuteur demeure le père⁷⁰². Lorsque les parents sont mariés, la garde appartient aux père et mère⁷⁰³.

171. Une série de mesure dans le sens de la protection de la famille et de la femme est prise par le législateur. À titre d'exemple, avant l'intervention du législateur, en cas de divorce, la tutelle de l'enfant n'était reconnue qu'au père. Depuis la loi du 12 juillet 1993, l'article 67 nouveau du CSP dispose qu'« En cas de dissolution du mariage par décès, la garde est confiée aux survivants des pères et mères. Si le mariage est dissous du vivant des époux, la garde est

⁷⁰¹ S. BEN ACHOUR, *Enfance disputée : les problèmes juridiques relatifs aux droits de garde et de visite après divorce dans les relations franco-maghrébines*, CPU, Tunis, 2004.

⁷⁰² En effet, l'article 60 nouveau dispose : « le père, le tuteur et la mère de l'enfant peuvent avoir un droit de regard sur ses affaires, pourvoir à son éducation et l'envoyer aux établissements scolaires, mais l'enfant ne peut passer la nuit que chez celui qui en a la garde, le tout sauf décision contraire du juge pris dans l'intérêt de l'enfant ».

⁷⁰³ Article 57 du CSP modifié par la loi n°66-49 du 3 juin 1966.

confiée soit à l'un d'eux, soit à une tierce personne. Le juge en décide en prenant en considération l'intérêt de l'enfant ». Il est également intervenu en matière de domicile de la garde. Le CSP obligeait le père divorcé à pourvoir au logement de l'enfant et de la personne titulaire de la garde, dans le cas où elle ne disposerait pas de logements. En 2008, pour pallier les manœuvres de certains pères en vue de contourner la loi, le législateur a renforcé cette obligation⁷⁰⁴ dans l'hypothèse où le domicile conjugal appartient au père. La titulaire de la garde bénéficie d'un droit de maintien dans les lieux. Si le père n'est que le locataire du domicile, le père est tenu de l'obligation de payer le loyer. Toutefois, en cas de changement de circonstances, le jugement relatif à l'hébergement de la mère titulaire de la garde et de l'enfant peut être révisé par voie de référé. Le législateur prévoit que si le père est propriétaire du logement, il garde le droit de l'hypothéquer ou de le céder, mais il doit respecter une condition. Ce dernier doit faire mention, au sein du titre d'hypothèque ou de cession, que le logement visé est un logement de garde. Le non-respect de cette condition peut entraîner des poursuites pénales du père. Le législateur a prévu une sanction pour le père qui résilie sciemment le bail, en collusion avec le bailleur, ou qui ne s'acquitte pas du montant du loyer. S'il prive la mère titulaire de la garde et l'enfant d'occuper le local d'habitation, le père encourt des poursuites pénales⁷⁰⁵. Le législateur prévoit également des dispositions protectrices au conjoint du locataire. Il prévoit le bénéfice du droit de maintien dans le logement en cas de décès du mari et/ou père ou son abandon du domicile conjugal. La loi précise que le droit de maintien dans les lieux loués est transféré au conjoint du locataire, à ses enfants mineurs jusqu'à leur majorité à certaines conditions précises⁷⁰⁶. Le fonds de garantie de la pension alimentaire et de la rente de divorce est également réformé. Il est prévu par la loi du 5 juillet 1993⁷⁰⁷ et du décret du 9 août⁷⁰⁸. L'objectif réside dans le fait de substituer le fonds au père ou à l'ex-époux qui se trouve défaillant. Il faut procéder en lieu et place au paiement à la femme divorcée de la rente de divorce et/ou de la pension alimentaire. Le décret du 16 mars 1998⁷⁰⁹ vient modifier le décret du 9 août 1993⁷¹⁰. L'objectif consiste en la conformité des anciennes dispositions (du décret) avec les nouvelles⁷¹¹. Désormais, le versement de la pension alimentaire aux enfants qui

⁷⁰⁴ (avec la rédaction de l'article 56 nouveau du Code du Statut personnel qui prévoit)

⁷⁰⁵ (en vertu de l'article 56 bis) Le père encourt les mêmes sanctions dans le cas où il resterait un mois sans s'acquitter de la pension de logement. Toutefois, dans les deux dernières hypothèses, le père ne peut faire l'objet de poursuite, dans le même temps, pour avoir failli à ses obligations.

⁷⁰⁶ Article 3 de la loi n°93-122 du 27 décembre 1993 modifiant la loi n° 76-35 du 18 février 1976.

⁷⁰⁷ Loi n°93-65 du 5 juillet 1993

⁷⁰⁸ Décret n°93-1655 du 9 août 1993

⁷⁰⁹ Décret n°98-671 du 16 mars 1998

⁷¹⁰ décret du 9 août 1993 relatif à la procédure d'intervention du fonds de garantie)

⁷¹¹ (celles de l'article 46 du code du statut personnel)

poursuivent leurs études jusqu'à leurs vingt cinquièmes années est maintenu. Pour les filles sans ressource, et celles qui n'incombent pas à la charge du mari, le versement est également maintenu, et ceux sans limites d'âge. En cas de récidive du débiteur récalcitrant,⁷¹² le fonds de garantie continue systématiquement le versement des montants dus aux bénéficiaires. Sans qu'elles soient dans l'obligation de fournir une fois par trimestre une attestation relative à la suite réservée au procès d'abandon de famille⁷¹³.

172. Au Maroc le droit de garde de l'enfant est désigné comme étant l'*hadana*⁷¹⁴. Selon l'article 164 du Code de la famille marocaine la garde⁷¹⁵ est attribuée conjointement à la mère et au père « tant que les liens conjugaux subsistent », contrairement au droit de tutelle. En cas de divorce ou de décès du père, la garde revient à la mère⁷¹⁶. Dans certaines hypothèses, telle que le remariage, elle peut perdre son droit de garde dans certaines situations.

173. Du point de vue juridique algérien, le principe d'égalité des sexes ne s'applique pas aux dispositions relatives à la garde de l'enfant. D'une part, le droit de tutelle, en cas de divorce, ne peut s'exercer que par un seul des conjoints et non pas communément et de manière égalitaire. C'est celui qui détient la garde de l'enfant qui exerce le droit de tutelle. Autrement dit, le caractère inégalitaire des dispositions résulte de sa substance même qui opère une distinction selon le sexe⁷¹⁷. La mère perd sa prérogative relative à la garde de l'enfant de sexe masculin à l'âge de 10 ans⁷¹⁸ alors qu'elle continue à exercer ce droit sur l'enfant de sexe féminin jusqu'à l'âge de 19 ans révolu. Même s'il n'y a aucune obligation pour la jeune fille de se marier à 19 ans, le législateur semble rester dans une logique patriarcale. Si le jeune garçon se voit la possibilité d'échapper à la tutelle de sa mère dès l'âge de 10 ans, il demeure sous sa garde jusqu'au moment où elle peut légalement trouver un autre « gardien », éventuellement en la personne de l'époux. En Algérie, le titulaire du droit de garde peut se faire déchoir de son droit de garde lorsque celui-ci se marie avec une personne non liée à l'enfant par une parenté de

⁷¹² Décret n°98-671 du 16 mars 1998

⁷¹³ (conformément aux dispositions de l'article 6 alinéa 2 du décret du 9 août 1993).

⁷¹⁴ C'est l'article 163 alinéa 1 du Code de la famille marocain qui vient préciser que « *la garde consiste à préserver l'enfant de ce qui pourrait lui être préjudiciable, l'éduquer et veiller à ses intérêts.* »

⁷¹⁵ La personne chargée de la garde est tenue de prendre toutes dispositions nécessaires à la préservation et à la sécurité, tant physique que morale, de l'enfant soumis à la garde. Il doit également veiller à ses intérêts en cas d'absence de son représentant légal et en cas de nécessité, si les intérêts de l'enfant risquent d'être compromis. Ici, il s'agit essentiellement de l'éducation de l'enfant et de la sauvegarde de son état de santé.

⁷¹⁶ (art. 171 du CFM)

⁷¹⁷ Art. 65 alinéa 1 du CFA

⁷¹⁸ Art. 65 alinéa 2 du CFA. Aussi *Le juge prolonge cette période jusqu'à seize ans révolus pour l'enfant de sexe masculin placé sous la garde de sa mère si celle-ci ne s'est pas remariée.*

degré prohibé⁷¹⁹. La personne titulaire du droit de garde a l'obligation de se remarier avec un membre de la famille de l'enfant pour conserver ce droit de garde. Autrement dit, la mère qui se marierait avec l'oncle paternel de l'enfant ne risquerait pas de perdre son droit de garde. Ensuite, ce droit de garde cesse également lorsque le titulaire du droit de garde ne remplit pas l'une des conditions prévues à l'article 62⁷²⁰ du même code. Le législateur précise que l'exercice d'une activité professionnelle de la femme ne peut la priver de son droit de garde. Mais l'intérêt de l'enfant demeure au cœur de la décision de la dévolution de la garde⁷²¹. Enfin, le défaut d'entretien de l'enfant peut constituer l'une des conditions qui peuvent faire cesser la garde de l'enfant, car conformément à l'article 62 il y a une obligation positive à assurer la charge de l'enfant.

2) *L'institution du juge de la famille en Tunisie : une démarche égalitaire institutionnelle*

174. La tentative de conciliation. C'est en 1993 qu'est créé la fonction du juge de la famille. Avant cette date, la tentative de conciliation entre les époux préalables à tout examen d'une affaire en divorce pouvait relever de la compétence de n'importe quel juge, sans aucune condition d'expérience et d'ancienneté. Depuis 1993, la mission d'effectuer la tentative de conciliation est dévolue au JAF. Le JAF est un magistrat du second grade choisi parmi les vice-présidents du président du tribunal de première instance. Cette nouvelle institution a permis d'envisager autrement la relation entre la femme et l'homme dont l'individualité est prise en compte. Cette individualité nous la retrouvons dans les comportements, mais aussi dans la gestion du divorce. Le Juge de la famille (JAF) a un rôle pivot dans le déroulé de la procédure et dans la prise de décisions dans certaines affaires. Dans le premier cas, nous pouvons évoquer l'exemple de la garantie de la notification de l'assignation en divorce. Lorsque l'époux-défendeur (contre lequel est intentée l'action) n'a pas été personnellement touché par la signification, et qu'il ne comparait pas à l'audience de conciliation, le Juge de la famille, pour éviter toute tentative de fraude à la loi, il est dans l'obligation de veiller à faire parvenir l'assignation personnellement. Toute manœuvre qui a pour but d'empêcher la notification de

⁷¹⁹ Art. 66 du CFA

⁷²⁰ Art. 62. « *Le droit de garde (hadana) consiste en l'entretien, la scolarisation et l'éducation de l'enfant dans la religion de son père ainsi qu'en la sauvegarde de sa santé physique et morale. Le titulaire de ce droit doit être apte à en assurer la charge.* »

⁷²¹ « Art. 67. — Le droit de garde cesse lorsque sa ou son titulaire ne remplit plus l'une des conditions prévues à l'article 62 ci-dessus.

Le travail de la femme ne peut constituer un motif de déchéance du droit de garde. Toutefois, il sera tenu compte, dans tous les cas, de l'intérêt de l'enfant ».

l'assignation à l'époux-défendeur est sanctionnée par la loi. En ce sens, l'article 32 bis de la CSP introduit par la loi du 12 juillet 1993 érige ce manquement en un délit⁷²². Dans la seconde hypothèse où le juge dispose d'un rôle important dans la gestion du divorce et la prise en compte de l'individualité, nous allons évoquer l'exemple de la conciliation. Dans le droit tunisien, il existe une multiplication du nombre des séances de conciliation. Le législateur a prévu trois audiences de conciliation qui doivent être séparées par l'intervalle d'un mois, lorsqu'il existe un ou plusieurs enfants mineurs. Le but est de donner un délai de réflexion conséquent aux époux au vu d'un éventuel retour sur leur décision de divorce et, le cas échéant, trouver un accord sur les mesures relatives au logement, la garde des enfants, leur visite et la pension alimentaire. Le Juge de la famille prend aussi des mesures urgentes. Il est chargé de prendre ce type de mesures lorsqu'il s'agit de la garde des enfants, du droit de visite, la pension alimentaire de l'épouse et des enfants et ainsi que la résidence des époux en instance de divorce. Ainsi, les rapports et les droits des parents sont encadrés.

§2. La question de l'élargissement de l'égalité en matière successorale

175. Le débat controversé sur les successions. Prolonger les dispositions du droit classique musulman et garantir le droit des successions selon la règle islamique sont deux potentiels effets de l'ambiguïté de la Constitution tunisienne. L'égalité homme-femme est consacrée dans la Constitution pour anticiper les inégalités de fait. Elle offre au législateur la possibilité de mettre en œuvre l'égalité homme-femme malgré l'existence de dispositions concurrentes dans la Constitution. Cette anticipation cache parfois une intention d'éviter le débat sur la question successorale. L'égalité homme-femme prend principalement la forme d'une disposition déclarative qui consacre l'égalité homme-femme dans tous les domaines, mais tout en respectant « le sacré ». L'Etat est garant du contenu de la Constitution et il est le gardien du sacré. Il possède clairement la capacité de verrouiller la diffusion de l'égalité homme-femme, voire à tout le moins, la capacité de brider l'égalité des droits qui pourrait s'y exercer. En utilisant une méthode hypothético-déductive, nous allons essayer de démontrer que l'objectif principal de ces dispositions consiste très souvent à éluder le degré d'incertitude, voire de crainte devant la diffusion sans réserve du droit à l'égalité homme-femme. Avec l'existence de ces dispositions, le législateur, en collusion avec les partis politiques, arrivera non seulement à

⁷²² Article 32 bis dispose : « Est passible d'une peine d'emprisonnement d'un an, celui des époux qui use de manœuvres frauduleuses dans le but d'empêcher que la signification ne parvienne à son conjoint ».

prolonger le monopole des dispositions islamiques en matières successorales, mais aussi à consolider la principale limite législative en matière d'égalité homme-femme. Toutefois, on constate depuis deux ans qu'il existe un véritable amorçage de la mise en conformité de la loi ordinaire à la Constitution. Il s'agit du débat controversé des successions. Nous nous efforcerons donc de démontrer notre assertion par l'utilisation d'une méthodologie juridique solide et éprouvée.

176. L'égalité dans le domaine successoral doit être analysée dans un ordre juridique global qui semble ne pas avoir pour finalité une conception réelle de la justice. Pour ce faire, nous nous concentrerons tout d'abord sur la complexité du régime musulman des successions (A) avant d'examiner les effets inégalitaires et inconstitutionnels du droit des successions (B).

A) La complexité du droit des successions

177. La complexité du droit des successions remet en cause la nature même du droit, qui peut aller jusqu'à sa capacité à rechercher des solutions qui assurent la prise en considération de l'interaction entre systèmes dynamiques⁷²³. La complexité du droit des successions se caractérise non pas par son caractère unidimensionnel, mais parce que ce droit associe des systèmes de nature différente qui ne peuvent se méconnaître⁷²⁴. C'est pourquoi nous soutenons l'idée que la mise en œuvre de l'égalité homme-femme en matière socio-économique est entravée. Cette entrave s'explique par la persistance d'une dualité normative (1) qui a pour effet d'accorder un caractère immuable à l'inégalité successorale (2).

1) L'existence d'une dualité normative

⁷²³ G. RABU, « La mondialisation et le droit : éléments macrojuridiques de convergence des régimes juridiques », *Revue internationale de droit économique*, 2008/3 (t. XXII, 3), pp.335-356 ; Y. TANGUY, A.-J. ARNAUD, *Droit, société et complexité*, table-ronde, Disponible sur [<http://www.reds.msh-paris.fr/communication/textes/poitiers.htm#>]

⁷²⁴ Y. BEN ACHOUR, « *L'articulation du droit musulman et du droit étatique dans le monde arabe actuel* » in *Lectures contemporaines du droit islamique* (dir. F. FREGOSI), Presses Universitaires de Starsbourg, 2004, p. 111.

178. Dans cette relation de dualité normative⁷²⁵, l'égalité successorale s'est longtemps présentée sous une forme sacrée, marquant la limite juridique du droit positif tunisien. Cette dualité met le système juridique en situation de concurrence avec d'autres systèmes normatifs. Cette concurrence va rendre difficile la délimitation des frontières de ce qui constitue une source formelle du droit et ce qui ne le constitue pas. C'est de cette interrogation sur l'existence d'une cohabitation des normativités qu'est née la réflexion assez polémique sur l'inter-normativité dont le CSP à travers son droit successoral est une illustration.

179. Le Professeur BEN ACHOUR considère que le CSP n'est « pas totalement » un code laïc, « mais qu'il est très peu »⁷²⁶ un code de droit musulman⁷²⁷. À la question de savoir si le code est laïque ou religieux, nous répondrons que sur le plan de son adoption, qu'il est le produit d'un État civil dont le régime politique de l'époque avait adopté une approche laïque, dans la pratique institutionnelle post-indépendance de 1956. Sur le plan substantiel, les règles étant explicites et traduites dans l'ordre du droit positif, elles restent aussi le produit d'un processus législatif dépourvu de tout caractère religieux. Seules la référence et l'inspiration de la règle restent religieuses. Néanmoins, le fait de garder aussi longtemps une disposition inégalitaire dans le système juridique tunisien pour des considérations de compatibilité religieuse n'érigerait-elle pas la religion en constituant l'ordre public tunisien au détriment du principe d'égalité homme-femme ?

180. Les filles et les fils disposent du même degré de parenté. C'est pourquoi ils doivent être traités de manière égale en attribuant à la fille la même quote-part que celle qui revient au fils. Placés dans des situations comparables et identiques, ils doivent disposer des mêmes droits. De ce fait, le droit va donner une véritable substance au principe d'égalité des sexes qui est érigé au rang de principe constitutionnel, et ainsi dépasser le caractère déclaratoire de ce droit fondamental. Où l'on voit se confirmer le jugement suivant du Professeur Mezghani : « la confusion entre le religieux et le juridique fut une construction historique et leurs séparations

⁷²⁵ On entend la dualité normative comme étant les sources de références de la structure juridique tunisienne. Elles sont déterminées par la présence simultanée de règles juridiques qui s'inspirent du Coran et par celles héritées du colonialisme et de l'importation volontaire de systèmes étrangers,

⁷²⁶ Y. BEN ACHOUR, « L'articulation du droit musulman et du droit étatique dans le monde arabe actuel » in *Lectures contemporaines du droit islamique* (dir. F. FREGOSI), Presses Universitaires de Strasbourg, 2004, p. 111.

⁷²⁷ S. PAPI *La pérennité de l'Islam et l'influence occidentale dans l'ordre juridique du Maghreb, (Algérie, Libye, Maroc, Mauritanie et Tunisie)*, Thèse de doctorat, Université de Nice Sophia-Antipolis, CHARVIN (Robert), dir., 2004.

sont l'effet d'une déconstruction de l'histoire »⁷²⁸. De même, il faut admettre que les inégalités homme-femme sont aussi fondées sur leur caractère historique. Elles doivent faire l'objet d'une déconstruction, au sens de critique de ce concept. Cette déconstruction ne peut s'inscrire qu'à travers un courant rationnel, déjà incarné par Tahar Hadad et par Averroès (*Ibn Rushd*) qui admettait qu'il était possible d'adapter les normes et le cadre juridique par rapport aux changements sociaux. Cette adaptation n'était possible que dans le cadre de la religion et non pas en dehors de cette dernière. La légitimité de la redécouverte de la norme juridique ne pouvait que se fonder sur l'interprétation du texte religieux. Autrement dit, la remise en cause du caractère inégalitaire de la règle passe toujours par une légitimation religieuse de la norme. Cette logique n'entre pas dans celle du droit séculier alors même que la création du Code émane des instances étatiques, institutionnelles à caractère civile.

181. Certains estiment que nous sommes tous simplement en présence d'un décalage entre la norme et la réalité sociale, voire d'un « anachronisme de la règle »⁷²⁹. Néanmoins, c'est à de multiples occasions que « les juges du fond ont, à plusieurs reprises, affirmé que la liberté de religion est un principe fondateur de l'ordre juridique tunisien et que la foi, relevant de l'intime conviction, ne peut être invoquée, ni prouvée, ni fonder l'exercice d'un droit »⁷³⁰. En légitimant les décisions sur un « répertoire islamique »⁷³¹, le juge contribue à son « intériorisation »⁷³².

182. En ce sens, l'arrêt de la Cour d'appel de Nabeul de 2009⁷³³ en se fondant sur le corpus islamique (versets du coran et hadiths) a reconnu la possibilité de successions entre musulman et non-musulman. Dès lors, le juge confirmerait « la reconnaissance par l'ordre juridique positif les religions du Livre »⁷³⁴, c'est-à-dire les deux autres religions monothéistes⁷³⁵. Des références au droit public musulman ont été choisies par le juge lorsqu'il le pouvait. En effet, le professeur Charfi déclare que « Les magistrats, presque tous de formation traditionnelle, l'ont mal reçu. Bien sûr, ils ne l'ont pas mis hors la loi. Ils l'ont appliqué dans ses dispositions les plus claires : abolition de la polygamie et de la répudiation... Mais dès qu'une disposition prêtait à équivoque

⁷²⁸ A. MEZGHANI, K. MEZIOU-DOURAÏ, *L'égalité entre les hommes et les femmes en droit successoral*, Sud Editions-Tunis, 2006, p. 56.

⁷²⁹ *Ibid.*

⁷³⁰ M. BEN JÉMIA, « Le juge tunisien et la légitimation de l'ordre juridique » in *La Charia aujourd'hui : Usages de la référence au droit islamique* (dir. B. DUPRET), La Découverte, 2012, p. 153, spéc. p. 163.

⁷³¹ *Ibid.*

⁷³² *Ibid.*

⁷³³ C. Cass, n° 31115 du 5 février 2009, Bull. C. Cass. 2009, p. 1, p. 291. RJL, mars 2009, p. 91.

⁷³⁴ M. BEN JÉMIA, « Le juge tunisien et la légitimation de l'ordre juridique », *op. cit.*, p. 162.

⁷³⁵ Elle découle selon M. BEN JÉMIA de l'article 292 du code de procédure civile et commerciale.

et exigeait une interprétation, ils en ont profité pour revenir au droit musulman. Il en est ainsi pour les questions de divorce, de filiation, de garde des enfants, de disparité de religions en matière de mariage et de successions, et dans les conflits internationaux... »⁷³⁶

183. D'ailleurs, certains concepts du droit des successions sont directement puisés dans le *fiqh islamique dans le cadre du statut personnel*⁷³⁷. Par la suite, dans la pratique, la doctrine constate une sécularisation progressive du droit musulman qui s'explique par le phénomène de la diversité et la disparité de culte en droit de la famille, tout particulièrement en matière de successions et de la garde des enfants. Puis, cette sécularisation va s'étendre à d'autres domaines, tels que la question du mariage de la Tunisienne avec un non-musulman.

2) *Le caractère immuable de l'inégalité successorale*

184. Le caractère sacré du référent religieux en matière de droit des successions lui confère une « nature immuable »⁷³⁸. Les Professeurs Mezghani et Meziou-Douraï relèvent que la réinterprétation possible de cette norme successorale en faveur de l'égalité reste « difficile » pour deux raisons principales. Tout d'abord, son caractère sacré lui donne une forme de légitimité religieuse. Ensuite, son application dans le temps⁷³⁹ lui confère une légitimité historique. Aussi, la continuité de son application a constitué une tradition juridique qui a complètement lié la main du législateur et des juges qui auraient voulu procéder à une quelconque réforme, depuis le XIXe siècle⁷⁴⁰ jusqu'au 13 août 2018. Date à laquelle Beji Caid El Sebssi dépose un projet de loi devant l'Assemblée nationale relatif à l'égalité successorale.

185. Tout comme le Code civil français a voulu opérer une unification législative du droit des successions, le droit positif tunisien⁷⁴¹ aura cette même vocation sans pour autant ambitionner l'égalité et l'uniformité au sein du CSP. Si aujourd'hui en France, filles et garçons

⁷³⁶ M. CHARFI, *Islam et liberté, le malentendu historique*, Albin Michel, 1998, p. 216

⁷³⁷ C'est le cas du terme même *aceb* qui désigne la parenté par les hommes) en arabe F. BELKANI, « La jurisprudence civile et le *fiqh* islamique » in *Cinquante ans de jurisprudence civile, 1959-2009* (dir. M. CHARFEDDINE), CPU, Tunis, (en langue arabe).

⁷³⁸ A. MEZGHANI, K. MEZIOU-DOURAÏ, *L'égalité entre les hommes et les femmes en droit successoral*, Sud Editions-Tunis, 2006, p. 22.

⁷³⁹ Quatorze siècles. A. MEZGHANI, K. MEZIOU-DOURAÏ, *L'égalité entre les hommes et les femmes en droit successoral*, Sud Editions-Tunis, 2006, p. 22.

⁷⁴⁰ *Ibid.*

⁷⁴¹ M. ZEGHAL, « État et marché des biens religieux. Les voies égyptiennes et tunisiennes », in *Critique Internationale* 1999, n° 5, pp. 75-95

ont les mêmes droits dans la succession, car le partage est effectué de manière égalitaire, ce n'est toujours pas le cas en Tunisie. Néanmoins, nous pouvons noter que ce n'est qu'avec la loi française du 3 décembre 2001⁷⁴², que le conjoint survivant, notamment l'épouse, est considéré comme héritier. Avant cette réforme, le système français s'inspirait d'une tradition qui remontait au Code civil napoléonien et consistait à n'admettre que le conjoint survivant ne puisse hériter que dans un seul cas : en l'absence d'héritiers jusqu'au douzième degré. Progressivement, le législateur a amélioré la condition du conjoint survivant⁷⁴³. Pour des raisons d'évolutions économiques, sociales et culturelles inhérentes à la famille, la loi de 2001 vient apporter « un rééquilibrage de la place du conjoint survivant », en lui accordant une vocation dans la succession d'un quart de la succession en usufruit, sans lui accorder le rang d'héritier. Il faudra attendre la loi du 23 juin 2006 pour que cela puisse être autorisé⁷⁴⁴.

186. Initialement, dans la tradition arabe, les classements d'héritiers se font par catégorie de parts⁷⁴⁵. Ils mettent dans la même catégorie tous ceux qui ont droit à la même part, *quels que soient leur origine et leur rang parmi les héritiers*.⁷⁴⁶ Cette tradition arabe favorisait les hommes, car ils étaient les seuls bénéficiaires de la succession au sein de la famille, ainsi que ceux qui étaient unis par un pacte de fraternité à ses hommes de la famille. Cette tradition a connu des évolutions. Parmi ces évolutions, il existe celle réalisée par le prophète Mohamad qui a voulu améliorer la situation des femmes. C'est ce qui a conduit à la création de deux catégories d'héritiers.⁷⁴⁷ En droit des successions, deux éléments sont nécessaires pour ouvrir la succession.

187. Tout d'abord, elle ne s'ouvre qu'à la mort du *de cuius*. Ensuite, il doit exister un héritier. Néanmoins, le droit positif tunisien prévoit la possibilité pour une personne de son vivant de

⁷⁴² Loi n° 2001-1135 du 3 décembre 2001 relative aux droits du conjoint survivant et des enfants adultérins et modernisant diverses dispositions de droit successoral, JORF, n°281 du 4 décembre 2001.

⁷⁴³ « Loi du 9 mars 1891 reconnaît un droit limité d'usufruit sur la succession, variable selon le degré de parenté des autres successibles avec le défunt ; Son rang d'inscription dans la succession est ramené par la loi du 31 décembre 1917 du douzième au sixième ; Le conjoint survivant accède ensuite, avec les lois du 3 décembre 1930 et du 26 mars 1957 à des droits en pleine propriété sur la succession, même en l'absence de testament, à la condition cependant qu'il n'y ait plus d'ascendants et de collatéraux dans au moins une ligne successorale. En revanche, il ne se voyait reconnaître aucun droit particulier sur le domicile commun, le régime matrimonial étant censé y pourvoir en lui permettant de recevoir, dans le cas d'une communauté, la moitié des biens communs ». Rapport d'information n° 476 (2010-2011), « le bilan d'application de la loi du 3 décembre 2001 sur les droits du conjoint survivant » de D. LEGGE, J. MÉZARD, fait au nom de la commission des lois, déposé le 27 avril 2011.

⁷⁴⁴ Loi française n° 2006-728 du 23 juin 2006 portant réforme des successions en France, JORF le 24 juin 2006.

⁷⁴⁵ Voy. en ce sens R. JAMBU MERLIN, *Le droit privé en Tunisie*, LGDJ, 1960, p. 273, spéc. section VI les successions.

⁷⁴⁶ *Ibid.*, p.274.

⁷⁴⁷ *Ibidem.* p. 273

partager ses biens au moyen de la donation. Autrement dit, les règles inégalitaires de la loi peuvent être contournées dans le domaine.

188. Par ailleurs, L'article 89 du CSP prévoit deux catégories de personnes successibles : les héritiers réservataires et les héritiers agnats. Tout d'abord, les héritiers réservataires⁷⁴⁸, nommés en arabe *faradh*, constituent les héritiers qui ont droit à une quote-part déterminée par la loi⁷⁴⁹ et qui varient suivant la présence et le nombre d'autres héritiers. Ils sont prioritaires dans le partage de la succession.

189. Ensuite, les héritiers agnats que la langue arabe désigne d'*aceb* constituent les parents du *de cuius* de sexe masculin et exclusivement de sexe masculin qui lui sont liés par des hommes et seulement par des hommes⁷⁵⁰. Ils vont pouvoir recueillir le restant de la succession après que les héritiers prioritaires ont disposé de leurs parts de l'héritage. Autrement dit, les héritiers *aceb* qui représentent les hommes ont vocation générale à toute la succession alors que les seconds héritiers qui représentent pour la plupart des femmes ont droit à des parts fixes plafonnées⁷⁵¹.

190. En outre, dans un premier temps, le droit successoral tunisien est différent par rapport au droit successoral français en ceci : en Tunisie il n'existe pas d'ordre d'héritiers qui exclut un autre ordre. Par conséquent, les descendants de la même manière que les ascendants, l'épouse, l'époux et les collatéraux peuvent recueillir ensemble des quotes-parts d'héritage qui sont fixées par la loi. C'est elle qui détermine ces derniers héritiers et ils sont identifiés comme les héritiers réservataires constituant le premier ordre prioritaire des cohéritiers puisqu'ils vont recueillir en priorité le partage de la succession. En clair, ce qui différencie le droit successoral tunisien du droit successoral français, c'est qu'en Tunisie aucun ordre d'héritiers n'exclut un autre ordre d'héritiers, si bien que les descendants, comme les ascendants, l'épouse, le mari et les collatéraux peuvent recueillir ensemble des quotes-parts d'héritage fixées par la loi. Ensuite, après l'affectation de l'héritage aux héritiers réservataires, s'il reste un reliquat de la succession, ce reliquat doit être partagé sur les héritiers agnats qui sont déterminés par la loi et qui constituent le deuxième ordre de co-héritiers. Dans un second temps, une fois que l'héritage est

⁷⁴⁸ Article 90 du CSP.

⁷⁴⁹ Article 91 du CSP. Les quotes-parts successorales sont au nombre de six : la moitié, le quart, le huitième, les deux tiers, le tiers et le sixième.

⁷⁵⁰ Cette catégorie d'héritiers est composée de l'oncle consanguin et de ses fils, de l'oncle germain et de ses fils, des frères germains et consanguins et de leurs fils.

⁷⁵¹ Elles ne peuvent jamais dépasser la part fixée.

affecté aux héritiers réservataires, dans le cas où il resterait un reliquat de la succession, celui-ci est réparti entre les héritiers agnats, car ils sont déterminés par la loi comme constituant le deuxième ordre de co-héritiers.

B) Les effets inégalitaires du régime successoral

191. Ces effets inégalitaires se justifient au regard de la substance (1) même de ce droit, mais également au regard de sa finalité (2).

1) Au regard de la substance

192. Les dispositions relatives au droit successoral sont hautement inégalitaires. Le CSP en matière d'héritage prescrit le droit d'accorder à la fille le droit d'hériter de la moitié de la part reçue d'un homme par ses parents. Autrement dit, l'héritier reçoit une part double de celle de l'héritière. Le législateur est intervenu pour atténuer cette inégalité en permettant aux filles de bénéficier d'un rang préférentiel par rapport aux *agnats*⁷⁵².

⁷⁵² Réforme de 1959 exclut de la succession les frères, neveux ou cousins, lorsque la descendance du défunt est exclusivement féminine.

De même, entre époux, dans la plupart des pays maghrébins⁷⁵³, l'épouse non musulmane n'a pas le droit de recevoir un héritage⁷⁵⁴. En Tunisie, il faut attendre l'année 1999⁷⁵⁵ pour que la jurisprudence opère un véritable revirement dans le domaine⁷⁵⁶. La Cour de cassation dans le célèbre arrêt *Thouraya* juge que la différence de religion ne constitue pas un empêchement à la successibilité de la femme mariée à un non-musulman⁷⁵⁷. En effet, la Cour d'appel de Tunis a confirmé, dans un premier temps dans son arrêt du 6 janvier 2004, qu'en accordant aux seuls Tunisiens la possibilité de se marier avec des non-musulmanes sans accorder ce droit aux femmes était contraire au principe d'égalité consacré par l'ancien article 6 de la Constitution de 1959⁷⁵⁸. Puis, dans un second temps, elle valide cette interprétation dans deux jurisprudences successives. En ce sens, la Cour de cassation dans un premier arrêt du 20 décembre 2004⁷⁵⁹ et

⁷⁵³ De manière plus générale cette interdiction existe dans les pays arabes. À titre d'exemple la note de bas de page illustrative de l'article de S. PAPI, « De quelques discriminations juridiques à l'égard des femmes musulmanes dans certains pays arabes », RDL, 2016, chron.n°17. n.b.p. n° 61 ; « Code algérien de la famille, art. 30 alinéa 5. Code marocain de la famille, art. 39 alinéa 4. Code de statut personnel mauritanien, art. 46. Code de statut personnel syrien du 7 septembre 1953 (loi N° 59 de l'année 1953 amendé par la loi N° 34 de l'année 1975), art. 48. Code du statut personnel jordanien de 1976 amendé en 2001, art.33, al. 1^{er}. Loi sur le statut personnel koweïtien (1984), art. 18-2. Egypte : art. 122 du code de Qadri Pacha. La revue « Al Hidayah », publiée par le ministère de la justice et des affaires islamiques de Bahreïn, a déclaré en 1993 dans une réponse au courrier des lecteurs : « Celui qui commet l'adultère ou a des rapports sexuels avec une femme musulmane en vertu d'un contrat de mariage, viole le traité de paix entre lui et les musulmans (*naqada al'adh*) ; il est licite de verser son sang ; ses biens reviennent aux musulmans ; il doit être tué même s'il devient musulman ». (*Al hidayah* (Bahreïn), n°190 juin 1993, p. 94, cité par Aldeeb Abu Sahlieh Sami Awad, *Les musulmans face aux droits de l'homme : religion, droit et politique*, Bochum, Verlag Ed., 1994, p. 131) ».

⁷⁵⁴ Cette position a été consacrée en Tunisie par la jurisprudence. La Cour de cassation en 1996 a considéré dans un arrêt dit « Houria » qu'en application de l'article 88 du CSP, les épouses non musulmanes sont exclues de la succession de leur époux musulman. En effet elle considère dans un attendu « qu'il est incontestable que la femme musulmane qui épouse un non-musulman commet un péché impardonnable, que la loi islamique tient un tel mariage pour nul et non avenu ». Cour de cassation, Civ. n° 3384 du 31 janvier 1966 « Houria » : RJL, n° 6, 1967, p. 37 ; *Revue tunisienne de droit*, 1968, p. 114, note E. de Lagrange ; Cette interdiction a conduit à une sanction pénale des époux d'un mariage mixte : C. Cass., arrêt pénal n°7795 du 27 juin 1973, in bulletin C. Cass., partie pénale, 1973, p. 21 : « 1. Si deux personnes, une femme musulmane et un homme italien se sont mis d'accord sur le mariage entre eux et ceci s'est concrétisé hors des formalités requises par la loi, alors la disparité de culte n'empêche pas de constituer le crime par application de la loi du 1er août 1957 » ; « 2. Le mariage de la musulmane est un mariage concret contracté hors des formes légales, qui n'est pas reconnu par la loi et nécessite une sanction ».

⁷⁵⁵ Dans un jugement en date du 29 juin 1999, le tribunal de 1^{ère} instance de Tunis reconnaît la validité du mariage mixte (Tunisienne musulmane et étranger non-musulman), en l'espèce un mariage contracté entre une tunisienne musulmane et un belge non-musulman. Le juge considère que le mariage entre une musulmane et un non-musulman ne constitue pas l'un des empêchements au mariage prévus par le CSP. TPI Tunis, 29 juin 1999, affaire n°26-855 : note de S. BEN ACHOUR, in *Revue Tunisienne de Droit*, 2000, pp. 403 - 424 ; S. BEN HALIMA, « Religion et personnel en Tunisie », in *Revue Tunisienne de Droit*, 2000, pp. 107 - 138.

⁷⁵⁶ Nous rappelons que le CSP ne prévoit aucune disposition expresse qui énonce l'interdiction au droit à l'héritage d'un non musulman. Pour opérer le revirement de jurisprudence, les tribunaux ont fait prévaloir une interprétation progressiste du CSP en admettant la suprématie des Conventions internationales ratifiées par la Tunisie, notamment la CEDAW conformément aux exigences de l'ancienne Constitution de 1959. A titre d'exemple, l'arrêt de la Cour de cassation n° 31115 du 5 février 2009.

⁷⁵⁷ C A, Tunis, n° 120, 6 janvier 2004, RJL, mars 2009, p. 187.

⁷⁵⁸ M. BEN JEMIA, « Non-discrimination religieuse et code du statut personnel tunisien », in *Revue Franco-Maghrébine de Droit*, n°15, 2007, p. 211.

⁷⁵⁹ Cass. civ. n°3843-2004, 20 déc. 2004, in JDI, n°4, oct. 2005, 17, p. 1193, note S. BEN ACHOUR.

dans un second du 5 février 2009⁷⁶⁰. Pour motiver ses décisions la Cour valide son interprétation en se référant aux droits fondamentaux consacrés par les traités internationaux ratifiés par la Tunisie qui ont une valeur supra-législative et infra-constitutionnel dans la hiérarchie des normes. Ces dispositions du droit musulman sont reprises aux articles 85 à 152 du Code du statut personnel⁷⁶¹.

193. Il n'existe aucune mesure à caractère compensatoire dans le cadre du droit de succession en Tunisie. De la même manière, le legs est interdit lorsqu'il est fait au profit d'un héritier⁷⁶². Par ailleurs, il ne peut s'exécuter que dans le cas où les héritiers donnent leur consentement postérieurement au décès du testateur conformément à l'article 179 du CSP⁷⁶³. De la même manière, l'égalité ne pourrait être rétablie si les filles en tant que catégorie d'héritiers ne peuvent faire l'objet d'aucune mesure législative dérogatoire⁷⁶⁴. Autrement dit, aucune mesure de discriminations positives ne peut être envisagée et les femmes ne peuvent revendiquer un droit à la compensation face au fils. Par ailleurs, l'absence de régime dérogatoire s'accompagne de mesures dissuasives⁷⁶⁵ à l'égard des fils qui souhaiteraient avoir recours à des subterfuges par leurs renonciations à l'héritage au bénéfice de leurs sœurs par exemple⁷⁶⁶.

2) *Au regard de sa finalité*

194. Soutenu par le Parti politique du *Tedjdid*⁷⁶⁷, Tahar Hadad « s'est donné le droit d'examiner la *Charia* et de la comprendre en fonction des besoins des musulmans et de l'esprit

⁷⁶⁰ C. Cass. civ., 5 févr. 2009, in ASJ, 2009, p. 195, note M. GHAZOUANI.

⁷⁶¹ Il n'existe pas de véritable contentieux en matière de règles de répartition de l'héritage et de détermination du cercle des successibles. En effet, rares sont les décisions de justice qui portent sur cette question. Néanmoins, nous pouvons citer une décision inédite rendue par le Tribunal de première instance de *Zaghouan* relative à une contestation portant sur la détermination du cercle des héritiers, d'une part, et de l'établissement de l'acte de décès, d'autres part.

En l'espèce, l'acte de décès contesté reconnaît la fille unique du *de cuius* en tant que seule héritière. Ainsi, la Cour doit écarter l'État de la succession. Pour ce faire, le Tribunal se fonde sur des règles du droit musulman applicables aux successions ouvertes avant la promulgation du CSP. Les requérants allèguent qu'au même titre que la fille unique, l'État est inscrit parmi les héritiers. La Cour estime que seule la fille unique peut se prévaloir de l'intégralité de la succession de sa mère et en conséquence, elle « évince l'État du champ des successibles ». Les requérants sont donc déboutés de leur demande. Collectif 95 Maghreb Égalité, *Égalité dans l'héritage l'autonomie économique des femmes*, Publications du Collectif 95 Maghreb Égalité, Tunisie, novembre 2014, p. 57.

⁷⁶² A. MEZGHANI, K. MEZIOU-DOURAÏ, *L'égalité entre les hommes et les femmes en droit successoral*, Sud Editions-Tunis, 2006, p. 21.

⁷⁶³ *Ibid.*

⁷⁶⁴ *Ibid.*

⁷⁶⁵ Taxations spécifiques qui sont prévus dans les hypothèses de donation, en particulier entre frères et sœurs. A. MEZGHANI, K. MEZIOU-DOURAÏ, *L'égalité entre les hommes et les femmes en droit successoral*, Sud Editions-Tunis, 2006, p. 21.

⁷⁶⁶ *Ibid.*

⁷⁶⁷ Ce mot signifie renouvellement et il se rapporte à celui de la religion.

de l'époque, même si sa réflexion est fautive »⁷⁶⁸. Il restera convaincu, à raison, malgré l'hostilité dirigée contre sa personne ainsi que les persécutions que « [...] cette opinion, si elle est accueillie avec hostilité, aujourd'hui, par des groupements, pour des objectifs différents, ne tardera pas à paraître après cinq ou dix ans comme une opinion juste, sinon indispensable à notre vie, opinion qui se développera au fil des jours »⁷⁶⁹.

195. Tahar Hadad⁷⁷⁰, qui est l'une des personnes à l'origine de la création du premier syndicat tunisien autonome, la Confédération Générale des Travailleurs Tunisiens (C.G.T.T)⁷⁷¹ considère que l'inégalité des femmes n'est conforme ni à l'une des finalités de l'Islam, c'est-à-dire la justice, ni à son esprit (paix et harmonie). S'appuyant sur des considérations sociologiques sur l'historicisation des solutions du droit musulman, il considère que le droit est un vecteur de changement, de transformation de société puisqu'il peut mettre fin à des résistances au sein du système social. Autrement dit, le droit à travers son système normatif peut réaliser le progrès social par la libération de la femme ainsi que par son insertion effective dans la société, en l'érigeant en actrice à part entière du système politique et social, la femme doit disposer des mêmes droits que l'homme.

196. La nouvelle réalité sociale va être perçue comme un élément de confusion dans le rôle politique du droit comme outils dynamiques de transformation. Cet outil permettrait aux acteurs sociaux de définir la place et le rôle de la femme dans la *Charia* et ainsi, de définir dans une dynamique de mouvement la manière dont la société conçoit et perçoit la femme dans la société. À cet égard, les rapports que le droit successoral entretient avec les phénomènes sociologiques touchant à l'évolution de la représentation des rapports et des rôles des femmes et des hommes constituent un exemple pertinent du caractère complexe de ce droit et permet de répondre à ce questionnement : est-il possible d'ordonner le multiple et d'admettre le pluralisme des sources⁷⁷² du droit des successions sans remettre en cause le but d'un droit commun ? En se détachant de l'analyse littérale de la norme au profit d'une analyse selon l'esprit de la loi et de sa finalité, nous pourrions transcender les rapports homme-femme et ainsi envisager l'égalité réelle. De ce constat, il découle que le point de départ consistant à dire que la règle est claire et

⁷⁶⁸ M. LELONG, « Haddad et la civilisation du travail », *IBLA* 1962, vol. 97, pp. 31-48.

⁷⁶⁹ *Ibid.*

⁷⁷⁰ T. Haddad fut publiciste et militant actif dans le mouvement de libération nationale (1898-1835).

⁷⁷¹ N. SRAIEB, « Islam, réformisme et condition féminine en Tunisie : Tahar Haddad (1898-1835) *Clio, Femmes, Genre, Histoire* [en ligne], 9 | 1999, mis en ligne le 21 mars 2003, consulté le 23 avril 2019. Disponible sur [<http://journals.openedition.org/clio/285>].

⁷⁷² Voy. sur le sujet, R. SANTI, *L'Ordre juridique*, Paris, Dalloz, 1975. 174 pages

insusceptible d'interprétation provient lui-même d'une construction humaine et d'un fait historique. Elle n'est pas vérité absolue pour tous.

197. C'est toujours dans le cadre de l'adhésion d'une légitimité religieuse que le CSP sera présenté « comme étant l'exemple typique de la possibilité de modernisation dans la fidélité à la religion musulmane »⁷⁷³. Pourquoi ? Parce que le droit des successions trouve son origine et ses fondements dans le Coran. Le Coran qui constitue, selon les musulmans et le droit public musulman, la « parole divine ». Il consacre à travers cette parole, le message de l'*Islam*. Le mot « *Islam* » trouve sa racine arabe dans le mot « *salam* » qui signifie paix et harmonie. Cette exigence d'harmonie a pendant longtemps structuré l'ordre social traditionnel ainsi que les pratiques sociales et les schémas de pensée⁷⁷⁴. Mais selon la jurisprudence islamique « les femmes ont été créées à partir des hommes » ; « les femmes sont inférieures aux hommes » et « les hommes sont les gardiens et les protecteurs des femmes »⁷⁷⁵.

198. Avec la promulgation du Code du statut personnel (ci-après CSP) le 13 août 1956, Bourguiba institutionnalisa, dans un contexte marqué par l'urgence⁷⁷⁶, le droit successoral dans un Code⁷⁷⁷ de la main du législateur et par la seule volonté de l'État. Cette promulgation « hâtive » du CSP ne sera pas sans conséquence sur la société tunisienne, mais également dans les rapports entre le Président de la République et les tribunaux charaïques qui finiront par se sentir menacés dans leur pouvoir et déclenchèrent une fatwa contre Bourguiba le 14 septembre 1956⁷⁷⁸. Ce n'est que par son action autoritaire que le Président finira par dépasser l'inadéquation de la société tunisienne avec ses ambitions de progrès. N'avait-il pas déclaré en 1961 qu'« il est encore des gens qui ne conçoivent pas que la raison doit s'appliquer à toutes choses en ce monde et commander toute activité humaine pour ceux-là, certains domaines — celui de la religion en particulier — doivent échapper à l'emprise de l'intelligence. Mais alors

⁷⁷³ M. CHARFI, *Introduction à l'étude du droit*, Tunis, éd., CERES, 1997, pp. 65 et s.

⁷⁷⁴ D. de COURCELLES, « Traditions sapientielles, équité démocratique : quel développement « vraiment durable » ? », *Vraiment durable* 2012, n° 1, pp. 41-54.

⁷⁷⁵ Voy. sur le sujet : I. CHOUDER, « Féminisme-s islamique-s », *Confluences Méditerranée* 2015, n° 95, pp. 81-90.

⁷⁷⁶ Comme nous l'explique Faiza Tobich, le contexte après indépendance a créé une occasion propice à la promulgation du code qui n'a nécessité seulement que « six ou sept » réunions en conseil des ministres » (M. BORRMANS, *Statut personnel et famille au Maghreb de 1940 à nos jours*, Paris, la Haye, Mouton, 1977, p. 290.). Elle ajoute qu'il n'y a eu aucun débat public pas même de travaux préparatoires. La publication du code se fera donc sans aucune note explicative. F. TOBICH, *Les statuts personnels dans les pays arabes : De l'éclatement à l'harmonisation*, PUAM, 2008, pp. 89-126

⁷⁷⁷ Le droit des successions est inscrit au Livre neuf du CSP et porte comme intitulé « De la succession ».

⁷⁷⁸ F. TOBICH, *Les statuts personnels dans les pays arabes : De l'éclatement à l'harmonisation*. Nouvelle édition, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2008, pp. 89-126

en agissant de la sorte on détruit du même coup la ferveur et la vénération que nous devons à tout ce qui est sacré (...) Comment admettre cet ostracisme contre la raison ? Comment s'abaisser à ce comportement d'animal intelligent ? La religion ne peut pas le commander »⁷⁷⁹. Aussi, dans son idée de la prééminence de la raison sur la pensée de la religion, Bourguiba a-t-il tenté de *laïciser* la société tunisienne⁷⁸⁰. D'ailleurs en 1977 Ghannouchie,⁷⁸¹ qui se hissera à la tête du mouvement islamique réclamera la reconnaissance de la Charia comme source formelle et exclusive du droit et par conséquent l'abrogation du CSP⁷⁸². De là, commence à se dessiner la fracture sociale de la Tunisie entre la conception Bourguibienne⁷⁸³ du droit et celle de Ghannouchi.

199. « Je propose de faire de l'égalité dans l'héritage une loi ». Cette déclaration du Président de la République tunisienne Caïd El Sebsi nous ramène à certains souvenirs de l'ère bourguibiste. Nous avons espéré que la finalité ne serait pas la même, mais l'*Égalité dans l'héritage* a été abandonnée. Selon le Président Kaïes Saïed, le maintien des dispositions inégalitaires en matière successorale se justifie en raison des finalités de l'Islam. En ce sens, il considère que tout ordre juridique musulman doit être conforme aux finalités de la religion. Lors de son discours du 13 août 2020 il affirme que toute législation relevant des pays musulmans se doit de prendre en compte les finalités de l'Islam à travers son corpus juridique ; la *Charia*. Il continue en affirmant que les premières revendications du peuple tunisien et qui par conséquent légitime cette transition démocratique. Le Président Saïed dans son discours du 13 août 2020 affirme que « le texte coranique est clair et n'est pas sujet à interprétation »⁷⁸⁴. Dès lors, « système d'héritage en islam » ne se fonde pas sur le concept de « l'égalité formelle »,

⁷⁷⁹ Discours, Tunis le 8 Février 1961.

⁷⁸⁰ Notamment en 1960 avec l'affaire dite du ramadan. Puis, en constatant l'échec de cet essai, il retira in extremis en 1973 un projet de loi instaurant l'égalité successorale entre frère et sœur.

⁷⁸¹ R. GHANNOUCHIE est le fondateur du mouvement MTI de 1981. Après que la loi sur les partis, promulguée en 1988, a interdit la création de formations politiques se réclamant explicitement de la religion, il prend le nom de Parti An-Nahda (Renaissance). La légalisation de son parti ne lui sera jamais accordé. Il a été depuis exilé à Londres et sera de retour dans l'arène politique au lendemain de la révolution tunisienne au sein du parti du même nom. V. sur le sujet A. WOLF, *Political islam in Tunisia: The history of Ennahda*, London, C. Hurst & Co Publishers Ltd, 2018, 304 p.

⁷⁸² Comme nous l'explique Faiza TOBICH, le contexte après indépendance a créé une occasion propice à la promulgation du code qui n'a nécessité seulement que « six ou sept » réunions en conseil des ministres » (M. BORRMANS, *Statut personnel et famille au Maghreb de 1940 à nos jours*, Paris, la Haye, Mouton, 1977. p. 290.). Elle ajoute qu'il n'y a eu aucun débat public pas même de travaux préparatoires. La publication du code se fera donc sans aucune note explicative. F. TOBICH, *Les statuts personnels dans les pays arabes : De l'éclatement à l'harmonisation*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2008, pp. 89-126.

⁷⁸³ Laïque et moderne. Voy. sur le sujet Y. EL QARADAWI, *L'extrémisme laïc face à l'islam : les cas de la Tunisie et de la Turquie*, Londres, Centre maghrébin de recherche et d'édition, 2001, p. 130 (en arabe).

⁷⁸⁴ V. M. CHERIF FERJANI, « Égalité en héritage et rapport entre État et religion selon le président tunisien Kaïes Saïed. Au sujet de son discours du 13 août 2020 », *Confluences Méditerranée*, vol. 114, no. 3, 2020, pp. 29-37.

mais aussi sur celui de « la justice et l'équité »⁷⁸⁵. À travers son discours, d'aucuns estiment qu'il rejoint la doctrine de certains islamistes notamment sur la question de « la justice sociale en islam »⁷⁸⁶. Que ce soit à travers la culture arabo-musulmane ou dans le cadre de l'organisation tribale berbère, la Tunisie a toujours recherché l'égalité au sein de l'organisation sociale et politique dans laquelle elle se trouvait⁷⁸⁷.

200. L'équité constitue l'une des finalités et des modalités pour obtenir une égalité réelle. Ce concept commun à la tradition juridique française et celle de la Tunisie a toujours été imprégné de l'idée négative qu'elle est synonyme d'arbitraire et d'insécurité juridique. Que ce soit l'*épiki* d'Aristote, l'*aequitas* romaine, le concept reste le *Janus* de la justice en ce qu'il a permis de consacrer l'égalité dans la loi (*aequitas scripta* ou *constituta* chez Thomas d'Aquin) et de consacrer l'égalité par la loi en constituant une correction du droit lorsqu'il est imparfait (Aristote). De la même manière que Saint-Thomas d'Aquin considère l'équité comme une source de charité ou de miséricorde, l'*Istihsan* a pour finalité la recherche de la solution la plus simple tout en préférant la tolérance (*Samaha*) et la bienveillance (*rifq*).

201. De ces origines religieuses, l'équité reste une finalité du principe d'égalité homme-femme en ce qu'elle permet de corriger les inégalités. La question du droit successoral concerne également le droit pour les femmes à pouvoir accéder à la propriété même celle obtenue par l'héritage. Elle rejoint l'idée de justice et du respect des droits économiques et sociaux qui étaient l'une des revendications de la société tunisienne à travers la question de la dignité. Cette dignité de la personne en droit est considérée comme étant un « axiome »⁷⁸⁸. Le Professeur FRABRE-MAGNAN nous le dit clairement : la « dignité apparaît aujourd'hui comme le principe juridique premier »⁷⁸⁹.

⁷⁸⁵ V. M. C. FERJANI, « Égalité en héritage et rapport entre État et religion selon le président tunisien Kaïs Saïed. Au sujet de son discours du 13 août 2020 », *Confluences Méditerranée* 2020, vol. 114, n° 3, pp. 29-37.

⁷⁸⁶ S. QOTB, *La justice sociale en islam*, Editions Al-Biruni, 2003, 399 p.

⁷⁸⁷ Y. LACOSTE, *Ibn Khaldoun : naissance de l'histoire, passé du tiers monde*, Librairie François Maspero 1966.

⁷⁸⁸ M. FABRE-MAGNAN, « La dignité en Droit : un axiome », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, Bruxelles, 2007/1, Vol n°58, pp. 1-30. L'auteur précise dans son article que le dictionnaire Littré caractérise l'axiome par le fait qu'il « exprime une proposition évidente de soi, échappant à toute démonstration, et s'imposant par un principe d'évidence ou autrement de certitude qui entre dans la constitution de l'esprit humain ». Elle nous renvoie à une doctrine portant sur la référence à « l'idée de constitution de l'esprit humain ». Il s'agit de A. SUPIOT, *Homo Juridicus, Essai sur la fonction anthropologique du Droit*, Seuil, La couleur des idées, 2005, en particulier pp. 37 et s.

⁷⁸⁹ M. FABRE-MAGNAN, « La dignité en Droit : un axiome », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, Bruxelles, 2007/1, Vol n°58, pp. 1-30.

CHAPITRE II : LES OBSTACLES STRUCTURELS À L'ÉGALITÉ HOMME-FEMME

202. L'explication d'un double phénomène par le dualisme du structuré. Nous sommes d'avis que le dualisme du structuré et du structurant rend possible, concurremment, de relater et d'expliquer deux phénomènes. Tout d'abord, il nous permettra d'expliquer la mécanique relative à l'organisation, notamment juridico-politique, par l'intermédiaire de l'analyse des processus d'un ensemble d'actions et d'opérations humaines. Cela nous permettra d'expliquer le rôle joué par les structures organisationnelles dans la production et la reproduction des inégalités (**Section 1**). En effet, « l'organisation est source de droits »⁷⁹⁰, « l'organisation juridique » tient compte des « cloisons, des obstacles, des conflits, qui se matérialisent entre les hommes [*et les femmes*], les intérêts ou les normes »⁷⁹¹. Ainsi, l'organisation juridique, qu'elle soit apparente ou non⁷⁹², sert à encourager et à préciser les intérêts et le rapprochement des différents systèmes juridiques en points de convergences⁷⁹³. La dualité inhérente à la notion d'organisation désigne à la fois un phénomène juridique et un phénomène sociologique. Cette dualité n'empêche en rien la relation entre les deux aspects de la notion. Bien au contraire, l'organisation « a été historiquement l'un des lieux de rencontre des juristes et des sociologues »⁷⁹⁴. Cet espace partagé a permis de constater que l'organisation et le droit ont fait l'objet de changements, en gagnant « en souplesse et en complexité »⁷⁹⁵ puisque nos sociétés sont marquées par « un changement qui est devenu permanent, quotidien et accéléré »⁷⁹⁶. C'est dans ce cadre que notre étude s'intéressera aux relations entre organisation et droit et également, de manière indirecte, aux relations entre le droit et la sociologie. Si les frontières entre les deux domaines existent, elles restent souvent difficiles à établir et à déterminer dans le champ de notre étude. En effet, si les deux matières relèvent des sciences sociales, l'objet de notre étude nous invite à nous interroger sur l'existence d'un ordre informel à côté de l'ordre formel. Il s'agit ici de s'intéresser à la question des rapports au droit, qui intervient après importation de

⁷⁹⁰ F. LARONZE, « Les sources du droit revisitées par la notion d'organisation juridique », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 2012, pp. 175-224.

⁷⁹¹ *Ibid.*

⁷⁹² C'est-à-dire codifiée ou non-codifiée.

⁷⁹³ F. LARONZE, *op.cit.*, *loc.cit.*

⁷⁹⁴ V. SIMOULIN, « Droit et sociologie des organisations, frontières organisationnelles et disciplinaires », *Droit et société* 2007, pp. 569-575.

⁷⁹⁵ *Ibid.*

⁷⁹⁶ *Ibid.*

concepts et problématiques construits dans un autre univers culturel et juridique, c'est à dire du système français au système juridique tunisien.

203. Le phénomène de globalisation des systèmes juridiques généralise d'ailleurs des représentations des rapports entre les sexes. Cela a lieu à travers la loi et les catégories juridiques dans lesquelles est enfermé chacun des deux sexes identifiés comme homme ou femme, mis à part le cas des personnes vulnérables, qui sont souvent des femmes. L'étude de l'organisation révélant les mécanismes de création et de reproduction de l'ordre social est au centre de nombreux débats. Elle est à l'œuvre derrière certaines formes d'inégalités et de domination masculine⁷⁹⁷ dans la société.

204. En ce sens, le système juridique et la loi se situent, dans la majorité des cas, bien loin de la réalité, alors que la structure juridique apparaît comme l'expression d'une prise de conscience du réel (**Section 2**). Le principe d'égalité homme-femme en tant que principe de droit n'est pas une simple variable dépendante en ce qu'il ne doit pas négliger « la dimension constitutive qu'il peut jouer dans les pratiques des acteurs »⁷⁹⁸. Autrement dit, nous avons des structures juridiques de base qui sont l'expression d'une culture nationale ou locale avec ses insuffisances et des anachronismes, qui sont limités ou métamorphosés du fait de la globalisation, laquelle apparaît au total comme un facteur d'homogénéisation ou de nivellement.

Section 1 : Le rôle joué par l'État dans la production et la reproduction des inégalités

205. L'État, en tant que structure et acteur a été immanquablement au cœur d'une pratique constante de l'inégalité entre les sexes, de sa pérennisation et de ses renouvellements dans la forme et le *quantum*. Les États ou les gouvernements disposent du pouvoir, d'édicter des règles. Le droit, selon certaines approches, ne peut être créé que par l'État, et il n'est valable pour ce

⁷⁹⁷P. BOURDIEU, *La domination masculine*, Seuil, 1998, ; M. DURU-BELLAT, « Autour du livre de Pierre Bourdieu *La domination masculine* », *Travail, genre et sociétés*, 1999, pp. 222-229 ; P. BOURDIEU, « Nouvelles réflexions sur la domination masculine », *Cahiers du Genre*, 2002, pp. 225-233 ; W. BROWN (dir), « À la recherche de l'homme dans l'État » in *Politiques du stigmat. Pouvoir et liberté dans la modernité avancée*, Presses Universitaires de France, 2016, pp. 217-255 ; A.-M., DEVREUX, *et al.* « La critique féministe et La domination masculine », *Mouvements* 2002, pp. 60-72.

⁷⁹⁸ A. VAUCHEZ, « Entre droit et sciences sociales, retour sur l'histoire du mouvement *Law and Society* », *Genèses* n° 45, 2001, p. 136. Cité par J. PÉLISSE, « A-t-on conscience du droit ? Autour des Legal Consciousness Studies », *Genèses*, vol. n° 59, no. 2, 2005, pp. 114-130.

dernier que si les conditions de légitimité sont respectées⁷⁹⁹. Aussi, l'approche normative de l'organisation lui permet de produire ces règles. Ces dernières constituent le droit, qui est « la règle qui, dans un État social déterminé, s'impose au respect des individus à raison de la sanction dont l'ont assorti les autorités organiquement constituées pour l'exercice de la puissance publique »⁸⁰⁰. Grâce à son pouvoir de sanction et de police, l'État peut imposer la conformité à ses règles, et sanctionner les comportements individuels ou collectifs allant à leur rencontre. De même, à l'aide de son pouvoir normatif — loi et règlement —, des politiques publiques et des organisations notamment juridico-politiques, il génère des règles qui définissent un comportement acceptable ou légitime à tous les niveaux de l'organisation sociale.

206. Au moyen de la politique économique, de la fiscalité, de la dépense et de la redistribution⁸⁰¹, l'État influence la situation économique des différents groupes. En agissant de manière différente selon ces groupes, il peut être créé, maintenu ou exaspéré les inégalités sociales. L'État peut également entraver, déstructurer ou amoindrir l'inégalité sociale en utilisant son pouvoir de façon désordonnée avec ces inégalités⁸⁰².

§ 1. La diffusion du principe

⁷⁹⁹L'ordre juridique est un « système d'organes et non pas de normes », C. de MALBERG, *Confrontation de la théorie de la formation du droit par degrés avec les idées et les institutions consacrées par le droit positif français relativement à sa formation*, Sirey, 1933, p. 166.

⁸⁰⁰ P. DUBOUCHET, *La pensée juridique avant et après le Code civil*, L'Hermès, 1998, p. 269 citant C. DE MALBERG.

⁸⁰¹« Les grands enjeux de la politique fiscale dans les pays de l'OCDE », *Perspectives économiques de l'OCDE*, 2001, pp. 185-203 ; K. HUBERT. « Inégalité, redistribution et politiques publiques », *Idées économiques et sociales* 2008, pp. 26-32 ; N. DUVOUX (Dir.), « Chapitre II - Le retour des inégalités économiques dans les pays développés » in *Les inégalités sociales*, PUF, 2017, pp. 33-55 ; R. PFEFFERKORN « Les politiques publiques et la question de l'égalité homme-femme. Le cas de la France », *Cahiers du Genre* 2002, pp. 87-109. ; F. TALAHITE, « Pour une économie politique genrée des droits de propriété », *Cahiers du Genre*, 2017, pp. 19-42. ; A. WILLEM, O. THEVENON « L'égalité homme-femme comme facteur de croissance économique : que peuvent les politiques ? », *Géoéconomie*, 2016, pp. 141-163 ; L.-A. DIONE. « Composition des dépenses publiques et impacts sur la croissance économique : analyses théoriques et empiriques sur des panels de pays développés, émergents et en voie de développement », *Économies et finances*, Université de Bourgogne, 2016, En ligne : <https://tel.archives-ouvertes.fr/tel-01557695/document>; « Les finances publiques y apparaissent au cœur des processus de construction et de transformation des États ». A. SINE, « Introduction : Gouverner (par) les finances publiques. Perspectives de recherche » in *Gouverner (par) les finances publiques. (dir. P. BEZES)*, Presses de Sciences Po, 2011, pp. 17-111 ; M. BACACHE-BEAUVALLET, et al. « Quelle stratégie pour les dépenses publiques ? », *Notes du conseil d'analyse économique*, 2017, pp. 1-12 ; K. BERNARD, et A. SPIRE, « Les déterminants sociaux du sentiment d'injustice fiscale », *Revue de l'OFCE*, 2019, pp. 19-48 ; A. TOUHAMI, D. BOCCANFUSO, et L. SAVARD, « Politiques économiques, pauvreté et inégalités au Maroc : analyses en équilibre général micro simulé », *Mondes en développement*, 2009, pp. 99-118.

⁸⁰²B. MARQUES-PEREIRA, R. PFEFFERKORN, « Genre, politiques sociales et citoyenneté : enjeux et recompositions. Introduction », *Cahiers du Genre* 2011/3, p. 10 ; Sur la question des effets de l'État sur les rapports sociaux de sexe, J. JENSON et É. LEPINARD, « Penser le genre en science politique. Vers une typologie des usages du concept », *Revue française de science politique*, 2009/2, p. 188.

207. L'État détermine, influence, légitime et sanctionne les opportunités et les droits.

Dans le champ de ses pouvoirs et de ses possibilités, l'État peut agir de manière plus ou moins égalitaire. Ainsi, dans le cadre d'une situation d'inégalité sociale majeure, ceux qui sont avantagés par cette situation auront, dans la majorité des cas, davantage d'influence sur l'État que ceux qui sont désavantagés. L'effet des politiques publiques, considérées dans leur ensemble, affermira la mise en œuvre et la perpétuation de l'inégalité. Ce problème est lié à la question de savoir qui décide, et à cette autre : comment sont décidées ces politiques et actions de l'État ?

208. Ce problème essentiel relève des théories de l'État. Aussi, certains écrits de doctrine désignent, jusqu'à un certain degré, les individus au sein du système étatique, qui prennent des décisions en fonction de leurs intérêts et de leurs perspectives, en tant que membres de l'appareil d'État, mais également en fonction d'intérêts et influences extérieures, notamment économiques. L'État et les acteurs politiques qui composent la structure gouvernementale ont également leurs propres intérêts, dont celui qui consiste à préserver leur pouvoir. Ces intérêts ne sont pas nécessairement convergents avec ceux des groupes sociaux dominants extérieurs au gouvernement. Dans ce cadre général, l'État, les individus, mais aussi les activités au sein de l'État, peuvent soutenir et imposer l'inégalité entre les sexes. Dans le premier cas, par un processus politique qui va donner lieu à l'élaboration d'un cadre juridique, et dans le second cas, par un processus organisationnel en dehors d'un cadre juridique formel, puisqu'il s'agira d'actions qui mèneront à des pratiques inégalitaires. Ces processus vont perpétuer des inégalités de manière passive ou s'opposer à l'inégalité entre les femmes et les hommes. Ce phénomène est assez général, et nous laisse penser, finalement, que « l'inégalité entre les sexes existera tant qu'il y aura des inégalités sociales »⁸⁰³. Aussi, peu importe les combinaisons possibles des différents aspects de l'inégalité entre les hommes et les femmes, la préservation de l'influence sur les processus politiques reste un attribut et une finalité substantifique des groupes socialement dominants. De plus, l'interminable monopole des hommes sur le pouvoir politique a synchroniquement établi et entretenu l'inégalité entre les sexes.

209. Cependant, les actions du gouvernement ont également concouru à amoindrir le caractère masculin du façonnement de l'égalité des sexes depuis au moins un siècle. Le rôle de

⁸⁰³F. MILEWSKI, « III. Les inégalités entre les femmes et les hommes » in *Les mutations de la société française. Les grandes questions économiques et sociales II* (dir.L. CHAUVEL), La Découverte, 2019, pp. 69-90.

l'État au cœur de la régulation sociale, de même que sa participation à la formulation de « l'intérêt général »⁸⁰⁴ constituent une avancée qualitative « qui ne peut qu'influer radicalement sur les rapports sociaux de sexes »⁸⁰⁵. La crise de l'État-providence⁸⁰⁶ ne se réduit pas simplement à une crise des finances publiques. Elle marque davantage une « rupture dans la configuration des rapports économiques, sociaux et politiques dont il est difficile de cerner l'issue »⁸⁰⁷. Il est concevable d'en donner quelques marques et préfigurations significatives de la revendication des femmes à l'égalité avec les hommes.

Des études ont déjà traité de la thématique de l'égalité des sexes sous l'angle « des politiques sociales et de la citoyenneté »⁸⁰⁸, et dans le même temps, reconsidéré les verrouillages à l'œuvre dans ces différents domaines⁸⁰⁹. C'est ainsi qu'après un séminaire international tenu en 1988, la doctrine a commencé à envisager plusieurs questions, dont celle de l'État et des rapports sociaux de sexe⁸¹⁰ et notamment l'impact de la crise des États-providence et de la représentation politique en Europe⁸¹¹. Ces études ont permis de relever dans certains pays, dont la France, une intervention étatique minimale sur les inégalités de sexe et d'articuler cette inégalité autour de la division sexuelle du travail productif et reproductif⁸¹². Aussitôt, il y a eu une mise en relief du fait que, « nulle part, l'État n'assure l'ensemble de la reproduction, mais que partout, celle-

⁸⁰⁴B. MARQUES-PEREIRA, « L'État-providence, providence de l'État à l'égard des femmes ? » *Recherches féministes*, 1990, pp. 11-26.

Disponible sur [<https://doi.org/10.7202/057582ar>]

⁸⁰⁵*Ibid.*

⁸⁰⁶J. JENSON, « État providence » in *Dictionnaire. Genre et science politique. Concepts, objets, problèmes.* (dir. C. ACHIN), Presses de Sciences Po, 2013, pp. 227-238.

⁸⁰⁷B. MARQUES-PEREIRA, « L'État-providence, providence de l'État à l'égard des femmes ? », *op. cit.*, *loc. cit.*

⁸⁰⁸A. DEL RE, A. GAUTIER, J. JENSON, J. HEINEN, B. MARQUES-PEREIRA *et al.*, « Quelle citoyenneté pour les femmes ? État des lieux et perspectives (1987-2012) », *Cahiers du Genre*, 2013, pp. 67-92 ; M. SPENSKY. « Citoyenneté : droits des individus, droits des groupes », *Cahiers du Genre*, L'Harmattan, 2001, pp. 233-253 ; M. SPENSKY. « Les femmes et l'État » in *Les rapports sociaux de sexe : problématiques, méthodologies et champs d'analyses*, *Cahiers de l'APRE*, 1998, pp. 217-224. ; A. DEL RE, J. HEINEN (dir.) *Quelle citoyenneté pour les femmes ? La crise des États-providence et de la représentation politique en Europe*, L'Harmattan, 1996, 320 p ; J. JENSON, « La citoyenneté à part entière. Peut-elle exister ? » in *Del Re Alisa, Heinen Jacqueline (dir)*, 1996, pp.25-46 ; B. MARQUES-PEREIRA, *La citoyenneté politique des femmes*, Armand Colin, 2003 ; B. MARQUES-PEREIRA, R. PFEFFERKORN, « Genre, politiques sociales et citoyenneté : enjeux et recompositions. Introduction », *Cahiers du Genre* 2011/3, pp. 5-19.

⁸⁰⁹A. DEL RE, A. GAUTIER, J. JENSON, J. HEINEN, B. MARQUES-PEREIRA *et al.*, « Quelle citoyenneté pour les femmes ? », *art. préc.*

⁸¹⁰B. MARQUES-PEREIRA, R. PFEFFERKORN, « Genre, politiques sociales et citoyenneté : enjeux et recompositions. Introduction », *Cahiers du Genre* 2011/3, p. 5. ; A. DEL RE, A. GAUTIER, J. HEINEN, J. JENSON, B. MARQUES-PEREIRA ET M. SPENSKY, « Quelle citoyenneté pour les femmes ? » *art. préc.* p. 68 ; J. JACQUES, « Rapports sociaux de sexe et autres rapports de domination sociale : pour une intégration conceptuelle des rapports sociaux fondamentaux » in *À propos de l'organisation et des représentations du travail*, *Cahiers du GEDISST (Groupe d'étude sur la division sociale et sexuelle du travail)*, 1995, pp. 109-130.

⁸¹¹A. DEL RE, J. HEINEN (dir.) « Quelle citoyenneté pour les femmes ? » *art. préc.* p.68 ; E. GARNEAU, *Compte rendu de A. Del Re, J. Heinen (dir.) « Quelle citoyenneté pour les femmes ? » art. préc., Politique et Sociétés*, pp. 277-280.

⁸¹² A. TESTART, *L'amazone et la cuisinière, anthropologie de la division sexuelle du travail*, Gallimard, 2014, p.188

ci est réalisée à travers une association variable entre les familles, le marché et l'État »⁸¹³. Ici, la famille renvoie généralement à la question de la gratuité du travail domestique⁸¹⁴. À cette question des inégalités dans la division sexuelle du travail, s'ajoute le constat que l'intervention de l'État ne se manifeste pas de la même façon selon l'origine sociale, ou ethnique, de l'individu. C'est pourquoi il a fallu souligner la nécessaire articulation entre les sexes⁸¹⁵, l'origine ethnique et la classe sociale⁸¹⁶. Cette constatation n'a été possible que grâce au travail comparatif des féministes qui avaient constaté que, dans les départements français d'outre-mer, l'État adoptait une politique différente envers les femmes selon leur situation géographique et ethnique⁸¹⁷ en prévoyant une politique nataliste en métropole et antinataliste dans les territoires d'outre-mer. De ce constat ont émergé des formulations assez critiques de la part des féministes d'outre-mer sur le féminisme métropolitain. L'existence d'inégalités même entre les femmes devait alors être reconnue. Il pouvait y avoir des rapports de domination et d'oppression entre les femmes⁸¹⁹. À partir de ce constat, la doctrine féministe a fortement souligné que, dans le cadre du libéralisme, ou plus exactement des politiques d'inspiration néolibérale, nous avons assisté à « un retrait financier de l'État »⁸²⁰. En conséquence, le marché de l'emploi a mis en exergue les inégalités d'ordre ethnique ou de classe entre les femmes⁸²¹.

210. Sur l'ensemble du territoire. De manière générale, la forme de l'État renvoie à l'organisation du pouvoir politique sur le territoire. La Tunisie et la France sont des États unitaires. Tout comme celle des États-Unis, la Constitution tunisienne ne précise pas, de manière explicite, la forme unitaire de l'État. La Constitution dispose que la Tunisie est « un

⁸¹³ A. GAUTIER, J. HEINEN (dir.), *Le sexe des politiques sociales, op. cit.*, p. 10.

⁸¹⁴ « La France est un des pays où les femmes consacrent à la fois le plus de temps au travail professionnel et au travail domestique ». C. ROY, « Les emplois du temps dans quelques pays occidentaux » in *Données sociales*, INSEE, 1990 cité par D. FOUGEYROLLAS-SCHWEBEL, « Les rapports sociaux de sexe », Les cahiers du CEDREF 1995, pp. 4-5.

⁸¹⁵ D. FOUGEYROLLAS-SCHWEBEL, « Les rapports sociaux de sexe », art. préc.

⁸¹⁶ T.-H. MARSHALL, *Citizenship and Social Class*, Pluto Press, 1992, pp. 3-51.

⁸¹⁷ A. DEL RE, A. GAUTIER, J. HEINEN, J. JENSON, B. MARQUES-PEREIRA et M. SPENSKY, « Quelle citoyenneté pour les femmes ? » art. préc., p. 69 ; A. GAUTHIER, « Politiques démographiques et familiales dans les départements français d'Outre-mer depuis 1946 », *Cahiers des sciences humaines de l'ORS*, 1988, pp. 389-402 ; M. ZANCARINI-FOURNEL, « Contraception et avortement dans les Antilles françaises (Guadeloupe et Martinique, 1964-1975) », *Clio. Femmes, Genre, Histoire*, 2019, pp. 87-108.

⁸¹⁸ Voir sur le sujet, M. ZANCARINI-FOURNEL, « Françoise Vergès, Le Ventre des femmes : capitalisme, racialisation, féminisme », *Clio. Femmes, Genre, Histoire*, 2019, pp. 292-295.

⁸¹⁹ K.-K., BHAVNANI, M. COULSON, *Transforming Socialist-Feminism : The Challenge of Racism, Feminist Review*, 1986, pp. 81-92.

⁸²⁰ A. DEL RE, A. GAUTIER, J. JENSON, J. HEINEN, B. MARQUES-PEREIRA et al. « Quelle citoyenneté pour les femmes ? », art. préc., pp. 67-92.

⁸²¹ S. WALBY. « Postpostmodernisme ? Théoriser la complexité sociale », *Cahiers du Genre*, 2016, pp. 53-72 ; D. MEULDERS, Actes du colloque international qui a eu lieu à Rabat au Maroc en 2006, *Marché du travail et genre dans les pays du Maghreb, Quels marchés du travail?*, Edition Travail, genre et sociétés.

État libre, indépendant et souverain ; sa religion est l'Islam, sa langue l'arabe et son régime la république ». La Tunisie est divisée en vingt-trois gouvernorats. Contrairement à la France, le pays s'est longuement attaché à une tradition de centralisation poussée du pouvoir politique. Depuis l'indépendance, la Tunisie n'est pas allée dans le sens de la régionalisation. Cette orientation a été renforcée par la suppression, dans la Constitution, de la seconde chambre. En faisant le choix d'abroger l'ancienne disposition constitutionnelle qui prévoyait un parlement bicaméral, le pays a montré sa volonté de rejeter un moyen de représentation des régions de manière égalitaire. Autrement dit, le maintien de cette chambre aurait permis aux régions plus éloignées de participer aux choix stratégiques et politiques relatifs à leur place et leur avenir dans le projet national. En conséquence, les régions, en participant directement au processus décisionnel parlementaire, auraient légitimé et intégré plus aisément la question de l'égalité homme-femme. En choisissant la forme absolue d'État unitaire, c'est-à-dire celle de l'État concentré et centralisé, le gouvernement a la garantie que sa politique sera identique dans l'ensemble du territoire. Néanmoins, si l'absence de disparités géographiques ou de l'arbitraire local apparaît comme un avantage, l'inconvénient demeure important. En effet, le choix d'un mode d'organisation très complexe implique une administration qui se développe de tous côtés, que nous pouvons qualifier de « tentaculaire », comme on l'a écrit en doctrine à propos de la France. À cela s'ajoute une difficulté pratique non négligeable : la lourdeur du mode d'organisation. Un territoire étendu ne peut être facilement subordonné aux décisions du pouvoir central qui se prennent depuis la capitale, même concernant des questions administratives locales.

211. Cette organisation centralisée de l'État a contribué, jusqu'à l'adoption de la nouvelle Constitution tunisienne, à creuser le fossé des inégalités entre les grandes villes telles que Tunis la capitale, et les autres régions ou gouvernorats économiquement moins développés. Les conséquences économiques et sociales, comme la question de l'égalité homme-femme, ont été fortement ressenties. Nous pensons à l'intégration du principe à travers l'action locale. La structure, ainsi que les mécanismes de gouvernance sont définis par des normes d'origine constitutionnelle. Elles constituent substantiellement un facteur d'accélération, un processus d'intégration du principe d'égalité dans les institutions sur l'ensemble du territoire. Ces mécanismes ont été jusqu'en 2014 une question assez négligée. En effet, les obstacles structurels qui peuvent avoir une influence sur l'égalité homme-femme peuvent découler du choix d'outils de bonne gouvernance, tels que la décentralisation, mais également dans le choix du système électoral et sa conception. Ce dernier peut influencer sur la question de la légitimité

démocratique en prévoyant par exemple des quotas de genre ou de sexe. La bonne gouvernance implique également de s'interroger sur la relation entre les différentes sphères du gouvernement, notamment le rôle et la compétence du pouvoir judiciaire en la matière, ainsi que le niveau d'intégration de la question de l'égalité dans les processus législatifs et administratifs. L'introduction de la décentralisation, consacrée dans le chapitre VI de la nouvelle Constitution tunisienne de 2014, a mis en lumière la question de l'organisation administrative de l'État unitaire tunisien et renouvelé son présent intérêt.

212. En effet, la décentralisation territoriale dans un cadre unitaire comporte des collectivités territoriales dotées d'une personnalité morale distincte de celle de l'État. Ces dernières exercent les compétences transférées par l'État, et ont pour particularité de s'administrer librement, grâce à des assemblées délibérantes et des organes exécutifs élus. Toutefois, ces collectivités exerçant dans le cadre d'un État unitaire, elles doivent respecter les lois de cet État. Leurs actes sont soumis à un contrôle de ce dernier, qui peut conduire à leur annulation. Autrement dit, dans le cadre d'un État unitaire, les collectivités territoriales peuvent prendre des décisions bien qu'elles ne disposent pas du pouvoir législatif. Seul le Parlement de l'État détient ce pouvoir.

213. La décentralisation, comme la déconcentration, permet de rapprocher les citoyens des centres de décision. Elle permet donc une approche intégrée du principe, dans le sens où elle fait participer les acteurs de gestion et les individus au processus organisationnel et décisionnel, et notamment au traitement de la question de l'égalité homme-femme. Dans le cadre de la déconcentration, les décisions au niveau local sont prises par un représentant de l'État et au nom de l'État. Dans le cadre de la décentralisation, les décisions sont prises par les organes de la collectivité territoriale au nom de celle-ci. La décentralisation existe dès la création des collectivités territoriales. Elle ne sera une réalité qu'à partir du moment où l'État leur transfère de réelles compétences et accompagne ces transferts des moyens financiers qui permettent leur exercice.

214. Ce transfert de compétence s'est opéré sur le fondement de la notion « d'inégalité compensatrice »⁸²² consacré à l'article 12 de la Constitution tunisienne de 2014 qui vise à assurer la justice sociale entre les régions. L'introduction de cette disposition constitutionnelle a eu pour effet de faire peser une obligation positive d'action sur les acteurs politiques, visant

⁸²² Dans la version arabe de la Constitution les termes choisis sont *tamyiz ijabi* qui se traduit par discrimination positive.

la prise en considération le phénomène de déséquilibre régional et de l'inscrire dans le programme électoral de chaque parti politique⁸²³. L'objectif est de compenser les inégalités entre les régions les plus favorisées qui se situent dans les zones touristiques et la capitale, par rapport aux autres régions. Ainsi, tout comme le système français, qui a fait le choix de la décentralisation, la Tunisie s'est engagée dans une multiplication de réformes et de projets de réformes dont l'objectif principal est de simplifier l'organisation territoriale et de rééquilibrer les inégalités entre les territoires.

215. Cette nécessité de simplification n'apparaît pas sans complexité dans l'organisation territoriale tunisienne. S'ajoutent à ces dispositions d'autres articles consacrés dans le chapitre 6 de la Constitution intitulé « Du pouvoir local » qui viennent régir les relations entre les collectivités territoriales et le pouvoir central. Les nouvelles structures sur lesquelles se fonde la décentralisation⁸²⁴ vont se fixer sur le fondement de l'article 131 de la Constitution tunisienne. Cet article donne la possibilité au législateur de créer « des catégories particulières de collectivités locales » qui pourront venir compléter les nouvelles structures. Aussi, l'article 132 prévoit l'attribution de la personnalité juridique aux collectivités locales ainsi que l'autonomie financière et administrative. La disposition prévoit également la libre administration dans la gestion des intérêts locaux.

216. La conséquence de la décentralisation sur le principe d'égalité homme-femme fluctue derechef selon les situations locales. De ce point de vue, les femmes ont la possibilité de disposer d'un accès aux entités décisionnelles locales, préférables par rapport au niveau national. En effet, elles pourront désormais opérer directement des changements et être davantage au fait des réalités de l'inégalité entre les sexes que dans les gouvernements centralisés. Autrement dit, la décentralisation permet une meilleure prise en charge des spécificités locales et une action plus immédiate sur les inégalités qui peuvent varier d'un territoire à un autre. Les autorités locales peuvent également prendre des mesures qui présentent un intérêt particulier pour le droit des femmes, par exemple les politiques publiques locales sur les violences conjugales, ce qui permet aux femmes de disposer de l'opportunité d'une participation plus directe aux décisions locales, voire gouvernementales. En conséquence, leur participation aux décisions locales a un impact immédiat et important sur leur quotidien. Elles participent à la prise en compte des spécificités des femmes.

⁸²³ H. YOUSFI, 2017.

⁸²⁴ Il s'agit des communes, des régions et des districts.

217. En ce sens, puisque les collectivités sont régies par des conseils élus, les Tunisiennes pourront exercer leur droit de suffrage universel direct pour élire leurs conseillers municipaux et régionaux. Seuls ceux des districts sont désignés par des élus⁸²⁵. Néanmoins, nous pouvons constater la présence de contraintes de ressources au sein des autorités locales. Les autorités religieuses et traditionnelles peuvent également constituer une source de domination et d'inégalité au niveau local. Ces deux éléments sont des obstacles structurels susceptibles de limiter la capacité des administrations locales à participer pleinement à l'évolution positive du principe d'égalité homme-femme et des droits des femmes. En raison des éléments évoqués, la décentralisation peut soit être un facteur de progression soit de régression au niveau régional et territorial, car les femmes ne constituent pas un ensemble uniforme. La décentralisation ne renforcera pas nécessairement leur autonomie financière, mais symbolisera le fait que leurs droits différeront d'une région à une autre.

§ 2. La structure étatique en tant que système d'échange

218. Le système pouvant se définir comme «un ensemble d'éléments et de réseaux d'échange»,⁸²⁶ la structure juridique dont nous sommes en train de parler peut également être considérée comme un système d'échange qui permet une forme de rapprochement entre les différents systèmes. Ce rapprochement juridique peut se traduire aussi bien à travers le langage juridique que par une politique d'amélioration des organes de gestion, ainsi que des mécanismes de protection du principe d'égalité homme-femme. Ce système d'échange appliqué à une échelle d'analyse comparative rend compte d'un phénomène de convergence entre le système juridique « dominant » (France) et celui « dominé » (Tunisie). Ainsi, nous constatons, à travers la question de la structure juridique en tant que système d'échange, un phénomène de connexité entre les systèmes (A), facteur d'une complexification du droit à l'égalité des sexes (B), ce qui rend difficilement intelligible le principe d'égalité homme-femme et fragmente les stratégies structurelles d'interaction.

⁸²⁵ Article 133 de la Constitution tunisienne de 2014.

⁸²⁶F. COLIN, « Droit et complexité », *Revista digital de direito administrativo*, , v. 1, n°1, Université de SÃO Paulo, 2014, , pp. 1-22.

A) Le rapport de connexité entre les systèmes

219. L'étude du système et de son aspect systémique a contribué à faire émerger des pensées juridiques qui marquent le « virage systémique pris en droit »⁸²⁷, notamment la pensée dite systémique, « qui permet de concevoir des phénomènes dans leur intégralité. C'est un cadre qui permet de voir les interrelations plutôt que les éléments individuels, qui permet d'observer des processus de changement plutôt que des instantanées « statiques ». [...] Et la pensée systémique marque « une sensibilité pour l'interconnexion subtile qui donne aux systèmes vivants leur caractère unique »⁸²⁸. C'est pourquoi l'adoption d'une approche systémique par le droit, notamment dans les jurisprudences américaines⁸²⁹ et canadiennes⁸³⁰, a permis de souligner l'importance des actes individuels dans le cadre des inégalités. En effet, la discrimination systémique, notamment dans l'emploi, se définit comme « une situation d'inégalité cumulative et dynamique résultant de l'interaction sur le marché du travail, de pratiques, de décisions ou de comportements individuels ou institutionnels, ayant des effets préjudiciables, voulus ou non, sur les membres du groupe »⁸³¹. La prise en considération de l'aspect systémique a bouleversé l'analyse des discriminations en France⁸³² et en Tunisie, jusque-là cantonnée aux limites d'une conception classique. En effet, avec l'émergence de la discrimination indirecte, nous voyons apparaître la notion de discrimination systémique⁸³³.

⁸²⁷ C. SHEPPARD, « Contester la discrimination systémique au Canada : Droit et changement organisationnel », *La Revue des droits de l'homme*, p. 1 et 14. [En ligne], 14 | 2018, mis en ligne le 22 juin 2018, consulté le 09 novembre 2018. URL : <http://journals.openedition.org/revdh/4161> ; DOI : 10.4000/revdh.4161.

⁸²⁸ P.-M. SENGE, *La cinquième discipline : l'art et la manière des organisations qui apprennent*, extrait tiré de la 2e édition en anglais, *The Fifth Discipline : The Art and Practice of the Learning Organization*, Doubleday, 2006, p. 68.

⁸²⁹ M. MERCAT-BRUNS, « Égalité salariale, discriminations individuelles et systémiques. Un éclairage de la jurisprudence américaine » in *Les discriminations entre les femmes et les hommes* (dir. F. MILEWSKI et al.), Académique, 2011, pp. 117-138.

⁸³⁰ C. SHEPPARD, *art. préc.*

⁸³¹ M.-T. CHICHA-PONTBRIAND, *Discrimination systémique. Fondement et méthodologie des programmes d'accès à l'égalité en emploi*, Cowansville, Yvon Blais, 1989, p. 85.

⁸³² M. MERCAT-BRUNS, L. CLUZEL, « Analyse comparative de la jurisprudence du Conseil d'État et de la Cour de cassation sur les discriminations », *La Documentation française, Études et recherches*, 2011 ; M. MERCAT-BRUNS, « Entre vie privée et vie professionnelle : un regard sur la jurisprudence de la Cour de cassation », *Recherches* 2009, p. 105.

⁸³³ Comme l'indiquent les auteurs : « Les discriminations sont "systémiques", c'est-à-dire qu'elles résultent du fonctionnement d'un système dont les règles et les conventions sont en apparence neutres, mais dont les modalités de fonctionnement aboutissent à défavoriser de manière significative des personnes en raison de leur appartenance, réelle ou supposée, à des groupes stigmatisés ». P. SIMON, J. STAVO-DEBAUGE, « Les politiques anti-discrimination et les statistiques : paramètres d'une incohérence », *Sociétés Contemporaines*, 2004, pp. 57-84 et pp. 58-59, cité par F. DHUME, « Du racisme institutionnel à la discrimination systémique ? Reformuler l'approche critique », *Migrations Société*, 2016, pp.33-46.

220. Cette notion a permis d'étendre la portée de l'analyse des inégalités entre les sexes en déplaçant le curseur sur les individus ou les situations interactionnelles ainsi que sur des mécanismes institutionnalisés et structurels de production d'inégalités et de sexuation. La notion de discrimination systémique est entendue comme le point de contact entre des aspects interactionnels et des aspects structurels de discrimination. Comme pour le racisme, les activités « sont constituées de “micro-iniquités” répétitives et corrosives, mais inattaquables juridiquement, les secondes par les règles et procédures de traitement aveuglément inégalitaires, l'une et l'autre étant incorporées aux règles éthiques et socio-culturelles du fonctionnement ordinaire des organisations, des institutions, des États »⁸³⁴. Ainsi, cet aspect systémique souligne l'importance de mettre en lumière la possibilité de combinaisons entre « plusieurs niveaux d'appréhension et plusieurs séries de mécanismes concourant à produire et entretenir un ordre inégalitaire »⁸³⁵. Il existe également des inégalités « fractales » apparues avec l'émergence d'une catégorisation de fait du groupe de sexe féminin⁸³⁶.

221. L'aspect structurel en tant qu'élément constitutif de l'interaction. Pour comprendre cet aspect structurel, il faut se référer au développement, dans l'espace et le temps, de modèles régularisés de relations qui contribuent à maintenir les inégalités entre les sexes en produisant et reproduisant l'interaction entre les acteurs⁸³⁷. Autrement dit, les environnements culturels et sociaux, ainsi que les institutions qui les structurent et les individus qui opèrent à l'intérieur et à l'extérieur de ces institutions, sont engagés dans la production et la reproduction de normes, attitudes et stéréotypes qui sont vecteurs et porteurs d'inégalités. Ainsi, les croyances qu'ils symbolisent légitiment, ou participent au maintien de l'inégalité entre les sexes, mais sont elles-mêmes un produit de l'inégalité femme-homme.⁸³⁸ C'est pourquoi, pendant longtemps, les inégalités entre les sexes ont été intégrées dans les structures sociales, construites sur le fondement de conceptions institutionnalisées des différences entre les sexes. De nombreuses études révèlent un effet inattendu des politiques publiques favorables à la famille sur la situation économique des femmes. Quoi que les politiques visant à avantager les mères permettent à un

⁸³⁴ V. DE RUDDER, « Racisme adjectivité », *Pluriel Recherches*, 1995, p. 120.

⁸³⁵ F. DHUME, « Du racisme institutionnel à la discrimination systémique ? Reformuler l'approche critique », *Migrations Société*, 2016, pp.33-46.

⁸³⁶ M. VULTUR, J. BERNIER, « Inégalités structurelles et inégalités fractales dans le contexte postfordiste du marché du travail », *Revue Interventions économiques* 2013, n° 47, p. 9

⁸³⁷ Le terme structurel peut se définir comme « l'ensemble des règles et des ressources organisées de façon récursive », A. GIDDENS, *La constitution de la société*, *op. cit.*, p. 74.

⁸³⁸ <https://eige.europa.eu/thesaurus/terms/1399>

nombre plus important de femmes de devenir actives dans le domaine économique, ces politiques exacerbent les inégalités professionnelles entre les sexes.

222. En conclusion de cette analyse, les écarts de rémunération plus faibles entre les sexes dans les démocraties développées devraient être attribués à leurs structures salariales plus égalitaires plutôt qu'à leurs politiques familiales. La contribution paradoxale des politiques qui ont pour objectifs de concilier le travail rémunéré et non rémunéré⁸³⁹, ainsi que les mécanismes qui établissent ces politiques, ne fait qu'élargir les écarts de rémunération entre les sexes. Ils font l'objet de discussions et d'évaluations à la lumière des théories sociologiques. Ces dernières portent sur le rôle de la politique familiale et des institutions de détermination des salaires dans les sociétés contemporaines⁸⁴⁰.

B) L'effet commun de complexification du droit à l'égalité des sexes

223. Le caractère effectif d'une norme juridique passe par l'observation du caractère clair, intelligible⁸⁴¹ et stable de la règle de droit, mais également par le fait que les destinataires de ces normes soient convaincus de la légitimité et de la validité de sa mise en œuvre. La stabilité de ces normes transparaît à travers la constance des décisions jurisprudentielles dans lesquelles le juge applique un raisonnement. Ce dernier a pour objectif de garantir une mise en œuvre efficace et juste du système juridique. Autrement dit, le droit doit être intelligible dans le cadre d'un système juridique cohérent⁸⁴². Le comité Balladur avait déjà souligné l'importance de la cohérence et de l'intelligibilité⁸⁴³ de l'ensemble de l'organisation institutionnelle en charge de la défense des droits et libertés⁸⁴⁴. Autrement dit, pour rendre plus efficaces les acteurs tels que

⁸³⁹C'est-à-dire le travail domestique.

⁸⁴⁰H. MANDEL, M. SEMYNOV, *Family Policies, Wage Structures, and Gender Gaps: Sources of Earnings Inequality in 20 Countries*. *American Sociological Review*, 2005, pp. 949-967.

⁸⁴¹ Un auteur a pu relever que l'intelligibilité des lois conduisait tout simplement à une « mascarade juridique » : « L'obscurité des lois rend le droit imprévisible, en fait un instrument de l'arbitraire, indulgent envers les habiles et les puissants, impitoyables envers les faibles et les maladroits, une source permanente de conflits, de verbalismes, de procédures judiciaires interminables ; elle est un des moyens de mettre fin à l'Etat de droit, le plus pitoyable parce que c'est l'intelligence qui le fait disparaître : une loi inintelligible est une mascarade juridique ». Voy. Ph. MALAURIE, « L'intelligibilité des lois », *Pouvoirs* 2005, n° 114, p. 131.

⁸⁴²C. LANGLAIS, « La fragmentation du principe de non-discrimination devant la Cour européenne des droits de l'homme : une source d'imprévisibilité », *La Revue des droits de l'homme* 2019, p.1. Disponible en ligne depuis le 11 décembre 2018, consulté le 09 juin 2020 [le 11 décembre 2018, consulté le 09 juillet 2020].

⁸⁴³ Exposé des motifs du projet de loi organique relatif au Défenseur des droits, septembre 2009, p. 1. Disponible en ligne sur le site internet du sénat, [www.senat.fr].

⁸⁴⁴ Le comité a considéré que « l'ensemble des autorités administratives indépendantes qui œuvrent dans le champ de la protection des libertés en recevant autorité sur ceux de leurs services qui seraient appelés à subsister ». Une

le Défenseur des droits, comme nous l'avons déjà constaté, il fallait passer par une étape essentielle relative à la rationalisation du système institutionnel non juridictionnel⁸⁴⁵.

224. Or, au-delà de la question de la rationalisation des systèmes institutionnels constitués par une multitude d'autorités de protection, nous percevons, dans ces systèmes, des entraves majeures à l'efficacité d'une telle organisation de protection. Elles constituent une source d'insécurité juridique et de « brouillard » institutionnel pour des individus qui se retrouvent dans une situation où le système en question présente un déficit de lisibilité et de visibilité.

225. Le déficit de clarté du système se retrouve à travers la question du chevauchement, c'est-à-dire la question des compétences relatives aux sous-systèmes qui prévoient une pluralité d'acteurs de défense. Il s'agit effectivement des collisions de normes, mais cette complexification se situe dans la cause de la fragmentation dans les conflits sous-jacents. Ces conflits, nous les retrouvons entre les politiques poursuivies par les différents acteurs et la surcharge des autorités qui interviennent dans le domaine de la protection des droits et libertés. Cela débouche sur un système complexe au sein duquel subsistent des risques de conflits de compétences. Les individus se retrouvent dans l'incapacité de déterminer l'institution compétente pour trancher leur litige. Ici, le problème se pose dans le cadre de la répartition des compétences entre des ordres de juridictions différentes, mais également dans celui des autorités habilitées à connaître de la défense du principe de l'égalité des sexes⁸⁴⁶.

226. L'intelligibilité de la norme est rendue difficile en France avec la multiplication des outils de défense du principe. À titre d'exemple, le droit de non-discrimination à travers les différentes formes qu'elle prend, avec notamment l'introduction de la discrimination indirecte

Ve République plus démocratique - Comité de réflexion et de proposition sur la modernisation et le rééquilibrage des institutions de la Ve République, La Documentation française, 2007, p. 93.

⁸⁴⁵ Aussi le Professeur Bernard Mathieu précise que « L'un des problèmes en France est sans doute de savoir, surtout dans la perspective envisageable de "couvrir" de nouveaux domaines par des AAI, s'il ne conviendrait pas de regrouper au moins certaines d'entre elles au sein de sortes de "super-AAI" dont un des mérites au moins serait l'unification inévitable des règles et des procédures applicables. Ainsi l'on a pu constater que, dans certains pays, les fonctions qui sont celles que nous avons attribuées à une AAI particulière, le Défenseur des enfants, étaient assurées par l'équivalent du Médiateur ». Cité par P. GELARD, *Les autorités administratives indépendantes, Rapport d'information n° 404 fait au nom de l'office parlementaire d'évaluation de la législation*, 2006-2007, p. 74.

⁸⁴⁶ Une Ve République plus démocratique - Comité de réflexion et de proposition sur la modernisation et le rééquilibrage des institutions de la Ve République, op. cit., p. 92.

en 2000, des discriminations multiples⁸⁴⁷ et par association⁸⁴⁸ complexifie la situation et dévoile la fragmentation du principe d'égalité des sexes à travers l'une de ses composantes, la non-discrimination⁸⁴⁹.

227. Concernant la visibilité des acteurs, la fragmentation du système institutionnel de défense impacte la perception de ce mode de protection par les individus. Dans le cadre de l'action sociale, nous retrouvons la perception structurée qui se traduit par « la représentation de l'autre ⁸⁵⁰ qui n'est pas faite d'une simple accumulation d'observations ou d'impressions recueillies au hasard, mais plutôt du produit d'une structuration »⁸⁵¹.

228. Dans le cadre de la Tunisie, le principe de visibilité apparaît comme « la structure perceptuelle originale », c'est-à-dire une perception « construite à partir des premières impressions »⁸⁵² de représentations des rapports sociaux entre les sexes, elle n'a « rien de définitif »⁸⁵³ ni « d'immuable »⁸⁵⁴. En effet, l'interaction structurée avec d'autres structures ou acteurs dans le cadre de leur coopération va avoir pour effet d'ordonner la connaissance du système étranger qui va se prolonger en une structuration de l'action avec ce système. Autrement dit, « l'action avec autrui n'est pas plus le fruit du hasard que la connaissance d'autrui ; elle obéit elle aussi à des modes d'organisation ou de structuration, elle recherche elle aussi une "meilleure forme" »⁸⁵⁵.

229. Ainsi, la première rencontre entre les systèmes juridiques tunisien et français est peut-être la première forme de connexité qui a fondé les règles de base d'organisation entre les acteurs structurels. La période du protectorat constitue la genèse d'une relation interétatique encore élémentaire, aux premières heures de la connaissance du système français et de l'adaptation à celui-ci. L'expérience d'origine, marquée par les facteurs permanents et conjoncturels que nous évoquerons plus tard, va conditionner les relations entre les différents

⁸⁴⁷ Cour EDH, 3e Sect., 24 juillet 2012, *B.S. c. Espagne*, Req. n° 47159/08.

⁸⁴⁸ V. Cour EDH, 2e Sect., 22 mars 2016, *Guberina c. Croatie*, Req. n° 23682/13 et Cour EDH, 2e Sect., 28 mars 2017, *Škorjanec c. Croatie*, Req. n° 25536/14.

⁸⁴⁹ C. LANGLAIS, « La fragmentation du principe de non-discrimination devant la Cour européenne des droits de l'homme : une source d'imprévisibilité », *La Revue des droits de l'homme*, 2019, p.2. Disponible en ligne [URL : <http://journals.openedition.org/revdh/5202>].

⁸⁵⁰ G. ROCHER, *L'Action sociale*, Editions HMH, Ltée, 1968, p. 19

⁸⁵¹ *Ibid.*, pp. 19- 20.

⁸⁵² *Ibid.* P20

⁸⁵³ *Ibid.*

⁸⁵⁴ *Ibid.*

⁸⁵⁵ *Ibid.* p. 21

acteurs selon l'image que nous nous faisons de la structure. Cette relation va perdurer dans le temps et a nécessité un processus d'adaptation entre eux. « La structure est le lieu commun »⁸⁵⁶ qui définit les rapports réciproques entre les acteurs et les systèmes sans jamais être définitif, car il existe « toujours en même temps réadaptation »⁸⁵⁷. C'est cette exigence constante d'adaptation que la relation interétatique génère qui « est source [...] d'interaction »⁸⁵⁸.

230. Ainsi, la complexification du principe d'égalité homme-femme peut s'expliquer en partie par le pluralisme des systèmes de protection, une dynamique qui s'étend au « pluralisme normatif, pluralisme juridictionnel et pluralisme procédural ».⁸⁵⁹ Cette dynamique a fortement remis en cause le « caractère opératoire des différents systèmes »⁸⁶⁰ ainsi que leur efficacité. Une telle profusion d'acteurs, d'outils et de normes a remis en question la praticabilité de ces dispositifs.

Section 2 : La structure juridique globale apparaît comme l'expression d'une prise de conscience du réel

231. **La structure juridique est constituée de strates qui déterminent plusieurs niveaux d'analyse**⁸⁶¹. C'est pourquoi nous l'appelons « globale ». Avec Ricœur, nous essayons de comprendre et d'expliquer, à travers une approche structuraliste objective, le phénomène de l'ineffectivité des mesures visant à établir l'égalité entre les sexes⁸⁶². Dans le cadre des sciences sociales, et notamment en droit, il est difficile « de découper le réel pour en retenir des objets »⁸⁶³ pour lesquels on peut « établir des relations constantes »⁸⁶⁴. Ainsi, la principale

⁸⁵⁶ *Ibid.* p. 22.

⁸⁵⁷ *Ibid.* p. 23

⁸⁵⁸ *Ibid.*

⁸⁵⁹ P. GAÏA, « La multiplication des garanties et des juges dans la protection des droits fondamentaux: coexistence ou conflit entre les systèmes constitutionnels, internationaux et régionaux ? Evolution d'une décennie XXIXe : France », In. *Annuaire international de justice constitutionnelle* 2013, Economica, dossier sur le Pluralisme des garanties et des juges et droits fondamentaux, pp. 221-290.

⁸⁶⁰ *Ibid.*

⁸⁶¹ « Structuralisme », Encyclopedia Universalis/Albin Michel, 2001, Philosophie (2005), Anthropologie (2007) Notionnaire, Idées.

⁸⁶² « Si "comprendre" reste la pierre de touche de la *vérité* herméneutique comme participation, "expliquer" se situe au contraire du côté de la "distanciation" propre aux sciences humaines. Conscient de ce qu'une nouvelle époque de l'herméneutique est ouverte par le succès de l'analyse structurale », Ricœur cherchera dans l'objectivité structuraliste les moyens d'affiner l'approche traditionnelle, et de modifier en conséquence le rapport de hiérarchie entre l'explication et la compréhension ». B. ROJTMAN, « Paul Ricœur et les signes », *Cités*, 2008, pp. 63-82.

⁸⁶³ C. LEVI-STRAUSS, « Les sciences humaines sont-elles des sciences ? L'ethnologie est un bricoleur », *art. préc.*, p. 22.

⁸⁶⁴ *Ibid.*

difficulté des sciences humaines ne consiste pas à découvrir de « quel type de relation existe entre les faits »⁸⁶⁵, mais dans la question de savoir ce qui, pour les chercheurs, y compris les juristes, « doit ou peut constituer un fait »⁸⁶⁶.

232. À cet égard, la condition d'effectivité de l'égalité entre les sexes ne constitue pas une donnée immuable. Elle est évolutive et perfectible, comme témoignent toutes les avancées juridiques depuis les toutes premières lois favorisant l'émancipation des femmes⁸⁶⁷. Chaque niveau représente à la fois une structuration de la forme et du sens de l'égalité des sexes. Dans ces conditions, au moyen d'un jeu de variables, la diversité des facteurs de structuration des rapports sociaux, notamment celui entre les hommes et les femmes, aura des conséquences sur la pérennité du principe d'égalité entre les sexes. Autrement dit, l'intégration du principe d'égalité dans la structure de la société et le système juridique dépend fortement du temps. Néanmoins, une constante demeure, celle « d'une représentation commune de la justice »⁸⁶⁸ dans un espace-temps déterminé, c'est-à-dire « dans un pays et à une époque donnée [qui] lui ne change pas »⁸⁶⁹. Puisque « le droit ne peut ignorer l'écoulement du temps »⁸⁷⁰, il doit déterminer sa place, notamment avec « la prise en compte du passé »⁸⁷¹, « le poids du présent »⁸⁷² et « l'approche du futur »⁸⁷³.

233. La signification du principe d'égalité des sexes n'est plus alors qu'une combinaison de concepts différents agencée selon les schémas dont nous pouvons comprendre l'inventaire et étudier les variations à tous les niveaux. Par conséquent, la superstructure résulte de la construction juridique dans le temps. Cela se traduit par l'intégration structurelle et historique d'un ensemble de textes qui peuvent faire l'objet d'une interprétation distinctement du contexte de leur émergence, mais également en fonction des besoins déterminées d'une société donnée. Le juge est le gardien du temps à travers ses pouvoirs d'interprétation et d'harmonisation. Ainsi, nous pouvons constater que le temps a des effets sur le principe d'égalité homme-femme (§ 1), notamment sur son niveau d'intégration dans le système. Cela a permis de voir émerger une

⁸⁶⁵ *Ibid.*

⁸⁶⁶ *Ibid.*

⁸⁶⁷ Conf. X

⁸⁶⁸ *Ibid.*

⁸⁶⁹ *Ibid.*

⁸⁷⁰ M-F. CALLU, « Le temps et le droit » in *Ethique et Sante*, 2010, pp. 212-215.

⁸⁷¹ *Ibid.*

⁸⁷² *Ibid.*

⁸⁷³ *Ibid.*

perspective de lutte politique et collective pour accéder au pouvoir (§ 2). Autant de perturbations dans le processus de reconnaissance du principe.

§ 1. Les effets du temps sur le principe d'égalité homme-femme

234. Le temps est un élément essentiel dans l'évolution des sociétés et également dans l'intégration durable du principe d'égalité homme-femme dans la structure sociale. Nous avons constaté que les droits et situations économiques des femmes devraient être pris en compte pour pouvoir mesurer l'égalité des sexes et que ces critères pouvaient conditionner des inégalités sociales entre les sexes. L'introduction des femmes sur le marché du travail, la possibilité pour elles de participer à la vie politique, d'accéder au pouvoir et de représenter une partie de la société a permis de mettre fin aux privilèges accordés aux seuls hommes. Cela a bouleversé la répartition des responsabilités et du pouvoir, aboli juridiquement la subordination des femmes aux hommes, et a permis une appropriation du corps de la femme par elle-même. Ces évolutions sont positives, à condition que l'ordre bouleversé s'accompagne d'une égalité de fait.

235. Malheureusement, il est rare que cette révolution féministe parvienne durablement à abolir les rapports de dépendance et de subordination qui sont consubstantiels aux phénomènes de précarité. Elle a plutôt tendance à générer un interventionnisme étatique qui prend rapidement la forme d'une division catégorielle, protégée par l'État. Ces évolutions n'ont été possibles qu'au fil du temps, car l'intégration structurelle du principe d'égalité-homme-femme nécessite un laps de temps déterminé, une temporalité qui n'est pas la même au sein des différents systèmes.

236. Pour comprendre le phénomène des inégalités dans la société, il faut étudier le temps de l'intégration structurelle du principe d'égalité homme-femme (A) et les féministes qui ont adopté à travers le temps des outils analytiques au fil du temps (B).

A) Le temps de l'intégration structurelle du principe d'égalité homme-femme

237. Le « temps » est à la fois un obstacle structurel et un moyen d'intégration du principe d'égalité homme-femme. Le « temps » du latin *tempus*, *temporis*, s'entend à la fois

comme « rythme de mesure »⁸⁷⁴ et « comme période »⁸⁷⁵ Le « droit est le lieu de cette représentation »⁸⁷⁶ et l'expression d'une prise de conscience du réel. Le temps de la loi, traduit « l'exigence fondamentale du droit entre stabilité et progrès »⁸⁷⁷. Cet équilibre est assuré par le législateur qui, tout en s'assurant de « la sécurité des relations sociales », doit également « pouvoir modifier les règles applicables lorsqu'il pensera qu'une meilleure justice ou un progrès économique ou social le requière »⁸⁷⁸. En effet, le Droit « est une œuvre pleinement humaine »⁸⁷⁹, dans laquelle « les conceptions de la justice »⁸⁸⁰ varient dans le temps et dans l'espace. Ce *tempus* est la notion qui est au cœur de l'application concrète de l'égalité des sexes, alors que son caractère fondamental devrait le placer en dehors du temps⁸⁸¹. Aussi, « la remise en question » est une période « clé » dans la discussion, puisqu'elle représente à la fois une force et une faiblesse dans la mise en œuvre concrète de l'égalité. Il s'agit d'une force, car « l'ouverture du futur libère des anciennes contraintes »⁸⁸². Il s'agit également d'une faiblesse puisque « la remise en question et l'ouverture du futur [...] peuvent signifier l'effritement de notre capacité collective à articuler des valeurs communes, à construire des montagnes symboliques qui distribuent les rôles et les places, à imaginer des institutions porteuses d'intégration »⁸⁸³.

238. Ainsi, déterminée, la question du statut social des femmes reste, en Tunisie comme en France l'objet de discussions et de remises en cause. Cette question a été discutée en Tunisie, de manière positive, dès l'indépendance, puisque le système juridique s'est libéré « des anciennes contraintes », notamment celles relatives au système religieux de référence. Ensuite, la révolution de jasmin de 2011 ainsi que le projet constitutionnel qui a suivi ont traduit « l'effritement » de cette « capacité collective à articuler des valeurs communes » et à « imaginer des institutions porteuses d'intégration ». Dans un premier temps, « la complémentarité » a été envisagée, au lieu de « l'égalité ». Dans un second temps, le temps de

⁸⁷⁴Pythagore

⁸⁷⁵« Au cœur même de la rationalité par le calcul qui marque notre temps se trouvent toujours des croyances instituées et garanties par le Droit », A. SUPLOT, *Homo Juridicus, Essai sur la fonction anthropologique du Droit*, Éditions du Seuil, 2005, p.17

⁸⁷⁶*Ibidem.* p. 24.

⁸⁷⁷ C. JAUFFRET-SPINOSI, *Le temps et le droit*, conférence inaugurale, Editions Thémis, Montréal, 2005, p. 39.

⁸⁷⁸ *Ibid.*

⁸⁷⁹A. SUPLOT, *Homo Juridicus, op. cit.*, p. 24.

⁸⁸⁰*Ibid.*

⁸⁸¹ C. JAUFFRET-SPINOSI, *op. cit.*

⁸⁸² F. OST, *Le temps du droit*, Op.Cit. p. 257., Cité par L. ASSIER-ANDRIEU, M. BESSIN, J.-F. PERRIN, « F. OST, *Le temps du droit, 1999* » In, *Droit et société, 2000, complexités à l'œuvre.* pp. 659-678.

⁸⁸³F. OST, *Le temps du droit, op. cit.*, p. 257.

la discussion par la remise en cause a été le moyen de faire table rase du passé. Autrement dit-il a fallu écrire une nouvelle constitution, et prévoir pour l'avenir la conception du principe d'égalité des sexes, conforme à d'autres valeurs. La remise en question traduisait cependant « le risque », d'une régression. Cependant elle pouvait également traduire le progrès. Comme l'explique la doctrine, il existe « une radicalité de la remise en question qui se vit au présent imprègne l'édifice juridique de l'urgence qui semble se substituer aux autres figures de la temporalité »⁸⁸⁴. Le temps est essentiel car il est à la fois une variable et un invariant déterminant dans la mise en œuvre de l'égalité concrète du principe. Les progrès réalisés au niveau des droits fondamentaux et du principe d'égalité homme-femme en Tunisie, mettent trop de temps à s'intégrer et sont perçus comme étant des palliatifs insuffisants.

239. À cet égard, le défaut de chartes ou de catalogue de droits en droit interne tunisien fait de la Constitution la seule norme de référence en la matière⁸⁸⁵. En effet, d'une part, à la suite de la suspension le 15 mars 2011 de l'ancienne Constitution du 1^{er} juin 1959, aucune tentative d'adoption d'une charte ou Déclaration des droits de l'homme et de libertés n'a abouti⁸⁸⁶. Il faudra attendre une initiative de l'Institut arabe des droits de l'Homme⁸⁸⁷ portant sur la rédaction du Pacte de Tunisie des droits et libertés, qui n'est pas sans nous rappeler le premier Pacte fondamental⁸⁸⁸ marqué par le contexte d'« une pénétration européenne »⁸⁸⁹ pour que naisse l'espoir d'un nouveau texte de référence. La proclamation de ce Pacte a eu lieu le 25 juillet 2012 et a été proposé aux constituants. L'objectif était de poser les fondements de droits et libertés en tant que « dénominateur commun qui fonde le contrat social et le vivre ensemble »⁸⁹⁰ à travers une tentative de compromis entre les acquis universels portant sur les libertés et les droits de l'Homme, dont le principe d'égalité homme-femme. Malgré l'engouement suscité par ce Pacte et le soutien important qui lui a été apporté, ce dernier ne sera pas adopté.

⁸⁸⁴ L. ASSIER-ANDRIEU, M. BESSIN, J.-F. PERRIN, *op. cit.*, pp. 659-678.

⁸⁸⁵ R. BEN ACHOUR, « Tunisie ». In. *Annuaire international de justice constitutionnelle*, Economica, 2013 Pluralisme des garanties et des juges et droits fondamentaux - Les droits culturels, p. 465.

⁸⁸⁶ *Ibidem*.

⁸⁸⁷ Avec le soutien de l'Union générale des travailleurs tunisiens (UGTT), de la Ligue tunisienne pour la défense des droits de l'Homme (LTDH), du Syndicat des journalistes tunisiens (SNJT), de l'Ordre national des avocats tunisiens (ONAT), de l'Association tunisienne des femmes démocrates (ATFD), et de nombreuses organisations de droits de l'Homme et de la société civile.

⁸⁸⁸ Pacte fondamental dans la Constitution tunisienne de 1861.

⁸⁸⁹ H. CHEKIR, « Les sources d'inspiration de la Constitution tunisienne de 1861 » in *Le choc colonial et l'islam* (dir. P.-J. LUIZARD), La Découverte, 2006, pp. 71-88.

⁸⁹⁰ Texte du Pacte du 25 juillet 2012 disponible en ligne sur [<https://www.opinion-internationale.com/pacte-de-tunisie-des-droits-et-libertes>]

240. D'autre part, un autre le Pacte lui a succède, à la suite de la publication du rapport le 12 juin. Ce dernier a été établi par la Commission des libertés individuelles et de l'égalité de 2017⁸⁹¹ et a pour objectif de purger le système juridique tunisien de dispositions contraires à la Constitution. Il garantit l'égalité entre les hommes et les femmes dans l'héritage, d'abroger les lois fondées sur la « moralité » et abolit la peine de mort. Ce Pacte a pour fondement trois principes : la liberté, l'égalité et la dignité lesquels concordent en partie avec la devise de la République tunisienne⁸⁹².

241. La nouvelle Constitution de 2014, comme ce dernier Pacte adopte une nouvelle approche de la conception des droits fondamentaux et du principe d'égalité entre les sexes par rapport à l'ancienne Constitution de 1959. Ce nouveau catalogue de droits et des libertés s'inscrit dans une continuité réformatrice et rompt avec l'ancienne Constitution. Cela aura pour effet d'opérer des changements importants.

242. Ainsi, ce n'est qu'« à défaut de futur mobilisateur »⁸⁹³ qu'il ne reste que la possibilité de négocier au sein de l'institution « dans l'immanence de nos rapports sociaux immédiats, les figures provisoires d'un bien commun sans cesse rediscuté »⁸⁹⁴. Dans ce cadre, l'urgence apparaît comme « le registre temporel courant de la production juridique contemporaine »⁸⁹⁵. Ainsi, « le droit court littéralement après une histoire au rythme accéléré, il vit un “état d'urgence permanent” »⁸⁹⁶. Cet état d'urgence permanent du droit et notamment celui du droit des principes, comme celui d'égalité se traduit par l'exclusion des femmes dans certains domaines. Nous faisons ici référence à l'exclusion des femmes de la politique dans le passé, mais également dans le cadre du développement économique des pays en voie de développement, tels que la Tunisie. Le droit a imaginé la société de demain en prévoyant des règles juridiques qui ont provoqué de profondes mutations dans les rapports entre les hommes et les femmes, notamment en réglementant leurs relations dans le cadre du travail et de la famille. Le caractère temporaire « des principes qui sont nécessaires à notre temps » ne permet pas d'inscrire le principe d'égalité des sexes dans la durée. Aussi, le fait de n'assurer que la

⁸⁹¹ Créé par Caid Essebsi le 13 août 2017.

⁸⁹² Liberté, Dignité, Justice, Ordre.

⁸⁹³ F. OST, *Le temps du droit*, p. 283.

⁸⁹⁴ *Ibid.*

⁸⁹⁵ *Ibid.*

⁸⁹⁶ L. ASSIER-ANDRIEU, M. BESSIN, J.-F. PERRIN, *op. cit.*

protection des femmes considérées comme appartenant à une catégorie vulnérable, signifie qu'il est admis que le champ d'application de l'égalité soit restreint aux seuls hommes lesquels seraient de nature invulnérable. À travers le temps, des concepts ont vu le jour afin de permettre détecter les domaines qui relèvent des inégalités structurelles.

B) L'émergence de concepts analytiques à travers le temps

243. Au niveau global, le contexte théorique en matière d'inégalité au cours des années 1990 jusqu'à l'année 1995 s'est transformé. Cette période a été marquée par l'émergence de concepts qui vont permettre d'examiner les obstacles structurels, notamment dans le domaine économique, et d'opérer un renouvellement sémantique dans le domaine de l'égalité homme-femme à travers le temps. Les questions amenées par le statut de la femme dans l'économie n'ont pas réellement connu de véritables réflexions de fond, mais davantage un réflexe mécanique qui s'est traduit par un changement sémantique et « une stabilisation » (pour ne pas dire une régression) de la situation des femmes.

244. L'appareil économique s'est restructuré par le haut avec à la tête de la Banque mondiale un courant social-libéral qui a tenté de se charger des questions essentielles concernant l'atténuation des obstacles structurels. La Banque mondiale va faire de la question de la pauvreté le cœur de son action, alors qu'elle ne dispose pas des outils nécessaires pour mener à bien cette étude, puisqu'elle étudiait essentiellement sur les questions de croissance. Son action se limitera à missionner des chercheurs pour interroger des individus issus des classes les plus pauvres. Ils obtiendront un nombre considérable de témoignages. De ces derniers ressortira l'idée selon laquelle les individus issus de la classe sociale la plus pauvre éprouvent le besoin de pouvoir s'exprimer et n'en ont pas la possibilité jusqu'alors.

245. De là a émergé la notion d'*empowerment* qui se traduit par un changement de paradigme avec un renouvellement théorique dans la banque portant sur une synthèse des théories néo kénesienne et néo institutionnalise. La notion d'*empowerment* a été introduite dans un ouvrage féministe américain en 1994⁸⁹⁷, et est apparue comme étant l'une des perspectives radicales de lutte politique et collective pour permettre aux femmes d'accéder au pouvoir. Pourtant, elle n'a pas réellement engendré de changements structurels. Ce concept importé des États-Unis et

⁸⁹⁷ B. LEVY SIMON, *The Empowerment Tradition in American Social Work*, 1994

utilisé dans le cadre de la lutte communautaire noire américaines pour accéder au pouvoir, n'a pas agi sur la structure mentale des individus. Cela s'explique par l'utilisation trop restrictive de la notion d'*empowerment* qui se limite au domaine économique.

246. De nouvelles théories sont apparues, au moment où la Banque a décidé de s'aligner sur les positions de l'ONU et du PNUD. Aussi, la théorie de l'économie éthique de A. Sen transformera en profondeur la question et notamment la place des femmes dans la société et l'économie. Cet auteur constate que, pour l'essentiel, certaines questions ne sont pas intégrées par les chercheurs et les politiques de la Banque. La dette des pays du sud, dont fait partie la Tunisie, a significativement renforcé les inégalités. Elle est devenue un mécanisme structurel de sujétion à la fois politique et économique. Outre, le transfert de biens du sud vers le nord, autrement dit des débiteurs vers les créanciers, il existe à l'intérieur même du système, un transfert des richesses des plus pauvres (principalement des femmes et des enfants), vers les plus riches. L'augmentation du taux d'intérêt qui a été multiplié par trois de manière très brutale a rendu les remboursements très compliqués.

247. La Tunisie, comme de nombreux États du sud, a dû d'honorer sa dette, alors même que les intérêts avaient triplé. Les pays en voie de développement ne pouvant pas rembourser leurs dettes, une crise de la dette a éclaté en 1982. Dans ce contexte le FMI est intervenu, pour éviter les cessations de paiement, en conditionnant l'octroi de nouveaux prêts aux pays du sud à quelques conditions économiques et politiques. Il s'agissait des Plans d'ajustement structurels. Ces derniers, qui n'étaient pas issus de négociations, mais qui ont été imposés par les institutions financières internationales, ont renforcé le lien d'interdépendance et de soumission, ainsi que les renforcé les inégalités et la pauvreté des pays du sud.

248. Les mesures imposées par ces Plans constituaient des instruments de « libéralisation » du régime social tunisien, notamment avec les exigences de privatisations, les libéralisations du commerce et des marchés des capitaux, ainsi que les réductions purgatives du budget de l'État en matière de services publics, tels que l'éducation et la santé. Ces mesures ont rendu certains droits inapplicables, comme le droit à l'IVG, car les ressources nécessaires n'étaient plus suffisantes pour assurer matériellement cette prérogative.

249. Une série de conséquences perturbera l'application du principe d'égalité homme-femme. Par exemple, nous pouvons citer la possibilité de planifier et de contrôler le taux de

natalité, pour que les femmes puissent concilier leur vie familiale et la vie professionnelle, ou faire le choix de ne pas avoir d'enfants. Les politiques de contrôle de la natalité, notamment avec le planning familial, ont profité à l'économie de la Tunisie.

250. Dans cette logique néolibérale, les femmes ont constitué la principale source de main d'œuvre permettant la constitution de ressources et ainsi le remboursement de la dette. En temps de crise, elles sont une inépuisable ressource et répondent aussi aux besoins étatiques⁸⁹⁸. Ces ajustements structurels n'ont pas pris en compte les conséquences néfastes en matière économique et sociale pour la majorité de la population, notamment pour les femmes. En réalité, ces ajustements ont engendré des politiques d'exclusion, d'appauvrissement et ont été des vecteurs d'inégalités. En ce sens, l'emploi, les ressources, les techniques restent des domaines dans lesquels les femmes sont largement sous-représentées. La reproduction sociale qui a diminué de manière significative en France, mais elle reste un obstacle structurel important dans les pays du sud, notamment en Tunisie, puisque les tâches domestiques, qui sont des activités non marchandes, demeurent une constante sociale. Ce maintien se justifie par des considérations culturelles., prend un temps considérable au quotidien, et constitue, une forme de routine organisationnelle et structurelle des activités domestiques⁸⁹⁹.

251. En 1996, la Commission européenne a introduit le concept de *gender mainstreaming*⁹⁰⁰ dans l'une de ses communications. Elle considère ce nouveau concept comme sa nouvelle politique « d'égalité entre les hommes et les femmes »⁹⁰¹. En permettant une prise de conscience relative à la réalité d'une inégalité structurelle et systémique, le *gender mainstreaming* a constitué une approche préventive. Il avait notamment pour but d'empêcher les pouvoirs

⁸⁹⁸ Pendant la seconde guerre mondiale, Voy. Y. RIPA, « Les femmes dans la Deuxième Guerre mondiale », in *Les femmes, actrices de l'histoire France, de 1789 à nos jours* (dir. Y. RIPA), Armand Colin, 2010, pp. 110-124 ; Période de l'industrialisation, les femmes constituaient une réserve de mains d'œuvre significative, J.-M. WAILLY, « Les différentes phases du travail des femmes dans l'industrie », *Innovations* 2004, vol. n° 20, n° 2, pp. 131-146 ; M. BONNET, « Les femmes en action dans le monde arabe : le « printemps arabe », et après ? », *Les Cahiers de l'Orient* 2013., vol. 109, n° 1, pp. 103-122 ; Les femmes contribuent majoritairement au *care*. Voy. par ex. sur le sujet : A. BORING et al., « La crise sanitaire et les inégalités entre les sexes en France » in *Le monde d'aujourd'hui. Les sciences sociales au temps de la Covid* (dir. M. LAZAR, G. PLANTIN, X. RAGOT), Presses de Sciences Po, 2020, pp. 117-131.

⁸⁹⁹ Ramasser le bois, chercher l'eau, préparation de la nourriture

⁹⁰⁰ Selon Elsa Fondimare, le « *gender mainstreaming* » consiste en une approche intégrée qui a été « conçue comme une approche renouvelée de l'égalité des sexes » qui « vise à intégrer l'objectif d'égalité des sexes dans toutes les politiques publiques, à tous les niveaux de prise de décision. E. FONDIMARE, « Approche intégrée/spécifique », in *Dictionnaire Juridique de l'égalité et de la non-discrimination*, D. THARAUD, C. BOYER-CAPELLE (Dir .), L'Harmattan 2021, p. 34.

⁹⁰¹ P. GWENAËLLE. « Genre et application du concept de *gender mainstreaming*. Etude de cas dans la mise en œuvre du fonds social européen en Ile-de-France et à Berlin depuis 2000 », *Politique européenne* 2006, vol. 20, no. 3, pp. 55-74.

publics de constituer des politiques, qui instaurent ou renforcent des inégalités entre les sexes. Cette notion et son utilisation se sont inscrits dans le cadre de la bonne gouvernance. L'objectif était de changer la culture organisationnelle du système français en tant qu'État européen. Cet « instrument de politique publique polysémique »⁹⁰² revêt trois caractéristiques⁹⁰³ qui l'érigent en promoteur du principe d'égalité des sexes. Il induit à la fois une extension sectorielle⁹⁰⁴ et séquentielle⁹⁰⁵ de la politique d'égalité.⁹⁰⁶ Cette notion apparaît comme une approche structurelle qui concerne toutes les étapes du processus organisationnel et décisionnel⁹⁰⁷. Le concept de *gender mainstreaming* permet d'examiner, au sein de la politique publique et de manière comparative, la situation des femmes et des hommes concernés. Il permet également d'identifier les éventuelles inégalités entre les hommes et les femmes, et de chercher à les réduire ou à les éliminer. Ce concept complète les outils analytiques des inégalités sociales et économiques.

252. L'outil de classification catégoriel. Ce concept polysémique amène les chercheurs à s'interroger sur les hiérarchies entre les sexes et les différentes formes de la domination. Dès lors, les recherches féministes se sont interrogées sur la construction sociale de la différence entre les hommes et les femmes. Cela a débouché sur l'idée fondamentale selon laquelle le rôle social attribué à chaque sexe découle d'une construction sociale. Pour cette raison, les femmes ont été cantonnées au rôle de mère et à la sphère privée. Autrement dit, ce n'est pas la nature qui maintient la femme dans ce rôle et dans la sphère privée, mais bien la société, laquelle est dominée par les hommes. De ce fait, les femmes se sont retrouvées en charge du travail domestique, qui est de nature non marchande. Il existe un autre instrument critique permettant la distinction des rôles sociaux entre les hommes et les femmes : il s'agit de l'éthique du *care*⁹⁰⁸.

⁹⁰² *Ibid.*

⁹⁰³ *Ibid.*

⁹⁰⁴ Prise en compte de la perspective de genre au sein de toutes politiques publiques.

⁹⁰⁵ Prise en compte du critère de genre au sein de toutes les phases des politiques publiques.

⁹⁰⁶ P. Gwenaëlle. « Genre et application du concept de *gender mainstreaming*. Etude de cas dans la mise en œuvre du fonds social européen en Ile-de-France et à Berlin depuis 2000 », *Politique européenne* 2006, vol. 20, n° 3, pp. 55-74.

⁹⁰⁷ Préparation, décision, mise en oeuvre, évaluation.

⁹⁰⁸ « Au niveau le plus général, nous suggérons que le *care* soit considéré comme une activité générique qui comprend tout ce que nous faisons pour maintenir, perpétuer et réparer notre "monde", en sorte que nous puissions y vivre aussi bien que possible. Ce monde comprend nos corps, nous-mêmes et notre environnement, tous éléments que nous cherchons à relier en un réseau complexe, en soutien à la vie » [Fischer et Tronto, 1991, p. 40] : « Nous y incluons la possibilité que le soin s'applique non seulement aux autres, mais aussi à des objets et à l'environnement. » cité par J. TRONTO, « Du care », *Revue du MAUSS* 2008, p. 244.

253. Le *care*, un outil analytique éthique. La distinction entre l'homme et la femme s'opère d'un point de vue moral, en considérant que les femmes incarneraient l'attention à autrui et au cercle familial, et les hommes représenteraient l'objectivité, l'intégrité et l'indépendance. Cela a également nourri et structuré les rapports sociaux des sexes. Les femmes, qui sont davantage empathiques et altruistes ont vocation à s'occuper des activités domestiques et les hommes, de la vie professionnelle et politique.

254. Le *care* a interrogé du point de vue éthique sur la vie privée et vie publique, qui se fonde sur des stéréotypes de genres. Cela a alimenté un paradoxe permanent, relatif à la femme : elle serait à la fois victime et héroïne. La capacité du *care* donnerait à la femme le pouvoir de sauver la planète, car elle est capable d'assurer la reproduction de l'espèce, car elle est l'éducation des enfants et de la génération future, elle serait donc capable de s'occuper de l'environnement⁹⁰⁹.

§ 2. Perspective de lutte politique et collective pour accéder au pouvoir

255. L'enjeu social et économique a été de rendre le pouvoir accessible aux femmes, que ce soit dans la sphère privée ou dans la sphère publique. Comment faire peuvent-elles participer au pouvoir ? Quels sont les facteurs déterminants de cette participation ? Il nous semble judicieux de distinguer deux formes de déterminants ou du moins deux variables essentielles dans la mise en œuvre effective de cette participation. Elles contribueront à rendre plus égalitaires les rapports sociaux entre les sexes et réduiront les stéréotypes de genre dans le cadre de l'articulation de ces rapports. Nous pouvons citer la variable de l'éducation **(A)** dans le processus de participation au pouvoir ainsi que la variable de l'autonomisation économique comme moyen d'intégration au pouvoir **(B)**.

A) La variable de l'éducation dans le processus de participation au pouvoir

256. Des pratiques extra-juridiques telles que la mondialisation des marchés, le développement politique et social ainsi qu'économique ont fortement impacté de manière

⁹⁰⁹ Propos tenus par I. GUERIN et B. PREVOST, intervenant dans l'émission, *Les femmes au cœur du développement*, France Culture, disponible en ligne [<https://www.franceculture.fr/emissions/entendez-vous-leco/entendez-vous-leco-mercredi-8-novembre-2017>] ; Conf sur le sujet I. GUERIN, M. HERSENT, L. FRAISSE (dir), *Femmes, économie et développement : de la résistance à la justice sociale*, Érès, IRD, 2011, 382 p.

négative ou positive les rapports sociaux entre les sexes, mais elles ont également impacté les politiques publiques sociales et économiques.

257. La mondialisation marquée par fin de l'État-nation, l'uniformisation culturelle, a métamorphosé le monde notamment d'un point de vue sociologique⁹¹⁰. Ce concept abstrus et aux dimensions plurielles a des composantes à la fois politiques économiques et sociales qui ont eu des conséquences pluridimensionnelles sur la restructuration des rapports sociaux entre les sexes. Dans le cadre de la mondialisation, la marche de l'individualisation s'amplifie notamment avec l'extension de la scolarisation, dans le même temps que la reconnaissance progressive des droits des femmes⁹¹¹.

Selon la théorie des capacités d'Amartya Sen, réfléchir à la question de l'égalité des sexes c'est également réfléchir à l'une des composantes de la justice sociale. Pour cet auteur les approches d'évaluation des politiques sociales doivent s'effectuer comme s'opérant dans l'intérêt de la société dans laquelle des hommes et des femmes vivent, collectivement, et non pas de manière individuelle⁹¹². En ce sens l'éducation a vocation à s'appliquer à un ensemble d'individus qui constituent une communauté, une nation. L'éducation peut être appréciée en tant qu'élément constituant d'un processus plus général, incluant l'usage de l'information, la réflexion, la cognition. Elle est un préalable nécessaire à la faculté d'exercice d'un droit, mais également dans l'exercice de capacités. Les capacités ou les libertés « jouent un rôle essentiel pour combattre la misère et l'oppression »⁹¹³ dans un monde marqué par les inégalités. En ce sens, l'oppression peut également résulter de la domination des hommes dans la société et dans la famille, c'est pourquoi l'éducation est, selon lui le moyens central qui permet notamment aux femmes de participer « à la prise de décision dans le ménage »⁹¹⁴. En effet, pour assumer des responsabilités et prendre des initiatives, les hommes et les femmes doivent développer certaines facultés. Ils deviennent des acteurs autonomes de la société. Ils peuvent participer activement à la vie de la Cité et aux prises de décisions dans la gestion des ménages. Pour cela, il faut acquérir des connaissances et développer un sens critique. Cette acquisition passe aussi

⁹¹⁰ D. MARTIN, J.-L. METZGER, Ph. PIERRE, *Les métamorphoses du monde. Sociologie de la mondialisation* Paris, Seuil, 2003, 384 p.

⁹¹¹ Les uns avec les autres. F. de SINGLY, *Les uns avec les autres. Quand l'individualisme crée du lien* Paris, Armand Colin, 2003, p. 267.

⁹¹² E. UNTERHALTER, «Paper commissioned for the EFA Global Monitoring Report 2003/4, The Leap to Equality ». Education, capabilities and social justice., 2004/ED/EFA/MRT/PI/76, 2003, p. 2. Disponible sur <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000146971>.

⁹¹³ A. Sen « Un nouveau modèle économique. La liberté des femmes, atout du développement », *Le monde diplomatique*, 2000, p. 22. Disponible en ligne [<https://www.monde-diplomatique.fr/2000/09/SEN/2389>]. Texte extrait de l'ouvrage A. SEN, *Un nouveau modèle économique. Développement, justice, liberté*, Odile Jacob, 2003.

⁹¹⁴ A. SEN *inter womans éducation and first rights*

par l'apprentissage de l'écriture et de la lecture. À cet égard « l'éducation influence cette prise de décision, car elle octroie la connaissance compréhension et capacité à présenter et défendre ses arguments ». Or, cet enseignement est essentiellement acquis sur les bancs de l'école. La scolarisation et l'alphabétisation des femmes sont une variable déterminante.

258. Il est nécessaire d'une part de satisfaire des besoins tels que l'éducation, d'autre part l'attention doit être portée à la façon dont les besoins sont formulés ainsi qu'au respect que se doivent les individus⁹¹⁵. Malgré une politique de scolarisation massive dans le monde, les femmes restent les principales victimes de l'analphabétisme. Sans l'acquisition de ces outils d'émancipation que sont la lecture et l'écriture, la femme ne peut être l'égal de l'homme en tant que membre actif de la société. L'égalité des sexes passe par la garantie effective de l'accès à l'éducation sans aucune discrimination fondée sur le genre. Les politiques publiques résultent des actions et traduisent un mode de gestion de l'État en tant que structure qui a des conséquences sur les décisions humaines. Ces décisions sont également celles qui sont prises au niveau des ménages.

259. L'alphabétisation des femmes est un préalable à la maîtrise par ces dernières de leurs droits. C'est un déterminant extra-juridique, et c'est aussi un phénomène sociologique. La scolarisation est un moyen de faire des femmes des acteurs à part entière de la vie en démocratie et non pas des spectatrices tapies dans l'ombre. Autrement dit, les conditions de l'éducation sont corrélées aux processus sociaux de manière extensive, ainsi qu'à la question de l'exercice de l'action. L'éducation, la scolarisation est le principal moyen de l'accès aux libertés et capacités. « L'émancipation des femmes est “un facteur décisif de changement”⁹¹⁶.

260. L'analphabétisme n'est pas initialement une problématique spécifique à la femme en Tunisie. Les hommes sont aussi très touchés par ce phénomène. L'éducation s'inscrit au cœur des mutations sociales qui touche l'État tunisien. Cette mutation s'est opérée par la mise en place d'un processus visant à pallier une situation spécifique. La situation inégalitaire

⁹¹⁵ A. SEN, « Freedoms and Needs », *New Republic*, 1994, p. 38 ; E. UNTERHALTER, « Paper commissioned for the EFA Global Monitoring Report 2003/4, The Leap to Equality ». Education, capabilities and social justice., 2004/ED/EFA/MRT/PI/76, 2003, p. 5. Disponible sur <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000146971>

⁹¹⁶ A. SEN « Un nouveau modèle économique. La liberté des femmes, atout du développement », *Le monde diplomatique*, 2000, p. 22. Disponible en ligne [<https://www.monde-diplomatique.fr/2000/09/SEN/2389>]. Texte extrait de l'ouvrage d'A. SEN, *Un nouveau modèle économique. Développement, justice, liberté*, Odile Jacob, 2003.

subsiste entre les différents sexes. La femme qui a bénéficié du mouvement général d'amélioration de sa condition par l'accès à l'éducation n'a pas atteint l'objectif paritaire. Dans cette expérience sociale via la mise en place d'un nouveau cadre juridique, certains dysfonctionnements du processus d'évolution affectent le statut égalitaire de la femme tunisienne. Les mutations majeures vécues par la société tunisienne constituent un élément déterminant dans l'ampleur de la place du principe d'égalité homme-femme dans le droit et la société. Cette ampleur est accentuée par la rapidité du changement social qui implique de nouvelles problématiques sociétales qui se traduisent elles-mêmes dans une forme juridique. La célérité dans l'évolution des sociétés doit se faire en concordance avec l'engagement et l'organisation institutionnelle. Il reste à assurer une continuité et une progression dans l'éducation paritaire.

261. Il faut, en premier lieu rectifier la situation de la femme analphabète en lui fournissant les moyens d'améliorer son statut. Ceci nécessite une analyse plus ciblée à travers les différentes statistiques nationales et régionales⁹¹⁷ avec la prise en compte des différents contextes régionaux. Cette investigation ciblée permet de cerner les caractéristiques et les indicateurs à l'échelle régionale⁹¹⁸, nationale⁹¹⁹, locale⁹²⁰ et inter-étatique, dans le cadre du droit comparé. C'est dans ce cadre que les indicateurs permettent de faire émerger les spécificités, en vue d'une meilleure articulation du statut de la femme à son cadre régional, national et local. Il sera possible, par la prise en considération de ces caractéristiques, d'isoler et d'identifier les freins à cette évolution, afin de constituer des éventuels leviers nécessaires pour la mise en place de moyens effectifs permettant la prise en mains de leurs droits par les femmes, au même titre que les hommes⁹²¹.

B) La variable de l'autonomisation économique, comme moyen d'intégration au pouvoir

⁹¹⁷<http://www.ins.nat.tn/indexfr.php>

⁹¹⁸ Au niveau du Maghreb.

⁹¹⁹ Au niveau de la Tunisie.

⁹²⁰ Au niveau des Gouvernorats.

⁹²¹ Analyse du système éducatif Tunisien 2013, rapport dans le cadre du programme de l'organisation internationale du travail pour la « promotion de l'emploi effectif et le travail décent des jeunes en Tunisie » financé par l'Agence Espagnole de Coopération internationale pour le développement (AECID), en partenariat avec l'observatoire national de l'emploi et des qualifications (ONEQ) relevant du Ministère de la formation Professionnelle de l'emploi Tunisien.

262. Ségrégation sexuée en matière sociale et économique. Les normes sociales et certains facteurs de résistances spécifiques au niveau local ont freiné la mise en œuvre effective de cette autonomisation économique et financière qui est impérative dans le cadre du processus de participation à la décision et ainsi du pouvoir de gestion. La ségrégation sexuelle en matière sociale et économique s'exprime dans le cadre de la division sexuée du travail qui au début a été organisée par les politiques publiques.

263. Un bon nombre de ces politiques avaient pour ambition d'encourager un modèle d'organisation sociale qui a impacté les rapports entre les sexes. À cet égard, les femmes étaient encouragées dans le travail domestique et l'éducation des enfants alors que les hommes étaient encouragés en tant que chefs de famille à occuper l'espace public notamment dans le cadre professionnel et politique. Cette ségrégation s'est atténuée, en rendant possible l'accès aux femmes à l'espace public et notamment au marché du travail, malgré des barrières très compliquées à franchir, liées à l'articulation entre vie privée et vie professionnelle. Toutefois, la répartition du travail se fait par le biais du genre qui se traduit par une féminisation de certains emplois et inversement une masculinisation d'autres branches du travail. À titre d'exemple 98 % des assistantes maternelles sont des femmes, car il est considéré comme atypique de voir des hommes exercer ce type d'emploi qui sont également moins bien rémunérés.

264. C'est sur la base du genre et du *care* que de nombreuses inégalités de sexes peuvent être constatées. En effet, les stéréotypes de genre constituent un obstacle à l'égalité professionnelle, notamment lorsqu'ils ferment l'accès des femmes aux postes de responsabilités en France et en Tunisie, mais également à certaines sphères professionnelles. Il en va de même dans l'orientation scolaire des jeunes filles qui reste toujours conditionnée au genre. Un autre phénomène plus transversal marque la domination des femmes par le biais des violences. En effet, que ce soit dans la société, dans le travail ou dans l'institution scolaire, une violence de genre apparaît sous diverses formes⁹²². L'accès à l'emploi et la présence des femmes sur le marché économique sont fondamentaux dans « la diversification des talents »⁹²³. Lionel Jospin, dans son discours d'ouverture de la séance d'installation du Conseil d'Analyse économique, le

⁹²² Danielle BOUSQUET, présidente du Haut Conseil à l'Égalité entre les femmes et les hommes et Isabelle GERMAIN, présidente de la Commission Lutte contre les stéréotypes et la répartition des rôles sociaux HCEfh – Rapport relatif à la lutte contre les stéréotypes, Rapport n°2014-10-20-STER-013 publié le 20 octobre 2014 Remis à Marisol TOURAINE, ministre des Affaires sociales, de la Santé et des Droits des femmes, et Pascale BOISTARD, secrétaire d'État chargée des Droits des femmes

⁹²³ Rapport B. MAJNONI d'INTIGNANO, *Égalité entre femmes et hommes : aspects économiques*, La Documentation française, 1999.

24 juillet 1997 avait eu ces mots très justes sur « la nécessité pour *un gouvernement trop souvent confronté à l'urgence, de pouvoir se référer à une structure de réflexion qui lui permette d'éclairer ses choix dans le domaine économique* »⁹²⁴. Pourtant, cet espace de réflexion a non seulement été interdit aux femmes, mais surtout elles ont été les grandes oubliées des politiques de développement après la Seconde Guerre mondiale, alors même qu'elles avaient eu un rôle significatif.

265. En Tunisie, les femmes ont été davantage victimes du caractère invisible de leur travail, puisqu'il était informel. L'ajustement structurel en matière de développement économique à la suite de la crise de la dette en 1982 va également faire des femmes des victimes des politiques économiques, puisqu'elles en sont exclues. De la même manière, lorsque les banques et le FMI exigent un « assainissement des finances » et la réduction des dépenses publiques les premières dépenses mises à mal sont celles qui relèvent du domaine social, de la santé et, en outre, celles afférentes à toutes les mesures qui jusque-là protégeaient les femmes et leur situation fragile et vulnérable dans la société. Cette vulnérabilité sociale et particulièrement économique sera renforcée par la vague de chômage qui va prioritairement et globalement toucher les femmes, lesquelles avaient été sollicitées par l'industrie. De fait, elles apparaissent comme un « bouche-trou » des besoins économiques, sans occuper réellement une place stable et reconnue. De là, on va constater un renforcement des inégalités de genres. Pourtant, il a fallu permettre la participation des femmes au pouvoir économique et contre balancer la présence exclusivement masculine dans cette sphère.

266. Dans ce processus de dialogue et de réflexion, « la plupart des interlocuteurs sont des hommes » et les barrières instaurées par ces derniers sont difficiles d'accès pour les pauvres et notamment les femmes. À la différence des pays nordiques et de la France qui dans le cadre d'un État providence a développé et justifié la conciliation entre la vie professionnelle et les contraintes liées à la maternité, la Tunisie a dû s'accommoder de son statut de pays en voie de développement pour trouver des stratégies d'insertions des femmes dans le monde économique. Le taux de participation des femmes à la vie économique est traditionnellement lié à trois facteurs : un déclin de la proportion de femmes en couple ; « un déclin du nombre d'enfants par

⁹²⁴Lionel JOSPIN, *Premier Ministre, Discours d'ouverture de la séance d'installation du Conseil d'Analyse Économique, le 24 juillet 1997. Salle du Conseil, Hôtel de Matignon. Rapport B. MAJNONI d'INTIGNANO, Égalité entre femmes et hommes : aspects économiques*, La Documentation française, 1999.

femme et un relèvement du niveau d'éducation des femmes ». S'ajoute à cela la nouvelle technologie domestique qui permet aux femmes dans les pays les plus développés de disposer de plus de temps pour envisager une activité professionnelle, dans un cadre où les conditions de travail se sont améliorées⁹²⁵.

267. Dans le cadre de l'autonomisation économique des femmes en Tunisie des études ont constaté l'inégalité d'accès aux ressources ainsi que le manque d'accompagnement de projets visant à pallier les injustices sociales dans ce domaine. Les économistes mettent en lumière les activités de « reproductions » traditionnellement effectuées par les femmes. C'est sur le fondement du genre en tant que moyen analytique et critique, que des inégalités de genre se sont avérées en matière d'articulation entre production et reproduction. Cette opposition sexuée a eu pour conséquence d'établir des inégalités économiques et matérielles. Comment ? En consacrant un caractère sexué du marché qui a littéralement plongé les travailleuses dans l'ombre. Le caractère sexué du travail se traduit par la surreprésentation des femmes dans certains domaines, notamment le service, les emplois de bureau ou de soin par exemple. Il apparaît également à travers la concentration des femmes dans des secteurs d'activité peu valorisés et dont la rémunération est plus faible. Les hommes quant à eux à l'inverse occupent des postes à responsabilité tels que ceux relatifs à la direction et à l'administration et des emplois de production. S'ajoute à cela la forte féminisation des emplois précaires et à temps partiel. En Tunisie, où il existe encore un secteur informel assez dominant, les femmes y sont très présentes et sont donc exclues de toute protection sociale. Dans le milieu rural elles assurent la sécurité alimentaire de la famille dans le cadre des cultures vivrières alors que les hommes sont davantage présents, voire majoritairement présents dans le domaine de la culture d'exportation qui est plus rémunérateur. Si l'on prend en compte le travail domestique accompli, les femmes travaillent plus que les hommes. Ainsi, la précarisation, le caractère informel de certaines activités, entraîne une inégalité et une insécurité économique et sociale qui s'ajoutent de celle relative à l'éducation. Cette insécurité, cette instabilité ont pour effet d'assurer un pouvoir quasi masculin et de rendre son accès difficile pour les femmes. Ainsi, que ce soit dans le domaine familial, communautaire ou institutionnel, les femmes restent à la marge.

⁹²⁵ F. JAUMOTTE. « Les femmes sur le marché du travail : évidence empirique sur le rôle des politiques économiques et autres déterminants dans les pays de l'OCDE », *Revue économique de l'OCDE* 2003, vol. 37, n°. 2, p.61.

* *
*

268. Conclusion du titre II relatif à la concurrence de légitimités. De l'analyse de la concurrence de légitimité, il résulte un double enseignement. Les légitimités sur lesquelles se fonde le principe d'égalité des sexes ne sont pas les mêmes dans les deux États. Ainsi, selon que l'on examine le principe d'égalité des sexes d'un prisme tunisien ou d'un prisme français, les fondements de leur légitimation divergent sensiblement.

269. Premièrement, les systèmes juridiques français et tunisien convergent en ce que tous deux ont connu un fondement métaphysique qui a laissé des traces dans le droit positif. Si les causes des inégalités des sexes sont convergentes, leurs effets sont actuellement divergents en raison des changements opérés dans la détermination des agents de l'ordre social. D'un point de vue historique et sociologique, les deux États ont connu un ordre social qui devait se conformer au point de vue religieux lié au patriarcat. L'ordre religieux est générateur de justifications et de dispositions. Ces dernières constituent le fondement de mécanismes de comportements. Autrement dit il est l'une des forces de l'action. Que ce soit en France ou en Tunisie, la légitimité religieuse a empêché l'émergence d'une conception d'une égalité formelle. Il fait abstraction de toutes les différences religieuses qui sont le corollaire de toutes les différences sexuelles. La loi de 1905 a marqué un tournant significatif pour l'avenir des femmes. En érigeant le principe de laïcité comme un agent de l'ordre social, le système juridique français s'est octroyé un outil de protection supplémentaire contre une résurgence d'une conception religieuse inégalitaire. Nonobstant l'absence d'un tel agent de l'ordre social tunisien, ne permet pas de concevoir une conception juridique uniquement en dehors de la dimension religieuse. La stratégie de sécularisation entamée par le système tunisien dès 1956 avec la promulgation du CSP, n'est pas suffisante pour garantir au moins une égalité formelle dans le système juridique actuelle.

270. Deuxièmement, nous avons constaté que l'opposition de conceptions constitue une source de malaise à l'intérieur même des systèmes, mais également entre les systèmes qui s'explique en partie par la résurgence d'un Islam politique. Le contexte qui a entouré la rédaction de la Constitution tunisienne du 27 janvier 2014 est particulier. Nous pouvons d'ores et déjà affirmer que la nouvelle constitution tunisienne figure incontestablement comme un texte de compromis entre des aspirations qui à la réserve de contradictions, pour le moins

dissemblables. Comme nous le verrons plus tard, la Constitution de 2014 a été le fruit d'un processus transitionnel marqué par un clivage idéologique qui oppose la branche séculière à celle des islamistes. Si ce compromis explique en partie sa traduction en textes paradoxaux et parfois contradictoires, il a également déplacé le curseur sur ce que le professeur Yadh Ben Achour qualifie de « contradiction d'inspiration » qui a pour conséquence de laisser volontairement ou pas aux institutions politiques de lever le voile sur les ambiguïtés et les ambivalences de certaines dispositions afin de révéler les « arrière-pensées contradictoires »⁹²⁶. Cette ambivalence nous la retrouvons dans l'existence deux ordres : l'ordre social fondé sur le caractère civil de l'État et l'ordre moral fondé sur la religion d'État. De cette difficulté à identifier l'ordre auquel se rattachent les règles, s'ajoute le risque de substitution de l'ordre social à l'ordre moral.

271. Nous avons pris position pour élargir le principe d'égalité des sexes en matière de droit successoral, car il est juridiquement discriminatoire. Toutefois, nous avons constaté qu'avec l'influence du système français, le modèle tunisien apporte aussi des avancées constitutionnelles importantes par rapport au Maroc et à l'Algérie. La révolution de jasmin de 2011 et la cascade de révolutions qui l'ont suivie ont créé une fenêtre d'opportunités cruciale, mais limitée, pour des changements politiques susceptibles de façonner la réforme du système juridique du Maghreb en matière d'égalité des sexes.

272. Troisièmement, l'État, en tant que structure et acteur a été immanquablement au cœur de la pratique constante de l'inégalité entre les sexes, de sa pérennisation et de ses renouvellements. La prise en considération du rôle joué par les structures organisationnelles notamment par l'État dans la production et la reproduction d'inégalités est porteuse d'importantes dynamiques au niveau de l'effectivité du principe d'égalité des sexes, notamment avec la diffusion de ce principe sur les zones rurales et la prise en compte des facteurs socio-économiques par le droit dans la conception et l'interprétation qu'il donne de l'égalité des sexes. Par ailleurs, certaines structures organisationnelles sont définies par des normes d'origine constitutionnelle. Ce faisant, elles constituent substantiellement un facteur d'accélération, un processus d'intégration du principe dans les structures sur l'ensemble d'un territoire donné. Contrairement à l'ancienne constitution tunisienne de 1959 dans laquelle ces questions ont été assez négligées, la nouvelle Constitution de 2014 fait de la décentralisation

⁹²⁶ P. Avril, « Enchantement et désenchantement constitutionnels sous la V^e République », *Pouvoirs*, n° 126, 2008, p. 8.

un principe de premier ordre. Grâce à ce changement institutionnel inspiré du modèle français, le système juridique tunisien dispose d'un nouveau moyen d'intégration la question dans les processus législatifs et administratifs.

CONCLUSION DE LA PARTIE I RELATIVE AUX FONDEMENTS DE L'ÉGALITÉ HOMME-FEMME

273. Historiquement, la Constitution tunisienne de 1959 s'inscrit dans l'évolution du constitutionnalisme dans les pays arabes. Même si substantiellement, il existe des divergences avec le modèle de la Constitution française de 1958, sur le plan structural, la Constitution tunisienne de 1959 marque un nouveau tournant dans ce mouvement constitutionnel. En effet, tout comme en Europe et en France, il y a eu une accélération du constitutionnalisme à la suite de la seconde guerre mondiale. La Tunisie n'a pas dérogé à ce phénomène puisque sa Constitution de 1959 est marquée par des préoccupations sociales. En ce sens, cette dernière norme a renfermé des déclarations de principes qui à l'instar des Constitutions occidentales, dont celle de la France, tendent communément à garantir aux citoyens et à l'Homme la jouissance de droits et libertés, dont l'inspiration relèverait selon la doctrine, « de la philosophie politique du monde chrétien » et occidental⁹²⁷. Incontestablement, il existe un rapport d'interaction fertile entre les deux systèmes juridiques. Les modifications apportées par la Tunisie dans sa nouvelle Constitution de 2014 semblent emprunter le même chemin que celui entamé par la France. Elles ont permis l'apparition d'une multitude de sources de référence à l'égalité entre les citoyens et les citoyennes, dont la référence à l'égalité homme-femme. Conceptuellement, les assises constitutionnelles de l'égalité homme-femme sont affaiblies par leur caractère ambigu, ce dernier doit être éliminé par le législateur dans l'attente de

⁹²⁷ E. RABBATH, « La théorie des droits de l'homme dans le droit musulman », in, *Revue internationale de droit comparé*, Vol, 11, n°4, 1959, p. 674.

l'émergence d'une jurisprudence constitutionnelle en la matière par l'institution d'une Cour constitutionnelle. Par ailleurs, L'absence d'une loi consacrant l'égalité homme-femme de manière transversale empêche l'émergence d'une telle égalité et conduit à supporter des dispositions inégalitaires au détriment de la femme et, finalement, de l'effectivité de l'égalité homme-femme.

274. Dans notre premier titre, où il a été question de la pluralité des fondements de l'égalité homme-femme, il a pu être montré la portée du principe d'égalité des sexes en France et en Tunisie et comparer leur divergence. Nous avons constaté qu'à la lecture de l'ensemble des dispositions constitutionnelles tunisienne une ambiguïté demeure. Cette faiblesse est maintenue par rapport à la Constitution de 1959.

275. En définitive, les deux systèmes juridiques consacrent l'égalité homme-femme de manière explicite, le choix de la parité et de la discrimination positive a atténué les écarts et les inégalités de fait, mais ne permet pas de les éradiquer. Néanmoins, même si la Constitution tunisienne apparaît ambiguë de prime abord, nous ne soutenons pas l'idée qu'il n'existe que des dispositions en matière d'égalité homme-femme qui porteraient atteinte à cette égalité. Pour cette raison, nous avons émis une critique sur l'usage de l'expression « citoyens », puis celle de « citoyens et citoyennes » qui laisse à penser que l'égalité homme-femme ne vise pas expressément les femmes, notamment dans le domaine privé.

276. Les éléments d'amélioration de la mise en œuvre de l'égalité des sexes nous ont interrogé à la fois la portée et les limites du principe plus récent de non-discrimination, ainsi que des concepts clés tels que la discrimination indirecte. Des réponses ont été apportées par le droit de l'Union européenne à la France. La Cour de Justice considère que l'égalité des traitements entre les sexes est un résultat à atteindre. En effet, cet objectif d'efficacité e eu pour conséquence de faire peser à tous les États membres la traduction de l'égalité au sein des systèmes juridiques internes français, peu importe les obstacles conceptuels. Cet objectif d'efficacité n'existe pas dans le cadre du droit régional tunisien et donc le contrôle qui existe dans le cadre de l'Union européenne à travers le recours en manquement, qui permet de condamner un état membre qui n'a pas transposé une norme européenne est dommageable pour le système tunisien. De même que ce type de contrôle peut être exercé par le mécanisme du renvoi préjudiciel du droit de l'Union européenne et qui contraint les juges nationaux à mettre à l'écart cette norme non conforme. Si « la Cour de cassation n'a pas immédiatement suivi cette

approche concrète »⁹²⁸, elle a néanmoins harmonisé sa jurisprudence avec celle de la Cour de justice de l'Union européenne⁹²⁹. À ce titre, les principaux apports de la jurisprudence européenne ont porté sur la notion de discrimination indirecte et sur le régime probatoire. Elle concerne l'application du principe de non-discrimination en droit interne français et son évolution.

277. Dans notre second titre, où il a été question de la concurrence de légitimités, nous avons démontré que les sources d'inspirations et les fondements juridiques au sein du système juridique tunisien sont pluriels. Il a été expliqué qu'au vrai il n'existe pas *une* seule source de référence au principe d'égalité des sexes, mais *bien deux qui sont* aussi distincts et ne sont pas toujours égalitaires.

278. En outre, force est de relever qu'en dépit de ces éléments qui attestent d'un élan moderniste incontestable, il subsiste une certaine forme de pesanteur du passé dans le système juridique actuelle. Si les ouvertures constitutionnelles en matière de parité constituent une avancée incontestable par rapport au modèle du droit musulman public, elles n'ont pas pour autant éliminé les symboles forts du droit musulman classique. Le droit des successions en Tunisie nous a semblé un cas d'école, de l'une des dimensions symboliques de l'ordre religieux et des difficultés du cadre juridique tunisien de l'égalité homme-femme qui institutionnalise des discriminations. Nous avons aussi constaté qu'en matière du statut personnel, même si le renforcement du divorce est une avancée, la rupture de l'égalité homme-femme subsiste. Pour dire les choses autrement, l'objectif poursuivi par le législateur permet d'atténuer l'inégalité entre les sexes, mais ne la fait pas pleinement disparaître. Cette inégalité continue d'ailleurs à s'exercer dans le cadre des effets du divorce. Toutefois nous avons souligné les avancées positives pour l'égalité. Deux exemples nous ont permis d'en prendre la mesure : la garde de l'enfant, qui est une avancée substantielle, et l'institution du juge de la famille, qui est une avancée institutionnelle.

279. Par ailleurs, pour rendre cette Constitution démocratique, il a fallu respecter certains principes, tels que l'égalité des sexes. Pour respecter ce dernier principe, il y eut une

⁹²⁸ Pierre BAILLY, « L'égalité des salariés en droit du travail », dans Rapport de la Cour de cassation 2003, Paris, La Documentation française, 2004, p. 83.

⁹²⁹ R. SÉNAC-SLAWINSKI, « L'égalité entre les femmes et les hommes dans l'emploi : réflexions sur l'évolution récente du droit français », Droit et société, 2006, p. 72.

indispensable conciliation de l'islam et des droits de l'homme. Toutefois, la présence de dispositions portant sur ces domaines entraîne un risque important de confusion des dispositions. Le paradoxe entre le droit et les pratiques nous l'expliquons par les ambiguïtés de la Constitution qui cite l'islam et son rôle dans le système politique et la culture du pays. La Constitution de 1959 reconnaissait quant à elle expressément l'islam comme religion d'État. Toutefois, à l'inverse de la France, la Tunisie n'a pas connu de sécularisation du système juridique. Bourguiba s'est rapidement heurté à la limite religieuse dans sa tentative de laïcisation de l'État. Comme celui de ses pays voisins (Algérie, Maroc), le système juridique tunisien comprend des contradictions.

280. La structure juridique peut également être considérée comme un système d'échange qui permet une forme de rapprochement entre les différents systèmes. Ce rapprochement juridique peut se traduire aussi bien à travers le langage juridique que par une politique d'amélioration des organes de gestion, ainsi que des mécanismes de protection du principe d'égalité homme-femme. Nous avons également dans ce cadre souligné l'effet commun de complexification du droit à l'égalité des sexes. À cet égard le caractère effectif d'une norme juridique passe par l'observation du caractère clair, intelligible et stable de la règle de droit, mais également par le fait que les destinataires de ces normes soient convaincus de la légitimité et de la validité de sa mise en œuvre. Aussi, la condition d'effectivité de l'égalité des sexes ne constitue pas une donnée immuable, elle est évolutive et perfectible.

281. Dans ces conditions, au moyen d'un jeu de variables, la diversité des facteurs de structuration des rapports sociaux, notamment celui entre les hommes et les femmes, aura des conséquences sur la pérennité du principe d'égalité des sexes. Autrement dit, l'intégration du principe d'égalité dans la structure de la société et le système juridique dépend fortement du temps.

282. Transition vers la seconde partie. Une fois compris le caractère pluriel du fondement du principe d'égalité des sexes, il reste désormais à savoir le mode de structuration du principe d'égalité des sexes. Les structures sur lequel repose le principe d'égalité des sexes jouent-elles dans l'amélioration ou la perturbation de la mise en œuvre de l'égalité des sexes ? Autrement dit, eu égard à la diversité de facteurs de structurations du principe d'égalité des sexes, existe-t-il un facteur commun de structuration entre les deux systèmes ? On l'a saisi, au vu de

l'implication des facteurs de structuration, la question de la diversité des facteurs de structuration doit être posée. Tel est l'objet de notre seconde partie.

**SECONDE PARTIE : LA DIVERSITÉ DES
FACTEURS DE STRUCTURATION**

283. Il existe des convergences entre des systèmes comparables. Mais nous pouvons même dire qu'à défaut de systèmes comparables on peut trouver des convergences lorsqu'il existe dans chaque état des strates de domination communes. On peut dès lors constater des résultats identiques par des voix différentes. Depuis 2014, la Tunisie bénéficie d'une nouvelle Constitution qui intègre *expressis verbis* la problématique de l'égalité entre les hommes et les femmes. Cette nouvelle Constitution est basée sur un « collage des mécanismes et principes constitutionnels » au niveau international, ce qui a pour effet de « produire des solutions hybrides » adaptées aux nécessités locales. Cette nouvelle Constitution incarne une histoire des peuples et des valeurs, dont celle de l'égalité entre les sexes et le genre. Toutefois, il serait erroné d'affirmer que la question du droit des femmes a été initiée par le seul biais de la révolution de 2011. Le sujet de l'égalité des sexes a été abordé dès la première révolution tunisienne au milieu des années 1950 et l'adoption de la première Constitution en 1959. Progressivement, le droit tunisien s'est détaché du droit musulman. C'est grâce à l'énergie et à la volonté du Président Bourguiba que ces mutations se sont produites. En effet, l'introduction de nouvelles lois a permis de moderniser la situation de la femme et de rééquilibrer certaines inégalités. La nouvelle Constitution de 2014 permet également d'intégrer dans la structure juridique tunisienne le principe d'égalité des sexes comme un élément de réflexion moderne sur la justice.

284. Si l'idée même de justice est ancienne et trouve ses fondements dans des théories philosophiques, la détermination du contenu de la notion est beaucoup plus récente et n'est apparue qu'après le XVIII^e siècle. À la lecture des différents auteurs, on peut s'accorder sur différents éléments pour identifier ce contenu. Ce lien entre la justice et l'égalité sera essentiellement le fait des auteurs du XX^e siècle tels que Dworkin⁹³⁰ et Rawls qui apporteront leur contribution à cette construction théorique ; le second affirme d'ailleurs dans sa *Théorie de la justice*⁹³¹ que l'égalité c'est également l'équité.

285. Le philosophe propose dans son ouvrage d'élucider les problèmes théoriques de la justice au moyen de deux notions remarquables ; le principe de différence et la justice comme équité. Selon Rawls, ces notions constituent les prémices nécessaires à la conception de ce qu'il nomme le « voile d'ignorance », un concept capable d'assurer le principe de liberté-égalité et du principe de différence. Autrement dit, le principe de liberté-égalité serait le droit égal pour

⁹³⁰ Voy. R. DWORKIN, *Prendre les droits au sérieux*, PUF, Paris, 1995.

⁹³¹J. RAWLS, *Théorie de Injustice* (1971), Seuil, Paris, 1987.

tous à la condition de ne pas aller à l'encontre de la possibilité d'objectiver la liberté d'autrui. Si, par la suite, certains concepts dans l'approche de Rawls⁹³² très bien sont jugés comme insuffisants, son entreprise en aura nonobstant influencé d'autres pour qu'il puisse exister une structuration rationnelle entre la justice sociale et la liberté individuelle. À la suite, des œuvres majeures, telle que la *Théorie de l'agir communicationnel* de Jürgen HABERMAS⁹³³ ou le *Libéralisme et les limites de la justice*⁹³⁴ de SANDEL⁹³⁵ et d'Amartya Kumar Sen bien viendront prolonger l'édifice théorique d'une conception politique du raisonnement critique, qui a terme permettra de mettre en lumière les difficultés de mise en œuvre de la justice en tant qu'idéal moral et politique.

286. RAWLS développe une conception de la justice qui implique que les membres d'une société qui n'ont pas les mêmes opinions, voire qui ont des points de vue contradictoires, sont capables de trouver un accord afin de réguler les fondements de la société par la recherche de ce consensus. C'est peut-être la recherche de ce consensus qui va effectivement devenir une condition de réussite des politiques égalitaires. L'objectif de la théorie de Rawls est de chercher la conciliation entre la garantie des libertés à tous les individus, l'égalité des chances et la conservation uniquement des inégalités qui profitent aux désavantagés. Ainsi Rawls fait de l'égalité des chances une composante d'un des deux principes de la justice⁹³⁶. En ce sens, il défend la discrimination positive. Comme nous l'explique Bouretz⁹³⁷, la solution imaginée par Rawls tend à renverser l'idée qu'il faudrait entendre par ces institutions construites au travers d'un idéal de justice qui sont dans le cadre du droit « la structure du vivre-ensemble d'une communauté historique »⁹³⁸.

287. Ces institutions sociales se basent sur un ensemble de règles et de valeurs, qui doivent assurer la proscription d'actions qui auraient pour effet de porter atteinte à la justice qui se

⁹³² Voy. sur le débat entre RAWLS et HABERMAS, O. PERRU. « Jürgen HABERMAS et John RAWLS, Débat sur la justice politique ». In: *Revue Philosophique de Louvain*. Quatrième série, 1997. pp. 340-346 ; F. VANDENBERGHE (dir) « Théorie de l'agir communicationnel », In. *Une histoire critique de la sociologie allemande : aliénation et réification*, La Découverte, 1998, pp. 249-294.

⁹³³ J. ANDRE. « Jürgen HABERMAS, Théorie de l'agir communicationnel (1981) in. *L'Homme et la société, Les droits de l'homme et le nouvel occidentalisme*, Paris, Fayard, 1987. p. 189.

⁹³⁴ M. SANDEL, *le Libéralisme et les limites de la justice*, Essai (broché), 1999, 336 p.

⁹³⁵ Voy., F. VON LENNEP « *Justice*, Michael J. Sandel, Albin Michel, 2016, 416 pages », *Revue française des affaires sociales*, 2016, pp. 291-298.

⁹³⁶ Il estime que « les inégalités sociales et économiques doivent satisfaire à deux conditions [...] » dont celle où « elles doivent être attachées à des fonctions et à des positions ouvertes à tous, dans les conditions de juste égalité des chances ».

⁹³⁷ P75

⁹³⁸ *Soi-même comme un autre*, Paris, Seuil, 1990. p.227.

présente comme une forme de « vertu “compensatoire” »⁹³⁹ qui répond à une logique de « répartition de droits et de devoirs fondamentaux »⁹⁴⁰. Une étude sur la justice distributive vient délimiter ce que pensent les individus en Europe de la justice distributive qui considèrent que la répartition des biens justes ou injustes s’articule autour de trois facteurs : la garantie des besoins de base pour tous, la reconnaissance des mérites de chacun et la réduction des inégalités, dont ceux relatifs aux revenus⁹⁴¹. Aussi, il semble important de s’accorder sur une conception concrète de l’équité, à partir du moment où il existe une multitude de conceptions du bien qui coexistent. D’ailleurs, s’accorder sur une conception concrète et commune de l’égalité des sexes, dès lors que plusieurs conceptions du bien, du juste, de la vérité coexistent, semble être une nécessité dans le cadre de la procédure légitime qui permet de donner un contenu cohérent et harmonieux de ce droit et qui permettrait également de donner une application concrète de ce principe. Si bien que la justification de ce principe passe par des solutions substantielles tirées de plusieurs théories philosophiques telles que le principe d’égalité-liberté de Rawls, le principe de discussion et de l’Agir communicationnel de Habermas et Apel, la conception de justice de Dworkin ou encore celle comme résultant d’un accord unanime⁹⁴². À la lecture de ces travaux empiriques, on ne peut que mettre en lumière les critères appréciés comme légitimes selon la nature des conflits en cause et leur contexte. Autrement dit, la solution juste à un différent qui pourrait surgir entre les fins des uns et des autres se présente *ad vitam æternam* à établir une règle raisonnable pour chacun, exactement car elle assure la coexistence des fins.

288. Ainsi, l’expression collective de l’égalité des sexes doit explorer toute la palette de l’égalité des sexes, notamment les formulations d’une multitude de concepts. Le contenu de ses concepts est tout aussi divers et variable que la conception même de l’égalité des sexes, mais la recherche d’une adéquation entre ces différents concepts, notamment celles de la liberté, de la justice, de l’équité, l’efficacité, effectivité, la validité et la légitimité doit être poursuivies sur le plan de la justice. Pour cela, l’équité en matière d’égalité des sexes est tout d’abord partie intégrante du droit lorsqu’il prévoit une égalité qualitative et non plus quantitative. Ensuite, l’équité devient un palliatif lorsque le juge se réfère à ce dernier en cas de lacune du droit. Elle a déclenché un retour nécessaire à une réflexion plus homogène des concepts et significations

⁹³⁹ D. ALLAND, S. RIALS, (Dir), Dictionnaire de la Culture juridique : 2003, Justice (Doctrine) p. 891.

⁹⁴⁰ *Ibidem*.

⁹⁴¹ F. MICHEL, M. PARODI. « Justice distributive. La hiérarchie des principes selon les Européens », *Revue de l’OFCE*, vol. n° 98, no. 3, 2006, pp. 213-244.

⁹⁴² M. FORSE, M. PARODI, *La priorité du juste, éléments pour une sociologie des choix moraux*, Presses universitaires de France, Paris, 2004, 256 p.

du droit à l'égalité femme-homme, du moins, en recherchant un équilibre entre les différents intérêts divergents, tout en respectant un objectif commun ; celui de la justice. Aussi, le Droit apparaît comme « la boussole »⁹⁴³ qui nous permet à la fois de garder le cap vers une conception juste et humaniste de l'égalité des sexes, mais aussi en changeant de paradigme en régulant « les vents autour de principes communs »⁹⁴⁴ afin de guider « les humains sur les routes imprévisibles du monde »⁹⁴⁵. Ainsi, le droit s'interroge sur le destin commun humain partagé par les femmes et les hommes, le sens de la vie. Il partage ses doutes et ses failles suite aux échecs de l'égalité des sexes de manière effective. L'émergence contemporaine de ce renouveau doctrinal au-delà et en deçà du droit remet en cause l'effectivité de l'égalité des sexes, car « aujourd'hui, c'est le décalage entre le droit et le fait, non plus la lutte pour un droit, qui est en cause »⁹⁴⁶. Cette « redécouverte » conceptuelle a connu une sorte de réflexion sur la signification de l'égalité des sexes, où la notion d'équité fut promue comme l'une des notions clés de cette interrogation. Pour notre part, dans ce cadre de réflexion, il s'agit d'analyser particulièrement le rôle joué par les différents déterminants dans la mise en œuvre de l'égalité des sexes. Toutefois, notre objectif n'est pas de prendre position dans les débats théoriques relatifs à la nature des concepts dans ses rapports avec le droit, mais davantage de déterminer la manière dont ces déterminants et concepts opèrent concrètement dans le domaine de l'égalité des sexes qualitative. Cette égalité qualitative implique que le fonctionnement du principe d'égalité des sexes soit analysé dans un système global qui répond également à un mode d'organisation précis encadré par des normes.

289. Selon Cicéron, « le mot latin *norma* pour désigner à la fois un outil (en l'occurrence une équerre) censé donner l'angle droit, et un principe directeur (plus précisément une ligne de conduite) »⁹⁴⁷. La norme en tant qu'outil nous permet d'identifier les mécanismes de mise en œuvre du principe d'égalité des sexes notamment au regard de la question de la domination et

⁹⁴³ Résumé. « Il ne suffit pas de placer l'humanité et ses valeurs au centre du monde, comme a tenté de le faire la Déclaration universelle des droits de l'homme en 1948. Il faut réguler les vents autour de principes communs et inventer la boussole d'un humanisme élargi à la planète qui guiderait les humains sur les routes imprévisibles du monde ». M. Delmas-Marty, *Sortir du pot au noir : L'humanisme juridique comme boussole*, Broché 2019, 112 pages.

⁹⁴⁴ Résumé. « Il ne suffit pas de placer l'humanité et ses valeurs au centre du monde, comme a tenté de le faire la Déclaration universelle des droits de l'homme en 1948. Il faut réguler les vents autour de principes communs et inventer la boussole d'un humanisme élargi à la planète qui guiderait les humains sur les routes imprévisibles du monde ». M. DELMAS-MARTY, *Sortir du pot au noir : L'humanisme juridique comme boussole*, Broché 2019, 112 pages.

⁹⁴⁵ *Ibidem*.

⁹⁴⁶ É. PISTER, « Égalité ou parité ? », EPHESIA éd., *La place des femmes. Les enjeux de l'identité et de l'égalité au regard des sciences sociales*. éd., La Découverte, 1995, pp. 514-517.

⁹⁴⁷ G. FERREOL, P. CAUCHE, J.-M. DUPREZ, N. CADREY, M. SIMON, *Dictionnaire de sociologie, Armand Colin, 2011*, p. 185, Voy. également sur le sujet F. CHAZEL, J. COMMAILLE, (Dir.) *Normes juridiques et régulation sociale*, Paris, LGDJ, 1991.

de la légitimation dans les structures⁹⁴⁸. Concernant la première théorie, elle se trouve dans l'ordre institutionnel des institutions politiques et la seconde dans celle des institutions économiques.⁹⁴⁹ La structure de la légitimation implique la théorie de la régulation normative qui trouve son ordre institutionnel dans les institutions légales. Ainsi, la norme implique aussi des techniques qui sont propres à une société donnée ou un groupe. Elles prennent la forme de règles. Ces dernières sont légitimées par des valeurs et organisées en systèmes fonctionnant comme des codes ou des guides. De plus, elles tiennent le caractère contraignant qui implique que le fait de ne pas appliquer ou de transgresser ces règles peut avoir pour conséquences d'entraîner des sanctions ou de provoquer des réactions de désapprobation⁹⁵⁰. Aussi, les auteurs sont d'accord sur le fait que les notions d'effectivité et d'efficacité du droit renvoient à la question du passage à la formulation des droits contenus dans la norme juridique et à sa mise en œuvre concrète dans les faits. C'est ce que la doctrine appelle le passage du devoir être à l'être ou du *sollen* au *sein*⁹⁵¹. Ainsi, pour mesurer l'effectivité d'un énoncé normatif il est nécessaire de connaître avec précision les prescriptions contenues dans les dispositions de la norme concernée. Autrement dit, il convient de rechercher dans le langage juridique utilisé par les auteurs de la norme⁹⁵², les modalités prévues dans son énoncé afin d'envisager les méthodes de mise en œuvre concrète de l'égalité homme-femme. Le contenu dispose d'une force performative⁹⁵³. À cet égard, l'efficacité de l'énoncé repose également sur sa clarté, sa précision et la cohérence⁹⁵⁴. Cette force est subjacente à la légistique puisque le travail de clarté du contenu juridique à travers son énoncé juridique optimalise sa chance d'application. Cette optimisation peut avoir comme point de départ sa « structure modale »⁹⁵⁵ qui se traduit par un énoncé, un message qui se structure de manière impérative à travers l'interdiction, la permission

⁹⁴⁸ La structure de la domination s'inscrit dans le domaine de la théorie des ressources d'autorité et celle des ressources d'allocation.

⁹⁴⁹ G. FERREOL, *Op. Cit. Ibidem*.

⁹⁵⁰ *Ibid.*

⁹⁵¹ Autrement dit à la question du passage du *sollen* au *sein*. Voy. V. CHAMPEIL-DESPLATS, E. MILLARD. « Efficacité et énoncé de la norme », In. P. HAMMJE, L. JANICOT et S. NADAL (Dir.) *L'efficacité de l'acte normatif, nouvelles normes, nouvelles normativités, Lextenso, pp. 63-73* ; J. PORTA., *La réalisation du droit communautaire*, Thèse Paris10, 2006 ;

⁹⁵² La norme peut être considérée selon Alexis Ferrand « comme un acte de communication, un message, émis par un acteur social et qui vise un autre acteur social ». G. FERREOL, P. CAUCHE, J.-M DUPREZ, N. CADREY, M. SIMON, *Dictionnaire de sociologie, Armand colin, 2011, p. 271*.

⁹⁵³ elle traduit par « l'idée que la simple énonciation de normes contribuerait à produire des effets dans le monde ou à permettre à d'autres énoncés juridiques de produire de tels effets » V. CHAMPEIL-DESPLATS (Dir.) « Effectivité et droits de l'homme : approche théorique » In *A la recherche de l'effectivité des droits de l'homme*, D. LOCHAK (Dir.) Presses universitaires de Paris Nanterre, Tiré de <http://books.openedition.org/pupo/1142>, p. 18.

⁹⁵⁴ V. CHAMPEIL-DESPLATS, E. MILLARD, « Efficacité et énoncé de la norme », In. *L'efficacité de l'acte normatif, Op.Cit.*, p. 4.

⁹⁵⁵ *Ibid.* p. 5.

et l'obligation⁹⁵⁶. Le contenu de cet énoncé va définir « la définition des comportements ou des comportements des cognitions qu'un acteur doit adopter »⁹⁵⁷ à travers « une injonction » ou « une recommandation »⁹⁵⁸.

290. L'existence de la norme est conditionnée à l'existence de sanctions sociales. La sanction apparaît comme une méthode intemporelle et très ancienne⁹⁵⁹. La sanction peut être « négative » (sanction), c'est-à-dire avec une orientation répressive, ou soit « positive » (récompense), c'est-à-dire avec une orientation incitative. Par ailleurs, ces sanctions doivent être appliquées par des acteurs légitimes qui disposent de ressources suffisantes pour mettre en œuvre les outils dont ils disposent. Néanmoins, à travers « une analyse de la diversification des formes du langage juridique »⁹⁶⁰, il y a eu l'émergence des énoncés juridiques promotionnels⁹⁶¹ à travers le développement de la *Soft Law*⁹⁶². Ces structures d'interactions pour être effective doivent s'inscrire dans un système juridique global qui structure ces normes. C'est à travers la répartition des moyens d'action des acteurs du système, c'est-à-dire au sein même de la structuration du système juridique fondée sur des principes démocratiques que les effets produits par les normes vont s'inscrire dans le temps. À titre d'exemple la séparation des pouvoirs, le respect d'une hiérarchie des normes. Pour ces raisons, nous considérons qu'il existe une diversité de facteurs de la structuration et que l'ordre juridique tunisien ne devrait pas rejeter le principe d'égalité des sexes dans la sphère de la vie privée.

291. La prise en considération de l'égalité homme-femme en droit par les différents systèmes juridiques. Si la Constitution tunisienne de 1959 semblait revêtir les mêmes habits et caractéristiques que ceux mis en œuvre du côté français, ils s'appuient désormais, au sein d'un état dit démocratique, sur de nouvelles dispositions constitutionnelles. Pour comprendre en quoi le rapprochement des deux systèmes juridiques est l'objet d'un rapprochement pertinent, il conviendra de démontrer, cette fois-ci, l'impact de la diversité des facteurs de structuration sur le renforcement de l'égalité réelle entre les sexes qui nous paraît louable et

⁹⁵⁶ *Ibid.* p. 6.

⁹⁵⁷ A. FERRAND, « La tension normative : un état à la fois personnel et interpersonnel ». In F.X. SCHWEYER et Al., *Normes et Valeurs dans le champ de la Santé, Edition de l'ENSP, 2004, p. 71.*

⁹⁵⁸ *Ibidem.*

⁹⁵⁹ En ce sens, « une norme n'existe que si son respect ou sa transgression à une chance d'entraîner une sanction sociale. Cette condition est cruciale » A. FERRAND, *Op. Cit.*, p. 71.

⁹⁶⁰ V. CHAMPEIL-DESPLATS, E. MILLARD, « Efficacité et énoncé de la norme », *Op.Cit.*, p. 5.

⁹⁶¹ N. BOBBIO, « La fonction promotionnelle du droit », *In Essais de théorie du droit*, Paris, LGDJ, 1998, pp. 65 et s. Cité par V. CHAMPEIL-DESPLATS, E. MILLARD, « Efficacité et énoncé de la norme », *Op. Cit.*, p. 5.

⁹⁶² V. CHAMPEIL-DESPLATS, E. MILLARD, *Ibidem.*

justifié. Pour ce faire, l'étude de ces facteurs de structuration va fonder de manière suffisante l'idée que la protection du droit à l'égalité des sexes dépend à la fois de l'analyse de déterminants (**TITRE I**). Nous pensons qu'il existe des limites aux processus de structuration. (**TITRE II**). Cette analyse innovante de la structuration nous semble juste et légitime. Pour rappel, elle participe au contrat social qui a vocation à garantir l'égalité des droits entre tous notamment en analysant l'ordre social qui structure les individus, les institutions et l'organisation au sein d'une société. Ici, l'opposition juridique et extra-juridique doit s'entendre comme la nécessité de pouvoir prendre en considération la complexité de déterminer la porosité de la frontière entre droit et non-droit. La délimitation entre le juridique et extra-juridique est en réalité tout aussi complexe que la frontière entre le droit et les faits qui n'est pas claire. Au fond, cette distinction nous assure dans le cadre de cette étude une forme de « confort » qui vise à étudier le rapport entre le droit et les faits sans pour autant déterminer une frontière entre ce qui relève du droit et du non-droit. Ainsi, cette distinction nous sert de procédé rhétorique, compte tenu de la porosité de cette frontière.

TITRE I :
L'ANALYSE DES DÉTERMINANTS

292. Noberto BOBBIO explique que « la recherche sur l'efficacité ou l'inefficacité d'une norme est une recherche historico-sociologique » qui pose « un problème phénoménologique »⁹⁶³. Aussi, « penser l'écart »⁹⁶⁴ en termes d'effectivité « renvoie à la question générale du passage du devoir être à l'être » qui dans le cadre théorique interroge le problème de « la détermination du devoir être » et « de l'évaluation de l'être »⁹⁶⁵. C'est dans le cadre de l'évaluation des réalités du droit positif, de l'effectivité du droit applicable, que le juriste rencontre la nécessité d'utiliser des outils pluridisciplinaires⁹⁶⁶ pour identifier des « facteurs réels de dysfonctionnement des moyens visant à rendre effectifs les droits »⁹⁶⁷. Cette identification passe par le recours aux sciences sociales qui offrent une palette de méthodes et d'instruments visant à évaluer ces facteurs réels. Ils ne sont pas exclusifs les uns des autres, la question de leur articulation représente un enjeu central pour la compréhension du fonctionnement de l'égalité des sexes et son effectivité. Ces facteurs sont externes au droit. De manière plus précise, il existe un mouvement de va-et-vient entre l'analyse formelle du droit et l'analyse substantielle. En ce sens, le Professeur Racine et le Professeur Siirainen nous rappellent que « l'analyse substantielle sollicite également le rapport entre la forme et le fond »⁹⁶⁸. Le Professeur Farjat⁹⁶⁹, fondateur de la notion dans le cadre du droit économique, donne la définition qui suit : « L'analyse substantielle consiste à analyser, à qualifier, ou à critiquer, des institutions, des concepts juridiques ou des faits à partir d'hypothèses produites par le droit, ces hypothèses étant livrées par un examen critique du système juridique. Cet examen critique permet de dégager ce que nous appelons : droit substantiel ou "matériel". Cette analyse s'oppose à une analyse ou à une qualification qui serait purement formelle »⁹⁷⁰.

293. L'analyse structurale rejoint l'analyse substantielle⁹⁷¹ en tant que méthode, puisque dans le cadre de leur fonctionnement. L'analyse substantielle ne cherche pas seulement à décrire le système juridique et social, mais elle tente aussi d'expliquer et de comprendre ce système dont le but sous-jacent est d'intervenir en suggérant des réformes. Autrement dit, « elle est tout à la

⁹⁶³ N. BOBBIO, *Teoria generale del diritto*, G. Giappichelli Editore, 1993, p. 25.

⁹⁶⁴ *Ibid.* p. 6

⁹⁶⁵ *Ibid.* pp. 7-8

⁹⁶⁶ *Ibid.* p. 8

⁹⁶⁷ *Ibid.*

⁹⁶⁸ J.-B. RACINE, F. SIIRAINEN. « Retour sur l'analyse substantielle en droit économique », *Revue internationale de droit économique*, 2007, p. 261.

⁹⁶⁹ G. FARJAT, « L'importance d'une analyse substantielle en droit économique », *Revue internationale de droit économique* 1986, n° 0, p. 9.

⁹⁷⁰ J.-B. RACINE, F. SIIRAINEN. *op. cit. loc. cit.*

⁹⁷¹ Cette méthode présente également « un caractère systémique ». *Ibid.* p. 262.

fois critique en ce qu'elle incite à un dépassement des formes et féconde en ce qu'elle permet la création de nouvelles normes »⁹⁷². Aussi, l'analyse structurale de l'égalité des sexes, à la différence de l'analyse structurelle, ne permet pas de trouver le sens de l'égalité des sexes et ainsi l'ordre caché de manière immédiate⁹⁷³. En effet, cet ordre ne peut être perceptible et observable qu'en allant au-delà d'une analyse descriptive du contenu du droit. Dans le cadre de la structure réelle, « le principe d'organisation régissant un ensemble d'éléments se définissant réciproquement »⁹⁷⁴ puise, à partir d'un faisceau d'indices, dans des matières en dehors du droit, pour rechercher la signification du phénomène étudié. Le principe d'organisation puise dans des matières hors droit qui sont l'histoire et les relations d'interdépendance et coopération. On dépasse une analyse purement structurale pour prendre en considération la dimension sociale de la question de la mise en œuvre du droit de l'égalité des sexes. Ces facteurs internes déterminants qui sont de nature permanente reposent sur l'analyse de l'action, des comportements, des décisions et de la politique dans un État donné.

294. L'analyse du fonctionnement de l'égalité des sexes peut se réaliser de plusieurs manières. Elle peut s'effectuer par des données factuelles, l'étude des processus décisionnels, l'analyse systématique des décisions prises, leurs effets sur le plan politique et social en matière de mise en œuvre de l'égalité de sexes et ce dans différents domaines. Mais elle peut également reposer sur une tentative de conceptualisation, cherchant à dégager des modes de comportements, des concepts clés et des principes directeurs qui ont pu avoir une incidence sur le choix politique, social, mais également dans l'orientation des actions et des comportements. Les explications du comportement des individus au sein d'une structure peuvent s'expliquer par des conditions environnementales. Elles tendent à montrer qu'une action et la gestion en matière d'égalité des sexes sont le produit de forces venues de l'environnement. Elles cherchent principalement à identifier et à apprécier les relations entre certains facteurs qu'ils soient matériels, structurels, culturels ou des ensembles de facteurs et les types d'actions et décisions prises.

⁹⁷² *Ibid.* p. 263.

⁹⁷³ Rappelons que la notion de système intègre et touche à la structure. La structure recouvre le principe d'organisation de l'objet considéré. La seule détermination de la structure d'un système ne permet pas de rendre compte du système. A contrario, l'analyse structurale est une analyse de système qui permet de montrer de manière partielle, l'indépendance des éléments d'un objet agencé comme une totalité. En effet, la théorie du structuralisme considère qu'une structure est « un Tout formé de phénomènes solidaires tels que chacun dépend des autres et ne peut être ce qu'il est que par sa relation avec eux ». J.B. FAGES, *Comprendre le structuralisme*, Privat, 1968. Citée par J. CHEVALLIER, *Essai d'analyse structurale du Préambule*, n°5, p. 3.

⁹⁷⁴ A.-J. ARNAUD, *Essai d'analyse structurale du Code civil français : la règle du jeu dans la paix bourgeoise*, LGDJ, 1973, p. 19.

295. Eu égard à la nécessité de facteurs extra-juridiques, l'analyse des différents facteurs comme élément déterminant dans la mise en œuvre effective de l'égalité des sexes se caractérise par un choix fondamental : traiter de la question de l'effectivité de l'égalité des sexes comme tout autre phénomène social dont les mécanismes de réalisation dépendent d'une multitude de facteurs. C'est pourquoi il nous faut apprécier l'ensemble des facteurs, au regard de l'objectif poursuivi, c'est-à-dire celle d'un ordre juste dans lequel la vie est bonne. Autrement dit, il est nécessaire de déterminer les facteurs qui déterminent les positions et les comportements au sein de la structure étatique en matière d'égalité des sexes. Il existe une multitude de déterminants et ils peuvent être classés en deux catégories suivantes : les déterminants internes dans la mise en œuvre de l'égalité des sexes et les déterminants externes. Dans la réalisation de l'objectif de l'exercice effectif de l'égalité des sexes, il en est qui relèvent du permanent (**Chapitre I**) et d'autres du conjoncturel (**Chapitre II**). Ces deux catégories ne peuvent être perçues comme dissociables. Nous estimons qu'au travers de la relation dialectique qui les relie, le système tunisien se comporte comme un système adaptatif par rapport au système français dans le cadre d'un processus d'interaction. C'est pourquoi cette double approche catégorielle va se voir compléter par une analyse des systèmes comme mode d'explication. Autrement dit, ce sont les facteurs extra-juridiques qui vont également structurer le fonctionnement du droit à l'égalité et donc impacter, conditionner sa mise en œuvre.

CHAPITRE I : LES FACTEURS PERMANENTS

296. Par opposition à l'adjectif *conjoncturel* « qui se rapporte à une situation, un résultat ou une disposition, engendrés par un certain nombre de circonstances »⁹⁷⁵, l'adjectif emprunté au latin classique *permanent* signifie « qui demeure constamment ». Cette permanence résulte de facteurs qui ont des objectifs inscrits dans le temps en s'efforçant d'intervenir sur des variables stables qui ne sont pas nécessairement mutuellement exclusives. Ainsi, les facteurs déterminant le fonctionnement et la mise en œuvre de l'égalité des sexes peuvent être envisagés en un triptyque de facteurs qui a joué un rôle crucial dans les interactions entre les deux systèmes juridiques⁹⁷⁶ en matière d'égalité des sexes. Pour ce faire, l'étude du fonctionnement du principe nécessite de s'attacher à différents facteurs qui peuvent être classés selon trois catégories : les facteurs matériels (**section 1**), les facteurs structurels (**section 2**) et les facteurs culturels (**section 3**). Il n'existe pas de hiérarchie à proprement parler entre ces différents facteurs, néanmoins l'un d'eux permet *a posteriori* de clarifier les rôles de chacun, il s'agit de la variable politique, que nous nommons pour cette raison facteur structurel stricto sensu. Analyser la structure d'un État nécessite de présenter les grands axes et les principaux choix théoriques qui ont guidé ses dirigeants sur une longue période de son histoire. Dans le cadre des relations sociales, de nombreux facteurs jouent un rôle fondamental dans les rapports entre le principe d'égalité des sexes et sa mise en œuvre ; il en est ainsi de la constitution matérielle d'un État qui se traduit par sa géographie, ses structures, ses acteurs, etc. Ce sont ces facteurs que l'on peut également nommer variables, éléments, et déterminants qui conditionnent le fonctionnement et l'action des acteurs qui l'animent.

Section 1 : Les facteurs matériels

297. La structuration du droit à l'égalité des sexes par des éléments matériels est constituée d'une classe de variables de différentes natures qui interagissent pour former et maintenir cette égalité. Ici, pour saisir la structure de cette interaction, il est utile de distinguer les différentes dimensions de facteurs matériels déterminants qui interviennent dans le fonctionnement du

⁹⁷⁵Définition contenue dans le dictionnaire Larousse. Dictionnaire Larousse [en ligne], <https://www.linternaute.fr/dictionnaire/fr/definition/conjoncturel/>

⁹⁷⁶ Les systèmes tunisien et français.

principe d'égalité des sexes. À ce titre, on peut distinguer l'histoire (§ 1) et la géographie (§ 2) par lesquelles les activités humaines et les différentes sphères vont être conditionnées, influencées dans les choix et la détermination politique de mise en œuvre de l'égalité des sexes. Aussi, le rôle joué par l'absence de ressources a été significatif dans le choix d'une politique gouvernementale (C). De cette manière, la structuration de ce principe par des facteurs matériels conduit à la formation d'un droit singulier.

§ 1. Le facteur historique en tant que clé de compréhension de la structuration de l'égalité des sexes

298. Les concepts-clés révélés par l'histoire. L'histoire, du latin *historia*, peut se définir comme « la connaissance du passé de l'humanité et des sociétés humaines ; discipline qui étudie ce passé et cherche à le reconstituer : les sources, les matériaux, les méthodes de l'histoire »⁹⁷⁷. De la même manière, l'histoire est un déterminant dans la compréhension de l'écart entre la norme et sa concrétisation⁹⁷⁸. Selon Jean Carbonnier, l'« Histoire en principe lorsqu'elle est histoire contemporaine porte sur le passé »⁹⁷⁹ et l'histoire du droit, qui n'est pas sans rapport avec la sociologie juridique, cherche « très légitimement » à « reconstituer d'une façon aussi exacte que possible le déroulement des institutions dans le passé »⁹⁸⁰. Ainsi, l'histoire est l'étude du passé, plus précisément de celui de l'humanité, constitué des faits et de mémoire, elle a pour but de comprendre le déroulement de ce passé. L'histoire et le droit ne se confondent pas au regard de leur objet ni de leur structure⁹⁸¹. Aussi, l'histoire du droit et l'histoire cultivent chacune à leur manière des rapports complémentaires avec le droit⁹⁸². En ce sens, l'histoire nous permet d'apporter un éclairage contextuel sur le droit alors que la finalité de l'histoire du droit est d'en dévoiler le contenu, par-delà les époques, en narrant l'histoire de ses constituants normatifs et conceptuels. Que ce soit l'histoire ou l'histoire du droit, ces domaines constituent des points de contact nécessaires avec le droit, car ils peuvent être considérés comme facteurs d'éclairage substantiel du principe d'égalité des sexes. En effet, l'histoire va saisir par ricochet le droit en tant que phénomène social, puisque l'objet du droit consiste à régir les rapports entre

⁹⁷⁷ Dictionnaire Larousse [en ligne] <https://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/histoire/40070>

⁹⁷⁸ Comme nous l'explique Noberto Bobbio X (N. BOBBIO, *Teoria generale del diritto*, op. cit., p. 25.)

⁹⁷⁹ J. CARBONNIER, *Cours, Sociologie juridique théorie sociologique des sources du droit*, 1960-1961, BU Cujas.

⁹⁸⁰ *Ibid.*

⁹⁸¹ E. CARTIER, « Histoire et droit : rivalité ou complémentarité ? », *Revue française de droit constitutionnel*, 2006, pp. 509-534.

⁹⁸² *Ibid.*

des individus dans une société déterminée. Ainsi, le facteur historique est « central »⁹⁸³ pour le juriste qui se trouve dans « la situation d'un historien »⁹⁸⁴.

299. À ce stade, la philosophie du droit propose un modèle assez complexe, mais sur lequel peut-on s'appuyer pour comprendre la structuration de l'égalité des sexes au sein de l'État ? Selon le concept sémiotique de narrativité de Nherot, on ne peut comprendre la nature de la norme juridique, ses modalités de création, son interprétation ainsi que son application, sans s'intéresser aux périodes historiques qui constituent des facteurs non juridiques. Le juriste dans son rôle d'historien qui souhaite dans un premier temps expliquer « les événements contingents, humains »⁹⁸⁵, s'attache donc à considérer « les facteurs extra-législatifs de production du droit »⁹⁸⁶, comme « des facteurs historiques qui vont déterminer le sens même des énoncés »⁹⁸⁷. Si bien que selon les périodes historiques dans lesquelles on se place, l'énoncé « pourra recouvrir des sens bien différents »⁹⁸⁸. C'est ainsi que la politique de mise en œuvre de l'égalité des sexes ne peut être déterminée et analysée sans reconnaître à certains événements du passé l'influence déterminante qu'ils ont pu avoir sur les mécanismes extra-juridiques de mise en œuvre de l'égalité des sexes et le cours des choses. C'est en recherchant dans le passé que l'on peut déterminer les sources d'une politique d'un État. Pour pouvoir analyser le processus d'interaction des systèmes, les structures ainsi que les comportements, il faut au préalable identifier les acteurs et les données factuelles qui ont fortement marqué leur époque en jouant un rôle important sur la scène de la réalisation de l'égalité des sexes.

300. En ce sens, l'histoire nous montre que, sous l'influence du modèle français, la Tunisie a su se démarquer des autres États du Maghreb en s'écartant progressivement du droit public musulman classique et en intégrant progressivement des dimensions déterminantes dans la construction de l'égalité des sexes. Elles n'ont cessé de conditionner le fonctionnement structurel de sa mise en œuvre. En France, c'est sous le régime de la troisième République, que la société s'est détachée d'une conception religieuse de l'éducation pour se tourner vers une

⁹⁸³ P. NÉRHOT, *L'Interprétation en sciences juridiques. La notion de cohérence narrative*, 1990, p. 320. Cité par A., Sylvie. "Droit et sémiotique : la cohérence narrative." *Victoria University of Wellington Law Review*, 2011, pp. 331 et s. Disponible en ligne [*Gale Academic OneFile*]

⁹⁸⁴ *Ibid.*

⁹⁸⁵ *Ibid.*

D. MANTOVANI, « Le juriste "historien" », in *Les juristes écrivains de la Rome antique : Les œuvres des juristes comme littérature*. Paris : Les Belles Lettres, 2018. (pp. 129-183) [en ligne] <<http://books.openedition.org/lesbelleslettres/204>>.

⁹⁸⁶ S. ANDRÉ, *Droit et sémiotique: la cohérence narrative*, Op. Cit. *Idem*.

⁹⁸⁷ *Ibid.*

⁹⁸⁸ *Ibid.*

conception publique et laïque fondée sur le principe républicain d'égalité. Ce fait historique va avoir une répercussion dans la société tunisienne. C'est sur ce même modèle historique que le protectorat français a introduit un modèle d'éducation égalitaire et mixte entre les filles et les garçons, entraînant la division de la sphère privée et publique.

301. La domination des hommes et les différences culturelles et sociales sont les fruits d'une construction historique. C'est sur le fondement d'une différence de capacité que la hiérarchie s'est opérée entre les sexes. Elle remonte en fait à la représentation de la représentation suivant laquelle la femme est naturellement inférieure et que la nature lui a octroyée comme seule fonction la reproduction de l'espèce. La domination s'est traduite par une soumission historique qui a fait de la femme un bien sous la responsabilité de l'homme et ne pouvant obtenir certaines libertés qu'à la condition d'en obtenir l'autorisation de l'homme. Les féministes ont été les premières à vouloir rompre avec cette idée que l'inégalité résulte de la nature. En effet, si l'« on ne naît pas femme, on le devient »⁹⁸⁹, l'identité de l'individu de sexe féminin est le résultat d'une construction sociale et culturelle.

302. L'histoire nous montre qu'en Tunisie en 1930 le premier féministe est un homme, Tahar Haddad, qui a remis en cause plusieurs lois attribuées à la Charia. C'est sur la base de son travail, qu'un autre homme Bourguiba en 1956⁹⁹⁰, a concrétisé l'émancipation des femmes avec l'instauration du Code du Statut personnel. Autrement dit, ce sont les hommes qui ont encouragé en premier lieu l'émancipation des femmes et la construction d'un féminisme d'État et non pas les femmes. L'impact est double. Cette volonté politique est source de légitimation puisque l'émancipation vient du « père » des Tunisiens et bénéficie ainsi de l'autorisation de l'homme providentiel. Néanmoins, la structuration d'un féminisme d'État sous contrôle du pouvoir central va être contre-productive dans la mise en œuvre d'une véritable culture féministe créée par les femmes. Cette culture peut tout simplement manquer de légitimité ; les événements de contestations lors de la période de transition des années 2010, que nous verrons plus loin en détail, vont révéler la fragilité et l'éclatement du féminisme selon la classe sociale

⁹⁸⁹ « On ne naît pas femme, on le devient. Aucun destin biologique, psychique, économique ne définit la figure que revêt au sein de la société la femelle humaine ; c'est l'ensemble de la civilisation qui élabore ce produit intermédiaire entre le mâle et le castrat qu'on qualifie de féminin ». S. Beauvoir, *Le Deuxième Sexe I*, Paris, Gallimard, [1949], 1976, p.13.

⁹⁹⁰ Décret beylical du 13 août 1956, portant promulgation du Code du Statut Personnel. J.O.R.T n° 104 du 28 Décembre 1956. Entrée en vigueur du Code le 1^{er} janvier 1957 relatif à la mise en œuvre de l'égalité entre l'homme et la femme dans différents domaines, notamment dans la sphère familiale.

au sein de la Tunisie. Cette analyse fondée sur l'histoire va puiser ses sources dans nombre de références qui vont nous permettre, comme dans le cadre du droit international, de déterminer une multitude d'approches pour comprendre le phénomène extra-juridique de l'effectivité du principe d'égalité des sexes.

303. L'interaction des systèmes français et tunisiens relève également de l'histoire. Les relations entre les deux États sont anciennes, elles remontent à l'année 1577, au règne d'Henri III qui souhaitait instituer à Tunis une régence française⁹⁹¹. Cette relation sera institutionnalisée par le traité signé le 12 mai 1881 au palais du Bardo⁹⁹². À partir de cette date, l'interaction entre les systèmes français et tunisien a été plus ou moins vectrice d'amélioration dans la construction et la réalisation de l'égalité des sexes. Les différents contacts entre la France et la Tunisie ont fait l'objet d'une opposition entre l'histoire locale tunisienne et étrangère. L'histoire locale fondée sur la religion, les coutumes et le caractère oral des règles sociales, l'autorité et la tradition se sont trouvés en contradiction avec le droit français initialement étranger. La mise en œuvre du protectorat a été le moyen de fusionner puis de dominer les règles de gestion et d'interactions locales avec des règles universelles qui consacrent la liberté et l'innovation par le progrès. Cela a complexifié les rapports historiques entre les deux structures et notamment les rapports entre les hommes et les femmes. La révolution de 2011 est le premier éveil d'une histoire révolue, celle du colonialisme, mais également une résurgence paradoxale de faits historiques dont les sources d'inspirations sont différentes. Elle met en lumière l'intégration du fait démocratique qui a été méconnu jusqu'à cette date. Elle n'a pas été imposée par la domination d'une histoire étrangère sur l'histoire locale. Elle est le fait d'une histoire tunisienne dont la population a fait le choix de la démocratie, principe français occidental qui a été symboliquement importé, mais qui a toujours été étranger à la structure politique tunisienne. Autrement dit, la révolution de 2011 est un phénomène local qui s'est propagé du bas vers le haut de la société et qui a pour source d'inspiration les valeurs démocratiques occidentales. Elle révèle également l'attachement historique à la tradition arabo-musulmane avec la résurgence classique de la religion à laquelle se heurtent les valeurs libérales et étrangères.

⁹⁹¹ H. Saidi, « Le protectorat et le droit. La Régence de Tunis entre la Charte de 1861 et le système colonial français », *Revue algérienne d'anthropologie et de sciences sociales Insaniyat*, 2014, pp. 239-257.

Disponible en ligne [<http://journals.openedition.org/insaniyat/14878>]

⁹⁹² *Ibid.*

§ 2. Le facteur géographique, fondamental dans la détermination de la politique en matière d'égalité des sexes

304. Il est important de prendre en considération la géographie comme une variable significative dans le cadre de la structuration d'une organisation sociale. L'espace géographique est déterminant dans la politique d'un État. Les « contraintes physiques [tels que] déserts, montagnes ou mer »⁹⁹³ ont des incidences significatives sur l'organisation structurelle d'un État à travers l'organisation politique de la société⁹⁹⁴. Sans tomber dans les raccourcis simplificateurs, contre lesquels nous met en garde Yves Lacoste, les géographes français à partir du XX^e siècle et jusqu'à récemment considéraient que les questions politiques ne faisaient pas partie de la géographie⁹⁹⁵. Ici, nous n'entrerons pas dans les détails historiques de la genèse des notions de géographie et de géopolitique. Nous nous cantonnerons à celles qui ont eu une influence sur les politiques tunisiennes⁹⁹⁶ et françaises dans le domaine de l'égalité des sexes, à commencer par les interrogations liant à leurs environnements naturels, en l'occurrence, l'Afrique et l'Europe. La position géographique de la Tunisie est certainement un facteur déterminant qui, à travers l'histoire, nous démontre « sa capacité à attirer, à retenir et à synthétiser les apports les plus divers »⁹⁹⁷. En effet, constituant le cap le plus élevé de « la grande île du couchant », « adossée au continent africain » et « tournée vers l'Europe », elle apparaît comme un territoire ouvert aux influences de nombreuses civilisations transportées et diffusées par la voie marine qui la borde. En ce sens, même si la colonisation⁹⁹⁸ française a imprégné une partie de la structure juridique et sociale tunisienne d'une trame constitutionnelle spécifique, elle a surtout orienté le choix de la Tunisie vers un éveil au modernisme qui a eu pour conséquence de s'ouvrir à d'autres systèmes juridiques. Le jeu de l'interaction a permis des apports féconds tout en veillant à sauvegarder les valeurs propres du système local, issues d'expériences plus anciennes et de l'influence arabo-musulmane. À ce titre, on peut citer

⁹⁹³ P. BÜHLER. « Puissance et géographie au XXI^e siècle », *Géoéconomie* 2013, pp. 143-162.

⁹⁹⁴ Sur la question de la théorie de la puissance géographique, Montesquieu, *L'Esprit des Lois*, Livre XVII, Chap. III, cité également par P. BÜHLER, *art. préc.*, 2013, pp. 143-162.

⁹⁹⁵ Y. LACOSTE. « La géographie, la géopolitique et le raisonnement géographique », *Hérodote*, 2008, pp. 17-42.

⁹⁹⁶ D. PEREZ, « L'évolution des cultures politiques tunisiennes : l'identité tunisienne en débat », *Le Carnet de l'IRMC*, 7 janvier 2013, Disponible en ligne [<http://irmc.hypotheses.org/723>].

⁹⁹⁷ M. BEN AHMED, *Les trois décennies de politique étrangère du Président Bourguiba*, Centre de publication universitaire, Tunis, 2019, p.8.

⁹⁹⁸ Sa situation géographique par rapport à l'Algérie a également été déterminante dans le projet de colonisation, puisqu'elle en a constitué le prolongement même si le statut juridique n'est pas le même.

l'importation du concept de citoyenneté cher à la notion fondamentale de l'égalité en Europe. Dans le cadre d'une conjoncture favorable permettant à la Tunisie d'envisager la modernisation du régime du Bey, Khaireidin Pasha estime que « l'organisation basée sur la justice politique »⁹⁹⁹ est la clé du succès de l'Europe, notamment en intégrant les citoyens dans cette justice. Il justifie la possibilité d'importer ce modèle en se référant à la *Charia* et donc à la structure la plus ancienne. La *Charia* ne prohibe pas l'institution d'organisations politiques qui consoliderait « la civilisation et le progrès », l'importation de ce concept est donc difficilement discutable. Autrement dit, tout ce qui n'est pas prohibé est autorisé. Cette influence a eu certainement un impact sur la conception de l'égalité des sexes puisque dès l'indépendance en 1956, la Tunisie a progressivement intégré l'individualisme comme fondement de la société libérale alors qu'initialement les fondements idéologiques et philosophiques du pays ignoraient totalement « la propriété privée et l'individualisme puisque “la pensée juridique musulmane donne valeur au groupe et à la communauté plus qu'à l'individu” »¹⁰⁰⁰. La rédaction du projet de la nouvelle Constitution tunisienne de 2014 a consolidé cette intégration, d'une part, en envisageant la parité au sein de l'Assemblée nationale constituante, d'autre part, en consacrant l'égalité entre citoyens et citoyennes de manière expresse.

305. Confluence tunisienne. Abreuvée à différentes sources culturelles, l'influence arabo-musulmane a constitué l'une des plus importantes en termes de structuration du système juridique tunisien. Ce dernier dispose jusqu'à l'heure actuelle un niveau d'enracinement considérable. Sur les vestiges du passé, de Carthage phénicienne à Kairouan ville sainte arabe et au traité de Bardo, la Tunisie a su tirer de cette multitude de sources une forme de conciliation entre le passé et le présent, notamment en trouvant des points de convergence et de concrétisation entre les idées anciennes et modernes. En ce sens, tout comme sa position géographique qui l'érige naturellement en espace de rencontre, le système juridique tunisien fait preuve de synthèse et d'ouverture en intégrant des principes issus de grandes idées philosophiques que sont la liberté, la dignité et l'égalité. Ainsi, la structure juridico-politique tunisienne intègre à la fois les réalités religieuses issues du droit public musulman qui revêt une forme de pluralisme¹⁰⁰¹ et des nuances qui permettent d'intégrer des principes étrangers au

⁹⁹⁹ K. AL-TUNSI, *Aqwamul-massalik fi ma'arifati-ahwâl al-mamalik* (Traduction : *Meilleures chemins pour connaître la situation des pays*), Imprimerie de l'État de la Tunisie, 1867. p. 11. Cité par A. HMIMSSA, *La notion de citoyenneté dans la pensée islamique moderne et contemporaine*, Université de Montréal, 2011.

¹⁰⁰⁰ M. MOUAQIT, *Droit public musulman aspects classiques et contemporains*, Édition Afrique Orient 2011, p. 11.

¹⁰⁰¹Le professeur Mouaquit précise que le mot « musulman » couvre une réalité religieuse faite de diversité et d'oppositions. Notamment celle qui s'articule sur l'opposition entre les chi'ites et les sunnites. Il ajoute qu'« à

système existant. Autrement dit, la situation géographique de la Tunisie a été déterminante dans la composition de sa superstructure en opérant une reconnaissance plus ou moins symbolique de l'appartenance à l'Islam tout en maintenant un équilibre entre les divers droits et libertés et les référents religieux. La conciliation est difficile, mais pas impossible, compte tenu du fait que l'intégration du *fiq'hisme* n'est pas aussi importante que dans les autres modèles musulmans. Ce pays qui se trouve à la porte de l'Europe est le premier pays arabo-musulman à opérer une transition démocratique dont l'un des enjeux a été la question de l'égalité des sexes et le statut des femmes.

§ 3. Le rôle joué par l'absence de ressources significatives dans le choix d'une politique gouvernementale

306. La capacité et les ressources d'un État sont déterminantes dans la conjecture dans l'élaboration des politiques publiques. Dès l'indépendance, le régime tunisien, notamment celui de Bourguiba, a eu conscience de l'imbrication entre le facteur des ressources en Tunisie et la politique à conduire pour pallier ses limites. L'action politique a été fortement influencée par des facteurs affaiblissant l'État tunisien ; celui-ci disposait de faibles ressources naturelles et dut mettre en place des structures de production et d'organisation économique adéquates. Pour réaliser la conciliation de la Tunisie avec sa situation historique et géographique l'État se devait de jouer un rôle important sur la scène nationale, régionale et internationale. Pour ces raisons, la politique tunisienne s'orienta vers le choix de la compétence en puisant dans ses ressources humaines. La stratégie choisie fut celle du développement de l'éducation et de la formation pour tous et, surtout, de l'intégration des femmes. Rappelons-nous l'image symbolique des femmes dévoilées par Bourguiba dans les rues tunisoises. Par ce geste même, comme le souligne le Professeur Farjat, la Tunisie par la main de Bourguiba « choisit l'émancipation de la femme et un développement considérable de l'enseignement »¹⁰⁰², en consacrant « la plus grosse part du budget à l'éducation »¹⁰⁰³. Ainsi, le juriste Bourguiba fit de l'éducation et de l'émancipation de la femme le « pétrole » tunisien. C'est en ce sens que le Professeur Farjat apprécie cet investissement comme étant, d'une part, pertinent à l'égard du développement et de l'économie et comme constituant, d'autre part, un rempart contre les

l'intérieur de chacune de ces composantes il y a une multitude de nuances, de tendances et d'écoles ». M. MOUAQIT, *op. cit.*, p13.

¹⁰⁰² G. FARJAT, *Pour un droit économique*, PUF, 2004, p. 172.

¹⁰⁰³ *Ibid.*

impedimenta liés à l'intégrisme religieux qui gangrène les sociétés musulmanes, notamment leur développement et à travers elles, le statut des femmes. À juste titre, il remarque « une concordance entre le développement des droits subjectifs, ici ceux de la femme, et le développement économique »¹⁰⁰⁴. C'est pourquoi il y a une « nécessité de l'enseignement universelle, des droits de l'homme, et surtout, de la femme », car « le droit remplit aussi une fonction pédagogique »¹⁰⁰⁵.

307. L'histoire permet donc de définir la condition sociale de la femme et de saisir par la même occasion le fonctionnement de l'égalité des sexes. Ainsi, elle doit se comprendre comme un facteur d'influence déterminant dans le fonctionnement même du principe de l'égalité des sexes. Qu'il s'agisse de ses relations avec d'autres systèmes étrangers ou ceux entre la France et la Tunisie qu'il s'agisse de sa conception et de son fonctionnement dans le cadre d'une entente et de la coopération entre les différents acteurs et systèmes juridiques, nous reconnaitrons non seulement le poids de l'histoire, mais également l'influence de la géographie et de ses ressources naturelles ou du moins l'impact de son absence de ressources significatives sur les stratégies de développement adoptées.

Section 2 : Les facteurs structurels *stricto sensu*

308. Nous allons analyser successivement ces structures d'un point de vue externe (§ 1), puis d'un point de vue interne (§ 2) comme pouvoir et comme régime. Nous donnerons ainsi du mot politique une double acception, comme sphère ou comme domaine d'exercice de certaines compétences et comme moyen de coercition.

§ 1. Point de vue externe : le pouvoir politique

309. Les facteurs structurels *stricto sensu* sont constitués par la sphère politique, elle-même définie comme un « ensemble des options prises collectivement ou individuellement par les gouvernants d'un État dans quelque domaine que s'exerce leur autorité (domaine législatif, économique ou social, relations extérieures) »¹⁰⁰⁶ et également par les « moyens mis en œuvre

¹⁰⁰⁴*Ibid.*, p. 173.

¹⁰⁰⁵*Ibid.*

¹⁰⁰⁶Dictionnaire Larousse en ligne, <https://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/politique/62192> . Autrement dit, elle recouvre tout ce qui concerne les moyens de gouverner un État. À titre d'exemple on peut citer

dans certains domaines par le gouvernement »¹⁰⁰⁷. Autrement dit, elle recouvre tout ce qui concerne les moyens dont un État dispose pour gouverner¹⁰⁰⁸. La politique concerne non seulement tous les domaines de la société,¹⁰⁰⁹ mais aussi toutes les strates de son champ d'action¹⁰¹⁰. Ainsi, les facteurs structurels-structurants renvoient à la question des rapports sociaux au sein de l'État au regard de cesdits facteurs. En effet, les facteurs structurels de ce type régissent en partie les rapports entre les sexes et l'État et vont avoir un impact considérable dans la mise en œuvre de l'égalité des sexes.

310. Max Weber propose une conception de la force de l'État¹⁰¹¹, basée sur un rapport de domination, mais dont on n'a jusque-là pas intégré la dimension sexuée. En France, sous l'influence de recherches anglo-saxonnes¹⁰¹², on a introduit la question des rapports entre les femmes et l'État¹⁰¹³. Dans certaines études féministes, l'État est considéré comme un agent du patriarcat avec une double casquette de législateur et de gestionnaire¹⁰¹⁴. Rapportées à cette conception et ainsi remaniées, les analyses féministes du droit et les recherches de la structure sociale appliquée à des situations concrètes acquièrent une immense portée théorique. Les études permettent d'axer la question des rapports sociaux¹⁰¹⁵ public et privé relative aux inégalités de sexe dans le vaste monde théorique et philosophique¹⁰¹⁶. Aussi, au sein de ces

l'organisation des pouvoirs ou encore la conduite des affaires publiques. La politique concerne non seulement tous les domaines de la société mais aussi toutes les strates de son champ d'action. Dans le cadre d'un régime démocratique c'est le vote des citoyens qui légitime l'action politique. Aussi, la politique concerne une multitude de domaines tels que l'économie, la justice l'éducation, les relations extérieures...

¹⁰⁰⁷ Dictionnaire Larousse [en ligne] <https://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/politique/62192>. Consulté le 10 Juin 2020.

¹⁰⁰⁸ À titre d'exemple on peut citer l'organisation des pouvoirs ou encore la conduite des affaires publiques.

¹⁰⁰⁹ Dans le cadre d'un régime démocratique c'est le vote des citoyens qui légitime l'action politique. Aussi, la politique concerne une multitude de domaine tel que l'économie, la justice l'éducation les relations extérieures...

¹⁰¹⁰ Ces strates désignent les niveaux du domaine d'action de la politique tel que le domaine national, international ou encore régional.

¹⁰¹¹ M. EABRASU, « Les états de la définition wébérienne de l'État », *Raisons politiques*, 2012, pp. 187-209.

¹⁰¹² Ces recherches anglaises et américaines furent traduites dans un numéro spécial de *Nouvelles questions féministes* sur « Les femmes et l'État » ; Voir sur le sujet B. Marques-Pereira, « L'État-providence, providence de l'État à l'égard des femmes? », *Recherches féministes*, 1990, pp. 11-26.

¹⁰¹³ S. KIANI, « Sandrine Dauphin, L'État et les droits des femmes. Des institutions au service de l'égalité ? », *Genre & Histoire* [Online], 7 | Automne 2010, Online since 10 January 2011, connection on 12 July 2020. URL : <http://journals.openedition.org/genrehistoire/1104>. Voir également sur la question des apports et des limites de l'État providence dans le cadre d'une étude suédoise, A. Nyberg, « Les femmes sont-elles plus dépendantes de l'État-providence que les hommes ? » in *Cahiers du Genre*, Suède : l'égalité des sexes en question, 2000, pp. 33-68.

¹⁰¹⁴ C. DELPHY, *Close to Home*, University of Massachusetts Press, London, Hutchinson & Cambridge, 1984.

¹⁰¹⁵ J. BIDEZ. « Les rapports de sexe comme rapports sociaux. Suivi de Rapports sociaux de sexe et rapports sociaux de classe » in *Les rapports sociaux de sexe*, A. BIDEZ-MORDREL (Dir.) Presses Universitaires de France, 2010, pp. 15-43.

¹⁰¹⁶ Les rapports de sexes « quadrillent, ou jouent un rôle central dans les questions de division du travail, de domination, d'exploitation, d'idéologie, de politique, de droit, de religion, de morale, de sexualité, de corporéité et de sensualité, de langue... » F. HAUG, « Sur la théorie des rapports de sexe », In *Les rapports sociaux de*

études on a pu voir apparaître deux systèmes de civilisation, deux modèles de société. L'un des deux systèmes qui sont basés sur une approche patriarcale et capitaliste ; l'autre système, dérivé du premier, introduit en plus la variable de l'Islam. À travers ce qu'en disent certains auteurs, ces deux systèmes ont été discutables et souvent perçus comme concurrentiels, voire opposés, partageant toutefois une prétention certaine à l'hégémonie d'une domination masculine de l'État. À ce titre, les recherches féministes sont doublement pertinentes : d'un côté, elles désignent le véritable terrain sur lequel il faut placer l'étude des structures en tant qu'expression de l'articulation et de l'évolution des deux systèmes en matière d'égalité des sexes ; de l'autre, elles offrent la possibilité d'établir une théorie des rapports entre système et structure d'influence et structure d'intégration. C'est pourquoi les facteurs de ce dernier type discutable sont également des facteurs permanents déterminants au sein du pouvoir politique d'un État.

§ 2. Point de vue interne : les institutions, la notion de pouvoir juridique

311. Le pouvoir juridique peut se définir, au-delà du pouvoir judiciaire constitué par des juridictions, comme « l'influence du droit et de la problématique juridique »¹⁰¹⁷ en tant que « mode de régulation sociopolitique et le pouvoir de l'ensemble des juristes dans la société et l'État »¹⁰¹⁸. Ainsi défini, le pouvoir juridique va interagir avec le pouvoir politique vu comme pouvoir de domination. On peut alors observer un double phénomène dans la mesure où le premier relève du droit et le second du pouvoir politique, donnant lieu à des rapports de différentes natures et à de la rivalité¹⁰¹⁹. Ce pouvoir politique va être notamment incarné par des institutions également de nature politique et qui ont un rôle important au point de vue de l'objectivisation de l'ordre social¹⁰²⁰. En tant qu'« institutions constitutives des régimes politiques »¹⁰²¹ tels que les parlements, gouvernements, présidents, etc., elles seront mêlées à l'édification des structures permettant à tous les acteurs d'agir de façon optimale sur la scène politique et dans la production de normes. En tant qu'incarnation du pouvoir, ces institutions

sexe, op. cit., pp. 44-59. Voir aussi, A. BIDET-MORDREL, E. GALERAND, D. KERGOAT, « Analyse critique et féminismes matérialistes. Travail, sexualité(s), culture », *Cahiers du Genre*, 2016, pp. 5-27.

¹⁰¹⁷ L. COHEN-TANUGI (dir.), « Chapitre III. Le juridique et le politique », in *Le droit sans l'État*. Presses Universitaires de France, 2007, pp. 91-137. Disponible en ligne [URL : <https://www.cairn.info/le-droit-sans-l-etat-9782130564294-page-91.htm>]

¹⁰¹⁸ *Ibid.*

¹⁰¹⁹ *Ibid.*

¹⁰²⁰ D. DULONG, « Institutions politiques », in *Dictionnaire. Genre et science politique. Concepts, objets, problèmes* (éd. Catherine Achin), Presses de Sciences Po, 2013, pp. 273-286.

¹⁰²¹ *Ibid.*

sont considérées comme consacrant un « groupe institué tout en faisant reconnaître comme naturel et légitime le découpage arbitraire qu'elle [s] opère [nt] au sein de la société »¹⁰²². L'absence des femmes dans cette sphère n'a pas remis en cause la légitimité de ces institutions et l'émergence tardive d'analyses féministes du droit n'a pas permis de constater que l'État et ses institutions n'étaient pas structurellement enclins à intégrer la question de l'égalité des sexes, ce qui a tout simplement enraciné une longue pratique institutionnelle et institutionnalisée de la domination des hommes dans la structure sociale¹⁰²³. Sera associé à cette idée d'exclusion, le « constat selon lequel l'État est un instrument du patriarcat »¹⁰²⁴ et qu'il est resté longtemps aveugle aux questions de l'égalité. Bien que la Tunisie soit créditée de la même cécité par le passé, elle n'a pu déterminer dans son horizon politique de la question égalitaire entre les sexes que par l'intervention d'un seul homme qui a incarné le pouvoir à travers l'institution présidentielle : Bourguiba. Toutefois, avec la nouvelle Constitution, la Présidence de la République n'est plus la seule structure d'influence en matière d'égalité des sexes. Dans la recherche d'un équilibre entre les pouvoirs, le Chef du gouvernement, d'autre part, apparaît comme une structure de coordination de l'action gouvernementale dans le domaine des politiques internes, notamment celles touchant à l'égalité des sexes.

312. Le rôle du Chef du gouvernement peut, en fonction de sa capacité à incarner l'autorité et selon sa personnalité, être celui d'un exécutant de la politique du chef de l'État, mais également d'un conseiller actif. Jouissant en principe de la confiance du président de la République et disposant d'outils structurels d'information, d'organisation et d'exécution, le Premier ministre joue un rôle significatif dans l'orientation de la politique et des décisions du Président. Au-delà des aspects juridiques qui ont une incidence sur les rapports entre le chef de l'État et le Parlement, d'une part, ainsi que les rapports entre le Président et le chef du gouvernement qui sont membres de l'exécutif, d'autre part, une nouvelle influence va être déterminante dans la conduite de la politique de l'État. Cette influence est celle de la personnalité du Chef de l'État qui est une variable essentielle dans la gestion de la situation politique en cas de divergence. Cette divergence peut conduire celui-ci à choisir, soit l'exercice modéré du pouvoir qui se concrétise par le respect de la diversité d'appartenance politique, en privilégiant le compromis. Soit, *a contrario*, en cas de désaccord, le choix de l'exercice non

¹⁰²² Bourdieu, 1980 : 348 cité par D. DULONG, *art. préc.*

¹⁰²³ Ch. DELPHY, *Close to Home: A Materialist Analysis of Women's Oppression*, translated and edited by Diana Leonard. London, Hutchinson. 1984. Voir aussi « Autour du livre de Christine Delphy *L'ennemi principal* », *Travail, genre et sociétés*, 2000, pp. 157-200.

¹⁰²⁴ D. DULONG, *art. préc.*

pondéré du pouvoir et de l'intransigeance est susceptible de provoquer un blocage institutionnel.

313. Aussi, même si la Tunisie n'a pas la plus longue histoire constitutionnelle, elle dispose tout de même d'une expérience significative qui nous permet de constater que, de par son histoire, toutes les personnes qui ont incarné la figure présidentielle ont été de fortes personnalités qui ont toujours fait le choix de déterminer la politique interne et externe en matière d'égalité des sexes sans se soucier des implications d'une société démocratique¹⁰²⁵. La pratique nous a démontré l'influence des personnalités dans le système et des processus décisionnels : Bourguiba influence de manière significative celui-ci.

314. Comment analyser une politique en matière d'égalité des sexes dans un pays comme la Tunisie ? Plusieurs supports peuvent nous servir de base de réflexion. Ils se fondent sur l'étude même des processus décisionnels. Mais également sur l'analyse systématique des décisions prises, ainsi que les effets qu'elles peuvent avoir sur le plan politique et social en ce qui concerne l'égalité des sexes. Ils peuvent également se fonder sur une tentative de conceptualisation qui chercherait à dégager des modes d'action et de gestion des principes directeurs qui ont pu orienter la politique et orienter le choix de mise en œuvre de l'égalité des sexes. Autrement dit, il s'agit de comprendre la relation de cause à effet entre les modalités de prise de décision et de la gestion des structures de divers types dans le cadre de la question de l'égalité des sexes. À titre d'exemple, la personnalité de Bourguiba a influencé sa fonction présidentielle dans son approche politique qui a été déterminante dans le choix des principes qui ont forgé la conception de l'égalité des sexes et sa mise en œuvre. En effet, avec un certain pragmatisme, Bourguiba estimait qu'une politique de l'égalité des sexes construite sur des interactions avec l'Occident en matière économique et culturelle l'aiderait à réaliser un développement performant de la société tunisienne.

315. C'est pourquoi, en estimant que la base stratégique politique tant sur le plan interne qu'externe impliquait « le progrès par étapes »¹⁰²⁶ conditionnées par une sortie du colonialisme nécessitait un développement de la Tunisie. Ce progrès par étape conduira à une politique de

¹⁰²⁵ L'objectif des acteurs politiques reste principalement le maintien ou l'accès au pouvoir qui est encadré par les prérogatives constitutionnelles.

¹⁰²⁶ H. BOURGUIBA, « *The Tunisian Way* », *In Foreign Affairs*, 1966, pp. 481 et s.

coopération avec les États géographiquement proches que sont « les voisins »¹⁰²⁷ européens ; mais c'est surtout avec la France que la coopération va se manifester pour des considérations historiques et particulièrement parce qu'elle a marqué la « culture »¹⁰²⁸. Ainsi, la culture est également un facteur déterminant dans la mise en œuvre de l'égalité des sexes.

§ 3. Synthèse : Le régime politique

316. La nature du système politique est déterminante dans la mise en œuvre de l'égalité des sexes. Son caractère totalitaire ou démocratique définit les évolutions futures. Aussi, certaines unités du système politique prennent la forme de variables déterminantes dans l'explication de comportements globaux à l'égard de la mise en œuvre de l'égalité des sexes. En ce sens, la tradition, le choix d'un régime social ou libéral ont été déterminants dans le fonctionnement et la mise en œuvre de l'égalité des sexes. Si le libéralisme a contribué à l'émancipation des femmes et à lui octroyer, depuis la Seconde Guerre mondiale, de nombreux droits, un régime totalitaire peut être source d'instabilité et d'infertilité en matière d'égalité des sexes. La Tunisie et son expérience de transition politique apparaissent comme l'illustration de cette idée que la nature du système politique a influencé la mise en œuvre de l'égalité des sexes. La démocratisation est un élément constitutif de la stabilité, c'est pourquoi les régimes autoritaires peuvent être considérés comme plus « vulnérables »¹⁰²⁹ par rapport aux pays démocratiques qui sont considérés comme plus stables¹⁰³⁰. Les décisions prises durant cette période transitoire ont eu une incidence déterminante sur la mise en œuvre de l'égalité des sexes. Certains comportements et décisions adoptés pendant la période transitoire ont laissé leur marque sur le fonctionnement des institutions et sur la mise en œuvre de l'égalité des sexes. Bien que la ligne de conduite des gouvernants tunisiens reste celle de la « méthode légaliste » qui consiste à respecter la loi même si elle doit être changée, ce mode de gestion de l'action publique découle de l'héritage des pouvoirs autoritaires de Ben Ali et Bourguiba¹⁰³¹. Alors que le régime politique garde certains stigmates de cette période longue, le passage à un régime

¹⁰²⁷ *Ibid.*

¹⁰²⁸ *Ibid.*

¹⁰²⁹ The Economist Intelligence Unit « *Democracy index 2011: Democracy under stress* » *Economist Intelligence Unit*, London, 2012.

Disponible en ligne [https://www.eiu.com/public/topical_report.aspx?campaignid=DemocracyIndex2011].

¹⁰³⁰ M. KHADRAOUI, « Stabilité politique et démocratie en Tunisie la TAPE ne risque pas la mise à « l'index » ». *Nawaat*, 12 avril 2009.

Disponible en ligne [<https://nawaat.org/2009/04/12/stabilite-politique-et-democratie-en-tunisie-la-tape-ne-risque-pas-la-mise-a-lindex/>].

¹⁰³¹ H. NAFTAI *op.cit.*, p. 18

démocratique va révéler les lacunes d'un régime autoritaire. En effet, les opposants si longtemps réduits au silence trouvent dans le changement de régime une opportunité pour légitimer leur opposition aux partisans de l'ancien régime policier incarné par le Rassemblement Constitutionnel Démocrate, partie politique créé par Zine el-Abidine Ben Ali en 1988¹⁰³². Dans le but de protéger la Tunisie d'un retour à l'autoritarisme favorisé par le régime présidentiel, ils font le choix d'adopter un régime parlementaire et de créer un Comité national de protection de la Révolution.

317. Dans le cadre de ce processus décisionnel de nature parlementaire, s'attachant à des principes démocratiques, la Tunisie va choisir le tournant qu'elle veut prendre en matière d'égalité des sexes. En dépit de la nature autoritaire du système politique, la Tunisie n'a pas porté atteinte à cette politique d'émancipation et d'autonomisation des femmes. Bien au contraire, elle a fait de son système politique totalitaire le moyen d'imposer l'émancipation des femmes. Toutefois, les répercussions de cette émancipation maintenue dans le cadre d'un régime autoritaire n'ont été perceptibles que plus tard, en 2011 lors du changement institutionnel qui a bouleversé les rapports des individus et de groupe d'individus au sein de la structure nationale.

318. Ce changement a révélé que le fonctionnement institutionnel et les choix opérés en matière d'égalité des sexes n'étaient pas exclusivement motivés par une conviction propre à instaurer une véritable culture de l'égalité des sexes. Elle a été également le moyen d'ériger un rempart contre l'opposition politique et l'islamisme. En effet, le régime autoritaire a eu pour effet dans le cadre de la construction de la structure nationale tunisienne dès l'année 1956 de redéfinir les rapports entre l'État et la Religion. En 1987, des réaménagements ont été opérés afin de confier le domaine religieux au contrôle du pouvoir central à travers des structures religieuses officielles et des institutions étatiques. Cette politique autoritaire a commencé dans les années quatre-vingt-dix, elle a duré jusqu'à l'année 2010. Elle a longtemps condamné toute expression religieuse et politique de l'Islam en dehors des structures religieuses officielles. La mise en œuvre de la laïcité dans la pratique en Tunisie consistait non seulement à limiter la liberté de culte et la liberté religieuse, mais également les libertés individuelles telles que la

¹⁰³² Plus exactement le 27 février 1988 et il sera dissous par décision judiciaire le 9 mars 2011. Voy sur le sujet. M. FERJANI, « Révolution, élections et évolution du champ politique tunisien », *Confluences Méditerranée*, vol. 82, no. 3, 2012, pp. 107-116.

liberté d'expression, la liberté de réunion, la liberté de manifestation, ainsi que celle relative à l'opinion politique. Sur la base de la frustration générée par cette limitation des libertés, la mise en œuvre de la laïcité a été perçue comme un moyen d'atteinte à ces libertés individuelles.

319. Aussi, si le fait religieux a été un moyen de limiter l'évolution du statut de la femme en Tunisie, sa condamnation et celle du régime autoritaire ont eu un effet paradoxal sur l'évolution de l'égalité des sexes. Il apparaît à la fois comme un moteur, puisqu'il amorçait l'émancipation de l'égalité des sexes, et comme un frein puisque sa mise en œuvre dans un régime autoritaire l'a transformé en un phénomène instable et imprévisible. Le régime démocratique a permis aux partis islamistes de revenir sur la scène politique à la faveur du regain des libertés individuelles. En effet, la résurgence de la question identitaire est apparue au grand public dès l'arrivée du président du mouvement *Ennahda* sur le territoire tunisien, le 30 janvier 2011, après plus de 20 ans d'exil. La société découvre une frange politique divergente de ce qu'elle avait connu sous les régimes autoritaires successifs avec la réapparition d'un mouvement islamiste. Longtemps réprimés par les régimes autoritaires de Bourguiba et de Ben Ali, les islamistes par le jeu du libéralisme et de la démocratisation du système politique redécouvrent une liberté dans l'histoire récente de la Tunisie. La conséquence de cette liberté est la multiplication des partis islamistes qui se présentent comme principaux opposants au régime en place. La lutte contre les dérives totalitaires du régime de Ben Ali est apparue comme le point de convergence des différents opposants, y compris islamistes. Cela a conduit à la mise en œuvre de compromis notamment sur la question de l'égalité des sexes avec *la déclaration de Tunis* qui a été signée le 17 juin 2003 à Aix-en-Provence entre les représentants du parti islamiste Ennahda, du CPR et Ettakattol¹⁰³³.

320. Le caractère démocratique du système politique a été déterminant dans l'adoption et la promotion d'une conception de l'égalité des sexes, car pour la première fois en Tunisie, l'universalité des droits de l'homme et l'égalité des sexes est le fruit d'une convergence entre les différents individus et acteurs de la société tunisienne. Cela reflète une conception plus représentative de la société et des rapports entre les individus même si l'évolution n'est pas encore suffisante.

¹⁰³³ Ils se sont accordés sur le caractère civil de l'État et sur la question de l'égalité des sexes sous l'angle de la complémentarité ainsi que les libertés publiques. H. NAFTI *op.cit*, p. 143 ; Y. BEN ACHOUR, Tunisie, une révolution en pays d'islam. Tunis : Cérès Éditions, p. 207.

Section 3 : Les relations culturelles, facteur primordial

321. Nous définissons la culture comme l'ensemble des croyances et des pratiques qui structurent, c'est-à-dire qu'elles donnent l'impression de la durée à une société donnée ou à certains de ses éléments. Il s'agit alors de la culture juridique. Mais la culture au sens large peut aussi avoir l'effet inverse, agir comme un facteur de perturbation. À ce titre, la culture peut être paradoxalement à la fois une entrave à la mise en œuvre de l'égalité des sexes (§ 1) et un levier à la concrétisation de ce droit (§ 2). C'est pourquoi elle constitue un facteur déterminant dans le fonctionnement de ce principe.

§ 1. La culture, entrave à la concrétisation du droit à l'égalité entre les sexes

322. L'impact de la culture et de l'histoire est essentiel pour saisir le concept actuel de l'égalité entre les sexes puisque les divergences juridiques peuvent aussi émaner d'une culture différente. L'égalité entre les sexes peut se concevoir, dans le cadre des facteurs extra-juridiques, en tant que question culturelle. Aussi, les hommes et les femmes en tant qu'individus peuvent se définir selon une référence culturelle, qui va fonder les rapports sociaux entre les sexes. Selon Edward Sapir, « le mot "culture" recouvre trois sens ou trois groupes de sens »¹⁰³⁴ qui débouchent sur une conception de la culture comme « l'ensemble des attitudes, des visions du monde et des traits spécifiques de civilisation qui confère à un peuple particulier sa place originale dans l'univers [...] Ne suffit-il pas de savoir que les nations (le mot étant pris hors de son contexte politique) portent l'empreinte, dans leurs pensées et dans leurs actes, d'un certain moule et que la marque de ce moule est plus évidente dans certains éléments de civilisation que

¹⁰³⁴ Il est dans un premier temps utilisé « dans un sens technique par les ethnologues ou par les historiens des cultures, pour rassembler tous les éléments de la vie humaine qui sont transmis par la société, qu'ils soient matériels ou spirituels [...]. Dans un second temps le mot culture est employé pour désigner « un idéal assez académique de raffinement individuel, élaboré à partir d'un petit nombre de connaissances et d'expériences assimilées, mais fait surtout d'un ensemble de réactions particulières sanctionnées par une classe et une longue tradition [...] Dans un troisième temps, le mot culture « participe de la première acception (l'acception technique) en ce sens qu'il met, lui aussi, l'accent sur les biens spirituels du groupe plutôt que sur ceux de l'individu. Il participe de la deuxième acception dans la mesure où il insiste sur un petit nombre de facteurs prélevés dans l'immense courant de culture dont l'ethnologue a révélé l'existence [...] Nous nous approchons peut être plus près de la vérité en disant que la conception de la culture que nous cherchons à saisir se propose de comprendre, sous un seul mot, l'ensemble des attitudes, des visions du monde et des traits spécifiques de civilisation qui confèrent à un peuple particulier sa place originale dans l'univers [...] Ne suffit-il pas de savoir que les nations (le mot étant pris hors de son contexte politique) portent l'empreinte, dans leurs pensées et dans leurs actes, d'un certain moule et que la marque de ce moule est plus évidente dans certains éléments de civilisation que dans d'autres ? La culture spécifique d'une nation est le groupe d'éléments qui, dans la civilisation, portent le plus nettement la marque de ce moule ». E. SAPIR. *Anthropologie*, Éditions de Minuit, 1967, pp. 326-331.

dans d'autres ? La culture spécifique d'une nation est le groupe d'éléments qui, dans la civilisation, portent le plus nettement la marque de ce moule »¹⁰³⁵. Cette définition dévoile l'essentiel : le caractère permanent du déterminant culturel par son caractère continu. Cette permanence découle d'une forme d'invariance qui est représentée par ce moule et qui diverge avec le droit qui a vocation à évoluer. En effet, le droit s'adapte en fonction des évolutions de la société. Ainsi, la culture est-elle déterminante dans la mise en œuvre de l'égalité des sexes, car elle influence le droit et peut aussi concurrencer le principe d'égalité des sexes.

323. La culture est le porteur de structures profondes et de valeurs essentielles propres à un groupe d'individus. Le droit reflète « un langage spécifique à un ensemble culturel et [...] il traduit les modes d'organisation spécifiques aux différents groupements humains »¹⁰³⁶. Dans la culture patriarcale, les femmes sont considérées comme un « bien » avant d'être un individu à part entière. C'est ce qui a conduit à les considérer comme des incapables conditionnées par la faiblesse de leur sexe qui serait entre autres choses, liée à celle du corps et de l'esprit. La femme est alors cantonnée aux fonctions relatives aux tâches domestiques, puisqu'elle est considérée par le patriarcat comme incapable d'assumer d'autres formes de responsabilités.

324. La culture pénètre les mœurs et les règles juridiques de la société. L'évolution des mœurs et des normes sociales qui structurent la société exerce une influence déterminante dans la réalisation du principe d'égalité des sexes. La domination des hommes au sein des différents groupes d'individus constitue une convergence entre les différents systèmes et une constante puisque les femmes ont longtemps été soumises à une conception patriarcale de l'organisation sociale. Le patriarcat a conditionné et articulé les comportements au sein de la société. Il a également encadré les rapports sociaux entre les hommes et les femmes. Cette domination patriarcale conditionne encore les pratiques et les esprits. En ce sens, les femmes tunisiennes et françaises subissent encore la domination des hommes dans le domaine professionnel et celui de la politique. Même si de nombreux leviers ont été enclenchés pour une progression en matière d'égalité des sexes, les freins sociologiques et économiques subsistent de manière significative et qui interdisent une mise en œuvre effective de ce principe. C'est sur le fondement de la culture que des stéréotypes ont été forgés, qui ont considérablement imprégné la vision de la femme au sein de la société. Que ce soit la Tunisie ou la France, chacune de ces deux sociétés a été conditionnée par ces stéréotypes et préjugés fondés sur le sexe, ce qui

¹⁰³⁵ *Ibid.*

¹⁰³⁶ B. DUPRET, Droit et sciences sociales, Manuscrit original, HAL, 2008, p. 114.

contribue à entraver l'accès des femmes à certains postes de responsabilités ou encore à certains métiers. Même si les compétences des femmes ne sont pas nécessairement remises en cause, c'est la difficile articulation entre le rôle de femme et celui de mère qui reste la principale source de préjugés.

325. Le noyau familial, noyau culturel. La famille se constitue en un groupe de personnes homogène dans lequel la culture va se diffuser et se perpétuer. Dans une tentative de définition universelle de la famille, les auteurs ont dégagé la notion de « famille nucléaire ». Elle constituait la famille « élémentaire » de « l'unité de base de toute société »¹⁰³⁷ qui était composée de la mère, du père et de l'enfant. Ce schéma d'organisation sociale a été longtemps considéré comme universel¹⁰³⁸.

326. En France, il n'existe pas de définition légale de la famille. Classiquement, elle se caractérise comme étant « un groupe de personnes unies par des rapports de parenté et d'alliance »¹⁰³⁹. Toutefois, avec l'évolution de la société française, la notion de la famille se complexifie. Contrairement à la conception traditionnelle musulmane du concept, en France « il n'existe donc pas une famille, mais des familles »¹⁰⁴⁰. Dans les pays de coutume musulmane (y compris en Tunisie), la notion peut être considérée comme le « Creuset de valeurs morales, sociales et religieuses, plongeant ses racines dans la profondeur de l'âme populaire, le droit de la famille bénéficie d'une puissante charge culturelle. »¹⁰⁴¹

327. L'évolution des mœurs a transformé les rapports au sein de la famille en France. En effet, en plus du modèle classique de la famille, il peut y avoir une multitude de schémas de la famille. Il existe les familles monoparentales, des familles avec des parents de même sexe, des couples qui ont des enfants en dehors du mariage, des familles recomposées et celles qui vivent en union libre¹⁰⁴². À cet égard, la liberté, l'individu priment sur la notion d'unité et celle d'égalité. Cette complexification dans la représentation de la famille crée un foyer d'opposition

¹⁰³⁷ L. SCUBLA, *op. cit.*, pp. 101-122.

¹⁰³⁸ MURDOCK, 1972, p. 21-40

¹⁰³⁹ P. MALAURIE, H. FULCHIRON, *La famille*, Defrénois, 4^e éd. 2011, n°4.

¹⁰⁴⁰ M. DELAMRRE (Dir), *Leçons de droit de la famille*, M. BENILLOUCHE, B. FOURE, J. DELAYEN, S. WADOWIAK, collection leçon de Droit, ellipses, édition ?? P.7.

¹⁰⁴¹ « Actualités du droit international privé de la famille en Tunisie et à l'étranger sous la direction de Soumahyama BEN ACHOUR et Lotfi CHEDLY. Editions Latrach 2015, Tunis. Colloque unité de recherche RIPCAM, Relations internationales privées, commerce, arbitrage et migration

¹⁰⁴² Conf. H. FULCHIRON (dir.), « Mariage-conjugalité, parenté-parentalité », Dalloz, coll. « thèmes et commentaires », 2009, p. 33.

avec des valeurs culturelles françaises intangibles. En effet, le principe d'égalité des époux a vocation à s'appliquer à différentes situations. La doctrine a évoqué « l'idée d'une privatisation du droit de la famille » qui se traduit par le « basculement de celle-ci de la sphère publique » qui serait dominé par « l'intérêt général et régi par des règles impératives, vers la sphère privée, un domaine discipliné par la régulation privée où s'expriment les intérêts individuels »¹⁰⁴³. Au XIX siècle, une partie de la doctrine comme Demolombe et Savigny reconnaissaient le caractère essentiel de l'intérêt général au sein du droit de la famille, car elle relevait pour ces auteurs du droit public¹⁰⁴⁴.

328. Le Droit régit les rapports entre les divers membres de la famille. Le droit français donne une interprétation extensive de la vie familiale. En effet, avec l'évolution des mœurs, le droit positif a pris en compte cette mutation. La pénétration de l'idéologie individualiste en droit de la famille pousse le législateur à redessiner les contours juridiques des prérogatives des personnes qui constituent la cellule familiale. L'intégration de l'autonomie de la volonté dans la sphère qui s'insère dans la privatisation de la famille a des incidences sur le principe d'égalité des époux. Ce phénomène qui s'explique par le désengagement de l'État et l'acceptation de la mutation du modèle familial¹⁰⁴⁵ se répercute sur la réglementation des relations familiales en droit interne. L'effet produit sur relatif la délimitation des contours de la discipline à une répercussion plus ou moins grande suivant l'État concerné en fonction du degré de compatibilité entre les ordres juridiques considérés.

329. En Tunisie comme dans la plupart des pays musulmans, la société consacre une conception de la famille où les intérêts du groupe prévalent sur ceux de ses membres. Elle est regardée comme étant un concept central au cœur du corps social. Ce schème fait écho à celui affirmé par la nouvelle Constitution tunisienne. L'article 7 de la Constitution tunisienne du 27 janvier 2014 dispose que « *la famille est la cellule essentielle au sein de la société et l'État doit en assurer la protection* ». Toutefois, la prudence est de mise et il est crucial de nuancer les propos si on les étend à la description des systèmes juridiques du Maghreb. Les récentes

¹⁰⁴³ S. FULLI-LEMAIRE, « La privatisation du droit de la famille en France. Perspectives comparatives ». In *Revue internationale de droit comparé*, 2016, p. 406 ; Voy. également sur le sujet, I. THERY, « Vie privée et monde commun », *Le débat*, 1995, pp. 137-154.

¹⁰⁴⁴ J. CARBONNIER, « Préface », In *Le droit non civil de la famille*, Paris, PUF, 1983, reproduit in *Ecrits*, Paris PUF, 2008, p. 163. Cité par Y. LEQUETTE, « Quelques remarques sur le pluralisme en droit de la famille », In *Mélanges en l'honneur du Professeur Gérard Champenois*, LGDJ, 2012, n°17, p. 539.

¹⁰⁴⁵ Y. LEQUETTE, « Quelques remarques sur le pluralisme en droit de la famille », », In *Mélanges en l'honneur du Professeur Gérard Champenois*, LGDJ, 2012, p. 523 et s.

réformes algérienne¹⁰⁴⁶ et marocaine¹⁰⁴⁷ de la famille laissent entrevoir un nouveau paysage dans le secteur du droit de la famille. Le cas de la Tunisie renforce l'idée d'une révolution libératrice dans ce domaine et vient confirmer ainsi son modèle historique¹⁰⁴⁸. La famille est importante en Tunisie. Néanmoins, elle reste encadrée par les règles religieuses qui impliquent que le mariage contribue à se développer par la procréation, sa finalité, dans le respect d'une « *sexualité honnête et protégée* ».

330. La famille est importante en Tunisie. Le droit tunisien ne reconnaît la famille que dans le schéma suivant : le mariage entre une femme et un homme dont le but est la procréation. Cette structure fondamentale n'admet pas les couples à l'extérieur du mariage, même si l'on assiste à une résurgence des pratiques issues de la tradition arabo-musulmane. La famille est compartimentée au Maghreb par la référence systématique à l'identité arabo-musulmane et à l'islam. Aussi, même si la famille a connu des évolutions, notamment en France avec le changement de la composition de la famille « nucléaire », la Tunisie reste dans ce schéma en dépit d'éléments qui attestent d'un élan moderniste incontestable, la matière demeure plombée sous plusieurs aspects par les pesanteurs du passé. Si les ouvertures en matière d'autonomisation des femmes constituent une avancée incontestable par rapport au modèle issu de la culture arabo-musulmane, elles n'ont pas pour autant éliminé les symboles forts de cette tradition. En Tunisie, comme dans la plupart des pays musulmans, la société consacre une conception de la famille où les intérêts du groupe prévalent sur ceux de ses membres. Elle est regardée comme étant un concept central au cœur du corps social. La tradition arabo-musulmane constitue un héritage culturel engrangé au cours de l'histoire tunisienne, et que le mouvement réformiste a toujours pris en compte pour maintenir la continuité de cette forme d'identité. C'est sur cette base que le fondement religieux a imprégné culturellement la structure juridique de la Tunisie. Dans les pays de tradition musulmane (y compris en Tunisie), la notion peut être considérée comme le « creuset de valeurs morales, sociales et religieuses, plongeant ses racines dans la profondeur de l'âme populaire, le droit de la famille bénéficie d'une

¹⁰⁴⁶ K. SAIDI, « La réforme du droit algérien de la famille : pérennité et rénovation », RIDC, n°1, 2006, pp 119 et s.

¹⁰⁴⁷ F. SAREHANE, « Le nouveau code marocain de la famille ». GP, 3-4 septembre, 2004, Doctrine, pp 2 et s.

¹⁰⁴⁸ Conf, A. COLOMER, « le Code du statut personnel tunisien », Revue algérienne, tunisienne et marocaine de législation et de jurisprudence, 1957, pp 115 et s ; E. de LAGRANGE, « Le législateur tunisien et ses interprètes », RTD, 1968, pp 11 et s, spc. Pp 20 et s ; M. BORRMANS, statut personnel et famille au Maghreb, thèse dactyl. Université de Paris, Faculté des lettres et des sciences humaines, 1969-1970.

puissante charge culturelle. »¹⁰⁴⁹ En Tunisie, chaque nouvelle règle importée par les cultures successives a eu pour objet de mettre de l'ordre dans une certaine forme de désordre. La structure de la famille tribale était fragile, car les femmes n'avaient pas de statut particulier et les hommes pouvaient disposer d'un nombre de femmes illimité. La culture arabo-musulmane est venue réguler ce désordre en instaurant une limitation du nombre de femmes et un cadre processuel de séparation avec la répudiation qui est unilatérale. Par la suite, au contact de la conception familiale consacrée par le Code civil français, la Tunisie a introduit, une fois de plus, des règles culturelles qui ont eu pour ambition d'ordonner la société tunisienne en instituant une unité plus marquée de l'institution familiale. La crainte de l'éclatement des familles et ainsi de la société sous l'effet de la polygamie et de la répudiation a suscité un grand intérêt pour la conception plus unitaire établie par le Code civil. Ainsi, la suppression de la polygamie et de la répudiation et l'instauration du mariage civil a constitué un élément de consolidation de l'unité familiale et de l'unité sociale. Cela a contribué également à forger la « *tunisianité* ». Ce schème s'inscrit non pas dans la conception tribale de la famille en Tunisie, dont l'éclatement a été le produit de la répudiation et de la polygamie. Cette disposition est le résultat de l'imprégnation de la société tunisienne par la conception traditionnelle musulmane du droit de la famille. Elle se caractérise par les interdictions successorales et matrimoniales qui trouvent leur source dans la religion. Au cours de la vie matrimoniale des époux, c'est-à-dire de la conclusion du mariage, durant la vie matrimoniale jusqu'à sa dissolution, l'homme prédomine sur la femme. Le mariage demeure un acte fondateur orienté vers la création d'une famille. Dans ce système encore patriarcal, l'intérêt du groupe représenté par la famille est plus important que celui de l'individu. La notion de filiation dans le système juridique tunisien et de manière générale dans les pays musulmans est exclusivement axée vers la famille légitime.

331. L'irruption de certaines idéologies au sein de chaque pays complexifie les rapports égalitaires entre l'homme et la femme. Cette complexité a conduit à un renouvellement des objectifs de politiques familiales qui s'accompagne de perturbations plus ou moins importantes. Ce pluralisme des objectifs pose la question de leur articulation entre l'intérêt des sujets et leur liberté au sein de la cellule familiale et celle de la conception égalitaire des sexes. S'il est vrai que jusqu'à présent la société s'est accordée sur la primauté à l'égalité dans les rapports entre les sexes au sein de la famille, celle-ci se heurte à d'autres considérations qui viennent discuter

¹⁰⁴⁹ S. BEN ACHOUR, L. CHEDLY (dir.), « Actualités du droit international privé de la famille en Tunisie et à l'étranger », Colloque unité de recherche RIPCAM, Relations internationales privées, commerce, arbitrage et migration, Editions Latrach 2015, Tunis.

le rapport hiérarchique entre les divers intérêts et libertés. La pénétration de la culture individualiste influence la structuration de la famille et redéfinit les prérogatives des personnes qui constituent la cellule. L'intégration de l'autonomie de la volonté qui s'insère dans la privatisation de la famille va avoir des incidences sur le principe d'égalité des époux. Ce phénomène, qui s'explique par le désengagement de l'État et l'acceptation de la mutation du modèle familial¹⁰⁵⁰, joue sur la structuration des relations familiales. L'impact relatif à la délimitation des contours de la discipline a une répercussion relative suivant l'État concerné. En effet, selon le territoire dans lequel on se place, l'évolution s'apprécie comme une concordance ou une discordance des ordres culturels. Cette conception individuelle et libérale de la famille a également un double effet au sein de la société tunisienne. Elle se heurte à la culture arabo-musulmane et elle fait l'objet d'un rejet partiel. Elle s'intègre par l'évolution pratique des rapports sociaux entre les sexes qui révèlent que la Tunisie fait l'objet d'une révolution libératrice dans le domaine et renforce ainsi l'idée que sa structure est une exception en confirmant son modèle historique¹⁰⁵¹. Le fait religieux est un élément structurant de l'identité tunisienne et de l'égalité des sexes. Il contribue également à la culture tunisienne, car la religion arabo-musulmane est marquée par une certaine forme de profondeur historique.

332. La division entre vie privée et vie publique, ou entre espace intérieur et extérieur de la sphère de présence des femmes a une origine très ancienne qui remonte à la Grèce antique. En ce sens, Aristote procédait à une distinction entre l'économique et le politique. Dans le cadre de la sphère économique, le foyer constitue le lieu de gouvernance privilégié des femmes alors que la sphère politique relevant de la sphère privée avait pour lieu la cité qui relevait exclusivement de la gouvernance des hommes. Bien que cette division entre vie privée et vie publique soit ancienne, elle persiste dans la culture qui opère jusqu'à nos jours cette division au sein des sociétés tunisienne et française. Cette distinction est toutefois plus marquée en Tunisie qu'en France compte tenu de la subsistance significative de la culture arabo-musulmane qui se fonde sur des acceptions religieuses pour justifier la hiérarchie sociale des hommes et des

¹⁰⁵⁰ Y. LEQUETTE, « Quelques remarques sur le pluralisme en droit de la famille », In *Mélanges en l'honneur du Professeur Gérard Champenois*, LGDJ, 2012, pp. 523 et s.

¹⁰⁵¹ A. COLOMER, « le Code du statut personnel tunisien », *Revue algérienne, tunisienne et marocaine de législation et de jurisprudence*, 1957, pp 115 et s ; E. de LAGRANGE, « Le législateur tunisien et ses interprètes », *RTD*, 1968, pp 11 et s, spc. pp 20 et s ; M. BORRMANS, *Statut personnel et famille au Maghreb*, thèse dactyl. Université de Paris, Faculté des lettres et des sciences humaines, 1969-1970.

femmes. Ainsi, les « hommes sont supérieurs aux femmes »¹⁰⁵² ou ils « sont supérieurs d'un degré »¹⁰⁵³.

§ 2. La culture en tant que levier pour la concrétisation de ce droit

333. La culture en tant qu'ensemble d'un patrimoine matériel ou spirituel d'un groupe d'individus « [confère] à un peuple particulier sa place originale dans l'univers »¹⁰⁵⁴ ce qui tend à une séparation des peuples selon la culture à laquelle ils se rattachent. En effet, cet « ensemble d'attitudes » qui peut se traduire par des habitudes et des rites va constituer une vision du monde dans lequel on se situe et un moyen de caractériser les spécificités de ce monde. Autrement dit, la culture est un facteur de différenciation permanente entre les peuples. À cet égard, la culture peut atténuer ou s'opposer à l'universalisme. Aussi dans le cadre des sciences sociales, l'anthropologie s'est intéressée à l'étude des droits colonisés. Cette étude s'articule, entre autres, autour du culturalisme et notamment de la question de l'assimilation à travers l'étude de l'acculturation. Ces recherches ont contribué au changement de configuration et à la transformation du principe d'égalité des sexes. Cette acculturation a influencé le système culturel tunisien en introduisant des concepts étrangers au système culturel autochtone. Toutefois, elle n'a pas remis en cause l'« évolution différentielle », qui implique que « chaque société voit les éléments de son système culturel évoluer à des degrés et selon des rythmes différents ; par ailleurs, l'ensemble des sociétés évoluent selon des rythmes variés »¹⁰⁵⁵.

334. La permanence de la culture se fonde sur la transmission ; cette perspective est essentielle dans la mise en œuvre concrète de l'égalité des sexes. En s'appuyant sur cette notion de transmission, le principe d'égalité des sexes sera intégré dans la culture propre à chaque structure sociale afin d'opérer une assimilation graduelle de ce principe et de ses effets à travers le temps et l'espace.

335. Avant l'introduction de la culture arabo-musulmane, les femmes tunisiennes ne disposaient pas de droits propres. Tout comme en France, elles avaient la charge du foyer et de la maternité. Dans certaines pratiques tribales, les jeunes filles pouvaient faire l'objet de

¹⁰⁵² Coran S.IV, Verset 34.

¹⁰⁵³ Coran, Verset 2/228.

¹⁰⁵⁴ E. SAPIR, *op. cit.*, pp. 326-331.

¹⁰⁵⁵ B. DUPRET, *Droit et sciences sociales, op.cit.*, p. 116.

sacrifices. Depuis l'instauration de cette culture arabo-musulmane, la femme a trouvé une place qui lui est plus favorable dans la société. En effet, elle dispose de droits, les rapports entre les hommes et les femmes doivent être fondés sur le respect mutuel et les hommes doivent protéger et subvenir aux besoins des femmes. Cette culture arabo-musulmane est profondément enracinée et constitue une strate profonde de la structure sociale tunisienne. Toutefois, elle n'a pas empêché l'influence de la culture française sur l'égalité des sexes. Cependant, cette influence est limitée par la résurgence de certains aspects culturels antérieurs. La culture et la tradition ont constitué le socle sur lequel la domination masculine s'est fondée pour justifier une approche inégalitaire. Cette approche se fonde sur les différences physiologiques et psychologiques entre les hommes et les femmes. Cette subordination des femmes aux hommes, avant de se traduire juridiquement, est d'abord un phénomène culturel qui place la femme sous la garde de l'homme et son existence ne se fait qu'à travers la figure paternelle. Elle est identifiée comme la fille de son père au cours de son existence, elle ne sera identifiée comme la fille de sa mère que lors de son enterrement, car la filiation étant incertaine, on ne peut qu'affirmer le lien de maternité. Sa propriété principale se résume à sa faculté naturelle de reproduction. Les actions et comportements de la femme dans la sphère publique sont soumis au contrôle de l'homme et à son autorisation¹⁰⁵⁶. Cette autorisation découle de la tutelle exercée par les parents sur les jeunes filles. Elle s'exerce également en matière matrimoniale et découle du principe de la *wilaya* tiré de la culture arabo-musulmane. Selon ce principe, les enfants doivent obéir aux parents. Elle traduit l'obéissance due aux parents qui se nomme en arabe « *Ta'at al-walidayn* ». Selon ce principe, les enfants, et notamment les filles, ont le devoir d'obéissance envers leurs parents. Et ce devoir doit être respecté, peu importe l'âge des enfants et les situations c'est-à-dire même lorsqu'ils sont mariés. Ce principe vient régir les rapports sociaux entre les enfants et les parents. Il a une valeur à forte connotation culturelle et sociale. La femme devient ainsi l'objet d'échanges matrimoniaux¹⁰⁵⁷.

336. L'acculturation est un phénomène lié au colonialisme. Elle a permis, dans le cadre de la structure sociale tunisienne, d'influencer et de changer le contenu même de la culture initiale en permettant de constituer une acception contemporaine culturelle différente qui se fonde sur la *tunisianité* et donc sur le concept de nation et non pas d'État. L'État est

¹⁰⁵⁶ C. LACOSTE-DUJARDIN, Des mères contre les femmes, maternité et patriarcat au Maghreb, éd. de la Découverte, 1985.

¹⁰⁵⁷ L. SCUBLA, De l' "échange de femmes" au don des femmes. Le déni de la procréation dans l' "atome de parenté", *Revue du MAUSS*, La découverte, 2012, pp. 101-122.

historiquement dominé par une culture de domination patriarcale et masculine. La nation a permis d'intégrer dans la culture tunisienne et dans son identité contemporaine la notion de citoyenneté. Aussi, « la focalisation sur l'accès des femmes à la nationalité permet d'apporter un point de vue neuf » sur l'articulation des rôles entre les hommes et les femmes en Tunisie.

337. C'est par exemple que, dans le domaine de l'éducation et notamment avec l'instauration de l'École de la rue du Pacha à Tunis, Clancy Smith apporte les premiers éléments de réponse concernant la question de l'acculturation avec l'introduction dans le système éducatif tunisien de traditions de la culture islamique¹⁰⁵⁸ et de celles relevant de la pédagogie de l'école secondaire française. Elle a offert un tremplin alternatif à l'exclusion des jeunes filles du système scolaire dont les parents refusaient que ces dernières intègrent un système scolaire français purement laïque envers lequel les parents éprouvaient une certaine méfiance. Aussi, l'action de cet établissement par l'adaptation d'une culture étrangère à la culture autochtone a joué le rôle redoutable de vecteur d'acculturation¹⁰⁵⁹. La réceptivité du concept de nation chez les jeunes filles musulmanes a été conditionnée par le respect des traditions. Ce qui a constitué une évolution par degrés en permettant d'intégrer la volonté des femmes de participer pleinement à la nation comme une demande légitime et conforme à la culture islamique. Toutes ces dimensions sont, à n'en pas douter, significatives. Leur importance est étroitement liée aux facteurs conjoncturels.

¹⁰⁵⁸ Étude du Coran, port du voile, protection des jeunes filles.

¹⁰⁵⁹ L. AUSLANDER, M. ZANCARINI-FOURNEL, « Le genre de la nation et le genre de l'État », *Clio. Histoire, femmes et sociétés* [En ligne], 12 | 2000, mis en ligne le 19 mars 2003, consulté le 30 avril 2019. URL : <http://journals.openedition.org/cli/161> ; DOI : 10.4000/cli.161

CHAPITRE II : LES FACTEURS CONJONCTURELS

338. La structure est un arrêt sur image en contexte, et le contexte, c'est l'histoire. L'histoire est constituée par la domination coloniale, l'indépendance, les idées politiques, mais également la géographie, la culture, la société et les relations internationales. Cet ensemble familial hétéroclite présente des éléments constitutifs du sens actuel de l'égalité des sexes. C'est par la mise en mouvement des images que l'on perçoit le cours de l'histoire. Mais, il nous faut réaliser un arrêt sur image afin de comprendre le problème de l'application du principe d'égalité des sexes dans les deux États lorsqu'on s'attache au contenu du droit au regard de son contexte particulier.

339. Le droit n'est pas toujours suffisant pour garantir le bon fonctionnement du cadre juridique et institutionnel permettant la mise en œuvre effective de l'égalité des sexes. D'autres facteurs viennent pallier ces insuffisances ou renforcer l'ineffectivité. On peut, d'une part, songer à l'expérience transitionnelle tunisienne. En tant que laboratoire de transition constitutionnelle démocratique, elle a démontré l'influence de certains facteurs traduisant une forme de rapport de force et de configurations de fait qui ont conduit souvent à des phénomènes de violence. D'autre part, on peut souligner l'importance des variables contextuelles dans la garantie de l'effectivité du droit, notamment celui de l'égalité des sexes. Eu égard à la nécessité de facteurs extra-juridiques, l'analyse des facteurs conjoncturels consiste essentiellement dans ce travail de thèse à s'attacher à l'analyse des variables contextuelles, en mettant en évidence ces différents éléments constitutifs, ainsi que leur effet sur le fonctionnement du droit à l'égalité des sexes. On constatera ainsi que la structure de ces variables est hétérogène, puisqu'elles relèvent de différents domaines, mais que leur maîtrise est essentielle au bon fonctionnement du principe d'égalité des sexes et ainsi à sa mise en œuvre effective. L'expérience de la transition tunisienne et de la succession de régimes démontre le nécessaire encadrement de ces variables contextuelles (**Section 1**), en vue de permettre à la société civile de s'ériger en gardienne du principe d'égalité des sexes en s'insérant dans les rapports de force entre les acteurs (**Section 2**).

Section 1 : L'encadrement des variables contextuelles

340. Dans les développements qui suivent, nous allons nous appuyer sur un des aspects importants de l'approche structurale : rendre compte des changements, parmi lesquels ceux qui affectent le système juridique, à partir d'une analyse des interactions avec le système social. Il n'y a pas d'intérieur et d'extérieur ; la société englobant le droit positif, les stratégies des acteurs, etc, forme un tout qui est plus important que chacune des parties. Le professeur Bobbio explique que « pour la réalisation des droits de l'homme, certaines conditions objectives sont nécessaires ; celles-ci ne dépendent ni de la bonne volonté de ceux qui les ont proclamés ni des bonnes dispositions de ceux qui détiennent les moyens pour les protéger. [...] Il ne suffit pas de fonder ni de proclamer un [...] droit. Le problème de sa mise en œuvre n'est un problème ni philosophique ni moral. Mais ce n'est pas non plus un problème juridique. C'est un problème dont la solution dépend d'un certain développement de la société et, en tant que tel, il défie la constitution la plus progressiste et déstabilise le plus parfait mécanisme de garantie juridique »¹⁰⁶⁰. Une analyse structurale du fonctionnement de l'égalité des sexes va nous permettre d'« [appréhender] dans la pure synchronie », l'égalité des sexes « comme un Tout, formé d'un ensemble d'éléments interdépendants et solidaires, qui n'ont pas de sens pris isolément, mais seulement dans/par les relations d'opposition, d'association ou d'identité qui les unissent »¹⁰⁶¹.

341. La constitutionnalisation du principe d'égalité des sexes. À la suite de la révolution de Jasmin, le gouvernement de transition n'a pas su mettre en place les conditions d'une inscription constitutionnelle réussie de l'égalité des sexes. L'adoption de l'égalité des sexes a été, sur le plan formel, le résultat d'une procédure marquée par le consensus et l'instabilité, mais son résultat positif révèle une dynamique de changement. Le double héritage de la tradition juridique française et musulmane est à l'origine d'un contexte instable lié au changement qui n'est pas propice à une détermination claire des sources d'inspiration de l'égalité. C'est ainsi que l'étude des variables contextuelles¹⁰⁶² révèle que l'instabilité prolongée a eu une incidence sur l'évolution du droit positif.

¹⁰⁶⁰ N. BOBBIO, L'Età dei diritti, *Op. Cit.*, p. 42.

¹⁰⁶¹ J. CHEVALLIER, Essai d'analyse structurale du Préambule, pp 2-3.

¹⁰⁶² H. REDISSI, A. MAKNI, A. NOUIRA, T. BEN CHAABANE (dir.), La Tunisie en Transition, des élections au dialogue national (2011-2014), Diwen Editions, Tunis, 2016, p. 19.

342. Des facteurs dynamiques. Le contexte économique, la crise sécuritaire et la recherche de la stabilité sont les variables contextuelles qui ont influencé d'une part, la révélation des différents clivages concernant la question de l'égalité des sexes et, d'autre part, contribué de façon décisive à la recherche du compromis. Par opposition à la sociologie statique dont l'objet d'étude est l'ordre¹⁰⁶³, la sociologie dynamique étudie le *progrès*, « à savoir la transformation des sociétés à travers l'histoire de l'humanité »¹⁰⁶⁴. Cette sociologie dynamique, définie autrefois par Auguste Comte comme « la possibilité de brosser des larges fresques de l'histoire humaine »¹⁰⁶⁵, est aujourd'hui celle qui étudie « les changements de bien moins grandes amplitudes »¹⁰⁶⁶. Guy Rocher, en se fondant sur les analyses de Richard Lapiere¹⁰⁶⁷, définit le changement social en disant ce qu'il n'est pas¹⁰⁶⁸, il trace les frontières avec les notions voisines.¹⁰⁶⁹ Ainsi, il se distingue de l'événement qui peut être un élément constitutif d'un changement social¹⁰⁷⁰, ou bien « l'accompagner ou le provoquer »¹⁰⁷¹. De même, « un changement qui n'affecte qu'une personne ou seulement quelques personnes ne peut pas non plus être considéré comme un changement social »¹⁰⁷². Dès lors qu'est-ce qu'un changement social ? C'est « nécessairement un phénomène collectif »¹⁰⁷³, un « changement de structure »¹⁰⁷⁴ que l'on « puisse [identifier] dans le temps »¹⁰⁷⁵ et qui ne peut « s'apprécier et mesurer que par rapport à un point de référence dans le passé »¹⁰⁷⁶. À cela s'ajoute un changement de structure ; le changement social doit avoir une « certaine permanence »¹⁰⁷⁷, c'est-à-dire qu'il doit avoir une certaine durée dans le temps et n'est donc pas « [superficiel] ou

¹⁰⁶³ G. ROCHER, *Introduction à la sociologie générale, le changement social*, Seuil, 1970, t. 3, p.6.

¹⁰⁶⁴ *Ibid.*

¹⁰⁶⁵ *Ibid.* P18

¹⁰⁶⁶ Il faut également distinguer l'évolution sociale du changement social. Dans le premier cas de figure il s'agit de « décrire et expliquer les tendances séculaires des sociétés humaines, ou même de l'humanité », G. ROCHER, *Le changement social, op. cit.* p.18.

¹⁰⁶⁷ R.-T. LAPIERE, *Social change*, New York, McGrawHill, 1965 cité par G. Rocher, *Le changement social op. cit.*, p. 19. En droit on reconnaît la méthode de J. Carbonnier

¹⁰⁶⁸ Voir également, J. CARBONNIER,

¹⁰⁶⁹ Selon J. CARBONNIER, « définir, dans un premier sens, signifie tracer des frontières ». Cours de Sociologie Juridique, Corporative des étudiants en droit, 12, place du panthéon - Paris Vème, 1960 – 1961, BU Cujas, p.3.

¹⁰⁷⁰ Le remplacement de personnel ou les échanges ne sont pas constitutifs d'un changement social. En outre, il peut être considéré « que les changements qui sont exigés par le fonctionnement même de l'organisation sociale ne sont d'ordinaire pas de nature à modifier les structures de l'organisation sociale » (G. ROCHER, *Le changement social, op.cit.* p.20).

¹⁰⁷¹ « Une élection, une grève, un incendie n'entraînent pas en soi un changement social » (G. ROCHER, *Le changement social, Op. Cit.*, p. 19.

¹⁰⁷² G. ROCHER, *Le changement social, op.cit.*, p.20.

¹⁰⁷³ *Ibid.*

¹⁰⁷⁴ *Ibid.*

¹⁰⁷⁵ *Ibid.*, p.21.

¹⁰⁷⁶ *Ibid.*

¹⁰⁷⁷ *Ibid.*

[éphémère]»¹⁰⁷⁸. En résumé, le changement social « affecte le cours de l'histoire d'une société »¹⁰⁷⁹. Ainsi, le changement social peut se définir comme étant « toute transformation observable dans le temps, qui affecte, d'une manière qui ne soit pas que provisoire ou éphémère, la structure ou le fonctionnement de l'organisation sociale d'une collectivité donnée et modifie le cours de son histoire »¹⁰⁸⁰. Les variables contextuelles découlent de facteurs dynamiques. Ces dynamiques sont générées par le changement.

La dynamique du changement occasionnée par le contexte particulier dans lequel s'est opéré le changement de structure a été fortement marquée par un contexte d'instabilité. Cette instabilité résulte d'une part de la démocratisation de la société. Celle-ci a eu pour effet de renverser l'ordre des priorités en plaçant la démocratie au sommet et faisant, par la même occasion, de la stabilité une condition ou une exigence secondaire¹⁰⁸¹.

343. En se situant sur un plan plus général, Véronique CHAMPEIL-DESPLATS explique que les facteurs extra-juridiques peuvent dépendre « de rapports de forces et de configurations de fait »¹⁰⁸². Ces rapports de force peuvent s'exercer entre des acteurs ou, au contraire, ces acteurs vont savoir se « coordonner »¹⁰⁸³ en dehors du droit. C'est le cas en matière « de relations diplomatiques » ou bien au niveau « d'interdépendance et de coopération des acteurs »¹⁰⁸⁴. En cas de résultats stériles de la mise en œuvre de ces « moyens de coordination »¹⁰⁸⁵, l'obtention de l'effectivité des droits peut également « prendre des formes plus tendues ou violentes comme les manifestations ou la résistance »¹⁰⁸⁶. Ce fut le cas avec l'éclatement du régime colonial qui a laissé place à la société nationale indépendante tunisienne en 1956. Dès cette époque, on a constaté de profonds changements de structure qui ont eu pour effet la transformation de l'ancien système social au profit d'un nouveau. La révolution de 2011 a opéré un changement de structure tout aussi fort, mais la démocratisation de la société s'est réalisée de manière assez lente. Ce changement de structure suppose également une transformation « dans l'univers culturel des valeurs et dans la fonction de stabilité normative »¹⁰⁸⁷. Autrement dit, « il est nécessaire qu'une partie des membres de la société

¹⁰⁷⁸ *Ibid.*

¹⁰⁷⁹ *Ibid.*

¹⁰⁸⁰ *Ibid.*, p.22.

¹⁰⁸¹ H. REDDISSI *et al.*, *Op. Cit.*, La Tunisie en transition. p. 19

¹⁰⁸² V. Champeil- Desplats, *op.cit.*, p. 14.

¹⁰⁸³ *Ibid.*

¹⁰⁸⁴ *Ibid.*

¹⁰⁸⁵ *Ibid.*

¹⁰⁸⁶ *Ibid.*

¹⁰⁸⁷ G. ROCHER, Introduction à la sociologie générale, l'organisation sociale, *op. cit.*, p. 225.

acceptent et intériorisent les nouvelles valeurs susceptibles de l'institutionnaliser dans de nouvelles structures ».¹⁰⁸⁸

344. La mise en lumière des clivages. Le changement de structure affecte « la nature même du système » ainsi que son « orientation générale » et son « mode d'organisation ou tout cela à la fois »¹⁰⁸⁹. Ces tensions importantes au sein de la société découlent d'un phénomène d'instabilité externe et interne à l'appareil politique. Cette instabilité procède d'une double cause. Tout d'abord, la résistance au changement social peut avoir une puissance considérable qui peut bloquer toute transformation des structures en permettant au système de rejeter les éléments de perturbation ou en les neutralisant¹⁰⁹⁰. Ensuite, cette résistance va entraîner l'apparition d'un « sous-système parallèle »¹⁰⁹¹ de contestation qui va être interne ou externe au système et qui va chercher à obtenir le changement de structure refusé jusque-là ; il s'agit du mouvement révolutionnaire ou des groupements extrémistes¹⁰⁹². La révolution civile tunisienne de 2011 est l'exemple d'un mouvement révolutionnaire qui voulait obtenir le changement de la structure antérieure et qui était externe au système. La résurgence de l'extrémisme religieux, les attentats terroristes cherchaient également un changement de structure qui n'allait pas nécessairement dans le sens de la révolution civile de 2011.

345. Le « sous-système parallèle » peut également adopter « des comportements jugés par la société comme “pathologiques” »¹⁰⁹³. En ce sens, le crime organisé, l'atteinte aux biens des individus ainsi que « l'extrémisme salafiste en connivence avec le trafic frontalier »¹⁰⁹⁴, démontrent que l'instance politique n'a pas opéré les changements souhaités par la totalité des individus dans la société et que pour montrer une forme de résistance au changement certains individus ou groupes d'individus adoptent ces comportements pathologiques. Dans ces crimes, il faut également noter les atteintes à l'intégrité physique des femmes qui ont augmenté depuis la révolution¹⁰⁹⁵. La rapidité et la simultanéité exécutées dans les différents domaines

¹⁰⁸⁸ *Ibid.*

¹⁰⁸⁹ *Ibid.*

¹⁰⁹⁰ *Ibid.*, p.224.

¹⁰⁹¹ *Ibid.*, p.225.

¹⁰⁹² *Ibid.*

¹⁰⁹³ *Ibid.* « gangs criminels, pègre politique, sous collectivité non-conformiste ».

¹⁰⁹⁴ Voir sur le sujet, *International Crisis Group*, La Tunisie des frontières, Jihad et contrebande, Rapport Moyen-Orient, n°148, novembre 2013.

¹⁰⁹⁵ TAP, « La violence contre les femmes a pris de l'ampleur après la révolution du 14 janvier 2011. Ce phénomène alarmant touche tous les milieux, en particulier le milieu politique ». *Kapitalis*, 26 Novembre 2012, disponible en ligne. [<http://www.kapitalis.com/societe/13044-la-violence-contre-les-femmes-s-est-aggravee-en-tunisie-apres-la-revolution.html>].

d'activités¹⁰⁹⁶ ont fait peser un risque d'échec important sur le processus de démocratisation de la société. Le facteur économique, financier et l'augmentation du chômage ont influencé le processus de changement social qui a eu pour effet de renforcer les inégalités, notamment celles qui concernent toujours aussi significativement les femmes. L'ampleur de l'instabilité économique, celle relative à la sécurité et à l'instabilité politique ont fortement intensifié le phénomène qui a eu une durée relativement longue. À titre d'exemple, la rapidité avec laquelle les acteurs sociaux ont coopéré dans le cadre du développement économique a eu pour effet d'exclure les femmes de ces plans et de la stratégie d'intégration de ces dernières dans l'économie, ce qui s'est traduit par la formation d'une économie informelle tunisienne massivement constituée par les femmes.

346. L'une des variables conjoncturelles est la violence. Au cours du mouvement révolutionnaire initié en 2011, une multitude de manifestations se sont traduites par des actes de violence¹⁰⁹⁷. Cette violence se traduit également par l'enrôlement de milliers de jeunes tunisiens dans les guerres irakienne et syrienne¹⁰⁹⁸. Les assassinats des opposants politiques Chokri Belaïd, le 6 février 2013¹⁰⁹⁹, et Mohamed Brahmî, le 25 juillet 2013¹¹⁰⁰, viennent alourdir la charge de ces violences et plongent la Tunisie dans un profond émoi. Toutes ces variables ont eu pour conséquence de mettre en lumière la difficile « maîtrise »¹¹⁰¹ de violence due à une absence de « savoir-faire »¹¹⁰² politique. Cette absence de maîtrise a eu pour conséquence l'acceptation forcée du « grand moment du Dialogue national » qui a fait primer la légitimité technocratique et le dialogue sur la légitimité électorale¹¹⁰³ et l'affrontement¹¹⁰⁴. Cette escalade de violence sanguinaire a suscité une réaction de la société civile et marqué une division politique qui refuse le consensus.

¹⁰⁹⁶ Économique, politique, culturel et sociale

¹⁰⁹⁷ Entre le 2 mars et le 12 avril 2012, actes de violences envers les fonctionnaires de la Télévision nationale. Le 29 mars 2012, lors d'une manifestation salafiste, les manifestants attaquent les artistes devant le théâtre national. Le 14 septembre 2012, une manifestation géante proteste contre la diffusion du film jugé islamophobe, les manifestants finissent par mettre le feu à l'ambassade américaine. NAFTI, *op. cit.* pp. 34-35.

¹⁰⁹⁸ Voir sur ce phénomène qui n'est pas nouveau H. YAHMED, *Sous la bannière de l'aigle- Salafistes jihadistes tunisiens (en arabe)*, Tunis, Diwan 2015, pp. 131-136.

¹⁰⁹⁹ Dirigeant du front populaire.

¹¹⁰⁰ Député nationaliste arabe et membre du front populaire.

¹¹⁰¹ H. REDISSI, A. MAKNI, A. NOUIRA, T. BEN CHAABANE, *La Tunisie en Transition, des élections au dialogue national (2011-2014)*, Tunis, Diwan Edition, 2016, p. 11.

¹¹⁰² *Ibid.*

¹¹⁰³ Majorité constituée par Ennahda

¹¹⁰⁴ H. REDISSI, A. MAKNI, A. NOUIRA, T. BEN CHAABANE, *op. cit.*, *loc. cit.*

347. La perte du pouvoir par les islamistes en octobre 2014 dans un contexte de crise économique, la déception générale quant à l'état d'avancement du processus démocratique ainsi que les violences ont marqué l'histoire moderne de la Tunisie ainsi que sa structure sociale et politique.

Section 2 : La société civile, garde-fou de l'action sociale

348. La révolution tunisienne marque l'avènement d'une société civile sans conteste indépendante. L'utilisation du « concept de société civile »¹¹⁰⁵ est relativement récente « dans la littérature politique arabe »¹¹⁰⁶, car celui-ci « demeure une question épineuse dans la science sociale arabe »¹¹⁰⁷. Comme à son habitude, la Tunisie offre « un cas intéressant et unique dans le monde arabe »¹¹⁰⁸ dans lequel elle partage un passé réformateur avec l'Égypte¹¹⁰⁹. Sous le régime de Bourguiba, l'opposition politique¹¹¹⁰ a été réprimée et il n'existait pas de société civile significative¹¹¹¹. Aussi, la société civile est une notion qui émerge dans un contexte marqué par la victoire de la notion de république civile avec le maintien systématique de l'armée tunisienne à l'écart du pouvoir politique après chaque intervention pour assurer le retour au calme, notamment dans les périodes caractérisées par l'affaiblissement de l'État¹¹¹². C'est ce qui expliquerait que cette exception arabe¹¹¹³ ait été déterminante dans l'émergence d'une

¹¹⁰⁵T. DJEBALI, « La société civile tunisienne à l'épreuve de la révolution », *Recherches internationales*, juillet-septembre 2015, p. 67.

¹¹⁰⁶*Ibid.*

¹¹⁰⁷*Ibid.*

¹¹⁰⁸ *Ibid.*

¹¹⁰⁹ A. BOZZO, P.-J. LUIZARD (dir.), *Les Sociétés civiles dans le monde musulman*, La Découverte, 2011.

¹¹¹⁰ Notamment la gauche. Voir sur le sujet, notamment sur le Parti ouvrier des communistes de Tunisie, M. CHAR, *Mon combat pour les Lumières*, Léchelle, Zellige, 2009 ; A. TEMIMI (dir.), *Le Rôle politique et culturel de perspectives et des perspectivistes dans la Tunisie indépendante*, Tunis, Fondation Temimi pour la recherche scientifique et d'information, 2008 ; G. NACCACHE, *Vers la démocratie ?*, Tunis, Éditions Mots Passants, 2011. Cités par T. DJEBALI, *op. cit.* p. 68.

¹¹¹¹ Toutefois, « il faut dire que quelques corps intermédiaires, notamment le syndicat UG (Union générale tunisienne du travail), continuaient à survivre dans ce contexte somme toute défavorable. Créée en 1946, l'UG était le fer de lance de la lutte pour l'indépendance. Son chef et fondateur, Farhat Hached, assassiné par les français en 1952, était un héros national de premier plan. Il était donc politiquement impossible d'interdire ce syndicat par un pouvoir avec lequel il partage une histoire commune ». T. DJEBALI, *op. cit.*, p. 68.

¹¹¹² Voir sur le sujet le sociologue A. ZGHAL, « Le concept de société civile... », *Annuaire de l'Afrique du Nord*, 1989, pp. 207-228.

¹¹¹³ Sauf cas du Liban.

société civile¹¹¹⁴. Ainsi, elle vient subvertir de l'extérieur l'ordre traditionnel en troublant également des formes d'autorités¹¹¹⁵ autres que militaires.

349. C'est à travers de nouvelles technologies de communication¹¹¹⁶ que les jeunes sont apparus comme les gardiens de la révolte tunisienne de 2011 tout en étant les précurseurs en matière de constitution d'une société civile indépendante¹¹¹⁷. En effet, Internet est devenu un « outil de mobilisation sociale »¹¹¹⁸ d'« une communication militante »¹¹¹⁹ animée « depuis la rue et avec l'aide des vidéos amateurs (fournies par les téléphones portables) et des ordinateurs, les messages numériques et les blogs ou encore les sites Twitter ou Facebook ont relayé les appels à manifester »¹¹²⁰. Ce contournement des médias traditionnels en Tunisie¹¹²¹ à travers les nouveaux médias a été crucial dans la mobilisation des masses, mais la révolution a surtout eu lieu grâce aux sacrifices et aux combats « de longue date de tous les acteurs de la société civile »¹¹²². Cette première expérience de manifestations de représentants de la société civile qui a regroupé une palette très large des catégories sociales.

350. La coopération, moyen pacificateur de mise en œuvre effective du principe d'égalité des sexes. Par le passé, la société civile collaborait avec le système dictatorial de Ben Ali, mais avec le processus révolutionnaire elle devient la gardienne d'un système démocratique émergent dans lequel l'égalité des sexes est fondamentale. Son intervention a été déterminante dans la coopération entre les différentes positions politiques avec la mise en œuvre d'un processus de dialogue et de transition qui a évité à la Tunisie de s'enliser dans des dérives politiques et sociales. Elle a également permis la réappropriation du politique par les individus,

¹¹¹⁴ T. DJEBALI, *op. cit.*, p 70.

¹¹¹⁵ H. M'RAD, Libéralisme et liberté dans le monde arabo-musulman. De l'autoritarisme à la révolution, Tunis, Nirvana, p. 115 et ss ; H. M'RAD, « La société civile : spontanéité, indépendance et résistance », *Le courrier de l'Atlas* [En ligne], 2 avril 2013.

¹¹¹⁶ Blogs, Facebook, Twitter,

¹¹¹⁷¹¹¹⁷ M. BEN SALEM, « Nouvelles configuration des pratiques citoyennes en Tunisie : les protestations de rue et virtuelle », *In La contre-révolution en Tunisie*, V^{ème} Conférences de l'ATEP, Tunis, 2013, pp. 201-217 ; K. MEJRI, « Jeunesse, Internet et transition démocratique en Tunisie », *In, La transition démocratique à la lumière des expériences comparées* (dir. H. M'RAD, F. MOUSSA), Tunis, Université de Carthage, Association Tunisienne d'études Politiques, 2012, pp. 289-303.

¹¹¹⁸ K. ZOUARI, « Le rôle et l'impact des TIC dans la révolution tunisienne », *Hermès, La Revue*, 2013, pp. 239-245.

¹¹¹⁹ *Ibid.*

¹¹²⁰ A. FITOURI, P.-N. DENIEUIL « Communication, médias et liens sociaux en Méditerranée « COMMED » Nouveaux supports, nouvelles pratiques », *Le Carnet de l'IRMC*, 25 novembre 2013, disponible en ligne [<http://irmc.hypotheses.org/1321>].

¹¹²¹ N. ABID *et al.* « Le rôle des médias et des TIC dans les « révolutions arabes » : l'exemple de la Tunisie », *Chimères*, 2011, pp. 219-235.

¹¹²² M. BEN HENDA, « Internet dans la révolution tunisienne », *Hermès, La Revue*, 2011, pp. 159-160.

hommes et femmes, à travers le processus de changement social, en s'instituant en un contre-pouvoir¹¹²³. Son concours et son rôle ont été reconnus et parachevés lors de l'attribution du prix Nobel, en 2015, à certaines associations de la société civile tunisienne¹¹²⁴.

351. En outre, le champ de l'égalité des sexes se voit redéfini par un double mouvement de pulvérisation et d'inconstance. La pulvérisation affecte la conception d'une égalité des sexes étatique, de plus en plus désavouée par la société civile. Les régimes de Bourguiba et de Ben Ali ont utilisé les droits des femmes comme moyen de « justifier l'autoritarisme »¹¹²⁵. Quant à l'inconstance, elle s'est révélée lors du premier grand débat qui mettait en jeu et en cause la question de l'égalité et celle de la complémentarité, qui du fait de son essence inégalitaire, mais également de son caractère ambigu ont constitué une inquiétude quant à une possible régression du droit des femmes. En faisant de la question de l'égalité des sexes et celle relative à l'émancipation des femmes un objet d'instrumentalisation politique qui permettait en réalité de créer un clivage entre les personnes pour et les personnes contre, le régime politique s'est déchargé d'une forme de responsabilité. En effet, le professeur Garmi constate que le discours qui a pour objet d'instrumentaliser la peur de l'obscurantisme et le droit des femmes a atteint ses limites lors du second tour des élections présidentielles en date du 13 octobre 2019 puisque les électeurs ont sanctionné « le système » qui comprend l'ensemble des tendances politiques. En conséquence, cet électorat a mis à mal le clivage entre progressistes et réactionnaires¹¹²⁶. Ce déni prouve le long chemin que doit encore parcourir la Tunisie pour faire de la question de l'égalité des sexes non pas un jeu d'instrumentalisation politique, mais surtout un véritable sujet sociétal et une priorité pour garantir sa mise en œuvre effective.

352. Les menaces de résurgence d'une conception islamique. La question de l'égalité des sexes et notamment celle du statut des femmes reste sous la garde de la société civile. En effet, les meilleurs appuis seront recherchés auprès de la société civile et des partisans de la

¹¹²³ « [la Tunisie marque] un nouveau tournant dans son histoire démocratique et a besoin plus que jamais de la mobilisation de tous les acteurs de la société civile pour réussir la transition démocratique » (« Tunisie-Union européenne : Lancement du programme d'appui à la société civile (PASC) », *Al Huffington Post*, 30 janvier 2014. Disponible en ligne sur [http://www.huffpostmaghreb.com/2014/01/30/programme-appui-societe-c_n_4694471.html] ; Voir aussi D. Colas, *Sociologie politique*, Paris, PUF, 2002, pp. 385-386.)

¹¹²⁴ Il s'agit du puissant syndicat UGTT, de l'organisation patronale UTICA, de la Ligue tunisienne des droits de l'homme et de l'ordre des avocats. Voy. C. GOUËSET, « Nobel de la Paix : « Les organisations tunisienne récompensées ont sauvé le pays » ». *L'express*, publié le 09 Oct. 2015, Disponible en ligne [https://www.lexpress.fr/actualite/monde/afrique/nobel-de-la-paix-les-organisation-tunisiennes-recompensees-ont-sauve-le-pays_1724206.html]

¹¹²⁵ H. NAFTI, *De la révolution à la restauration, où va la Tunisie ?*, Riveneuve, Tunis, 2019, p. 145.

¹¹²⁶ *Ibidem*. p. 242

sauvegarde des acquis des droits des femmes. Il serait compliqué d'envisager un retour en arrière sur cet acquis démocratique, car la société civile a été très vigilante et influente sur la question de l'égalité. Chaque tentative de régression ou changement social négatif sur la question du statut des femmes a systématiquement eu pour effet de mobiliser la société civile. Les mouvements sociaux de contestation se sont constitués lors du processus de changement social, mais ont perduré après 2014, ce qui a permis la naissance de nouvelles organisations plus horizontales et de nouveaux acteurs de contestation sociale avec les ONG internationales¹¹²⁷. Ainsi par sa vigilance, la société civile ne perd pas de vue l'action sociale ainsi que le changement social. Les individus et les organisations critiquent l'action politique lorsqu'ils estiment que les acteurs politiques ne respectent pas les exigences de l'égalité.

¹¹²⁷ Notamment la formation des syndicats. Voir sur le sujet, H. YOUSFI, « Repère économie : L'Union générale tunisienne du travail (UGTT), une organisation syndicale atypique ». *Moyen-Orient*, 2019.

CHAPITRE III : LE RAPPORT DE CONNEXITE ENTRE LES SYSTEMES

353. Le mot connexité vient du latin *connexus* qui signifie « joint ». Le caractère connexe d'un rapport entre deux systèmes peut être compris comme indiquant la présence de caractéristiques communes entre la France et la Tunisie. Il peut également désigner un espace de continuité « sans rupture »¹¹²⁸ dans lequel une « relation »¹¹²⁹ est établie, qui lie deux Etats. Ainsi, défini, le rapport de connexité entre les systèmes — juridique ou non — est établi dans le cadre de la détermination des acteurs. Comme ces acteurs sont nombreux, nous les classerons en deux catégories selon le moment de leur apparition sur la scène politique : les acteurs classiques qui ont toujours existé dans ce rôle de défense des droits des femmes (**Section 1**) et ceux qui sont apparus plus récemment (**Section 2**). Puis, nous envisagerons les moyens qu'ils emploient, les uns et les autres pour parvenir à leurs fins (**Section 3**). Ces moyens permettent le passage d'un système à un autre.

Section 1 : Le rôle essentiel des acteurs

354. Les acteurs vont contribuer, d'une part, à rendre effectif le droit de l'égalité des sexes et, d'autre part, à garantir une meilleure protection du principe par la connaissance de ces droits à travers la promotion et la diffusion du principe de l'égalité des sexes. Les acteurs de la mise en œuvre de ce principe sont multiples : d'un côté, les acteurs classiques (§ 1), à savoir ceux qui ont toujours eu ce rôle de défenseur de l'égalité des sexes ; de l'autre, des acteurs nouveaux qui sont apparus de manière très contemporaine (§ 2).

§ 1. Le rôle essentiel des acteurs traditionnels

355. Le juge figure incontestablement au premier rang des autorités chargées de la mise en œuvre concrète de l'égalité des sexes. Sa présence en tant qu'acteur principal se justifie par la complexité d'apprécier le concept même de l'égalité des sexes, il est en effet difficile de déterminer ce qui est juste et ce qui ne l'est pas. Il incarne, pourrait-on dire, la figure du juge

¹¹²⁸ <https://www.linternaute.fr/dictionnaire/fr/definition/connexite/>

¹¹²⁹ Au moyen âge, Dictionnaire du Moyen Français (1330-1500), [<http://www2.atilf.fr/dmf/>]

Hercule selon Dwokin, ayant le pouvoir de porter le monde donc de le refaire dans certaines de ses décisions « dire le droit » en choisissant l'interprétation qui lui semble la plus adaptée du point de vue de la morale politique¹¹³⁰. Dans le cadre de son pouvoir d'interprétation, il dégage des principes dont le développement se rattache, selon Mireille Delmas-Marty¹¹³¹, à l'apparition d'une nouvelle source du droit constituée par le juge. En effet, elle décrit « un mouvement général caractérisé par le surgissement de nouvelles sources de droit dont, une, qui n'est pas des moindres, est celle des juges »¹¹³². Ce mouvement participe d'une « inspiration morale »¹¹³³ ou encore « de la philosophie politique »¹¹³⁴. C'est le cas avec le principe d'égalité. Le « bon juge » rappelle le rôle essentiel de l'interprétation du juge qui « peut et doit interpréter humainement les inflexibles prescriptions de la loi »¹¹³⁵. En effet, l'ambiguïté des textes, le caractère flou de certaines dispositions ainsi que leur contradiction rendent non seulement le contenu difficilement intelligible, mais constituent de fait des inégalités. Qui est ce juge de la juste égalité des sexes ? Ils sont plusieurs et se situent à différents niveaux.

356. Au niveau national, on considère que tous les juges sont « le juge de l'égalité des sexes ». En France, c'est le juge administratif qui a initialement joué un rôle essentiel dans la construction et la délimitation du principe d'égalité des sexes en l'envisageant comme l'une des composantes du principe d'égalité. Il a tout d'abord affirmé le principe d'égalité dans le cadre de l'accès aux emplois publics¹¹³⁶. Dès lors, le juge administratif a censuré les dispositions

1130R. DWORKIN, L'Empire du droit, op. cit., p. 286.

¹¹³¹ Le principe de bonne foi. Voy. Mireille DELMAS-MARTY, *Pour un droit commun*, Seuil, 1994, 314 p.

¹¹³² P. AUBERTEL. M. DELMAS-MARTY, « Pour un droit commun », 1994, In: Les Annales de la recherche urbaine, 1995. Politiques de la ville. Recherches de terrains. pp. 230-231.

¹¹³³ *Ibidem*.

¹¹³⁴ *Ibid*.

¹¹³⁵ « *Il est regrettable que, dans une société bien organisée, un des membres de cette société, surtout une mère de famille, puisse manquer de pain autrement que par sa faute. [..]*

Lorsqu'une pareille situation se présente [..], le juge peut et doit interpréter humainement les inflexibles prescriptions de la loi. Attendu que la misère et la faim sont susceptibles d'enlever à tout être humain une partie de son libre arbitre et d'amoinrir en lui, dans une certaine mesure, la notion du bien et du mal... » Trib.corr. Château-Thierry 4 mars 1898 et Amiens 22 avril 1898 (D.1899 II 329).

¹¹³⁶ CE, ass., 3 juill. 1936, *Demoiselle Bobard et autres*, n° 43239 43240, Lebon. Rec. 721. Le juge administratif a reconnu « l'aptitude légale des femmes aux emplois publics et en n'autorisant leur exclusion que lorsque des raisons de service le nécessitent ». Néanmoins, cet accès est limité. Autrement dit, l'accès des femmes à la fonction publique est restreint, car le Conseil d'État admettait à travers cette décision que l'intérêt du service pouvait permettre d'exclure les femmes ou de limiter l'accès à ces dernières. Il faudra attendre l'entrée en vigueur du Préambule de 1946 qui consacre explicitement l'égalité homme-femme pour voir le principe d'égalité des sexes, notamment en matière d'accès à l'emploi public être davantage encadrée. Un encadrement qui sera renforcé avec le droit de l'Union européenne, notamment par la Directive n° 76/207 CEE du 14 févr. 1976 abrogée et remplacée par la directive n° 2006/54/CE du 5 juill. 2006. A. SAUVIAT, « Accès à l'emploi public », in *Dictionnaire Juridique de l'égalité et de la non-discrimination*, D. THARAUD, C. BOYER-CAPELLE (Dir .), L'Harmattan 2021, p. 8.

contraires au principe d'égal accès aux emplois publics¹¹³⁷ reconnu par l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen¹¹³⁸. En outre, en mettant le principe d'égalité au centre du droit public et en qualifiant expressément le principe d'égalité de principe général du droit¹¹³⁹, il garantit à l'avenir, sous réserve que « la nature des fonctions ou les conditions de leur exercice le justifient », que les femmes peuvent pourvoir tous les emplois publics, incluant ceux dans la police¹¹⁴⁰ ou dans le secteur de la défense (lequel a longtemps exclu les femmes¹¹⁴¹). C'est également le juge judiciaire qui applique ce principe dans les différents domaines du droit. Le droit social, le droit de la santé, le droit de la sécurité sociale et le droit des contrats sont des domaines privilégiés dans lesquels le juge judiciaire a dû traiter concrètement des questions mettant en cause le principe d'égalité entre les sexes. Ces matières riches en dispositifs juridiques ont donné et donnent encore aux juges l'opportunité d'apprécier l'égalité en matière sociale dans sa diversité, c'est-à-dire selon le principe de non-discrimination, d'égalité des chances, d'égalité catégorielle¹¹⁴². Le juge pénal est également un acteur de premier ordre dans la mise en œuvre de la justice et notamment de l'égalité des sexes.

357. Par ailleurs, le caractère structurel et systémique des inégalités entre les sexes a conduit le législateur à instituer d'autres acteurs de lutte contre les inégalités, acteurs se situant dans un cadre de prévention et de promotion de l'égalité des sexes. La loi de finances du 1^{er} août 2001, effective au 1^{er} janvier 2006 a eu pour effet d'introduire la prise en compte de la performance des actions publiques, performance que l'on peut vérifier. Cette loi est prolongée par toute une série de réformes¹¹⁴³ relatives à l'administration centrale de l'État. Il en existe deux catégories : celles dans laquelle les autorités sont rattachées au pouvoir exécutif suprême auprès duquel

¹¹³⁷ Certaines dispositions interdisaient aux femmes de se présenter à l'examen professionnel de la magistrature coloniale (CE Ass., 3 décembre 1948, *Dame Louys*, Rec. 451.) ou encore l'exclusion des femmes mariées aux emplois de la ville de Strasbourg (CE Sect., 11 mai 1960, *Ville de Strasbourg*, Rec. 194.)

¹¹³⁸ J.-M. SAUVE, « La jurisprudence administrative et les femmes », Colloque organisé par la Cour administrative d'appel de Marseille le 14 novembre 2017, Disponible en ligne [<https://www.conseil-etat.fr/actualites/discours-et-interventions/la-jurisprudence-administrative-et-les-femmes>].

¹¹³⁹ Le principe « régit le fonctionnement des services publics ». Décision du 9 mars 1951, société des concerts du Conservatoire.

¹¹⁴⁰ À titre d'exemple, CE Ass., 21 avril 1972, *Syndicat chrétien du corps des officiers de police*, n° 75188.

¹¹⁴¹ Voy. CE, 11 mai 1998, *Mlle Aldige*, n° 185049 relatif au recrutement des commissaires de l'armée de terre ; CE, 29 décembre 1993, *Mlle Martel*, n° 78835 relatif à l'accès des femmes au corps des officiers de l'air. Dans ces deux décisions, le Conseil d'État a estimé que ni la nature des fonctions, ni les conditions d'exercice de celles-ci ne justifiaient que les femmes soient exclues de ces emplois. Cité par J.-M. SAUVE, « La jurisprudence administrative et les femmes », *Op. Cit. Ibidem*.

¹¹⁴² Voy. B. STIRN, « Juger de l'égalité en matière sociale : quels principes, quelles méthodes ? » Cour de cassation – 30 novembre 2012 – Colloque organisé par l'Institut de recherche juridique de la Sorbonne (IRJS), département droit social (Université Paris I), en partenariat avec le Conseil d'État et la Cour de cassation, p. 4.

¹¹⁴³ « Stratégies ministérielles de réforme » en 2002-2003, les audits de modernisation et la révision générale des politiques publiques en 2007, la modernisation de l'action publique en 2012.

elles interviennent¹¹⁴⁴, à titre d'exemple, le Haut Conseil à l'égalité entre les femmes et les hommes qui est placé auprès du Premier ministre.¹¹⁴⁵ Dans ce cas précis, plusieurs chercheurs ont déploré « l'invisibilisation des chercheuses »¹¹⁴⁶, ce qui a fait couler beaucoup d'encre¹¹⁴⁷. La seconde catégorie est celle qui regroupe les Autorités Administratives Indépendantes : par exemple le CSA et le Défenseur des droits en France. Le rôle de ces autorités n'est pas symbolique, elles participent de manière significative à la promotion et à la diffusion du principe d'égalité des sexes en s'assurant de sa prise en considération et de l'intégration de cet objectif dans les projets de loi et les plans d'action. L'égalité des sexes fait partie de la politique publique portée par des acteurs institutionnels qui s'engagent à faire de l'égalité des sexes un sujet d'enjeu national.

358. La loi du 27 janvier 2017 sur l'égalité et la citoyenneté va prévoir d'attribuer au Haut conseil à l'égalité (HCE) de nouvelles missions : il peut en effet être saisi de toutes questions relatives aux missions qui lui sont attribuées, par le Premier ministre ou le ministre chargé des droits des femmes. Le président du HCE est nommé par arrêté du Premier ministre. Cette instance s'inscrit dans le schéma habituel de l'action publique, car elle est toujours en lien avec les autorités exécutives et les autorités gouvernementales responsables¹¹⁴⁸.

359. En Tunisie, il n'existe pas d'autorité administrative ou d'institution équivalente au HCE. Cette absence est dommageable. Néanmoins, il existe un ministère chargé des droits des femmes, de la famille et de l'enfance. Le ministère des Affaires de la femme et de la famille est

¹¹⁴⁴ Cela concerne le Président de la République, le Premier ministre, des ministres et des autres membres du gouvernement. Il faut considérer que l'organe étatique revêt soit un caractère politique soit administratif. Le droit, notamment le régime contentieux des actes de ces autorités fait la distinction entre les actes du Gouvernements qui est insusceptible de tout contrôle contentieux et les actes administratifs qui sont soumis au contrôle du juge administratif. Ainsi, le droit constitutionnel permettrait d'engager la responsabilité politique d'un gouvernement devant l'Assemblée nationale y compris pour la façon dont il accomplit la fonction administrative.

¹¹⁴⁵ « Le Haut Conseil à l'égalité entre les femmes et les hommes est créé par décret du président de la République François Hollande, du Premier ministre Jean-Marc Ayrault le 3 janvier 2013. Il a été inscrit dans la loi relative à l'égalité et à la citoyenneté du 27 janvier 2017 qui lui confie une nouvelle mission : un rapport annuel sur l'état du sexisme en France ». Page présentation de l'instance disponible sur [<https://www.haut-conseil-egalite.gouv.fr/a-propos-du-hce/presentation-et-missions/>]

¹¹⁴⁶ Expression utilisée dans l'article écrit par L. SANCHEZ, « Six chercheurs démissionnent du Haut Conseil à l'égalité entre les femmes et les hommes », Les démissionnaires critiquent « l'absence de femmes chercheuses » dans le nouveau « collège des personnalités qualifiées » du Haut Conseil. *Le Monde*, Publiée le 22 juillet 2019 disponible en ligne [https://www.lemonde.fr/societe/article/2019/07/22/six-chercheurs-demissionnent-du-haut-conseil-a-l-egalite-entre-les-femmes-et-les-hommes_5492079_3224.html].

¹¹⁴⁷ *Ibidem*.

¹¹⁴⁸ P. IDOUX, « Des interrogations classiques renouvelées dans un contexte européenisé. Présentation du dossier », *Droit et société*, 2016, p. 276.

la seule institution à se rapprocher tant dans son organisation¹¹⁴⁹ que dans ses attributions¹¹⁵⁰ du Défenseur des droits et le gouvernement a annoncé l'éventuelle mise en place d'une institution étatique de lutte contre les violences à l'égard des femmes. Pour comprendre le rôle et l'utilité de ce ministère, il faut, tout d'abord, en connaître les prérogatives et les priorités. L'article 1^{er} du décret du 22 septembre 2003 dispose que le ministère des Affaires de la femme, de la famille et de l'enfance est chargé de promouvoir l'égalité des sexes¹¹⁵¹ ; ici, la femme est assimilée aux personnes vulnérables dont l'État doit garantir la protection, au même titre que les enfants et les personnes âgées. Elle semble toujours être liée à la sphère familiale, puisqu'à chaque fois que la femme est citée, elle figure juste avant le domaine de la famille. En témoigne cette mention figurant sur cette énonciation sur le site officiel du gouvernement¹¹⁵² : « le ministère œuvre pour la création de moyens d'actions et de programmes dont l'objectif est d'assurer la prospérité de la famille et d'impliquer la femme dans le processus de développement intégral ». Au nombre des priorités de la loi figurent la diffusion de la culture des droits de la femme, l'enracinement du civisme au sein de la famille et la consolidation des liens entre ses membres. Cette dernière priorité peut susciter quelques interrogations sur la signification et ce qu'impliquent les termes « enracinement du civisme » ainsi que « consolidation des liens ». Enfin, la dernière priorité concerne la contribution à l'amélioration de la situation de la femme. Les moyens de mise en œuvre de ces objectifs et priorités ne sont pas explicités. De même, il a été question d'une éventuelle mise en place d'une institution étatique de lutte contre les violences à l'égard des femmes. L'ancienne ministre de la femme, Sihem BADI¹¹⁵³, a annoncé, le 25 mai 2013, la mise en place de la première institution publique pour la protection de la femme à l'égard des violences¹¹⁵⁴. À cet égard, l'article 24 de la loi

¹¹⁴⁹ Voy. Décret n° 2013-4064 du 19 septembre 2013, portant organisation du ministère des affaires de la femme et de la famille. RELATIF à l'organisation.

¹¹⁵⁰ Voy. Décret n°2003-2020 du 22 septembre 2003, Fixant les attributions du ministère des affaires de la femme, de la famille et de l'enfance.

¹¹⁵¹- « Exécuter la politique du gouvernement dans les domaines de la femme, de la famille et de l'enfance » ; Accorder une attention particulière à la femme, à la famille et à l'enfance ayant des besoins spécifiques ; Rendre des services informationnels portant sur la femme, la famille et l'enfance ; Entreprendre des recherches et des études dans les domaines de la femme, de la famille et de l'enfance ; D'assurer la tutelle des institutions dont le domaine d'activité porte sur la femme, la famille et l'enfance. Les autres attributions sont consacrées par les articles qui suivent Art. 2. – Dans le cadre de l'action associative, le ministère est chargé ; Art. 3. – Le ministère est chargé, dans la limite de ses compétences, de promouvoir les relations avec l'extérieur ; Art. 4. – Le ministère des affaires de la femme, de la famille et de l'enfance est consulté sur toute question ou tout projet qui porte sur les domaines relevant de ses attributions. Le ministère est représenté dans toutes les instances consultatives et de suivi dont les travaux touchent à ses compétences. »

¹¹⁵² [www.tunisie.gouv.tn].

¹¹⁵³ Sihem. Badi [http://www.kapitalis.com/politique/17195]

¹¹⁵⁴ Elle a déclaré que 47 % des femmes tunisiennes étaient victimes de violences ; d'où, la mise en place d'une institution étatique qui prendrait en charge les femmes qui ont subi des violences dans un centre spécialisé. Toutefois, à l'heure actuelle il n'existe pas d'institution de ce genre.

organique relative à la lutte contre les violences à l'égard des femmes¹¹⁵⁵ prévoit la création « au sein de chaque commissariat de sûreté nationale et de garde nationale, dans tous les gouvernorats, d'une unité spécialisée pour enquêter sur les infractions de violence à l'égard des femmes, conformément aux dispositions de la présente loi. Elle doit comprendre des femmes parmi ses membres »¹¹⁵⁶. Le ministre de l'Intérieur aurait commencé à mettre en œuvre ce dispositif, ce qui serait une avancée pour promouvoir l'égalité des sexes sur tout le territoire.

360. *A contrario*, les AAI constituent une rupture avec l'organisation antérieure en matière d'action publique¹¹⁵⁷. Chronologiquement, les autorités administratives indépendantes ont été introduites en France à la fin des années 1970 avec l'adoption de la loi du 6 janvier 1978 qui institua la Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL)¹¹⁵⁸, même si l'appel à des entités administratives indépendantes avait débuté antérieurement, notamment avec la création du médiateur de la République en 1973¹¹⁵⁹. Ces entités, en tant qu'« organes administratifs » et non pas en tant que juges¹¹⁶⁰ à proprement parler, n'émettent que des actes administratifs unilatéraux susceptibles de recours. Cette catégorie s'est vue complétée avec la création d'une « autorité constitutionnelle indépendante », le Défenseur des droits, ce qui a eu pour effet de renforcer le caractère hétéroclite de cette catégorie. Le recours à ces entités administratives s'est poursuivi avec la préoccupation principale d'une meilleure garantie des libertés. Les autorités les plus marquantes en matière de garantie du principe d'égalité des sexes en France sont la Haute Autorité de lutte contre les discriminations (HALDE), le Défenseur des droits et le CSA (son équivalent en Tunisie est la HAICA).

¹¹⁵⁵ Loi organique n° 2017-58 du 11 août 2017, relative à l'élimination de la violence à l'égard des femmes, JORFT 15 août 2017, p.2604.

¹¹⁵⁶ Sihem. Badi [<http://www.kapitalis.com/politique/17195>]

¹¹⁵⁷ Claude-Albert Colliard et Gérard Timsit (dir.), *Les autorités administratives indépendantes*, Paris : PUF, 1988 ; Paul Sabourin, « Les autorités administratives indépendantes, une catégorie nouvelle », *Actualité juridique. Droit administratif (AJDA)*, mai 1983, p. 275 ; Jacques Chevallier, « Réflexions sur l'institution des autorités administratives indépendantes », *La Semaine juridique. Édition générale (JCP G)*, 6 août 1986, n° 30.

¹¹⁵⁸ La CNIL apparaît donc comme la première autorité administrative indépendante installée sur notre territoire.

¹¹⁵⁹ P. IDOUX, « Des interrogations classiques renouvelées dans un contexte européenisé. Présentation du dossier », *Droit et société*, 2016, pp. 275.

¹¹⁶⁰ L'exercice de leur pouvoir est cependant contrôlé par les juges.

361. S’inspirant de modèles étrangers¹¹⁶¹, la HALDE a été mise en place par la loi du 30 décembre 2004¹¹⁶². Elle connaît de toutes discriminations directes ou indirectes interdites par loi ou un engagement international auquel l’État français est partie. L’institution de cette autorité a été déterminée par un contexte d’urgence qui imposait de donner suite à des pratiques discriminatoires. L’objectif était de coordonner l’action structurelle des États, en prévoyant une politique d’ensemble qui se conforme au droit de l’Union européenne et particulièrement les directives¹¹⁶³ qui fixent le cadre juridique et institutionnel commun aux États membres. Le but de l’Union européenne était que la France se dote d’une entité spécialisée dans le domaine de la lutte contre les discriminations, notamment en assurant une efficacité plus significative de l’arsenal juridique français¹¹⁶⁴. Face aux risques des pratiques discriminatoires des entreprises, la France, en introduisant la notion de discrimination, a fait le choix d’appréhender la question « de manière préventive et positive ». En ce sens, la HALDE est un acteur de référence en matière de lutte contre les discriminations dans le milieu professionnel, mais également dans la promotion du principe d’égalité des sexes¹¹⁶⁵.

362. À compter du 1^{er} mai 2011, le Défenseur des droits fait son apparition en absorbant la HALDE¹¹⁶⁶. Il a été institué par une réforme constitutionnelle du 23 juillet 2008¹¹⁶⁷ dont le

¹¹⁶¹ « Le Royaume-Uni avec l'*Equal Opportunities Commission*, la *Commission for Racial Equality* et la *Disability Rights Commission* ; la Belgique avec le Centre pour l'égalité des chances et la lutte contre le racisme ; et le Canada avec la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse du Québec », S. PETIT, C. COHEN, « La HALDE a-t-elle sa place devant les juridictions ? », Recueil Dalloz 2008 p. 1519 Serge Petit, Avocat général à la Cour de cassation.

¹¹⁶² Loi n° 2004-1486 du 30 décembre 2004

¹¹⁶³ Les directives n° 2000/78 du 27 novembre 2000 et 2000/43 du 29 juin 2000 relatives à l'égalité. La création d'une nouvelle autorité exclusivement dédiée à la lutte contre les discriminations apparaissait donc nécessaire.

¹¹⁶⁴ Yves MAYAUD, La HALDE, une trop « Haute » autorité ? Propos hétérodoxes sur un transfert de répression, Dr. Soc. 2007, p.930.

¹¹⁶⁵ La stratégie d'action de cette autorité est double. Tout d'abord, elle traite des demandes de victimes de discrimination. Ensuite, elle est en charge de la mise en œuvre de politique préventive ainsi qu'au développement d'actions novatrices ainsi que dans l'élaboration d'instruments comme celui du guide.

Des pratiques pour l'égalité des chances : que répondent les entreprises à la Halde ?, deuxième guide de la HALDE paru en septembre 2007.

¹¹⁶⁶ Le législateur a voulu regrouper l'ensemble des autorités administratives indépendantes, estimant que leur nombre induisait une dilution des responsabilités préjudiciable aux droits des personnes. Le Défenseur des droits réunit ainsi le Médiateur de la République, le Défenseur des enfants ; la Commission nationale de déontologie de la sécurité et la HALDE.

¹¹⁶⁷ Article 71-1 de la Constitution du 4 octobre 1958 : « Le Défenseur des droits veille au respect des droits et libertés par les administrations de l'État, les collectivités territoriales, les établissements publics, ainsi que par tout organisme investi d'une mission de service public, ou à l'égard duquel la loi organique lui attribue des compétences. Il peut être saisi, dans les conditions prévues par la loi organique, par toute personne s'estimant lésée par le fonctionnement d'un service public ou d'un organisme visé au premier alinéa. Il peut se saisir d'office. La loi organique définit les attributions et les modalités d'intervention du Défenseur des droits. Elle détermine les conditions dans lesquelles il peut être assisté par un collège pour l'exercice de certaines de ses attributions. Le Défenseur des droits est nommé par le Président de la République pour un mandat de six ans non renouvelable, après application de la procédure prévue au dernier alinéa de l'article 13. Ses fonctions sont incompatibles avec

cadre juridique a été précisé par le législateur le 29 mars 2011¹¹⁶⁸. La légitimité de cet acteur apparaît à travers sa nomination par décret du président de la République¹¹⁶⁹. Dans le cadre de ses missions, il est en charge de la protection des libertés publiques, notamment la lutte contre les discriminations et la promotion de l'égalité. Pour accomplir cette mission, il est assisté par un collège dont les membres peuvent donner leur avis sur toute question nouvelle. Il est également assisté d'un adjoint et de délégués territoriaux.

363. Il existe une autre autorité administrative indépendante qui est également, dans le cadre de ses missions, en charge de la protection de la lutte contre les discriminations et du principe d'égalité des sexes, notamment à travers les médias : il s'agit du CSA qui détient également une compétence dite « sectorielle ».

364. Le CSA et la HAICA, acteurs en matière sectoriels. Le CSA¹¹⁷⁰, considéré comme une « autorité indépendante »¹¹⁷¹, succède à la Haute Autorité de la communication audiovisuelle (1982-1986) et à la Commission nationale de la communication et des libertés (1986-1989). Il a pour mission de « garantir la liberté de communication audiovisuelle en France »¹¹⁷². La loi du 30 septembre 1986, qui a connu des modifications successives, fixe les nombreuses responsabilités incombant à cet organisme, notamment le respect de la dignité de la personne humaine¹¹⁷³. Sur ce point, une évolution mérite d'être remarquée dans les nouvelles missions attribuées plus récemment : le CSA intervient désormais dans la promotion du principe d'égalité homme-femme sous le prisme de la représentation. En effet, parmi les critères de classification, on retrouve l'image de la femme. L'objectif poursuivi est d'éviter la

celles de membre du Gouvernement et de membre du Parlement. Les autres incompatibilités sont fixées par la loi organique. Le Défenseur des droits rend compte de son activité au Président de la République et au Parlement ».

¹¹⁶⁸ Loi n°2011-334 et loi organique n°2011-333 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits, JO 30 mars 2011. Les décrets n°2011-904 et 2011-905 sont venus encadrer la procédure et organiser le fonctionnement de cette nouvelle autorité. Conf. « Projet de loi organique relatif au Défenseur des droits, Etude d'impact » du Sénat du septembre 2009, p. 15.

¹¹⁶⁹ Son mandat a une durée de six ans non renouvelable, afin de garantir une indépendance à cette institution.

¹¹⁷⁰ Créé par la loi du 17 janvier 1989 modifiant la loi du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication, art. 3-1 modif. par la loi du 31 mars 2006, art. 47-I.

¹¹⁷¹ Toutefois, cette expression désigne bien l'autorité administrative indépendante Voir en ce sens, comp. J-P. COSTA, « le médiateur peut-il être autre chose qu'une autorité administrative » ? AJDA 1987.p. 341 et Y. GAUDEMET, « Toujours à propos du médiateur.. », AJDA 1987.p. 520.

¹¹⁷² Il s'agit de la télévision et de la radio uniquement.

¹¹⁷³ Il existe d'autres domaines tel que la protection des mineurs, le respect de l'expression pluraliste des courants d'opinion, l'organisation des campagnes électorales à la radio et à la télévision, la rigueur dans le traitement de l'information, l'attribution des fréquences aux opérateurs et la protection des consommateurs. De plus, le Conseil est chargé de « veiller à la défense et à l'illustration de la langue et de la culture françaises » sur les antennes.

banalisation d'images dégradant les femmes ou encore les réduisant à leurs attraits sexuels. C'est ainsi que le CSA est fondé à intervenir sur la base de l'interdiction des propos et comportements discriminatoires ou attentatoires au respect de la dignité humaine. Il est compétent si est relevée plusieurs illégalités d'une séquence donnée ou d'un programme ; il intervient par mise en demeure ou par simple courrier. L'obligation d'assurer le respect de la personne humaine (dont celle de la femme) ainsi que l'égalité de traitement entre les sexes est à la charge de l'éditeur de service, que ce soit à la radio ou dans le domaine de la télévision, car celui-ci ne doit pas encourager les comportements discriminatoires, notamment en raison du sexe. En outre, l'institution veille à ce qu'il n'y ait pas d'atteintes à l'image des femmes dans les médias. Ainsi, l'ensemble des propos, images, comportements qui revêtent un caractère discriminatoire envers les femmes peuvent faire l'objet de l'ouverture d'une procédure de mise en demeure. Les chaînes de télévision et de radios sont tenues de respecter les principes contenus dans les textes. Cette AAI peut intervenir à la suite d'une plainte formulée par des associations ou des téléspectateurs ou par auto-saisine.

365. La mise en place de la HAICA en Tunisie, une autorité inspirée du CSA. Même si la Tunisie ne dispose pas d'un défenseur des droits comme en France, dans le cadre de la transition démocratique tunisienne, les gouvernements successifs ont entrepris de structurer le secteur médiatique. À la suite d'une transition démocratique mouvementée, le domaine de l'audiovisuel n'a pas échappé à la nécessité d'une rupture révolutionnaire avec l'ancien régime ; cette rupture s'est traduite par une « *tabula rasa institutionnelle* »¹¹⁷⁴ avec l'émergence d'une nouvelle institution sectorielle ayant pour objectif de renforcer la présence d'acteurs garants de la démocratie et aussi de l'égalité entre les sexes au sein du secteur de diffusion d'informations et d'images.

366. Pour ce faire, le Conseil des ministres du 25 février 2011 a annoncé la création d'une Instance indépendante chargée de réformer l'information et la communication (INRIC)¹¹⁷⁵. Celle-ci va émettre des propositions qui seront pour l'essentielle reprise par des décrets-lois de

¹¹⁷⁴ E. KLAUS, « L'autorité de la HAICA sur le secteur tunisien des médias : Un anachronisme transitionnel ? » *L'Année du Maghreb*, 2015, p. 296 (Pout ref biblio pp294. -304.

¹¹⁷⁵ Elle a rédigé un texte dont le but est l'institution d'une Haute Autorité Indépendante de la Communication Audiovisuelle (HAICA). En raison de tension importante avec le gouvernement, les dirigeants de l'INRIC ont pris la décision de s'auto-dissoudre le 4 juillet 2012. L. CHOUIKA, *La difficile transformation des médias*, Tunis, 2015, pp. 91-92.

2011¹¹⁷⁶. Le second décret-loi 116 instaure une instance indépendante en charge du contrôle des médias audiovisuels quant au contenu, à la pluralité ainsi qu'au respect des lois et de la déontologie. La Haute Autorité indépendante de la communication audiovisuelle¹¹⁷⁷ (HAICA) est directement inspirée du CSA français et a vocation à disposer des mêmes pouvoirs pour garantir le respect de l'égalité des sexes¹¹⁷⁸, l'intégrité et la dignité de la femme et de sa représentation à travers les images et les médias¹¹⁷⁹. Le point de convergence se situe au niveau de sa compétence de régulation et de ses différents pouvoirs consultatifs, décisionnels et de sanction que nous étudierons par la suite dans le cadre des outils de mise en œuvre de l'égalité des sexes. Toutefois, il existe des points de rupture avec le CSA puisque le modèle tunisien s'inspire également du modèle britannique et que la HAICA tend à être « une autorité de régulation quasi juridictionnelle »¹¹⁸⁰. Avec le temps, elle a réussi à s'imposer aux acteurs audiovisuels, notamment avec son pouvoir répressif qui consiste à infliger des amendes et à suspendre des émissions de manière temporaire lorsque celles-ci enfreignent les règles applicables¹¹⁸¹.

367. Au niveau régional¹¹⁸², l'eupéanisation du droit a conduit à ériger les institutions de l'Union européenne en acteurs assurés de la mise en œuvre de l'égalité des sexes. En tant que

¹¹⁷⁶ Décrets-lois n°115 et 116 du 2 novembre 2011, relatif à la liberté de la presse, de l'impression et de l'édition. Le décret-loi 115 portant sur la liberté de la presse vient abroger certaines dispositions liberticides du Code de la presse et va permettre l'adoption d'une législation conforme aux normes des démocraties libérales qui va avoir pour effet de limiter la liberté d'expression à la condition que la norme législative a pour but « la réalisation d'un intérêt légitime consistant à respecter les droits et la dignité des tiers, la sauvegarde de l'ordre public [...] » et que cette « limitation soit nécessaire, adaptée aux mesures devant être prises dans une « limitation soit nécessaire, adaptée aux mesures devant être prises dans une société démocratique ». (Article premier – Chapitre I).

¹¹⁷⁷ Créée par le décret-loi n°2011-116 du 02 novembre 2011.

¹¹⁷⁸ L'article 52 de ce même décret-loi interdit l'incitation à la haine entre les genres, à la discrimination et en utilisant des « procédés hostiles ou la violence ». L'article 70 prévoit également la possibilité pour une association chargée de lutter contre toute forme de discrimination sexuelle d'utiliser l'action spéciale prévue par l'article 51 qui prévoit que les personnes qui incitent au viol ou l'atteinte à l'intégrité physique seront punies d'une peine d'emprisonnement et d'une amende (« Seront punis d'un an à 3 ans d'emprisonnement et d'une amende de 1000 à 5000 dinars »).

¹¹⁷⁹ L. CHOUIKA, *La difficile transformation des médias*, Tunis, 2015, pp. 76-77.

¹¹⁸⁰ « Elle a des attributions à caractère juridictionnelles : elle prononce des sanctions comme un juge avec le respect du droit de la défense, le respect du principe du contradictoire, la possibilité de faire appel à un avocat et la possibilité de faire appel de la décision devant les autres juridictions. Il y a ainsi une effectivité réelle de la HAICA qui ne se contente pas d'émettre de simples avis ». cf. S. Soubai, « L'HAICA pour garantir la liberté et le pluralisme de l'audiovisuel tunisien », [<http://nawaat.org/portail/2012/05/21/lhaica-pour-garantir-la-liberte-et-le-pluralisme-de-laudiovisuel-tunisien>.]

¹¹⁸¹ Selon le professeur Labi Chouikha, le législateur au commencement de la transition démocratique, en voulant se conformer aux standards internationaux, les textes élaborés se sont cantonnés à une approche théorique qui a eu pour effet de rendre les textes trop abstraits. A cet égard, les concepts étrangers importés se sont heurtés à des difficultés rendant à grande peine leurs transpositions. Ainsi, en se détachant de réalités pratiques, le législateur a complexifié la mission des instances de régulation qui se confronte à une forme d'opposition au changement.

¹¹⁸² J.-F. LALIVE, « La protection des droits de l'homme dans le cadre des Organisations régionales existantes », in *Les Droits de l'homme en droit interne et en droit international*, Colloque international sur la Convention européenne des droits de l'homme, Vienne du 18 au 20 octobre 1965, Bruxelles, 1968, p. 509.

juridiction, la Cour de justice de l'Union européenne se situe à l'avant-garde pour obtenir des États membres le respect du principe fondamental de l'égalité des sexes ; mais elle n'est pas la seule. La Cour européenne des droits de l'homme joue également un rôle dans la défense du principe en tenant le rôle de juridiction spécialisée de la défense des droits fondamentaux. On peut également citer le Médiateur européen¹¹⁸³ qui, depuis 2009, est institué par l'article 228 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) et dont le statut a été renforcé par l'article 43 de la Charte des droits fondamentaux de l'UE¹¹⁸⁴. Il est élu par le Parlement européen pour une durée de cinq ans et son mandat est renouvelable une fois¹¹⁸⁵. Son statut se rapproche de celui des AAI en France¹¹⁸⁶. Il est connu pour « ses actions en faveur de la transparence au sein de l'Union européenne »¹¹⁸⁷ et particulièrement pour enquêter sur la « mauvaise administration »¹¹⁸⁸ par les acteurs¹¹⁸⁹ de l'Union européenne. *A contrario*, en Tunisie, il n'existe pas de réels acteurs de l'égalité des sexes aussi significatifs qu'au sein de l'Union européenne qui fait de la Cour de justice de l'Union européenne un acteur de première ligne dans la mise en œuvre de l'égalité des traitements entre les sexes. La Tunisie, se situant géographiquement en Afrique et s'identifiant à la culture « arabo-musulmane », se trouve à la fois soumise à différents instruments juridiques régionaux. En ce sens, il existe la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples, ayant pour mission de promouvoir et de protéger

¹¹⁸³ Initialement la fonction de Médiateur européen a été institué par le traité de Maastricht en 1992. Ses pouvoirs ainsi que son statut était définis par l'article 195 du traité instituant la Communauté européenne et le Parlement européen lui a donné un statut et des conditions générales d'exercice de ses fonctions. Voy. Décision du Parlement européen concernant le statut et les conditions générales d'exercice des fonctions du Médiateur, adoptée le 9 mars 1994 (JO L 113 du 4.5.1994, p. 15) et modifiée par décisions du Parlement du 14 mars 2002 (JO L 92 du 9.4.2002, p. 13) et du 18 juin 2008 (JO L 189 DU 17.7.2008, p. 25); dans ce qui suit seulement « Statut » et les articles cités seront abrégés ci-après « art. ... Statut ».

¹¹⁸⁴ Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne du 7 décembre 2000 (JO C 364/1 du 18 décembre 2000).

¹¹⁸⁵ Art. 6 §. 1 Statut

¹¹⁸⁶ Aux termes de l'art. 228 TFUE et l'art. 9 §. 1 Statut ; Le médiateur « exerce ses fonctions en toute indépendance. Dans l'accomplissement de ses devoirs, il ne sollicite ni n'accepte d'instructions d'aucun gouvernement ni d'aucun organisme ». Durant la période de ses fonctions, il ne peut exercer aucune autre activité professionnelle, rémunérée ou non. Seul la Cour de justice peut le déclarer démissionnaire, à la demande du Parlement européen, s'il ne remplit plus les conditions nécessaires à l'exercice de ses fonctions ou dans le cas d'une commission d'une faute grave.

¹¹⁸⁷ H. MICHEL, « Le Médiateur européen héraut de la transparence. *Redéfinition d'une institution et investissements politiques d'une norme de « bon » gouvernement* », *Politique européenne*, 2018, pp. 114-141.

¹¹⁸⁸ « Le terme "mauvaise administration" désigne les infractions à la loi, les oublis des principes de bonne administration et les atteintes aux droits de l'homme. Plus précisément, il peut s'agir de pratiques inéquitables, de discriminations, d'abus de pouvoir, de défauts ou refus de délivrer des informations, de retards injustifiés, ou encore de procédures incorrectes. » Disponible sur [<https://www.touteurope.eu/actualite/a-quoi-sert-le-mediateur-europeen.html>]

¹¹⁸⁹ Des institutions, des organes et des organismes.

une charte qui consacre également le principe d'égalité des sexes¹¹⁹⁰. Il existe aussi comme autre acteur régional la Ligue des États arabes¹¹⁹¹.

368. L'encadrement législatif et réglementaire dans le but de garantir le respect du principe de la dignité humaine et de l'interdiction de toute discrimination en raison du sexe. Le législateur a instauré des lois visant à protéger le citoyen contre des images de femmes qui portent atteinte à la dignité de la personne humaine. Ces dispositions sont à rapprocher de celles qui concernent l'incitation à la violence et la répression des pratiques discriminatoires. Pour cela, le dispositif législatif est encadré par deux principes de valeur constitutionnelle : le principe de dignité et la liberté d'expression. Concernant l'atteinte au principe de la dignité humaine, le Code civil¹¹⁹² et le Code pénal¹¹⁹³ prévoient des dispositions générales. Mais il existe un véritable arsenal de textes juridiques relatifs au secteur audiovisuel¹¹⁹⁴.

369. L'existence d'un arsenal juridique en matière de lutte pour l'égalité des sexes. Tout d'abord, aux termes de la loi du 29 juillet 1881 portant sur la liberté de la presse¹¹⁹⁵, les infractions commises par voie de presse ou par tout autre moyen de publication sont pénalement réprimées. Cette loi a été modifiée en 2004¹¹⁹⁶ afin d'introduire des dispositions qui ont pour objectif de réprimer tous propos sexistes tenus par certains médias¹¹⁹⁷. Ensuite, la loi spécifique au secteur visuel est celle du 30 septembre 1986¹¹⁹⁸ par laquelle le législateur a voulu, par touches successives, renforcer les missions du CSA afin de promouvoir et de garantir l'égalité

¹¹⁹⁰ La Charte Africaine des droits de l'homme et des peuples du 27 juin 1981.

¹¹⁹¹ La Tunisie a intégré la ligue en 1958. B. BOUTROS-GHALI, « La Ligue des Etats Arabes » in *Les dimensions internationales des droits de l'homme*, Paris, Unesco, 1978, p. 638 ; A. MAHIOU, « La Charte arabe des droits de l'homme » in *L'évolution du droit international*, Mélanges offerts à Hubert THIERRY, Paris, Pedone, 1998, p. 213.

¹¹⁹² Une atteinte à la dignité de la personne peut engager la responsabilité civile de son auteur en application des dispositions générales de l'article 1382 du code civil et donner lieu à l'exercice d'actions en justice par toute personne physique et morale ayant intérêt à agir. Voir en annexe la note de la direction du développement des médias (DDM), synthétisant l'audition de Laurence Franceschini, directrice du développement des médias

¹¹⁹³ Article 225-1 du code pénal qui sanctionne toute discrimination à raison du sexe et article 227-24 du code pénal qui sanctionne, s'agissant des médias, la diffusion d'un message à caractère violent ou pornographique ou de nature à porter gravement atteinte à la dignité humaine, quel qu'en soit le support, lorsque ce message est susceptible d'être vu ou perçu par un mineur).

¹¹⁹⁴ Conf Infra X

¹¹⁹⁵ Version consolidée au 08 février 2020.

¹¹⁹⁶ La loi du 30 septembre 1986 est modifiée par la loi du 30 décembre 2004 relative à la création de la HALDE ; ont été ainsi introduites des dispositions visant à réprimer les propos sexistes tenus par voie de presse, de publicité, de communication au public par voie électronique ou par tout autre moyen de publication. Voy. M. REISER (Présidente), B. GRESY (Rapporteuse), *Rapport sur l'image des femmes dans les médias*, Présenté par la commission de réflexion sur l'image des femmes dans les médias, 25 septembre 2008, p. 19.

¹¹⁹⁷ Plus précisément par voie de presse, de publicité, de communication au public par voie électronique ou par tout autre moyen de publication.

¹¹⁹⁸ Loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication dans le domaine audiovisuel ; Décision n°94-343/344 DC du 27 juillet 1994 concernant les lois relatives à la bioéthique.

des sexes. Celle-ci se traduit par l'existence de deux articles se référant au principe de la dignité humaine et par l'introduction de la notion de lutte contre les discriminations avec la loi du 31 mars 2006 relative à l'égalité des chances¹¹⁹⁹. L'article 14 de cette loi donne compétence au CSA pour contrôler le contenu des messages publicitaires et l'article 15 veille à ce que les programmes ne contiennent aucune incitation à la haine et à la violence pour des raisons de sexe. Par la suite, c'est la loi du 14 août 2014 relative à l'égalité réelle entre les femmes et les hommes¹²⁰⁰ qui vient insérer un quatrième alinéa à l'article 3-1 de la loi du 30 septembre 1986, confiant au CSA la mission de veiller « d'une part, à une juste représentation des femmes et des hommes dans les programmes des services de communication, d'autre part, à l'image des femmes qui apparaît dans ces programmes, notamment en luttant contre les stéréotypes, les préjugés sexistes, les images dégradantes, les violences faites aux femmes et les violences commises au sein du couple. » Afin d'atteindre cet objectif, la loi a aussi introduit un nouvel article 20-1 visant à ce que les services télévisuels et de radio contribuent à la promotion de l'égalité des sexes en luttant contre les préjugés sexistes et les violences faites aux femmes¹²⁰¹. Dans le même sens, l'article 43-11 de la loi du 30 septembre 1986 relative aux sociétés nationales de programme dispose que ces dernières « mettent en œuvre des actions en faveur de la cohésion sociale, de la diversité culturelle, de la lutte contre les discriminations et des droits des femmes »¹²⁰². Dans le cadre de la loi du 27 janvier 2017 relative à l'égalité et à la citoyenneté¹²⁰³, le CSA s'est vu octroyer une nouvelle mission en matière de représentation des femmes au sein de messages publicitaires¹²⁰⁴. Dans un tout autre domaine, mais qui se rattache aux problématiques de la représentation de la femme et à ses dangers, le 15 avril 2008, l'Assemblée nationale adopte en première lecture, la proposition de loi, dite « loi Boyer », visant à lutter contre les incitations à la recherche d'une maigreur extrême ou à l'anorexie¹²⁰⁵. Un

¹¹⁹⁹ Notamment les : articles 3-1, 28, 33 et 43-11.

¹²⁰⁰ Loi n° 2014-873 du 4 août 2014 sur l'égalité réelle entre les femmes et les hommes.

¹²⁰¹ Cet article dispose que « les sociétés nationales de programme mentionnées à l'article 44, ainsi que les services de télévision à caractère national et les services de radio appartenant à un réseau de diffusion à caractère national, diffusés par voie hertzienne terrestre, contribuent à la lutte contre les préjugés sexistes et les violences faites aux femmes en diffusant des programmes relatifs à ces sujets. Ces services fournissent au Conseil supérieur de l'audiovisuel des indicateurs qualitatifs et quantitatifs sur la représentation des femmes et des hommes dans leurs programmes et permettant au conseil d'apprécier le respect des objectifs fixés au quatrième alinéa de l'article 3-1. Ces informations donnent lieu à une publication annuelle. Le CSA fixe les conditions d'application du présent article, en concertation avec les services mentionnés au premier alinéa du présent article. »

¹²⁰² Elles s'attachent notamment à promouvoir l'égalité entre les femmes et les hommes et à lutter contre les préjugés sexistes, les violences faites aux femmes et les violences commises au sein du couple. [...].»

¹²⁰³ Loi n° 2017-86 relative à l'égalité et à la citoyenneté.

¹²⁰⁴ En ce sens, l'article 14 qui est introduit par cette dernière loi dispose que le CSA « veille au respect de la dignité de toutes les personnes et à l'image des femmes qui apparaissent dans ces émissions publicitaires. »

¹²⁰⁵ Texte adopté n° 132 « *Petite loi* » treizième législature. Session ordinaire de 2007-2008 15 avril 2008.

décret de 1992¹²⁰⁶ fixe les principes généraux qui définissent les obligations des éditeurs de services relatives à la publicité, au parrainage et au téléachat¹²⁰⁷.

370. Au niveau international. L'ONU¹²⁰⁸ consacre le principe d'égalité des sexes et celui de la non-discrimination au sein même de la charte des Nations Unies, et ce, dès son préambule¹²⁰⁹. Le système de protection *onusien* apparaît complexe pour plusieurs raisons. Tout d'abord, la diversité des États adhérents remet en cause l'universalité des droits de l'Homme. Le principe de souveraineté des États constitue parfois une barrière qui rend l'ordonnement *onusien* moins contraignant¹²¹⁰. Mais au-delà de ces difficultés bien connues, il existe une communauté internationale dont font partie la France et la Tunisie. Cette dernière s'efforce de voir l'universalité de certains principes, dont celui de l'égalité des sexes.

371. L'objectif premier de la Charte des Nations unies consiste à poursuivre « le dessein d'établir un nouvel ordre mondial au sein duquel la préservation de la paix incarne la plus haute préoccupation de la communauté internationale »¹²¹¹. En 2006, la Commission des droits de l'Homme est supprimée et le Conseil des droits de l'Homme est institué¹²¹². Aussi, le contrôle non juridictionnel s'accomplit par l'intermédiaire d'organes spécifiques qui interviennent en application de traités et de conventions, notamment le comité de lutte contre les discriminations à l'égard des femmes. La protection effective des droits des femmes par ces organes apparaît difficile. On dénombre neuf traités internationaux relatifs aux Droits de l'Homme ; chacun de

¹²⁰⁶ Le décret n° 92-280 du 27 mars 1992.

¹²⁰⁷ L'article 3 vient garantir le principe de respect de la dignité de la personne humaine en disposant que « La publicité doit être conforme aux exigences de véracité, de décence et de respect de la dignité de la personne humaine. (...) » et l'article 4 consacre le principe de non-discrimination en raison du sexe en prévoit que « La publicité doit être exempte de toute discrimination en raison de la, du sexe, de la nationalité, du handicap, de l'âge ou de l'orientation sexuelle, de toute scène de violence et de toute incitation à des comportements préjudiciables à la santé, à la sécurité des personnes et des biens ou à la protection de l'environnement. »

¹²⁰⁸ J.-. P. MAURY, « Le système onusien », *Pouvoirs*, vol. 109, no. 2, 2004, pp. 27-39.

¹²⁰⁹ « Nous, Peuples des Nations unies, résolu : [...] à proclamer à nouveau notre foi dans les droits fondamentaux de l'homme, dans la dignité de la personne humaine, dans l'égalité des droits des hommes et des femmes. [...] » L'article 55 de la Charte énonce que les Nations Unies doivent promouvoir « le respect universel et effectif des droits de l'Homme et des libertés fondamentales pour tous, sans distinction de race, de sexe, de langue ou de religion ».

¹²¹⁰ Jean-Marc. Châtaigner, « Réformer l'ONU : mission impossible ? », *Revue française d'administration publique*, vol. 126, no. 2, 2008, pp. 359-372 ; Boutros. Boutros-Ghali, « Peut-on réformer les Nations unies ? », *Pouvoirs*, vol. 109, no. 2, 2004, pp. 5-14.

¹²¹¹ Ben Attar, Oriane. « Contribution à l'analyse de l'émergence d'un droit dérivé onusien dans le cadre du système de sécurité collective », *Civitas Europa*, vol. 30, no. 1, 2013, pp. 99-115.

¹²¹² Résolution 60/251 de l'AG adoptée par 170 voix contre 4 (États-Unis, îles Marshall, Israël et Palos) et trois abstentions (Belarus, Iran, Venezuela).

ses traités a créé un organe conventionnel¹²¹³. Autrement dit, un comité d'experts est en charge de surveiller la mise en œuvre des dispositions des traités par ses États membres. La composition¹²¹⁴ du comité est cruciale puisqu'elle détermine les conditions du contrôle¹²¹⁵. Le Comité CEDEF¹²¹⁶ a été institué par la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes. Dans le cadre du comité CEDEF, il s'agit d'experts qui examinent les rapports exigés par l'instrument relatif aux droits des femmes¹²¹⁷. Ces experts sont indépendants et doivent être « éminemment compétents dans le domaine auquel s'applique la présente Convention »¹²¹⁸. Ils jouissent d'un mandat pour une durée de quatre ans. Aussi, conformément à l'article 21 du CEDEF, dans le cadre des Nations unies, le destinataire final des rapports reste l'Assemblée générale.

372. Parmi les neuf organes de traités relatifs aux droits de l'Homme compétents pour assurer l'application des instruments juridiques universels, on retrouve un organe qui est spécialisé dans la lutte contre la discrimination à l'égard des femmes : c'est le Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes¹²¹⁹. Il est l'organe de référence à la convention qui porte le même nom. Cette convention est régie par des règles procédurales calquées sur celles appliquées devant le Comité des droits de l'Homme¹²²⁰.

§ 2. Le rôle inégal des nouveaux acteurs

373. Parmi les acteurs contemporains, on retrouve le juge constitutionnel. Comment ce dernier est-il devenu un acteur essentiel dans la garantie de la mise en œuvre de l'égalité des sexes ? Il l'est devenu notamment, d'une part en élargissant les normes de références de son

¹²¹³ Voy. sur le sujet de la mise en place d'un Comité. S. GROSBON « La CEDEF », Chapitre 1., pp. 19-47. In, *La Convention pour l'élimination des discriminations à l'égard des femmes [CEDEF]*, D. ROMAN (dir.) Préface de Françoise Gaspard, septembre 2014, Paris, Editions Pedone, 372 p.

¹²¹⁴ Il y a une surreprésentation des femmes, car la majorité des membres sont des femmes. Cf. Ivona TRUSCAN, « The Independence of UN Human Rights Treaty Body Members », *Geneva Academy of International Humanitarian Law and Human Rights*, Dec. 2012, http://graduateinstitute.ch/webdav/site/iheid/shared/outreach/APSUN/conferences/ga_inbrief_web-1.pdf.

¹²¹⁵ B. DELZANGLES, M. MÖSCHEL, « Le comité pour l'élimination des discriminations à l'égard des femmes : trente ans d'activités en faveur des femmes » Chapitre 2., In, *La Convention pour l'élimination des discriminations à l'égard des femmes [CEDEF]*, Op. Cit., pp. 49-80.

¹²¹⁶ Comité institué par la CEDEF

¹²¹⁷ Ce comité de 23 experts se réunit 3 fois par an afin de recevoir et examiner les requêtes émanant de particuliers qui relèvent de leur juridiction et qui affirme être victimes de violation de droits contenus par la CEDEF.

¹²¹⁸ Art. 17 § 1.

¹²¹⁹ C'est l'article 17 de la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes qui institue ce comité.

¹²²⁰ Voy. HRI/GEN/3/Rev.3 paras. p. 93-126.

contrôle avec la décision dite Taxation d'office du 27 décembre 1973¹²²¹, d'autre part en adaptant la conception française de l'égalité des sexes aux exigences du droit de l'Union européenne, que ce soient les dispositions relevant du champ du TFUE ou celles relevant des droits européens des droits de l'Homme. En outre, le juge constitutionnel a précisé la portée du principe d'égalité « sous des acceptions variées »¹²²². De plus, l'action du Conseil constitutionnel s'est vue renforcée. La révision constitutionnelle du 23 juillet 2008 a consacré la question prioritaire de constitutionnalité (QPC). Cette réforme constitutionnelle attribue une nouvelle faculté au juge constitutionnel français. Désormais, il peut se prononcer sur la conformité des lois à la Constitution, postérieurement à leur adoption.

374. En Tunisie, le juge constitutionnel n'a pas un rôle important dans la construction du droit à l'égalité. En effet, l'absence d'une Cour constitutionnelle effective sous l'ancien régime et l'attente de l'instauration de cette dernière depuis la révolution de 2011 ont été dommageables : il n'a pas été possible en effet de purger le système juridique interne des dispositions contraires à la Constitution en la matière.

375. Depuis 2010, le Conseil constitutionnel français a confirmé sa position constante relative au principe d'égalité devant la loi en réaffirmant que celui-ci « ne s'oppose ni à ce que le législateur règle de façon différente des situations différentes, ni à ce qu'il déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général, pourvu que, dans l'un et l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport direct avec l'objet de la loi qui l'établit »¹²²³. Toutefois il rappelle que certaines différenciations sont constitutionnellement prohibées, notamment celles qui ont pour objet le sexe, sauf dans le cas où le législateur a prévu des quotas par sexes. Cette possibilité, comme nous l'avons déjà évoqué, n'a été rendue possible que par l'intervention de deux révisions constitutionnelles¹²²⁴ dont la finalité avait pour objectif de

¹²²¹ Cons. const., déc. n°73-51 DC du 27 décembre 1973, *Loi de finances pour 1974*.

¹²²² C. BARROIS de SARIGNY. « Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel et du Conseil d'Etat », Titre VII [en ligne], avril 2020, n° 4. Disponible en ligne, URL complète : [<https://www.conseil-constitutionnel.fr/publications/titre-vii/le-principe-d-egalite-dans-la-jurisprudence-du-conseil-constitutionnel-et-du-conseil-d-etat>]

¹²²³ Voy. par exemple, Déc. n°2018-738 QPC du 11 octobre 2018.

¹²²⁴ Loi constitutionnelle n° 99-569 du 8 juillet 1999 relative à l'égalité entre les femmes et les hommes JORF 9 juillet 1999. Voy également sur le sujet la Décision n° 82-146 DC du 18 novembre 1982 qui établit la jurisprudence antérieure qui s'opposait à l'instauration de quota de femmes pour les élections municipales. L. PHILIP, L. FAVOREU, « Principe d'égalité », *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*. Dalloz, 2009, pp. 213-242 ; L. FAVOREU, « [Note sous décision n° 82-146 DC] », *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, avril 1983, p. 367 [§ 58, 59, 66, 108, 109, 124] ; P. AVRIL, J. GICQUEL, « [Note sous décision n° 82-146 DC] », *Pouvoirs*, avril 1983, pp. 190-191 ; D. LOCHAK, « Les hommes politiques, les sages (?)...et les femmes (à propos de la décision du Conseil constitutionnel du 18 novembre 1982) », *Droit social*, Editions

« favoriser l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux ». Cet objectif s'applique aussi aux « responsabilités professionnelles et sociales »¹²²⁵. Aussi, le Conseil constitutionnel français a-t-il clairement consacré le droit à la parité¹²²⁶ en précisant la portée du principe, notamment dans une décision du 24 avril 2015¹²²⁷. Il est possible d'affirmer que la QPC érige le Conseil constitutionnel en une sorte de gardien suprême de l'égalité des sexes.

376. Les entreprises sont, elles aussi, des acteurs de la défense du principe d'égalité des sexes. Elles veulent participer à la réalisation de l'objectif de l'égalité des sexes en matière professionnelle, notamment à travers les accords d'entreprises qui prennent en considération la participation des femmes dans le domaine économique. Cette action se traduit par l'institution de stratégies dans le domaine professionnel, notamment sur la question de la responsabilité professionnelle, mais aussi des ressources humaines¹²²⁸. Dans le cadre des entreprises françaises, nous constatons un accroissement de la négociation entre les acteurs qui a débouché sur l'émergence d'une norme juridique avec les lois du 13 juillet 1983 et du 9 mai 2001 intégrant

techniques et économiques, février 1983, n° 2, pp. 131-137 ; J.M., MARCHAND, « [Note sous décision n° 82-146 DC] », *La Semaine juridique. Édition générale*, 1983 ; L. Hamon, « [Note sous décision n° 82-146 DC] », *Recueil Dalloz*, 1984, pp. 469-470 ; J. BOULOUIS, « [Note sous décision n° 82-146 DC] », *Actualité juridique. Droit administratif*, 1983, pp. 74-80 ; P. BLACHER, « Droit constitutionnel et identité féminine », *Revue administrative*, janvier-février 1996, pp. 38-44 ; F. DEMICHEL, « A parts égales : contribution au débat sur la parité », *Recueil Dalloz*, 1996, pp. 95-97 ; L. FAVOREU, L. PHILIP « Quotas par sexe. Indivisibilité du corps électoral. Principe d'égalité », *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel. Dalloz*, 1999, pp. 556-562. Loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008 de modernisation des institutions de la V^e République, JORF 24 juillet 2008.

¹²²⁵ Art. 1^{er}, al. 2, de la Constitution de 1958.

¹²²⁶ Conseil constitutionnel, « Comment la Constitution garantit-elle l'égalité homme-femme ? », disponible en ligne [<https://www.conseil-constitutionnel.fr/node/17104/pdf>] ; F. MELIN-SOUCRAMANIEN, « Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel. Quelles perspectives pour la question prioritaire de constitutionnalité ? », Cahiers du conseil constitutionnel n° 29, Octobre 2010, disponible en ligne, [<https://www.conseil-constitutionnel.fr/nouveaux-cahiers-du-conseil-constitutionnel/le-principe-d-egalite-dans-la-jurisprudence-du-conseil-constitutionnel-quelles-perspectives-pour-la>].

Article issu d'une conférence prononcée le 10 mars 2010 au Conseil constitutionnel.

¹²²⁷ Décision n° 2015-465 QPC du 24 avril 2015 : « le principe de parité « n'institue pas un droit ou une liberté que la Constitution garantit ». Autrement dit « sa méconnaissance ne peut donc être invoquée à l'appui d'une question prioritaire de constitutionnalité ». Le principe de parité permet aussi « au législateur d'instaurer tout dispositif tendant à rendre effectif l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et fonctions électives ainsi qu'aux responsabilités professionnelles et sociales (...). À cette fin, il est loisible au législateur d'adopter des dispositions revêtant soit un caractère incitatif, soit un caractère contraignant. Il lui appartient toutefois d'assurer la conciliation entre cet objectif et les autres règles et principes de valeur constitutionnelle auxquels le pouvoir constituant n'a pas entendu déroger ». Voy. J. VEYRET « Jurisprudence relative à l'éducation nationale et à l'enseignement supérieur », *Les Cahiers de la fonction publique et de l'administration*, juin 2015, pp. 96-99 ; O. LE BOT, « La parité dans les instances universitaires », *Constitutions*, avril-juin 2015, pp. 262-265 ; A. Legrand, « Quand parité rime avec difficultés », *Actualité juridique. Droit administratif*, 3 août 2015, pp. 1552-1555 ; P.-Y. GAHDOUN, « Jurisprudence sociale du Conseil constitutionnel », *Le Droit ouvrier*, septembre 2015, pp. 549-553 ; S. HENNETTE-VAUCHEZ ; D. ROMAN, « Des usages stratégiques de l'argumentation juridique : retour sur la tierce intervention de REGINE à l'occasion de la décision du Conseil Constitutionnel n° 2015-465 QPC, conférence des présidents d'université », *La revue des droits de l'homme*, juillet 2017, 20 p.

¹²²⁸ J. LAUFER, R. SILVERA. « L'égalité des femmes et des hommes en entreprise. De nouvelles avancées dans la négociation ? », *Revue de l'OFCE*, 2006, p. 247.

le sujet de l'égalité des sexes au sein de la négociation collective¹²²⁹. À proprement parler, cette tendance à la « négociation » de l'égalité des sexes ne concerne pas toutes les entreprises. Fondamentalement, il s'agit d'entreprises qui comportent au minimum « une section syndicale d'organisations représentatives » leur imposant d'établir chaque année une négociation *sui generis* portant sur l'égalité professionnelle. Les entreprises qui n'entrent pas dans le champ d'un accord sur l'égalité professionnelle demeureront tributaires de l'obligation annuelle d'établir un plan d'action¹²³⁰.

377. La société civile est également sollicitée dans la défense et la promotion de l'égalité des sexes. Historiquement, le concept de société civile¹²³¹ est ancien¹²³² et il a plusieurs fois changé de sens¹²³³. La Tunisie a vraisemblablement été, selon Zghal, le seul pays arabe avec l'Algérie à avoir discuté de ce concept afin de pouvoir envisager « la transition du parti unique vers le multipartisme »¹²³⁴. Sana Ben Achour, nous explique que « l'expression “société civile” se traduit en arabe par *mujtamaâ madani*. Il s'agit d'une notion nouvelle qui est apparue en Tunisie avec l'essor associatif des années 1980 qui exprimait “la transition vers le pluripartisme”¹²³⁵. Aussi, la société civile peut se définir comme “une catégorie générique englobant l'ensemble de ces mobilisations — ou plutôt les traces organisationnelles de celles-ci”¹²³⁶. La notion est chargée d'une dimension fortement programmatique, elle encourage une forme particulière de démocratie »¹²³⁷. Cet ensemble constitué d'acteurs dispose d'un pouvoir d'action. En premier lieu, il convient d'évoquer les acteurs que l'on peut qualifier d'acteurs historiques.

¹²²⁹ J. LAUFER., « Entre égalité et inégalités : les droits des femmes dans la sphère professionnelle », *l'Année sociologique*, 2003, pp.143-174.

¹²³⁰ Dossier législatif, Loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels, TITRE II - Favoriser une culture du dialogue et de la négociation, disponible sur https://www.legifrance.gouv.fr/affichLoiPubliee.do?idDocument=JORFDOLE000032291025&type=expose&le_gislature=

¹²³¹ « Par société civile on entendait les multiples formes d'organisation volontaire indépendantes de l'Etat. L'idée sous-jacente à cette notion est qu'une république civile est exposée à des coups d'état militaires si elle ne peut plus s'appuyer sur un réseau d'organisations autonomes de la société civile » A. ZGHAL, *Le concept de Société civile et la transition vers le multipartisme, Annuaire de l'Afrique du Nord, Edition CNRS, 1989, p 208.*

¹²³² Il apparaît en Europe au fort de la seconde moitié du XVIIIe siècle. A. ZGHAL, *Le concept de Société civile et la transition vers le multipartisme, Annuaire de l'Afrique du Nord, Edition CNRS, 1989, p 207.*

¹²³³ A la suite de la première guerre mondiale marqué par la victoire du Parti communiste russe Voy. A. ZGHAL, *Ibidem.*

¹²³⁴ A. ZGHAL, *Ibidem.*

¹²³⁵ S. BEN ACHOUR, « Société civile en Tunisie : les associations entre captation autoritaire et construction de la citoyenneté », In, *Les sociétés civiles dans le monde musulman*. A BOZZO (Dir.), La Découverte, 2011, p. 293.

¹²³⁶ M. LECLERC-OLIVE, « Qu'a « fait » la notion de société civile ? Quelques réflexions suggérées par la crise malienne », *Cahiers Sens public*, 2013, p. 109.

¹²³⁷ M. LECLERC-OLIVE, « Qu'a « fait » la notion de société civile ? Quelques réflexions suggérées par la crise malienne », *Cahiers Sens public*, 2013, p. 110. pp. 107-126.

378. En France, la représentation de la société civile et la question de l'intégration du principe se sont réalisées à travers une institution constitutionnelle : il s'agit depuis 2008 du Conseil économique, social et environnemental¹²³⁸. Cette institution ancienne est apparue pour la première fois dans le paysage institutionnel français en 1924 avec la création d'un Conseil national économique¹²³⁹. Celui-ci était composé d'une palette d'acteurs de la société civile passant par des syndicalistes ouvriers, patronaux et agricoles. À la libération, le Conseil nouvellement nommé Conseil économique est consacré par son inscription au sein de la Constitution du 13 octobre 1946¹²⁴⁰, c'est dans la Constitution de 1958.

379. En Tunisie, il existe des acteurs historiques tels que l'Union générale des travailleurs tunisiens (UGTT)¹²⁴¹ et de nouveaux acteurs émergents comme l'ordre des avocats et des associations. L'UGTT constitue l'organe central syndical de la Tunisie et bénéficie d'une forte légitimité historique acquise lors du mouvement nationaliste tunisien. Elle a été créée le 9 janvier 1946 et a été un acteur actif dans le mouvement national de lutte pour l'indépendance de l'État. Cette force syndicale fut renforcée depuis la chute du régime de Ben Ali, car elle a joué un rôle fondamental dans le mouvement social révolutionnaire¹²⁴² et a même dépassé le cadre traditionnel. En effet, « plus qu'un simple syndicat, il est devenu "une force politique"¹²⁴³, notamment dans son rôle tenu sur la scène du dialogue national »¹²⁴⁴. L'UGTT est composé de 24 unions régionales, c'est-à-dire une par gouvernorat¹²⁴⁵. La doctrine¹²⁴⁶ opère une distinction dans le cadre de son action dans l'histoire. D'une part, elle estime que l'organisation a connu un mouvement bureaucratique qui a été relativement proche du pouvoir central. D'autre part, une frange de l'organisation davantage révolutionnaire a progressivement pris le dessus sur le premier mouvement dans un contexte de crise. Ce constat rejoint l'idée de Zghal qui estime

¹²³⁸La loi constitutionnelle du 23 juillet 2008 relatif au changement de nom, plafonnement à 233 du nombre des membres.

¹²³⁹ <https://www.lecese.fr/decouvrir-cese/historique>

¹²⁴⁰ L'article 25 de la Constitution prévoit la création du Conseil économique. Institution en charge de l'examen des projets et propositions de loi de sa compétence.

¹²⁴¹ Voy. Sur le sujet, H. YOUSFI, *L'UGTT, une passion tunisienne. Enquête sur les syndicalistes en révolution 2011-2014*, Med Ali Etions, Instituts de recherche sur le Maghreb contemporain (IRM), Tunis, 2015, 254 pages.

¹²⁴² N. MIZOUNI, « L'UGTT, moteur de la révolution tunisienne », *Tumultes*, 2012, pp. 71-91. ; F. Brun, « La révolution en Tunisie », *Multitudes*, 2011, p. 23. (pp. 22-25).

¹²⁴³ H. NAFTAI, *De la révolution à la restauration, où va la Tunisie ?*, Édition Riveneuve, Tunis, 2019, p. 202.

¹²⁴⁴ Conf supra Prix Nobel de la paix.

¹²⁴⁵ Le gouvernorat est l'équivalent de région en France.

¹²⁴⁶ H. YOUSFI, *Repères économie : L'Union générale tunisienne du travail (UGTT), une organisation syndicale atypique*. Moyen Orient. 2019, ; H. YOUSFI, « Sur les braises du « Printemps arabe », Ce syndicat qui incarne l'opposition tunisienne », *Le Monde diplomatique*, 2012, pp 17-18. Disponible en ligne [<https://www.monde-diplomatique.fr/2012/11/YOUSFI/48348>]

qu'avec le temps, la société civile va s'inscrire dans une forme de bureaucratie. Or la notion de société civile qui peut s'interpréter comme une critique par rapport au système du parti unique change son rapport au pouvoir en période de crise. En outre, l'expérience tunisienne nous montre d'une part que la société civile a été nécessaire pour défendre une vision démocratique de la société avec l'inclusion des femmes, d'autre part le caractère évolutif de la notion selon le contexte particulier dans lequel elle se situe.

380. En deuxième lieu, nous songeons aux lanceurs d'alerte. Dans le cadre d'une émergence internationale de législations relatives à la protection des lanceurs d'alertes¹²⁴⁷, les législateurs français et tunisiens ont fait d'eux des relais importants et, à cet égard, ont cherché à mieux les protéger. Comment peut-on protéger les lanceurs d'alerte en Tunisie ? C'est à travers l'Instance Nationale de Lutte Contre la Corruption (INLUCC), créée en réaction à l'ampleur de la corruption, que l'idée d'une protection des lanceurs d'alerte est apparue nécessaire¹²⁴⁸. Avec l'aide de l'agence française anticorruption et de la Commission européenne, la Tunisie a élaboré un plan d'action destiné en partie à protéger les lanceurs d'alertes¹²⁴⁹. Ces acteurs participent désormais à la protection et à la promotion du principe d'égalité des sexes, certes encore insuffisamment, mais potentiellement intéressante.

381. En dernier lieu, à l'heure où l'image est importante, on voit dans la pratique de nouvelles méthodes émerger afin de dissuader les entreprises d'emprunter la voie de l'inégalité en adoptant des comportements peu respectueux des politiques d'égalité de traitement. En effet, le *Name and Shame*, ou alors le phénomène social du *#balance ton porc* sont rapidement devenus des outils dissuasifs. La société civile, ainsi que les entreprises ont fait de la réputation une arme soit pour promouvoir l'image de leur entreprise¹²⁵⁰ soit au contraire pour dénoncer sur l'espace

¹²⁴⁷E. KAPLAN, « The International emergence of legal protections for whistleblowers », *The Journal of Public Inquiry*, 2001, p. 37.

¹²⁴⁸S. KADDOUR, « Les lanceurs d'alerte dans les pays en transition démocratique : les enseignements tirés de l'expérience tunisienne. », *La Revue des droits de l'homme*[Online], 10 | 2016, Online since 07 July 2016, connection on 02 September 2019. [<http://journals.openedition.org/revdh/2435>]

¹²⁴⁹Ministère de l'économie des finances et de la relance français, « A Tunis, l'AFA Aa participé au séminaire consacré à « la protection des lanceurs d'alerte, des témoins et des experts » organisé par l'INLUCC », disponible en ligne [<https://www.economie.gouv.fr/node/37085>]

¹²⁵⁰Les comportements respectueux de l'égalité peuvent se traduire par une récompense avec la mise en place d'un label de l'égalité ou alors la mise en œuvre d'une demi-journée de repos lors de la journée internationale pour les femmes. F. DUMONT « Journée internationale pour les droits des femmes : octroi d'une demi-journée de repos aux seules femmes, JCP S, 2017, p. 1288.

public les mauvais joueurs¹²⁵¹. Pour garantir le principe d'égalité des sexes, les systèmes juridiques vont s'appuyer sur des outils classiques de mise en œuvre concrète du principe.

Section 2 : Le choix des moyens

382. Les acteurs de la défense de l'égalité des sexes ayant été présentés dans la première partie, il convient désormais de s'intéresser aux outils permettant de garantir et promouvoir ce principe. Il ne s'agit pas ici d'évoquer tous les outils tant ils sont nombreux et impliqueraient de fait une étude propre à la question. Dans le cadre de notre approche, nous allons dégager des moyens mis en œuvre qui nous semblent connexes aux deux systèmes juridiques. Au XXI^e siècle, il est possible d'identifier des outils classiques de la concrétisation du droit relatif au principe d'égalité des sexes, outils qui s'articulent autour de la distinction que les théoriciens du droit¹²⁵² vont établir entre le principe et la règle de droit¹²⁵³. L'égalité des sexes en tant que règle juridique est garantie par des outils variés, peu spécifiques¹²⁵⁴ pour les uns (§ 1), plus adaptés pour d'autres, qui sont pour cette raison plus intéressants (§ 2).

§ 1. Les outils non spécifiques

383. On peut distinguer les mécanismes contraignants (A), d'une part et les dispositions simplement incitatives (B), d'autre part.

A) Les outils contraignants

384. L'efficacité des démarches contraignantes. Le pouvoir de sanction dont disposent certains acteurs apparaît comme une méthode intemporelle et très ancienne. Elle demeure l'outil de coercition privilégié par l'État pour convaincre les différents acteurs de la société de

¹²⁵¹ Il s'agit de mettre sur la place publique le nom des entreprises qui ne sont pas respectueuses de l'égalité des sexes en s'attaquant à la réputation de l'entreprise ou alors de dénoncer sur les réseaux sociaux des actes liés au harcèlement ou même de viol commis par des personnes.

¹²⁵² R. Dworkin, *Prendre les droits au sérieux*, Op. Cit. p. 79 s.

¹²⁵³ Réf. R. Legendre, *Droit international privé et droits fondamentaux*, Dalloz, 2020, n° 33 et s.

¹²⁵⁴ V. Champeil-Desplats, Op. Cit. p. 15

respecter le principe d'égalité des sexes. Ces sanctions sont de plusieurs natures : elles peuvent prendre la forme de sanctions civiles ou de sanctions pénales. La méthode la plus connue est certainement celle qui vise à entraîner une pénalité financière, laquelle permet aux autorités publiques d'avoir un droit de regard important sur les actions des acteurs économiques. C'est le cas dans les entreprises qui sanctionnent les manquements à certaines obligations¹²⁵⁵. Dans le cadre des entreprises françaises, des mesures contraignantes prévues par le législateur qui font de la mise en œuvre du principe d'égalité des sexes une obligation de résultat à la charge de l'entreprise. En effet, l'article 104 de la loi du 5 septembre 2018¹²⁵⁶ relatif à la liberté de choisir son avenir professionnel a institué de nouvelles obligations en matière d'égalité de rémunération¹²⁵⁷. À titre d'exemple, les mesures mises en place pour respecter cette obligation¹²⁵⁸ sont la conclusion obligatoire d'un accord sur l'égalité professionnelle¹²⁵⁹, d'un plan d'action¹²⁶⁰ ou le calcul et la publication d'un index « égalité professionnelle »¹²⁶¹ ou encore la consultation du Conseil social économique et environnementale (CESE). Toute entreprise qui ne respecte pas cette obligation s'expose à des sanctions civiles¹²⁶² et pénales¹²⁶³. Une condamnation pour discrimination fondée sur le Code pénal¹²⁶⁴ ou le Code du travail¹²⁶⁵.

¹²⁵⁵ A titre d'exemple on peut citer celles relatives à la négociation, à la publication de l'index égalité professionnelle. Art. L.2242-8 du Code du travail prévoit une pénalité financière en cas de défaut de publication à échéance. La pénalité repose sur les rémunérations et gains soumis à cotisation au sens du 1^{er} alinéa de l'art. L. 242-1 du Code de la sécurité sociale.

¹²⁵⁶ Loi n°2018-771 du 5 septembre 2018

¹²⁵⁷ C. TERRENOIRE, « Egalité de rémunération entre les femmes et les hommes : de nouvelles obligations », JCP S, 2018, p. 1310.

¹²⁵⁸ Auparavant il s'agit d'une simple obligation de moyens.

¹²⁵⁹ Art. L2242-1 du code du travail. « Dans les entreprises où sont constituées une ou plusieurs sections syndicales d'organisations représentatives, l'employeur engage au moins une fois tous les quatre ans :

1° Une négociation sur la rémunération, notamment les salaires effectifs, le temps de travail et le partage de la valeur ajoutée dans l'entreprise ; 2° Une négociation sur l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes, portant notamment sur les mesures visant à supprimer les écarts de rémunération, et la qualité de vie au travail » ; « Un accord conclu dans l'un des domaines énumérés aux 1° et 2° de l'article L. 2242-1 et à l'article L. 2242-2 peut fixer la périodicité de sa renégociation, dans la limite de quatre ans ». Art. L2242-12 du Code du travail français. Exemple d'accord : interdire des réunions après certaines heures ou encore l'obligation de vérifier la terminologie sur les offres d'emploi...

¹²⁶⁰ En l'absence d'accord relatif à l'égalité professionnelle dans les entreprises soumises à l'obligation de négociation, l'employeur est dans l'obligation d'établir un plan d'action annuellement dont l'objectif est d'assurer l'égalité professionnelle entre les sexes au sein de l'entreprise. Art L2242-9 du Code du travail français. Il faut également préciser que les entreprises qui compte au moins 50 salariés doit être également couverte par ce plan même si elle n'est pas soumise à l'obligation de négocier. Aussi, l'employeur est tenu d'évaluer les objectifs fixés et des mesures adoptées au cours de l'année et par la suite fixer les objectifs de progression pour l'année à venir. Le plan inclus les actions qualitatives et quantitatives ainsi que l'évaluation des coûts.

¹²⁶¹ Loi n°2018-771 du 5 septembre 2018 Art. 104.

¹²⁶² Art L. 1332-4 et L. 1142-3 du Code du travail français.

¹²⁶³ L'employeur s'expose notamment à un an d'emprisonnement et une amende. Art. L1146-1 à L 1146-3 du Code du travail français.

¹²⁶⁴ Article 225-1 du Code pénal.

¹²⁶⁵ Art. L 1146-1 du Code du travail.

ou sur le manquement à une obligation de négociation¹²⁶⁶ entraîne l'exclusion de l'entreprise de la faculté à se porter candidate à un marché public et à un contrat de concession.

385. Ensuite, la méthode de référence en matière de mise en œuvre de l'égalité des sexes est consacrée par les deux Constitutions. Il s'agit de la méthode paritaire qui autorise le législateur à prendre des mesures correctives ou compensatrices à travers la discrimination positive. En France, la conception classique de la notion d'égalité à la base du système républicain connaît un renouvellement permettant l'émergence d'un droit constitutionnel à la parité¹²⁶⁷. Il en découle une amélioration notable du nombre de femmes candidates et celui de femmes élues. En matière électorale, le degré de contrainte est conditionné par la nature du scrutin auquel les femmes peuvent candidater et notamment par la sanction encourue. En ce sens, dans le cadre des élections au scrutin de liste, le non-respect de la parité de candidature est sanctionné par le non-enregistrement des listes électorales¹²⁶⁸. C'est ainsi que, s'agissant des élections au scrutin uninominal, le principe de parité demeure moins contraignant¹²⁶⁹. Ainsi, seules les élections dans lesquelles les mécanismes de parité ont été mis en œuvre présentent des avancées en matière de plus-value significative de la mixité en politique¹²⁷⁰. C'est un outil très présent, mais qui n'est pas synonyme d'une égalité des sexes qualitative. Toutefois, en Tunisie, l'absence de sanction pour non-respect du principe de parité démontre en ceux qu'il est un instrument essentiel de transition vers une société plus égalitaire. Même si la parité est inscrite dans plusieurs dispositifs juridiques¹²⁷¹, elle demeure insuffisante, car ces dispositifs ne prévoient pas de sanctions en cas de non-respect de la parité ; ce qui a eu pour conséquence de voir le nombre de femmes diminuer sur la scène politique¹²⁷².

¹²⁶⁶ Obligation relative à l'égalité professionnelle et salariale entre les femmes et les hommes au 31 décembre de l'année précédant celle au cours de laquelle a lieu le lancement de la procédure de passation du marché public. Art. 45 de l'Ordonnance n°2015-899, 23 juillet, 2015 et Art 39 de l'Ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016.

¹²⁶⁷ En France, la loi constitutionnelle du 8 juillet 1999 instituant la parité politique ou encore la loi du 9 mai 2001 relative à l'égalité professionnelle entre les hommes et les femmes.

¹²⁶⁸ Assemblée nationale, Fiche de synthèse n°13 : L'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et fonctions électives, disponible en ligne [<http://www2.assemblee-nationale.fr/decouvrir-l-assemblee/role-et-pouvoirs-de-l-assemblee-nationale/les-institutions-francaises-generalites/l-egal-acces-des-femmes-et-des-hommes-aux-mandats-electoraux-et-fonctions-electives2>]

¹²⁶⁹ La non-application de la parité en France entraîne des sanctions financières concernant les élections législatives ou de suppléance de sexe opposé pour les élections sénatoriales dans les départements élisant un ou deux sénateurs ou sénatrices.

¹²⁷⁰ G. Gautier, ancienne Présidente de la Délégation du Sénat aux droits des femmes, *L'accès des femmes aux mandats électifs*, op. Cit. p. 79.

¹²⁷¹ Art. 34 et 46 de la Constitution Tn. De 2014.

¹²⁷² WMC et TAP, « la Parité politique fortement présente dans les lois, mais quasi-absente dans la réalité », Webnagercenter, 15 février 2020, disponible en ligne [<https://www.webmanagercenter.com/2020/02/15/444904/la-parite-politique-fortement-presente-dans-les-lois-mais-quasi-absente-dans-la-realite/>]. Samia Doula, la juge et présidente de cellule au Centre des études juridiques et judiciaires au ministère de la Justice, précise dans l'article de presse que « que lors des élections des structures

B) Les mesures incitatives

386. Cette seconde catégorie de mesures est moins contraignante que la première, mais présente à notre sens une dimension plus qualitative. Elle permet à l'État de mettre en place des dispositifs incitatifs après le constat porté sur les discriminations positives. Cependant, les aspects négatifs de cette mesure devraient conduire à son remplacement par des mesures de type « affirmative action »¹²⁷³. Il ne s'agirait plus cette fois à titre d'exemple de réserver des postes de cadres aux femmes, mais d'inciter celles qui peuvent y prétendre à porter leur candidature au poste. Cela peut aller jusqu'à les aider à obtenir la promotion en organisant des sessions de remise à niveau à leur intention afin d'augmenter leurs chances de réussite. Ce type de mesure a été considéré comme pervers, car « l'ensemble de ces mesures souffre cependant d'un vice congénital, qui est de lutter contre les inégalités avec des armes inégalitaires ». Ce système avantagerait la réussite des catégories défavorisées, qui, de fait, devraient à leur genre et non pas à leur mérite.

387. Ce constat a été établi aux États-Unis¹²⁷⁴, où de nombreuses mesures destinées à favoriser les minorités ethniques ont fait l'objet de contestations violentes en raison de leur effet d'accentuation des inégalités. L'expérience américaine démontre qu'il est difficile d'admettre qu'un américain ne faisant pas partie d'une minorité se voit refuser l'accès à l'université alors qu'un américain issu d'une minorité ayant des résultats scolaires bien inférieurs est admis. Cette problématique peut être transposable en France, dans le domaine de la fonction publique où il y a des taux de succès inégaux entre les deux sexes dans les concours de recrutements. La mixité des concours, dans certains domaines, a féminisé certaines professions¹²⁷⁵. *A contrario*, dans

judiciaires, le bulletin électoral qui ne respecte pas la parité est considéré nul ce qui garantit une présence importante de la femme juge dans les différents postes de responsabilité (procureur de la république, président de la chambre criminelle...).

¹²⁷³ Cette expression américaine peut se définir comme « un ensemble de procédés consistant à accorder un traitement préférentiel à des groupes ou individus sous-représentés et/ou historiquement discriminés, dans le but d'établir ou de rétablir l'égalité. Elle peut être à finalité explicitement réparatrice (remédier à des discriminations passées) ou être justifiée par un objectif plus large de promotion de la diversité. Si elle a bénéficié à différents groupes (minorités, femmes, personnes atteintes de handicap) et a été appliquée dans différents pays (États-Unis, Afrique du Sud post-apartheid, Inde, etc.), J. MORRI, « Affirmative action », in *Dictionnaire Juridique de l'égalité et de la non-discrimination*, D. THARAUD, C. BOYER-CAPELLE (Dir.), L'Harmattan 2021, p. 23

¹²⁷⁴ Voy. Sur le sujet, T.H ANDERSON, ANDERSON, *A History of Affirmative Action*, Oxford University Press, 2004; N. MILLS (Ed.), *Debating affirmative action*, Delta Book, 1994.

¹²⁷⁵ Les instituteurs sont quasiment tous des institutrices. Il en va de même dans le milieu de la magistrature.

les recrutements de l'enseignement supérieur¹²⁷⁶, le taux de féminisation est encore bien inférieur à 50 % dans les disciplines scientifiques. Pour certains auteurs de la doctrine, l'unique moyen d'établir la parité est d'abandonner la mixité pour revenir à des concours séparés comme autrefois. Le seul inconvénient serait le recrutement d'hommes et de femmes à des niveaux de compétences différents pour les mêmes postes.

388. Le législateur prévoit également des mesures incitatives dans le domaine du droit des sociétés et du droit social. Dans le domaine du travail, le législateur a prévu une sanction financière qui peut aller jusqu'à 1 % de la masse salariale envers les entreprises dans lesquelles il n'existe pas d'accord collectif ou de plan d'action favorable à l'égalité professionnelle entre les sexes¹²⁷⁷. Cette sanction financière découle de la loi du 9 novembre 2010¹²⁷⁸. Concernant la représentation équilibrée des femmes et des hommes au sein des conseils d'administrations et de surveillance et à l'égalité professionnelle, la loi du 27 janvier 2011¹²⁷⁹ prévoit un seuil minimum de 40 % de chaque sexe dans les établissements publics et sociétés visés¹²⁸⁰. Le non-respect de cette disposition paritaire introduite par la loi *Copé-Zimmerman* entraîne deux types de sanctions : d'une part, la nullité des nominations qui seraient contraires à l'objectif de parité, à l'exception de celles qui concernent un membre féminin, d'autre part, la suspension temporaire de versement des jetons de présence¹²⁸¹. Ces derniers correspondent à la

¹²⁷⁶ Relatif au niveau du « Collège A », c'est-à-dire ceux des Professeurs et Directeurs de recherches,

¹²⁷⁷ Cf. Semaine sociale Lamy n°1502, p. 3, et n°1513, p.2.

¹²⁷⁸ LOI n° 2010-1330 du 9 novembre 2010 portant réforme des retraites. JORF n°0261 du 10 novembre 2010 page 20034 texte n° 1.

¹²⁷⁹ LOI n° 2011-103 du 27 janvier 2011 relative à la représentation équilibrée des femmes et des hommes au sein des conseils d'administration et de surveillance et à l'égalité professionnelle. JORF n°0023 du 28 janvier 2011 page 1680 texte n° 2. La loi détermine un pourcentage minimal de membres féminins et masculins au sein de ces organes. La représentation des femmes a été fixée à 20 % dès 2014 pour les sociétés cotées et publiques, ensuite à 40 % à partir de 2017 pour toutes les entreprises. Les conseils d'administration ou de surveillance qui comptent plus de 8 membres sont également dans l'obligation de respecter un écart maximum entre le nombre des membres de chaque sexe de 2 individus.

¹²⁸⁰ En effet, selon cette dernière loi dite *Copé-Zimmerman*, la proportion des membres du Conseil d'administration ou de surveillance de chaque sexe ne peut pas être inférieure à ce pourcentage au sein des CA au 1^{er} janvier 2017 dans les sociétés qui comptent plus de 500 salariés permanents et un chiffre d'affaires qui dépasse 50 millions d'euros. Aussi, le conseil d'administration ou de surveillance qui n'applique pas les dispositions légales de parité entre les sexes se retrouve dans l'obligation de nommer à titre provisoire un nouveau membre dans un délai de 6 mois. Nonobstant, ce dispositif réglementaire clarifie que les listes des candidats représentant les salariés au conseil doivent être paritaires. La loi sur la parité du conseil d'administration et de surveillance concerne plusieurs types de sociétés : les sociétés cotées sous statut SA ou SCA (Société en commandite par actions) ; les sociétés non cotées qui, depuis 3 exercices comptables au moins, emploient au minimum 500 salariés permanents en moyenne et affichent 50 millions d'euros au moins de chiffre d'affaires net ou de total de bilan ; les entreprises publiques nationales, établissements publics industriels et commerciaux et aux établissements publics mixtes de l'État dont le personnel est soumis à des règles de droit privé (depuis 2012).

¹²⁸¹ Ici nous employons l'ancien terme de jeton de présence pour respecter le contenu des anciennes dispositions. Toutefois, la loi PACTE est venue modifier cette terminologie au profit de celle de « rémunération allouée ». Conf. Loi n° 2019-486 du 22 mai 2019 relative à la croissance et la transformation des entreprises, dite loi *PACTE*, art. 185 ; C. com. art. L 225-45.

rémunération perçue par les membres des conseils d'administration au titre de leur participation. Un autre aspect important de la loi est celui de l'incidence sur le rapport annuel des sociétés cotées. Les sociétés doivent intégrer dans ce dernier rapport un état des lieux de la parité homme-femme de leur conseil d'administration ou de surveillance. En cas de non-respect de la composition du conseil, qui par conséquent entraînerait la suspension du versement des jetons de présence, le rapport doit mentionner ces éléments, dans l'hypothèse où il intègre les rémunérations des mandataires sociaux.

§ 2. Les outils spécifiques

389. Ces outils traduisent la nécessité d'une protection spécifique du principe d'égalité des sexes en tant que valeur issue du système des droits de l'Homme. Cette protection peut se scinder en deux catégories de méthodes : l'État garantit le respect de ce principe grâce à la justice constitutionnelle (A), mais également à travers un système de promotion du principe d'égalité des sexes à travers un système de règles issues de la *Soft Law* (B).

A) La protection du principe d'égalité des sexes dans le cadre de la justice constitutionnelle

390. L'« État de droit » en tant que système juridique structurant les relations entre acteurs. Le juge constitutionnel veille au respect des droits fondamentaux « de manière abstraite et générale à la source de la loi »¹²⁸². Ce pouvoir de veille se matérialise par un pouvoir de sanction du caractère fondamental d'un droit à travers « le crible de la hiérarchie des normes »¹²⁸³ qui s'inscrit dans un cadre général de l'État de droit.

391. La démocratie libérale, qui est largement diffusée dans le monde, suppose que son organisation juridique soit corrélée à une importante structuration hiérarchique. Elle implique aussi l'existence préalable d'un constitutionnalisme qui rejoint lui-même l'idée de l'État de droit. Ainsi, la violation d'un droit fondamental par le législateur pourra être censurée par le juge constitutionnel. Le constitutionnalisme est un « impératif politique de fixer les règles les

¹²⁸² P. BERNARD. « La portée structurante des droits fondamentaux », *VST - Vie sociale et traitements*, 2005, pp. 137-156.

¹²⁸³ *Ibid.*

plus “importantes” par écrit, de déterminer les obligations et les droits des gouvernants et des citoyens, donc de proclamer les droits de l’homme et du citoyen. »¹²⁸⁴. Actuellement, le principe d’égalité femmes-hommes fait partie de cette catégorie des droits fondamentaux. Le « constitutionnalisme contemporain »¹²⁸⁵, quant à lui, est apparu avec le contrôle de constitutionnalité des lois. Si la première notion insiste sur la suprématie de la Constitution avec l’idée de respect des droits fondamentaux, la seconde notion se caractérise par une approche formelle du droit. L’approche formelle du droit assortie d’un contrôle juridictionnel des modalités d’application du droit. Il est nécessaire, dans un État de droit, de structurer la hiérarchie des normes¹²⁸⁶, ce qui veut dire que la Constitution doit déterminer les formes normatives de production du droit¹²⁸⁷. Elle doit également déterminer les juridictions habilitées à exercer le contrôle de conformité des normes et mettre en œuvre la responsabilité des organes ayant méconnu leurs obligations.

392. Pour lutter contre l’arbitraire, la doctrine de l’État de droit consacre un premier principe, celui de légalité¹²⁸⁸. Cependant, ce seul principe apparaît insuffisant, car la loi peut elle-même être oppressive. La théorie de l’État de droit¹²⁸⁹ recherche donc un second principe pour permettre une protection effective et efficace contre l’arbitraire, ce qui permet d’éviter

¹²⁸⁴ L. FAVOREU ; P. GAÏA ; R. GHEVONTIAN ; J.-L. MESTRE ; O. PFERSMANN ; A. ROUX ; G. SCOFFONI, *Droit constitutionnel*, 18e éd., Paris, Dalloz, 2016, p. 92.

¹²⁸⁵ « Le constitutionnalisme contemporain a promu, au plus haut degré de la hiérarchie des normes, le respect des droits de l’homme et, parallèlement, suscité le renforcement, voire la création de juridictions constitutionnelles chargées de ce contrôle ». CC, *Espace francophone et Etat de droit, Cahiers du conseil constitutionnel*, 1996, N° 1.

¹²⁸⁶ « Le contrôle de conformité des lois à la Constitution a pour objet de faire respecter la hiérarchie des normes, dont l’ordonnement fonde le principe de légalité démocratique : la loi n’est pleinement légitime que si elle respecte les principes supérieurs posés par la Constitution et si elle a été adoptée selon une procédure régulière ». Sénat - Le contrôle de constitutionnalité des lois.

¹²⁸⁷ Voy. Sur la question de la norme, E. MILLARD, « Qu’est-ce qu’une norme juridique ? », *Cahiers du conseil constitutionnel*, 2007, n° 21 ; D. Bechillon, *Qu’est-ce qu’une règle de droit ?*, Paris, Odile Jacob, 1997, 302 pages ; R. Dworkin, *Prendre les droits au sérieux*, PUF, 1995, 520 pages ; H. Kelsen, *Théorie générale des normes*, Paris, PUF, 1996, pp. 2-3.

¹²⁸⁸ L. FAVOREU, « Légalité et constitutionnalité », 1997, *Cahiers du conseil constitutionnel*, n° 3 ; voir aussi sur le rapport entre droit constitutionnel et démocratie, G. Vedel, Georges Vedel. - *Manuel élémentaire de Droit Constitutionnel*. Dalloz, 2002, 616 pages ; « Quand Hauriou, Duguit ou encore Esmein utilisent l’expression, c’est au sens moderne de principe de légalité ou, plus largement, pour l’opposer à « l’état de fait » ou à l’État de police, entendu comme le règne de l’arbitraire ». B. Luisin. *La légalité, condition de l’Etat de droit*, Encyclopédie Universalis. Disponible sur [<https://www.universalis.fr/encyclopedie/legalite/2-la-legalite-condition-de-l-etat-de-droit/>] ; « “Le mythe de l’État de droit”, “L’État de droit, rétrospectivement..” », *Civitas Europa*, 2016, pp. 155-182.

¹²⁸⁹ L. Favoreu. « De la démocratie à l’État de droit », *Le Débat*, 1991, pp. 154-158 ; « Le concept d’État de droit renvoie à une certaine vision du pouvoir, inhérente à la conception libérale de l’organisation politique ; donnant à voir un pouvoir limité, parce qu’assujéti à des règles, il implique que les gouvernants ne sont pas placés au-dessus des lois, mais exercent une fonction encadrée et régie par le droit ». J. Chevallier, *L’État de droit*, L.G.D.J., 2017, 160 pages ; M. Troper, *L’État de droit*, Cahiers de Philosophie Politique et Juridique de l’Université de Caen, 1993 ; J.P. Henry, M. Miaille, les paradigmes contemporains : l’État de droit, Sciences de la Société, 1994, pp. 177-792

l'adoption de lois tyranniques dans le but d'établir une société démocratique¹²⁹⁰. Actuellement, malgré les divergences, la majorité de la doctrine place ses espoirs dans le principe de la soumission de la loi à des principes supérieurs¹²⁹¹, ceux qui ont une valeur constitutionnelle¹²⁹². Cette garantie réside dans le contrôle constitutionnel¹²⁹³. Le doyen Vedel affirmait par exemple que le contrôle de constitutionnalité « est un élément important du confort démocratique »¹²⁹⁴ et que la France y est venue, à l'instar de ses voisins européens, non pas par simple mode, mais pour vivre mieux. Aussi « c'est bien ainsi que les Français l'ont compris et adopté »¹²⁹⁵. À travers cette remarque faisant référence à la justice constitutionnelle de manière générale, il est admis que celle-ci est devenue l'une des grandes caractéristiques des formes modernes d'État¹²⁹⁶. Il reste que, pour parvenir à l'égalité des sexes, le pouvoir constituant prévoit des moyens de protection de celui-ci à défaut de définition plus précise¹²⁹⁷.

393. En dépit de la proclamation du principe d'égalité homme-femme dans la Constitution, le principe doit avoir une application réelle. Autrement dit, les personnes doivent avoir accès aux mêmes droits sans aucune discrimination fondée sur le sexe. L'égalité homme-femme *de*

¹²⁹⁰ Eric Millard. L'État de droit: Idéologie contemporaine de la démocratie. J.M. Février & P. Cabanel. Question de démocratie, Presses universitaires du Mirail, pp.415-443, 2001, Amphi 7.

¹²⁹¹ L'Etat de droit y est défini comme celui « qui est subordonné à une règle de droit supérieur à lui-même, qu'il ne crée pas qu'il ne peut pas violer ». Aussi, « il faut affirmer énergiquement et inlassablement que l'Etat dans toutes ses manifestations est limité par un droit supérieur à lui ». Voy. L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, Paris, De Bocard, 1930, p. 589.

¹²⁹² Léon Duguit écrivait que « le législateur ne peut faire aucune loi qui porte atteinte à la propriété des individus », car celui-ci « est rangée par la déclaration des droits de l'homme au nombre des droits naturels ». Aussi comme nous le rappelle la doctrine (H. Carlos-Miguel, « Quelques remarques à propos de la notion d'État de droit ». *In*: L'Homme et la société, 1994. Figures actuelles du capitalisme. pp. 89-103.) « Duguit prônait déjà sous la Troisième République la primauté de la Déclaration des droits de l'homme de 1789 sur la loi positive et se déclarait en faveur du pouvoir des tribunaux pour apprécier la constitutionnalité des lois, qui “doivent pouvoir aussi refuser d'appliquer une loi qui, sans contenir une violation d'une règle constitutionnelle écrite, est certainement en contradiction avec un principe de droit supérieur non écrit et que la conscience collective aperçoit fortement comme si imposant à l'État” ». Cf. Duguit, *op. cit.*, p. 599.

¹²⁹³ Deux conceptions s'opposent. La première consiste à admettre que les principes législatifs sont ceux qui ont fait l'objet d'une inscription dans la Constitution par le Constituant originaire. Ces principes étant des principes du droit positif. La seconde conception, quant à elle, admet que les principes supra législatifs ne sont pas des principes du droit positif, mais des principes du droit naturel. Pour cette doctrine, ces principes ne tirent pas leur force et leur valeur de l'édiction de certains textes. C'est notamment le cas lors de leurs proclamations dans les préambules des Constitutions ou dans les déclarations des droits. Ce ne sont donc que de simples « déclarations ». Cette deuxième conception se heurte à celle des positivistes qui déclarent que « la justesse d'une conception ne se mesure pas à la force des justifications qu'elle fonde ». Voy. G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, p. 222.

¹²⁹⁴ G. VEDEL, « Neuf ans au Conseil constitutionnel » *Le débat* 1989, n° 55, p. 61.

¹²⁹⁵ *Ibid.*

¹²⁹⁶ La justice constitutionnelle fut mise en œuvre dans plusieurs pays, mais à des époques et sous des influences différentes. Ces facteurs ont abouti à la naissance de deux modèles de référence en la matière : le modèle américain et le modèle européen. Chaque modèle dispose de leurs caractéristiques propres et identifiables.

¹²⁹⁷ Toutefois, le principe général est considéré comme constituant un solide " *pilier de l'Etat de droit* ". J. ROBERT, *Cahiers du conseil constitutionnel*, 1997, n° 3.

jure n'implique pas systématiquement une égalité *de facto*. Ainsi, malgré les acquis réalisés en matière d'égalité des sexes, le législateur et l'État doivent contribuer à établir, dans leurs actions, une égalité réelle homme-femme. Comme nous l'avons déjà évoqué, le droit a fait l'objet d'une mutation quant à sa substance, ce qui a permis de déboucher sur l'identification de plusieurs outils permettant le renforcement de l'égalité des sexes, d'une part avec l'existence d'un système de protection constitutionnelle, d'autre part avec l'introduction de techniques ayant en partie pour objectif de garantir et de promouvoir l'égalité des sexes.

394. De manière générale, la mise en place d'une institution telle que la justice constitutionnelle n'est pas aisée. En France, elle a connu une évolution nécessaire pour répondre aux exigences d'un modèle démocratique communément retenu. La justice constitutionnelle peut revêtir plusieurs formes : elle peut être assurée par un organe spécialisé comme la Cour constitutionnelle ou le Conseil constitutionnel et elle peut également être assurée par des juridictions ordinaires. Initialement, cet organe de contrôle a été conçu pour contrôler la constitutionnalité des lois. Puis, son rôle a connu un accroissement important en matière de protection des droits de l'Homme : il est devenu le gardien des libertés et droits fondamentaux. Le principe d'égalité homme-femme, en tant que droit consacré par la Constitution, devient un droit fondamental qui doit être protégé par le mécanisme de protection de justice constitutionnelle. L'organe de justice constitutionnelle est chargé de veiller au respect de la Constitution afin d'assurer la suprématie de cette dernière sur toutes les autres normes. En garantissant le respect des droits et libertés de l'Homme, l'organe juridictionnel protège également le principe d'égalité des sexes figurant dans ces droits et libertés. La protection du principe d'égalité homme-femme par la justice constitutionnelle est de plus en plus importante en France. Le Conseil constitutionnel a joué un rôle essentiel dans la garantie du principe. Ce n'est cependant pas le cas de la Tunisie où la justice constitutionnelle semble connaître une évolution ne serait-ce que par les dispositions contenues dans la Constitution, mais où elle ne répond pas encore aux exigences d'un État dit « démocratique ». La mise en place d'une justice constitutionnelle s'est heurtée aux régimes dictatoriaux successifs.

395. Les mécanismes juridiques. La protection et la mise en œuvre du principe d'égalité des sexes doivent être envisagées sous un angle plus général. Cet angle d'analyse nous permet de soulever la question centrale de la détermination des mécanismes institutionnels spécifiques en vue de garantir leur effectivité. Même si la garantie juridictionnelle n'est pas suffisante à sa protection et à sa mise en œuvre, elle ne relève pas à proprement de la nature du mécanisme,

mais davantage de la nature de la norme qui constitue la « catégorie des droits de l'Homme ». Le juge reste une institution chargée de la mise en œuvre de ce droit ; celle-ci varie selon les pouvoirs dont il dispose pour obtenir le respect de ce principe. En cela, le principe d'égalité en tant que droit fondamental, rencontre des difficultés de mise en œuvre concrète qui sont inhérentes à tout droit de l'Homme : le caractère déclaratif de la norme, ainsi sa force performative qui prive le juge constitutionnel de tout pouvoir de sanction autre que la déclaration d'inconstitutionnalité.

396. Les moyens qui sont susceptibles d'être invoqués relèveraient du « droit constitutionnel substantiel »¹²⁹⁸, celui qui protège les droits de l'Homme ou les droits sociaux, par opposition au droit constitutionnel « institutionnel, celui qui fixe l'organisation et le fonctionnement des pouvoirs publics »¹²⁹⁹. Ainsi la QPC est l'un des mécanismes qui permettent la protection du principe d'égalité entre les hommes et les femmes puisque ce dernier principe fait partie du « droit constitutionnel substantiel »¹³⁰⁰. L'évolution vers un contrôle *a posteriori* a donné un outil supplémentaire au juge constitutionnel français, pour faire respecter la règle de droit et la hiérarchie des normes en donnant la possibilité au citoyen de faire valoir devant le juge constitutionnel ses droits fondamentaux alors même que la loi a été déjà promulguée¹³⁰¹.

B) La promotion du principe d'égalité des sexes par la *soft law*

397. La question paritaire, un choix de méthode entre le droit ou les pratiques. La parité ou la mixité se voit souvent imposée par les principes consacrés par le *hard Law*, c'est-à-dire le droit. Le droit interne français applique essentiellement des normes de *droit dur* pour mettre en œuvre le principe de parité. Ce versant de la mise en œuvre de la mixité confère une forme de légitimité aux mesures d'ordre incitatives en matière de parité. Néanmoins, il existe de nombreuses règles issues de la *soft Law* qui visent à encadrer les comportements des sociétés, notamment ceux relatifs à la mixité. Ce terme *soft Law* qualifié de divers¹³⁰² et insaisissable

¹²⁹⁸ *Ibid.*

¹²⁹⁹ *Ibid.*

¹³⁰⁰ *Ibid.*

¹³⁰¹ X. PHILIPPE, « Les propositions d'amélioration de la protection des droits fondamentaux », *Revue française de droit constitutionnel* 2008, vol. hs 2, no. 5, p. 213. p. 209-222.

¹³⁰² Droit « flou » « mou » « doux », Voy. M. DELMAS-MARTY, « Le mou, le doux et le flou sont-ils des garde-fous ? » in J. Clam, G. Martin (dir.), *Les transformations de la régulation juridique*, LDGJ, 1998, p. 209 s ; M.

¹³⁰³a fait consensus pour l'ériger « au rang de droit »¹³⁰⁴ même si « elle n'est pas forcément norme »¹³⁰⁵. La *Soft Law* est inspirée des pratiques anglo-saxonnes (*common law*) qui permettent la négociation et l'interprétation. La *sof Law* est pratiquée également dans le domaine du droit international dont de nombreux textes et déclarations ont un caractère non contraignant et qui laisse à chaque État ou gouvernement une large marge d'appréciation et d'interprétation. Aussi, dans le domaine du droit international la *Soft Law* peut se définir comme celle qui « désigne un ensemble de règles de droit international non contraignant et pouvant être librement interprétés, mais qui s'applique sous la pression internationale, sous couvert de protection de l'intérêt général »¹³⁰⁶. Ce choix du cadre normatif ou de support à la mixité est en réalité celui du caractère contraignant ou non des mesures de parité. Autrement dit, « la mixité doit-elle être décrétée ? Ou est-il préférable d'encourager et soutenir la mise en œuvre de bonnes pratiques dans les entreprises et les organisations ? »¹³⁰⁷.

398. Il existe différentes formes de « *soft Law* » en droit des sociétés. La *soft Law* consiste dans le cadre des sociétés françaises à codifier des pratiques par les entreprises elles-mêmes. Il existe de nombreux instruments de *soft Law* relatif à la mixité. Dans le cadre de ces pratiques, il existe des actions qui visent à mettre en œuvre la mixité *via* ces codes privés. En effet, il existe à ce jour deux codes de gouvernement d'entreprise élaborés par les entreprises elles-mêmes et qui contiennent les pratiques des sociétés. Il s'agit du code AFEP-MEDEF¹³⁰⁸ qui date de 2003 et le code Middledext qui est plus récent puisqu'il a été rendu public en 2009. Partant, la *soft law* va prévoir des règles relatives à la présence des femmes dans les conseils d'administration. Aussi, la *soft law* peut-elle prendre la forme effectivement de bonnes pratiques, mais elle peut se traduire également, entre autres, par l'élaboration de codes de conduite¹³⁰⁹ ou encore par la règle *comply or explain*. C'est avec la transposition d'une directive

DELMAS-MARTY, *Les forces imaginantes du droit, Le relatif et l'universel*, La couleur des idées Seuil, octobre 2004, p. 182.

¹³⁰³ A. BOUVERESSE, « La portée normative de la soft law », *Revue de l'Union européenne* 2015, p. 291.

¹³⁰⁴ *Ibid.*

¹³⁰⁵ *Ibid.* ; Voy. également, C. THIBIERGE, « Le droit souple - Réflexion sur les textures du droit », *RTD civ.* 2003.

¹³⁰⁶ Définition du lexique en ligne disponible sur [<https://portail-ie.fr/ressource/glossary/90/soft-law>]

¹³⁰⁷ C. FOURCADE, et al. « Mixité : le droit ou les pratiques ? » in *Femmes dans l'entreprise*. EMS Editions, 2017, pp. 69-82.

¹³⁰⁸ Il a été élaboré par les deux grands mouvements patronaux que sont le Mouvement des entreprises de France (MEDEF) et l'Association française des entreprises privées (AFEP). Ce code regroupe les plus grandes sociétés françaises qui pour l'essentiel appartiennent à l'indice CAC 40.

¹³⁰⁹ Le Code de conduite est un des actes ou instruments qui peut être adopté par les entreprises dont l'objet est de prévoir des principes et des valeurs qui guident l'action de l'entreprise. Ces valeurs et principes guident l'action de l'entreprise tant sur le plan de l'organisation interne que dans les relations externes, par exemple les partenaires

européenne par une loi de 2008¹³¹⁰ que la règle *comply or explain* est introduite dans le code de commerce dont l'encadrement a pour objet le rapport du président du conseil d'administration ou de surveillance à l'assemblée générale. Pour cette raison, les entreprises affiliées au code AFEP-MEDEF seront dans l'obligation de justifier la façon dont elles mettent en œuvre la contrainte relative à la représentation équilibrée dans la composition de leur conseil. Cette règle a pour vocation, en premier lieu, à l'adhésion et à l'application volontaire à un système de règles de conduite, en second lieu, à expliquer publiquement la raison pour laquelle on ne l'applique pas dans certains cas conformément aux dispositions de l'article L. 225-37 du code de commerce¹³¹¹. Ce système est plus souple pour les sociétés que celui de la *hard law*. Comme il l'a été développé précédemment, la parité découle *a priori* de principes instaurés par le droit. On constate que dans l'ensemble, les mesures incitatives posées par la *hard law* ont montré que les objectifs ont été respectés. Par contre, les résultats de celles issues de la *soft law* sont plus partagés. Elles ne sont pas significatives en matière de présence de femmes dans les conseils d'administration. Il est vrai que, d'une part, toutes les entreprises ne sont pas adhérentes à un code de gouvernement d'entreprise, et d'autre part, que « sous réserve des réactions du marché, des épargnants et des investisseurs, une règle écartée de façon injustifiée ne trouvera pas de sanction effective »¹³¹². En outre, l'application du code de bonnes conduites est soumise au bon vouloir des sociétés ce qui veut dire qu'elles peuvent l'écarter lorsqu'elles sont déconseillées pour leur gestion. Mais elle laisse également une liberté au juge d'apprécier si une disposition est contraignante ou non, car le caractère non juridique de la *soft law* apparaît au niveau des sources, qui ne sont ni réglementaires ni législatives. La palette de textes que l'on peut qualifier de *soft law* est large. Elle recouvre autant les déclarations politiques¹³¹³ que les programmes d'action. Aussi, on peut constater un manque d'efficacité et une forme d'insécurité

commerciaux. Cette charte d'entreprise traduit un engagement volontaire de l'entreprise dans le cadre de l'égalité homme-femme ou celui de la non-discrimination.

¹³¹⁰ Transposition d'une directive communautaire par la loi n° 2008-649 du 3 juillet 2008 portant diverses dispositions d'adaptation du droit des sociétés au droit communautaire.

¹³¹¹ Article L. 225-37, septième alinéa, du code de commerce ; « *Lorsqu'une société se réfère volontairement à un code de gouvernement d'entreprise élaboré par les organisations représentatives des entreprises, le rapport prévu au présent article précise également les dispositions qui ont été écartées et les raisons pour lesquelles elles l'ont été. Se trouve de surcroît précisé le lieu où ce code peut être consulté. Si une société ne se réfère pas à un tel code de gouvernement d'entreprise, ce rapport indique les règles retenues en complément des exigences requises par la loi et explique les raisons pour lesquelles la société a décidé de n'appliquer aucune disposition de ce code de gouvernement d'entreprise.* »

¹³¹² [<http://www.senat.fr/rap/110-038/110-0384.html>]

¹³¹³ A. CIAUDO, « L'invoication de la Déclaration universelle des droits de l'homme devant le juge administratif », *RFDA* 2019, p.711.

juridique¹³¹⁴. Comme le souligne le rapport du Conseil d'État¹³¹⁵, le « droit mou » permet également l'unification du droit des États membres du Conseil de l'Europe. En ce sens, les États peuvent recourir aux recommandations adoptées par le Comité des ministres et aux échanges d'informations entre États comme moyen de rapprochement des droits des États membres du Conseil de l'Europe. Ces outils jugés plus souples et plus aisément modifiables peuvent constituer dans certains cas de la *soft law* et ainsi produire des effets directs au sein de l'ordre juridique international public. C'est ainsi que la CEDH¹³¹⁶ s'est référée fréquemment aux de ces textes¹³¹⁷ dans ces jugements concernant l'égalité de traitement entre les sexes¹³¹⁸.

399. Bilan d'étape. La question de l'égalité des sexes a été le témoin d'une confrontation entre deux conceptions de l'égalité des sexes, conduisant chacun des acteurs à imposer une adaptation de la jurisprudence constitutionnelle à une conception de l'égalité des sexes qui découle de choix politiques d'une période donnée et dont l'expression se traduit juridiquement par la loi. Cette confrontation apparaît à travers l'adoption d'outils conceptuels nouveaux afin de donner la possibilité au juge constitutionnel de s'adapter aux exigences d'une politique nouvelle en matière d'égalité des sexes. On retrouve cette confrontation lorsque le Conseil constitutionnel a été saisi des lois relatives à l'accès des femmes aux mandats politiques ou aux responsabilités professionnelles, avant l'intervention des révisions constitutionnelles¹³¹⁹. En effet, en 1982, le Conseil avait annulé une disposition législative qui avait pour ambition de prévoir des quotas relatifs à la présence de femmes au sein des conseillers municipaux dans les villes de plus de 3 500 habitants¹³²⁰. La conception ancienne du Conseil relative au principe

¹³¹⁴ Voy. Le rapport du Conseil d'État français de 2006, Sécurité juridique et complexité du droit, La Documentation française, 2006.

¹³¹⁵ Le rapport du Conseil d'État français de 2006, *op.cit.*,

¹³¹⁶ Voy. J.-F. FLAUSS, « Actualité de la Convention européenne des droits de l'homme (août 2004-janvier 2005) », *AJDA*, mars 2005, p. 541.

¹³¹⁷ De manière précise il s'agit de résolutions ou recommandations du Comité des ministres du Conseil de l'Europe.

¹³¹⁸ CEDH, 16 novembre 2004, Ünal Tekeli c/Turquie, arrêt relatif à une différence de traitement litigieuse entre hommes et femmes en Turquie qui méconnaît l'article 14 (interdiction de discrimination) combiné avec l'article 8 (droit au respect de la vie privée et familiale) de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

¹³¹⁹ Il s'agit de la révision constitutionnelle relative à la parité politique en date de 1999, puis celle de 2008 portant sur la possibilité de prévoir des mesures législatives favorisant l'accès des femmes aux responsabilités professionnelles et sociales. Ainsi, *la loi constitutionnelle n° 99-569 du 8 juillet 1999, l'article 3 de la Constitution a été complété pour que « La loi favorise l'égal accès des hommes et des femmes aux mandats électoraux et fonctions électives »*. *La loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008, cette disposition, étendue aux « responsabilités professionnelles et sociales », est devenue le second alinéa de l'article premier de la Constitution*.

¹³²⁰ Il s'agissait d'envisager la présence de 25% au moins de candidates sur les listes, en proscrivant le dépôt de listes comportant plus de 75 % de candidats « du même sexe ». Voy. Décision n° 82-146 du 18 novembre 1982.

d'égalité prohibait toute différenciation des citoyens selon le sexe¹³²¹. Sur le fondement des effets combinés des dispositions de l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen¹³²² et de l'article 3 de la Constitution de 1958¹³²³, il estima que ces dispositions prohibaient toute autre distinction entre les électeurs ou les éligibles que celle fondée sur l'âge, l'incapacité ou la nationalité. Dès lors, il n'a cessé de réitérer sa position en la matière à travers sa jurisprudence¹³²⁴. En recourant à de nouveaux raisonnements, le CC a provoqué une évolution dans sa jurisprudence. En effet, c'est en introduisant une disposition constitutionnelle relative à la parité entre les sexes avec les modifications constitutionnelles de 1999 et de 2008 que l'égalité telle que le Conseil constitutionnel l'avait jusqu'à présent perçue s'est trouvée bouleversée. C'est sur le fondement de ces nouvelles dispositions que le juge constitutionnel français s'est affranchi de sa conception historique de l'égalité. Ainsi, il a rejeté le recours de sénateurs qui contestaient des dispositions paritaires en appliquant les nouvelles dispositions¹³²⁵ et en refusant par la suite d'appliquer son ancienne jurisprudence¹³²⁶. Ce rapport de force entre le Conseil constitutionnel et le pouvoir politique a conduit une fois de plus à l'adaptation des dispositions constitutionnelles avec une nouvelle révision constitutionnelle, pour autoriser le législateur à étendre des mesures de parité à la sphère professionnelle et sociale. Avant cette intervention du pouvoir constituant, le Conseil s'était refusé de déclarer la conformité à la Constitution de mesures qui favorisaient l'accès des femmes à des responsabilités autres que politiques¹³²⁷. Une fois de plus, il a fallu procéder à une nouvelle révision constitutionnelle pour

¹³²¹ Décision n° 82-146 du 18 novembre 1982 « *Considérant que du rapprochement de ces textes il résulte que la qualité de citoyen ouvre le droit de vote et l'éligibilité dans des conditions identiques à tous ceux qui n'en sont pas exclus pour une raison d'âge, d'incapacité ou de nationalité, ou pour une raison tendant à préserver la liberté de l'électeur ou l'indépendance de l'élu ; que ces principes de valeur constitutionnelle s'opposent à toute division par catégories des électeurs ou des éligibles ; qu'il en est ainsi pour tout suffrage politique, notamment pour l'élection des conseillers municipaux* ».

¹³²² *Les citoyens* « sont également admissibles à toutes dignités, places et emplois publics, selon leur capacité et sans autre distinction que celles de leurs vertus et de leurs talents ».

¹³²³ « *Le suffrage [...] est toujours universel, égal et secret. Sont électeurs, dans les conditions déterminées par la loi, tous les nationaux français majeurs des deux sexes, jouissant de leurs droits civils et politiques* ».

¹³²⁴ Décision n° 98-407 DC du 14 janvier 1999, Loi relative au mode d'élection des conseillers régionaux et des conseillers à l'Assemblée de Corse et au fonctionnement des conseils régionaux.

¹³²⁵ Décision n° 2000-429 DC du 30 mai 2000, Loi tendant à favoriser l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et fonctions électives.

¹³²⁶ Décision n° 2013-667 DC du 16 mai 2013 sur la loi relative à l'élection des conseillers départementaux, des conseillers municipaux et des conseillers communautaires, et modifiant le calendrier électoral. Validation du scrutin binominal aux élections départementales et de l'extension aux communes de 1 000 habitants de l'élection au scrutin de liste avec alternance homme-femme, jusqu'alors applicable aux communes de 3 500 habitants et plus. L'appréciation de la validité du Conseil s'est fondée sur les effets combinés de l'article 3 de la Constitution relatif au suffrage universel ainsi que du second alinéa de l'article premier, issu de la révision constitutionnelle de 2008.

¹³²⁷ Voy. sa décision en date de 2001 dans laquelle il a refusé de valider des dispositions d'une loi organique qui aménageait des conditions de l'élection des membres du Conseil supérieur de la magistrature qui était favorable à la parité. Pour invalider ces dispositions il s'est fondé sur l'article 6 de la DDHC de 1789 et sur les travaux préparatoire de la loi constitutionnelle de 1999 afin de limiter la portée de la révision constitution de 1999 à la sphère politique. *Décision n° 2006-533 DC du 16 mars 2006 sur la loi relative à l'égalité salariale entre les*

permettre d'étendre ces mesures à la sphère professionnelle. Désormais, le principe de discrimination positive a pour objectif d'établir des inégalités dans le but de promouvoir l'égalité des chances. Cette « redécouverte » conceptuelle a connu une sorte de réflexion sur la signification de l'égalité des sexes, où la notion d'équité fut promue comme notion clé. L'égalité implique de traiter de la même manière des personnes placées dans une même situation. Toutefois, le principe d'égalité n'interdit pas des différences de traitement, à condition qu'elles soient justifiées par une différence de situation ou par un motif d'intérêt général en rapport avec l'objet qui les établit. Celles-ci doivent être objectivement fondées et proportionnées à la cause qui les justifie et, bien entendu, elles doivent être étrangères à toute discrimination¹³²⁸. Toutefois, le principe d'égalité ne va pas jusqu'à consacrer un droit à la différence¹³²⁹.

400. L'approche en termes de discriminations semble être, de ce point de vue, un mécanisme équilibré : équilibré parce qu'il permet d'appliquer une norme aux hommes et aux femmes en prenant en considération la situation concrète des intéressés. Manifestement, il est possible, dans plusieurs cas, de discriminer en appliquant une norme de la même façon à des personnes dans des situations différentes. Ainsi, le fait de ne pas prendre en considération la différence peut être discriminatoire. Cependant si la discrimination contribue à protéger légitimement le droit à l'égalité entre les sexes en saisissant de manière suffisante le fait discriminatoire, nous pensons que la discrimination est préjudiciable à la conception républicaine de l'égalité puisqu'elle a pour effet d'appliquer une règle de droit à l'ensemble des deux sexes de la même manière. À titre d'exemple, on peut citer l'égalité devant la loi. Cette différence de traitement semble participer au déséquilibre de la relation qu'entretiennent le droit à l'égalité des droits et le droit à ne pas faire l'objet de discrimination selon le sexe. L'argument principal, auquel nous souscrivons pleinement, a été donné par la doctrine qui a dénoncé les effets risqués de cette mesure de discrimination. En effet, comment un principe de non-discrimination pourrait-il être encouragé à contester une différence de traitement lorsque l'approche nouvelle de la

femmes et les hommes ; Il en est de même en 2006. *Décision n° 2006-533 DC du 16 mars 2006 sur la loi relative à l'égalité salariale entre les femmes et les hommes.*

¹³²⁸ Voir, par exemple, en ce qui concerne les conditions de modulation des tarifs d'un service public selon le lieu de résidence des usagers : CE, Sect., 10 mai 1974, *Denoyez et Chorques*, Rec. 274 ; ou encore en ce qui concerne les conditions d'accès à un service public communal non obligatoire, selon l'intensité du lien entre les usagers et la commune : CE, Sect., 13 mai 1994, *Commune de Dreux*, Rec. 233 ; ou les conditions de modulation des tarifs de ce type de service public, selon le niveau de ressources de la famille de l'utilisateur : CE, Sect., 29 décembre 1997, *Commune de Gennevilliers*, Rec. 499.

¹³²⁹ Voir CE, Ass., 28 mars 1997, *Sté Baxter*, n°179049 : « le principe d'égalité n'implique pas que des entreprises se trouvant dans des situations différentes doivent être soumises à des régimes différents ».

discrimination part du postulat que tous sont différents, et amène ainsi nécessairement à légitimer toutes les distinctions pensables ? Cette approche nouvelle de l'égalité a imposé une concurrence entre les différents critères de discrimination qui rendrait possible l'éclatement de l'unité du système de protection pour laisser place à une désagrégation de la communauté nationale, car elle pourrait être un danger pour « la cohésion nationale »¹³³⁰, présentant notamment « un risque de fragmentation sociale »¹³³¹.

401. Ainsi, le juge constitutionnel a toujours tenu un rôle d'équilibriste que ce soit dans l'appréciation même des faits qui justifieraient une rupture d'égalité, mais également lorsqu'il déclare une disposition inconstitutionnelle sur le fondement de l'article 62, alinéa 2 de la Constitution¹³³². En effet, dans la « redécouverte » conceptuelle de l'égalité des sexes au terme de laquelle la notion d'équité fut promue comme l'une des notions clés de cette interrogation, l'égalité des sexes y est définie comme si le principe d'égalité impliquait de traiter de la même manière des personnes placées dans une même situation, il n'interdit pas des différences de traitement à condition qu'elles soient justifiées par une différence de situation ou par un motif d'intérêt général en rapport avec l'objet qui les établit.

402. Dans le cadre du pouvoir de modulation du Conseil constitutionnel¹³³³, lorsqu'une disposition est déclarée inconstitutionnelle sur le fondement de l'article 61-1 de la Constitution, celle-ci « est abrogée à compter de la publication de la décision du Conseil constitutionnel ou d'une date ultérieure fixée par cette décision ». Toutefois, le juge constitutionnel « détermine les conditions et limites dans lesquelles les effets que la disposition a produits sont susceptibles

¹³³⁰ « Pour certains qui restent attachés à l'égalité républicaine, le discours sur les discriminations [...] menac[e] la cohésion nationale : en effet, loin d'interpréter les revendications minoritaires comme une réponse aux dangers de la ségrégation sociale que creusent les discriminations, ils y voient surtout un risque de fragmentation sociale qui pourrait mettre en danger l'égalité devant la loi », E. Fassin, « Actualité des discriminations », in E. Fassin et J.-L. Halperin (dir.), *Discriminations : pratiques, savoirs, politiques*, La Documentation française-HALDE, 2008, p. 15.

¹³³¹ « Pour certains qui restent attachés à l'égalité républicaine, le discours sur les discriminations [...] menac[e] la cohésion nationale : en effet, loin d'interpréter les revendications minoritaires comme une réponse aux dangers de la ségrégation sociale que creusent les discriminations, ils y voient surtout un risque de fragmentation sociale qui pourrait mettre en danger l'égalité devant la loi », E. Fassin, « Actualité des discriminations », in E. Fassin et J.-L. Halperin (dir.), *Discriminations : pratiques, savoirs, politiques*, La Documentation française-HALDE, 2008, p. 15.

¹³³² Sa rédaction issue de la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008

¹³³³ « Ce pouvoir de modulation introduit une dose de souplesse laissée à l'appréciation du juge constitutionnel en fonction des effets supposés ou réels de l'abrogation de la norme concernée ». M. FATIN-ROUGE STEFANINI, *Les effets des décisions du Conseil constitutionnel en matière de QPC. Evolutions et limites du contrôle de constitutionnalité - Regard croisé entre les expériences françaises et est-européennes*, 2018.p. 5. Disponible en ligne sur ([halshs-01940258](https://halshs.archives-ouvertes.fr/halshs-01940258)).

d'être remis en cause ». Ce pouvoir de modulation¹³³⁴ se traduit par le fait que le juge constitutionnel doit déterminer l'équilibre entre l'impératif d'éradiquer de l'ordonnement juridique une loi inconstitutionnelle et celui de garantir la sécurité juridique qui implique l'atténuation des effets de cette déclaration en prenant en considération les intérêts légitimes susceptibles d'être marqués¹³³⁵.

403. En Tunisie, la nouvelle Constitution de 2014 introduit un instrument nouveau dans l'ordre juridique et juridictionnel tunisien. Cet outil permet à la Cour d'exercer un contrôle de constitutionnalité des lois *a posteriori* sur requête transmise par les juridictions ordinaires à l'initiative de l'une des parties. La Constitution prévoit « une exception d'inconstitutionnalité »¹³³⁶ : une exception est classiquement examinée par le même juge que celui qui statue sur le fond du litige. Or, il s'agit pour le juge ordinaire de soumettre une question de constitutionnalité à la Cour constitutionnelle qui dispose du monopole de contrôle de constitutionnalité des lois. Il s'agit plus d'une question préjudicielle de constitutionnalité. Cette justice a recours au contrôle *a posteriori* : la question prioritaire de constitutionnalité¹³³⁷. Le principe d'égalité figure dans de nombreux textes et pas seulement dans la Constitution au sens strict, c'est pourquoi il convient d'établir les normes de référence utilisables dans le cadre de la QPC et pour savoir si la garantie juridictionnelle du principe est accessible et souple, il faut étudier et comprendre la procédure de la QPC. La Constitution précise que l'organisation de cette compétence et notamment les procédures et des hypothèses de renvoi doivent être prévues par la loi. Cette compétence n'est pas encore claire, mais elle est inscrite dans la Constitution, ce qui représente un acquis. Elle permet de hisser la Cour constitutionnelle tunisienne parmi celles des États ayant instauré un réel contrôle de constitutionnalité des lois. Le contrôle *a*

¹³³⁴ Voy. sur le sujet, J. BOUDON, « Le Conseil constitutionnel s'est-il trompé de Constitution ? À propos de ce que devrait être la modulation dans le temps des effets de ses décisions », *JCP éd. G*, 4 octobre 2010, n° 961 ; S. Brimo, « Les conséquences de la modulation dans le temps des effets des décisions QPC », *RDP*, 2011, n° 5, p. 1189 ; X. Domino et A. BRETONNEAU, « Les suites de la QPC : histoire et géographie du dialogue des juges », *AJDA*, 2011, p. 1136 ; D. Hedary, « Office du juge en présence d'une décision d'inconstitutionnalité applicable aux instances en cours », note sur CE, 13 mai 2011, *Revue de droit fiscal*, 2011, n° 41, p. 35 ; X. MAGNON, « Premières réflexions sur les effets des décisions de censure du Conseil constitutionnel », *RFDA*, 2011, p. 761 ; N. TILI, « La modulation dans le temps des effets des décisions d'inconstitutionnalité », *RDP*, 2011, n° 6, p. 1591, P. PUIG, « Le Conseil constitutionnel et la modulation dans le temps des décisions QPC », *RTDCiv.*, 2010, p. 517 ; D. RIBES, « La portée des décisions du Conseil constitutionnel », in *La question prioritaire de constitutionnalité*, PUAM, 2011, p. 283, J.-G. SORBORA, « Report des effets d'une décision d'annulation d'un texte par une QPC », *JCP G*, 30 mai 2011, n° 22, p. 1093.

¹³³⁵M. DISANT, « Les effets dans le temps des décisions QPC », Nouveaux cahiers du conseil constitutionnel n°40, juin 2013.

¹³³⁶ « Des lois que lui renvoient les tribunaux, suite à une exception d'inconstitutionnalité soulevée par l'une des parties, dans les cas et selon les procédures prévus par la loi ; »

¹³³⁷ Loi organique du 10 décembre 2009.

posteriori permettra d'écartier l'application de dispositions inconstitutionnelles figurant dans les lois qui auraient été adoptées durant l'ancien régime et qui n'auraient pas fait l'objet d'abrogation¹³³⁸. L'article 122 de la Constitution tunisienne régit la question des effets de la décision d'inconstitutionnalité. Lorsque la Cour reconnaît l'inconstitutionnalité d'un projet de loi, le Président de la République doit renvoyer obligatoirement le projet de loi devant l'Assemblée des représentants du peuple pour une deuxième lecture. L'objectif de ce renvoi est de retirer au texte son inconstitutionnalité tout en le rendant plus cohérent. L'article 122 prévoit également un mécanisme de contrôle à double-détente. Encore une fois, ce dernier n'est pas une nouveauté au regard des autres États ayant instauré un contrôle de constitutionnalité *a priori* ; l'innovation se situe au niveau de l'automatisme du contrôle. La Cour opère un contrôle de constitutionnalité automatique lorsque le projet de loi est modifié et adopté par le Parlement¹³³⁹. L'article 123 de la Constitution tunisienne régit les effets produits par

¹³³⁸ L'article 121 de la Constitution tunisienne fixe les règles relatives à la prise de décision par la Cour. Cet article fixe les traits caractéristiques des décisions de la Cour. Il contient essentiellement des dispositions procédurales. La Cour dispose d'un délai de 45 jours pour prendre une décision à compter de sa saisine. Celle-ci doit elle-même régir ses méthodes de travail sur ce délai. Pour les décisions qui lui apparaissent urgentes, la Cour peut raccourcir ce délai. Elle peut également anticiper la phase de préparation de la décision lorsqu'elle est fortement susceptible d'être saisie dans le cadre du contrôle *a priori* des lois. Si la Cour peut rendre une décision avant les 45 jours, elle ne peut aller au-delà de ce délai. Si elle ne rend pas de décision dans les 45 jours, le projet de loi adopté est transmis au Président de la République. Le risque encouru est de conférer à la loi un caractère constitutionnel alors qu'aucune décision n'a été rendue. Dans cette hypothèse, on peut relever plusieurs points dans lesquels le texte reste silencieux : Tout d'abord, en cas de dépassement du délai, la Constitution ne prévoit pas une reconnaissance implicite de la constitutionnalité de la loi ; Ensuite, dans le cas où l'exercice du contrôle *a priori* serait établi en l'absence d'une décision rendue par la Cour, le texte ne prévoit pas si cela est une cause d'empêchement à l'exercice du contrôle *a posteriori* prévu à l'article 120 alinéa 4. L'absence de disposition précise de la Constitution peut être une source d'insécurité juridique. Dans le cas où la Cour ne rendrait pas de décision dans le délai imparti et que la loi serait considérée par défaut comme conforme à la norme fondamentale. Si cette déclaration de conformité implicite de la loi rend le contrôle *a posteriori* impossible, il y aura la promulgation d'une loi dont le contenu n'a pas été contrôlé par les juges constitutionnelles, ce qui pourrait introduire dans la norme suprême des dispositions qui lui seraient contraires. Toutefois, le délai de 45 jours semble raisonnable pour permettre à la Cour de rendre une décision.

¹³³⁹ . Cela concerne les projets de loi amendés dont le renvoi est la conséquence directe d'une inconstitutionnalité déclarée de manière explicite. Est également concernée une demande d'une deuxième lecture par le Président de la République après l'expiration du délai dans lequel la Cour devait rendre sa décision, la Cour peut, en cas de deuxième lecture d'un texte législatif adopté, quels qu'en soient les motifs, une nouvelle saisine sera effectuée. Ce qui veut dire qu'en cas de deuxième lecture d'un texte législatif le contrôle est automatique. Concernant les hypothèses de renvoi devant l'Assemblée des représentants du peuple pour une deuxième lecture, l'article 81 § 1 dispose que « le Président de la République promulgue les lois et ordonne leur publication dans le Journal officiel de la République tunisienne dans un délai ne dépassant pas les 4 jours à compter de l'expiration des délais de recours pour inconstitutionnalité et de renvoi sans qu'aucun des deux n'ait été fait ». L'article 81 § 2 alinéas 1 prévoit que le Président de la République peut demander une deuxième délibération d'un projet de loi adopté en motivant sa décision sur la base de motifs autres que l'inconstitutionnalité. Ce mécanisme permet de donner, en dernier lieu à la Cour, l'exercice du contrôle. Il garantit également que les inconstitutionnalités éventuelles d'un texte législatif en cours d'adoption seront éliminées en cas de non-conformité à la loi fondamentale. Encore une fois, la Constitution reste silencieuse sur certaines hypothèses. Notamment en cas d'abandon pur et simple du texte constitutionnel alors que l'article 122 oblige le Président de la République à renvoyer une disposition déclarée inconstitutionnelle devant le Parlement. L'abandon du projet déclaré inconstitutionnel ne pourrait le dispenser de son obligation de renvoi. Ce principe ne vaut que pour les textes transmis à la Cour constitutionnelle. En outre, le contrôle *a priori* n'est pas systématique puisque dans l'hypothèse où la Cour ne serait pas saisie dès l'origine, elle ne pourra pas faire l'objet d'une saisine automatique ou se saisir d'elle-même.

l'inconstitutionnalité d'une disposition législative en vigueur qui serait contestée devant les juridictions ordinaires. Selon les nouvelles dispositions, la Cour se prononcera uniquement sur les moyens invoqués. Ce sont les dispositions de la loi en vigueur qui seront contestées au regard des arguments présentés devant la Cour. La Cour sera donc saisie seulement des dispositions contestées et non pas de l'intégralité du texte de loi¹³⁴⁰.

* *
*

404. Conclusion du titre I relatif à l'analyse des déterminants. Au terme de ce titre, il a été montré qu'il existait une diversité de déterminants si bien qu'il est désormais possible d'affirmer qu'il n'existe pas un seul déterminant qui structure le principe d'égalité des sexes, mais qu'il existe une diversité de déterminants. Trois éléments peuvent être tirés de notre étude.

405. En premier lieu, il a été révélé que traiter de la question de l'effectivité de l'égalité des sexes comme tout autre phénomène social dont les mécanismes de réalisation dépendent d'une multitude de facteurs. Pour cela nous avons classé les facteurs qui déterminent les positions et les comportements au sein de la structure étatique en matière d'égalité des sexes en deux catégories. La première concerne les déterminants internes dans la mise en œuvre de l'égalité des sexes. Ces variables relèvent du permanent et s'inscrivent dans le cadre de la réalisation de l'objectif de l'égalité effective. Au sein de cette catégorie, nous avons établi des sous-catégories

¹³⁴⁰ L'article 123 prévoit également que la Cour dispose d'un délai de trois mois pour prendre une décision renouvelable une seule fois pour la même période soit trois mois. Le texte précise que la demande de renouvellement devra être dûment motivée¹³⁴⁰. À l'inverse de ce qui est prévu dans l'article 121 de la Constitution relatif au contrôle *a priori*, le contrôle *a posteriori* prévu à l'article 123 ne prévoit pas de renvoi automatique de la loi lorsque la décision n'est pas rendue dans le délai. En réalité, l'article 123 et la Constitution ne comportent pas de dispositions quant au non-respect de ce délai. Il y a réellement un vide juridique sur la question. Seule la loi relative à l'organisation de la Cour constitutionnelle et à ses procédures peut éclairer cette situation. S'il existe un véritable vide juridique sur le contrôle *a posteriori*, il y a également des points d'ambiguïtés sur les effets d'une déclaration d'inconstitutionnalité prononcée par la Cour. L'article 123 dispose que les décisions d'inconstitutionnalité prononcées lors d'un contrôle *a posteriori* entraînent la suspension de l'application de loi ou de ses dispositions censurées « dans les limites de ce qui a été décidé par la Cour ». Ici, le texte prévoit la « suspension » et non pas l'abrogation. L'inconstitutionnalité n'entraînerait pas la disparition pour l'avenir des dispositions déclarées inconstitutionnelles. Elle serait seulement suspendue et le texte demeurerait en vigueur. La Constitution tunisienne ne donne pas d'autre précision quant à l'exercice du contrôle *a posteriori*. De nombreuses questions restent sans réponses. On ne sait pas encore, si le contrôle *a posteriori* est abstrait ou concret. S'il est question d'un filtre devant les juridictions ordinaires ou encore si le juge constitutionnel est le seul compétent à déclarer la recevabilité de l'affaire. Le seul espoir réside dans la loi d'organisation de la Cour constitutionnelle qui pourrait apporter des précisions et ainsi parachever les dispositions relatives au contrôle *a posteriori*. L'article 124 conclut la Section II du chapitre V de la Constitution tunisienne. Il précise que la loi fixe « l'organisation de la Cour constitutionnelle ». Elle détermine aussi les procédures suivies devant elle, ainsi que les garanties d'indépendances de ses membres. C'est la loi qui va venir préciser et compléter « le mode d'emploi » de la Cour constitutionnelle tunisienne.

sur lesquelles fonctionne le principe. En ce sens, il existe trois sous-catégories : les facteurs matériels, les facteurs structurels et les facteurs culturels. Nous en avons déduit qu'il n'y avait pas de hiérarchie à proprement parler entre ces différents facteurs, néanmoins l'un d'eux permet *a posteriori* de clarifier les rôles de chacun, il s'agit de la variable politique.

406. Les facteurs structurels *stricto sensu* nous ont permis d'octroyer au mot politique une double acception, comme sphère ou comme domaine d'exercice de certaines compétences et comme moyen de coercition. Du point de vue externe, les facteurs structurels *stricto sensu* sont constitués par la sphère politique, elle-même recouvre tout ce qui concerne les moyens dont un État dispose pour gouverner. Nous avons expliqué que les facteurs structurels structurants renvoyaient à la question des rapports sociaux au sein de l'État au regard de cesdits facteurs. En effet, les facteurs structurels de ce type régissent en partie les rapports entre les sexes et l'État et vont avoir un impact considérable dans la mise en œuvre de l'égalité des sexes.

407. Du point de vue interne, le pouvoir juridique va interagir avec le pouvoir politique vu comme pouvoir de domination. On peut alors observer un double phénomène dans la mesure où la première relève du droit et le second du pouvoir politique, donnant lieu à des rapports de différentes natures et à de la rivalité. Le rôle du Chef du gouvernement peut, en fonction de sa capacité à incarner l'autorité et selon sa personnalité, être celui d'un exécutant de la politique du chef de l'État, mais également d'un conseiller actif.

408. La synthèse de ces deux points de vue nous a menés vers le régime politique. Nous avons constaté que la nature du système politique est déterminante dans la mise en œuvre de l'égalité des sexes. Le choix d'un régime social ou libéral a été déterminant dans le fonctionnement et la mise en œuvre de l'égalité des sexes. En ce sens le libéralisme a contribué à l'émancipation des femmes et à lui octroyer, depuis la Seconde Guerre mondiale, de nombreux droits. Alors qu'un régime totalitaire peut être source d'instabilité et d'infertilité en matière d'égalité des sexes. Nous en avons conclu que le caractère démocratique du système politique a été déterminant dans l'adoption et la promotion d'une conception de l'égalité des sexes, car pour la première fois en Tunisie, l'universalité des droits de l'homme et l'égalité des sexes est le fruit d'une convergence entre les différents individus et acteurs de la société tunisienne.

409. En deuxième lieu, nous avons fait apparaître que ces dimensions de déterminants permanents sont, à n'en pas douter, significatives et ils sont étroitement liés aux facteurs conjoncturels. Le droit n'est pas toujours suffisant pour garantir le bon fonctionnement du cadre juridique et institutionnel permettant la mise en œuvre effective de l'égalité des sexes. D'autres facteurs viennent pallier ces insuffisances ou renforcer l'ineffectivité. Nous avons pour cela démontré que l'expérience transitionnelle tunisienne était un modèle d'analyse pour souligner l'importance des variables contextuelles dans la garantie de l'effectivité du droit, notamment celui de l'égalité des sexes. L'analyse des facteurs conjoncturels consiste essentiellement dans ce travail de thèse à s'attacher à l'analyse des variables contextuelles, en mettant en évidence ces différents éléments constitutifs, ainsi que leur effet sur le fonctionnement du droit à l'égalité des sexes. Nous avons ainsi constaté que la structure de ces variables est hétérogène, puisqu'elles relèvent de différents domaines. Néanmoins, leur maîtrise est essentielle au bon fonctionnement du principe d'égalité des sexes et ainsi à sa mise en œuvre effective.

410. En dernier lieu, au moyen de cette analyse structurale doublée par une analyse substantielle, il a pu être constaté qu'il existe bien un rapport de connexité entre les systèmes. C'est dans l'analyse des acteurs et des outils de protections que nous avons constaté des choix communs aux deux systèmes d'acteurs classiques de protections ainsi que des outils de mise en œuvre. Tous ces éléments forme un tout qui nous permettent de comprendre la structuration du principe d'égalité des sexes. De la même façon, l'analyse structurale nous a permis également de déterminer les limites au processus de structuration du principe d'égalité des sexes.

TITRE II :
LES LIMITES DU PROCESSUS DE
STRUCTURATION

411. Le précédent titre avait pour objet de démontrer que le système tunisien ne rejette le principe d'égalité des sexes que de façon partielle. Alors qu'il est mieux intégré dans le système français, il apparaît en revanche clairement figé en Tunisie. Il a été démontré que le contrôle de proportionnalité actuellement utilisé par les juges est nécessaire à la conciliation entre des principes de différentes valeurs et que l'absence de justice constitutionnelle tunisienne ainsi que d'un système juridictionnel communautaire équivalent au modèle européen ne permet pas d'appréhender la complexité du principe d'égalité des sexes à travers la question de sa conciliation avec d'autres principes antagoniques de valeurs divergentes. Les acteurs et les outils, non seulement, refoulent le contexte extra-juridique qui entoure le cadre juridique du principe d'égalité des sexes, mais paraît aussi hétéroclite dans l'appréciation du principe d'égalité des sexes, et notamment au regard de la comparaison entre les deux systèmes juridiques. Le prolongement naturel de cette réflexion consiste donc à s'interroger sur les limites du processus de structuration. En ce sens, il est crucial d'envisager l'influence contrastée du féminisme (**Chapitre I**). On l'a saisi, la restructuration partielle du système juridique tunisien et celle du principe d'égalité des sexes ont entraîné des rapports conflictuels entre systèmes qui se traduit par une double structuration. (**Chapitre II**).

CHAPITRE I : L'INFLUENCE CONTRASTÉ DU FÉMINISME

412. Le mouvement féministe revêt différentes formes et intègre une multitude d'approches théoriques. Si bien que « le terme trouve certes son origine en Occident, spécialement en France, mais cela ne rend pas le féminisme occidental pour autant. Le féminisme américain n'est pas français (...). Le féminisme égyptien n'est pas français ni occidental. Il est égyptien et ses fondateurs en attestent et l'histoire est claire sur ce point »¹³⁴¹. D'un point de vue sémantique, le féminisme, qui vient du latin *femina*, est un néologisme qui date du milieu du XIX^e siècle¹³⁴². Il est toutefois difficile de définir le féminisme. Le terme renvoie à diverses acceptions. Il existe néanmoins un consensus autour du fait que le féminisme « vise la fin de la subordination des femmes »¹³⁴³. D'un point de vue substantiel, le féminisme désigne un mouvement militant qui cherche à améliorer et à étendre le rôle et les droits des femmes dans la société. En France, le mot féminisme fut inventé par Aubertine Auclert en 1880 qui l'introduit dans son journal « La Citoyenne » afin de critiquer la prédominance masculine. Elle revendiquait les droits et l'émancipation par la Révolution française. Elle déclara que « L'arme du vote sera pour nous ce qu'elle est pour l'homme, le seul moyen d'obtenir des réformes que nous désirons. Pendant que nous serons exclues de la vie civique, les hommes songeront à leurs intérêts plutôt qu'aux nôtres. Le propriétaire comprit cela, lorsqu'en 1848 il revendiqua le suffrage comme le seul moyen de conquérir d'autres franchises »¹³⁴⁴. Aujourd'hui, le féminisme se bat aussi pour « la déconstruction des genres et des sexes »¹³⁴⁵. Celle-ci consiste à des études de genres qui ont engagé un vaste débat relatif à la différenciation des sexes et aux divisions masculin-féminin. On a pu aussi apercevoir un glissement sémantique au sein même de la loi. En effet, le législateur ne fait plus exclusivement référence à l'égalité des sexes dans les lois. À la lecture des différentes dispositions contenues dans le système juridique français et tunisien, on remarque qu'au fil des années, une véritable adaptation sémantique s'est réalisée. La différence sémantique entre sexe et genre mérite par exemple toute notre attention. La notion de sexe

¹³⁴¹ Margot. BADRA

¹³⁴² G. Halimi, « Féminisme », *Cités* 2002, n° 9, p. 49.

¹³⁴³ A. M. JAGGER, *Féministe politics and Human Nature*, Rowman & Littlefield Publisher, Totowa, 1983, p.5.

¹³⁴⁴N. Castagnez, et C. Legoy. « Hubertine Auclert et la naissance du suffragisme », *Parlement[s], Revue d'histoire politique*, vol. 22, no. 3, 2014, pp. 153-160.

¹³⁴⁵ Voy. M. Crès, *Des féminismes, en veux-tu, en voilà*, Réfractons, n° 24, 2010.

renvoie à une différence biologique. La notion de genre renvoie aux rôles sociaux¹³⁴⁶. Ainsi, « distinguer les deux doit permettre de sérier les hypothèses où il faut bien tenir compte du sexe des individus, par exemple pour accorder des congés de maternité aux femmes qui accouchent, et les cas où des représentations sociales attribuent aux hommes et aux femmes des rôles différenciés de manière arbitraire. La question de la parité en politique est donc une question de genre, et non pas de sexe »¹³⁴⁷. À cet égard, on parlera également de violence de genre. En outre, contrairement à la France, on constate une influence très relative du féminisme en Tunisie pour ne pas dire inexistante (**Section 1**). Toutefois l'influence du féminisme est déterminante en France (**Section 2**).

Section 1 : L'absence d'influence du féminisme en Tunisie

413. Qu'est-ce que le féminisme islamique ? S'il n'existait pas de « féminisme tunisien », il existait tout de même un « féminisme islamique ». Aujourd'hui à la lecture de ces deux mots, on ne peut que se demander si l'un peut exister avec l'autre. En effets, ces deux mots paraissent antonymes. Et pourtant, c'est sous cette déclinaison que la première forme de féminisme apparut dans certains pays dont la religion est l'Islam. Il émergea au cours des années 1990 dans un premier temps en Iran « où sont apparues les premières contestations féministes islamiques et les premières interprétations féministes des textes religieux »¹³⁴⁸. Le concept serait apparu dans le journal féminin iranien « Zanan »¹³⁴⁹ de Téhéran, fondé en 1992 par Shahla Sherkat¹³⁵⁰. Dans un deuxième temps, le « féminisme islamique » fit son apparition en Arabie Saoudite. Les jeunes femmes s'appuyèrent sur la ségrégation de genre afin de développer des espaces d'autonomie à partir desquels elles s'approprièrent le discours religieux officiel pour justifier des comportements sociaux qui seraient contraires aux « coutumes et traditions »¹³⁵¹. Pendant longtemps, les femmes étaient exclues des espaces religieux¹³⁵². Le concept utilisé par

¹³⁴⁶ Voy. J. Bisilliat et C. Verschuur (dir), *Le Genre : un outil nécessaire. Introduction à une problématique*, L'Harmattan 2000, 264 pages.

¹³⁴⁷ F. Dekeuwer-Défossez, *la question juridique de l'égalité des sexes*, observatoire des inégalités, 4 avril 2004.

¹³⁴⁸ Azadeh Kian-Thiébaud, « Le féminisme islamique en Iran : nouvelle forme d'assujettissement ou émergence de sujets agissants ? », *Critique internationale*, vol. 46, no. 1, 2010, pp. 45-66.

¹³⁴⁹ *Ibidem*.

¹³⁵⁰ Shahla Sherkat, *Zanân. Le journal de l'autre Iran*, Paris, CNRS Éditions, 2009.

¹³⁵¹ Amélie. Le Renard, « « Droits de la femme » et développement personnel : les appropriations du religieux par les femmes en Arabie Saoudite », *Critique internationale*, vol. 46, no. 1, 2010, pp. 67-86.

¹³⁵² Eleanor Doumato, *Getting God's Ear : Women, Islam and Healing in Saudi Arabia and the Gulf*, New York, Columbia University Press, 2000.

Sherkat aurait¹³⁵³ été utilisé par Mai Yamani, universitaire saoudienne, dans son ouvrage « Féminism and Islam » publié en 1996. Mais il a aussi été utilisé en Turquie dans le courant des années 90 dans des recherches universitaires¹³⁵⁴ par la militante Shamina Shaikh. Enfin, le Maroc se réappropria ces exégèses savantes pour promouvoir un « islam modéré »¹³⁵⁵.

414. En outre, le féminisme islamique consiste à défendre les droits des femmes ainsi que l'égalité homme-femme et la justice sociale en s'appuyant principalement sur des arguments islamiques. Autrement dit, « La notion centrale du féminisme islamique, c'est l'égalité absolue (*al-musawa*) entre tous les êtres humains (*insan*) comme principe religieux. L'égalité des genres est le principe de base ; c'est également la condition *sine qua non* de la justice sociale, autre priorité du mouvement. Cette égalité entre les êtres humains doit se réaliser dans la pensée et dans l'action, et dans le *continuum* qui va de l'espace public à la sphère privée »¹³⁵⁶. Selon Margot Badran, « le féminisme islamique est au cœur d'une transformation qui cherche à se faire jour à l'intérieur de l'islam. Transformation et non réforme, car il ne s'agit pas d'amender les idées et coutumes patriarcales qui s'y sont infiltrées, mais d'aller chercher dans les profondeurs du Coran son message d'égalité des genres et de justice sociale, de ramener ce message à la lumière de la conscience et de l'expression et d'y conformer, par un bouleversement radical, ce qu'on nous a si longtemps fait prendre pour de l'islam »¹³⁵⁷. Ainsi, la première étape de la mutation du droit classique musulman passa par cette transformation profonde de la société avec une recherche profonde de l'égalité homme-femme au sein du message religieux. Cette transformation impliqua le croisement de ce courant de pensée du féminisme avec d'autres approches. En 1991 Amina Wadud, une théologienne afro-américaine combina le féminisme islamique avec de nouveaux outils tels que ceux issus des sciences sociales et des arguments juridiques issus de la pensée laïque. L'objectif était de transcender la bipolarité entre le religieux et la laïcité. Les pionniers qui firent émerger une conception laïque du féminisme furent les Égyptiens. Ces derniers s'inscrivaient à la fois dans le courant islamique réformiste et dans le nationalisme laïque. Ce féminisme s'appuyait également sur des arguments religieux afin de fonder les droits des femmes à accéder à l'éducation, au travail et

¹³⁵³ Margot Badran, « Féminisme islamique : Qu'est-ce à dire », *Al Ahram Weekly*, Le Caire, janvier 2002.

¹³⁵⁴ Nilüfer Göle, *Musulmanes et modernes : voile et civilisation en Turquie*, Paris, La Découverte/Poche (1993) 2003, et « Islamisme et féminisme en Turquie », *Confluences Méditerranée*, 27, automne 1998, p. 87-93.

¹³⁵⁵ Souad. Eddouada, Renata Pepicelli. « Maroc : vers un « féminisme islamique d'État » », *Critique internationale*, vol. 46, no. 1, 2010, pp. 87-100.

¹³⁵⁶ Margot. Badran, « Où en est le féminisme islamique ? », *Critique internationale*, vol. 46, no. 1, 2010, pp. 25-44.

¹³⁵⁷ *Ibidem*.

aux droits politiques. C'est de cette évolution qu'est issue la structuration du féminisme tunisien, ou du moins la conception du premier président de la Tunisie indépendante Habib Bourguiba en 1956, même si des intellectuels se sont intéressés avant lui à la question du féminisme islamique¹³⁵⁸. Progressivement, le président Bourguiba va se détacher de ces assises religieuses, car il estimait qu'elles étaient incompatibles avec la modernité. Il rejette le retour à un Islam politique et prône la laïcité c'est-à-dire la sécularisation comme étant le moyen de séparation du politique et du religieux. En ce sens, il rejoint la pensée de Fouad Zakariya qui pensait que la sécularisation était « un idéal universel qui s'impose à toute société menacée par la pensée autoritaire médiévale ». Ainsi, la séparation entre le pouvoir temporel et spirituel est « une nécessité historique ». Le 18 mars 1974, il prononça une phrase marquante en ouverture d'un colloque international portant sur « L'identité culturelle et la conscience nationale »¹³⁵⁹. Il déclara « Nous devons prendre l'initiative de faire évoluer les dispositions édictées par la Charia en fonction de l'évolution de la société »¹³⁶⁰. Il défendit l'idée de faire prévaloir l'intérêt de l'État sur l'exercice du culte. Il mit un terme au port du voile des femmes¹³⁶¹. Une succession d'actions qui fit de Bourguiba un fervent défenseur des droits des femmes et de la laïcité. Le modèle français l'a certainement influencé puisque par ces actions assumées il défendit l'Islam des Lumières¹³⁶². C'est sous cette influence égyptienne et française que s'est posée la base du féminisme tunisien.

415. Comme nous l'avons déjà expliqué, le féminisme en Tunisie n'a pas joué un rôle majeur dans la conquête des droits des femmes. Ce sont les hommes qui ont joué le rôle de féministe en Tunisie. Ce rôle est initialement joué par Tahar Hadad qui inspiré de la philosophie des lumières développa la problématique de l'émancipation des femmes. C'est sur cette base que par la suite, Le Président Bourguiba a également incarné le féminisme. En effet, tout en ne rejetant pas l'héritage islamique de la Tunisie, il reprit le travail de Tahar Hadad qui consistait à appliquer les notions modernistes des droits de l'homme lorsqu'elles étaient conformes à l'Islam. C'est donc finalement le législateur lui-même qui a véritablement influencé le droit des femmes en Tunisie. Souad Chater¹³⁶³, fit état du fait que l'attribution de nouveaux droits aux

¹³⁵⁸ Iqbal al-Gharbi, « Citoyenneté et islam féministe », université Zaytouna, Tunis.

¹³⁵⁹ *Colloque international organisé par le Centre d'études et de recherches économiques et sociales.*

¹³⁶⁰ Hamadi Redissi, *Quand Bourguiba exaltait l'Islam des Lumières*, *historia* Mensuel n°841, Janv 2017. L'intégralité du discours, de la fatwa et l'histoire de ces deux textes sont à retrouver sur le site internet d'Historia [<https://www.historia.fr/quand-bourguiba-exaltait-lislam-des-lumières>].

¹³⁶¹ <https://www.youtube.com/watch?v=GhhHYSuBkns>.

¹³⁶² Voy. l'anthropologue Malek Chebel et le philosophe Abdennour Pierre Bidar..

¹³⁶³ Ref sur cette page

femmes tunisiennes n'est pas due au courant féministe. Elle explique que la faible éducation des filles tunisiennes était un obstacle à leur participation active dans la lutte pour leurs droits. L'auteure constate que l'absence de vie professionnelle était également un obstacle à leur indépendance financière, et donc à leur capacité de mener une lutte pour leurs droits. Ainsi, Chater conclut que l'émancipation de la femme n'était pas due à son rôle actif ou à lobbying intense des femmes auprès du législateur. Ce n'est que de manière très récente que les femmes se sont saisies de la problématique de l'inégalité entre les sexes. Notamment, dans les années 80 lors de la menace islamiste. La Tunisie est souvent mise en avant en raison de l'adoption du Code du Statut Personnel (CSP), qui est un code très favorable aux femmes. Son adoption a pu laisser croire que les femmes, et le mouvement féministe par ricochet, furent impliquées. Or, ce n'était pas le cas.

416. Pourtant, en Tunisie on retrouve dès les années 1920 des traces d'influences féministes extérieurs qui vont venir octroyer le droit à l'éducation des tunisienne. Il faut attendre les années mille neuf cent vingt pour voir émerger un mouvement international des femmes. Ce mouvement féministe arabe est égyptien et il est mené par Huda Shaarawi¹³⁶⁴. En 1923, est créée l'Union féministe égyptienne, une association qui lutte pour l'émancipation des femmes et qui a permis pour la première fois d'entrer en relation avec le mouvement international des femmes. Dans un témoignage¹³⁶⁵ de B'chira Ben Mrad elle explique qu'au cours de l'année 1937 l'U.N.F.T a été créée avec le soutien et l'accord de certains membres « distouriens » telle que Jallouli Farès et Rachid Driss. Cette union féminine milite pour l'obtention du droit de vote des femmes et soutient le ralliement de la cause des femmes au parti indépendantiste « distourien » mené par Habib Bourguiba. Les femmes soutiennent pleinement l'indépendance et veulent participer concrètement à l'élection du président de la Tunisie indépendante. L'association U.N.F.T se propose « d'éduquer la jeune fille dans le cadre des traditions musulmanes et l'orienter vers l'instruction, vulgariser la culture musulmane et arabe dans le milieu féminin »¹³⁶⁶.

417. Il subsiste dans toutes les organisations féministes une volonté express de continuer à respecter l'identité et les fondements de la société tunisienne. Ce qui explique cette référence explicite au respect des traditions musulmanes et de la culture arabe. De plus, cette référence

¹³⁶⁴ 1879-1947.

¹³⁶⁵ Noura Borsali, *Tunisie : le défi égalitaire, Écrits féministes*, Édition Arabesques, 2012, p. 114.

¹³⁶⁶ *Ibidem*.

au respect de la culture arabe, découle du rejet de toutes références au passé beylical de la Tunisie par l'élite de l'époque¹³⁶⁷.

418. La période coloniale du Maghreb a contribué à un changement du statut sociologique des femmes dans la société nord-africaine. Le premier changement s'opère dans le domaine de l'éducation. C'est en 1900 qu'est créé « l'école des jeunes filles musulmanes de la rue de Pacha »¹³⁶⁸. Il s'agissait d'éduquer les jeunes filles issues de grandes familles pour la plupart tunisoises¹³⁶⁹. Cette volonté d'offrir un enseignement aux jeunes filles s'inscrit dans la continuité d'une tradition culturelle et religieuse. Ce processus de continuité du respect culturel semble se rapprocher d'une démarche similaire à celle de l'Égypte. La volonté de continuité et de respect de la tradition arabo-musulmane est à l'époque une démarche tolérée par la population. Cette dernière était assez méfiante vis-à-vis de l'éducation des jeunes filles sous le protectorat français. La prise en compte de ces spécificités locales ont été le gage d'une stabilité sociale ce qui a permis l'ancrage dans la culture locale de la possibilité d'éduquer les filles. Par la suite, les femmes vont être éduquées dans le but de soutenir la vie politique essentiellement composée par des hommes. Les associations ont élargi leur objectif par la mobilisation des femmes au mouvement national¹³⁷⁰ et, de manière générale, au panarabisme qui croît dans la région¹³⁷¹.

¹³⁶⁷ Une gouvernance beylicale assurée par des perses qui ont adapté leur culture ottomane avec la culture berbère des autochtones. Désormais, le président Bourguiba s'implique dans le nationalisme arabe et il rappelle l'attachement de l'État à la culture arabo-musulmane.

¹³⁶⁸ Elle est fondée par une française, Louise Renée Millet épouse de l'ambassadeur de France et ancien résident général de France en Tunisie. L'ouverture de cette école exprime une volonté de la France d'instaurer l'éducation des femmes tunisiennes. Cf sur le sujet la monographie historique de l'Association des anciennes Élèves du lycée de la rue de Pacha, « *Dar el Bacha, Reflet d'un siècle 1900-2000* », J. Bahri Binous, A. bornaz, J. Chaouch Sellami, N. Kbir Arigui (dir.), Édition Caractère, 2000.

¹³⁶⁹ Au départ, l'éducation des femmes est réservée à une caste sociale c'est à dire aux enfants des élites. Il en est de même pour les jeunes garçons. Cette école a pour objectif d'éduquer les potentielles épouses des futurs hommes cadre de la société. Dans cette école sont dispensés des cours élémentaires de français mais aussi des cours d'arabes, de couture et d'hygiène.

¹³⁷⁰ Dans ce mouvement nationaliste, on compte notamment l'Union Nationale des Femmes en Tunisie. Ce mouvement est né en janvier 1956 avec l'appui du néo-Destour. Le but de cette organisation était « une union de défense des droits civiques et sociaux de la femme » (Le texte de la Charte de l'UNFT, p. 4). Cette organisation a effectué son premier congrès à Tunis du 7 au 9 avril 1958 et a été inaugurée par le Président Bourguiba (Cf. *L'action*, 17 oct 1964, p. 4. Elle était présidée par Radhia Haddad. Il faudra attendre l'année 1960 pour que le Président Bourguiba déclare lors du Deuxième congrès, que « ses sections sont autant de cellules féminines du parti »). Enfin, c'est la charte adoptée par l'UNFT en 1962 qui va définir la structure comme étant « une organisation nationale qui œuvre pour l'évolution de la femme et le développement de son sens civique et qui travaille en relation avec toutes les organisations nationales sous l'égide du parti du néo-Destour et de son président, le Combattant suprême Habib Bourguiba, libérateur de la patrie et de la femme ». Le texte de la Charte de l'UNFT, p. 4.

¹³⁷¹ C'est pourquoi de nombreuses actions vont être menées notamment avec l'organisation : « la journée de la Palestine » ou encore « la journée du savoir ». *Idem*, p. 115.

Section 2 : L'influence déterminante du féminisme en France

419. Un apport important en droit privé : l'exemple du divorce. Quoi qu'il en soit, le mouvement féministe a permis en France certaines évolutions en faveur du principe d'égalité. Ce principe d'égalité a été intégré dans diverses branches du droit, notamment en droit privé. Des réformes ont eu lieu en matière familiale et successorale. À titre d'exemple, on peut citer la loi du 20 septembre 1792 qui autorisa le divorce par consentement mutuel¹³⁷². Ce dernier était prononcé au moyen d'une procédure simple, sans juge. Cependant, à partir de 1804 les conditions qui autorisent le divorce par consentement mutuel deviennent progressivement restrictives.¹³⁷³ Ainsi, la royauté, de retour au pouvoir, voulut « rendre au mariage toute sa dignité dans l'intérêt de la religion, des mœurs, de la monarchie et de la famille ». En ce sens, la loi transposa en séparation de corps toutes les instances en divorce pendantes devant les tribunaux. Elle arrêta tous les actes réalisés afin d'accéder au divorce par consentement mutuel. Flora Tristan¹³⁷⁴, l'une des figures des féministes, s'appropriâ cette cause et fit du droit au divorce le point central de la lutte féministe en tant que condition à l'émancipation des femmes. En 1848, l'instauration du nouveau régime politique après le renversement de la monarchie de juillet suscita de grands espoirs pour les femmes et le droit du divorce. Ce dernier était réclamé par les femmes. Selon le dossier d'archives constitué par les services du ministre de la Justice¹³⁷⁵, des 53 lettres datées de l'année 1848, 20 furent écrites par des femmes¹³⁷⁶. Dans l'une de ces lettres, l'une d'elles compara le sort des femmes à celui des esclaves alors même que celui-ci fut aboli dans les colonies françaises le 27 février 1848. Ainsi, elle écrivit : « *Vous venez d'abolir l'esclavage parmi les nègres, mais il y a aussi un esclavage non moins digne de*

¹³⁷² Voy. V. Poure, « La convention de divorce par consentement mutuel : un contrat à part, mais un contrat tout de même », *Droit de la famille* 2018, n° 3, étude 5. Voy. aussi J. Thierry, « Le maire, juge du divorce : c'est Montesquieu qu'on assassine », *D.* 1998, p. 166 ; V. Demars-Sion, « Libéralisation du divorce, l'apport véritable de la loi du 11 juill. 1975 à la lumière de celle du 20 sept. 1792 », *RTD civ.* 1980, p. 231.

¹³⁷³ En effet, le Code civil de 1804 restreignit la possibilité de divorcer au seul motif de la faute des époux. Sous la Restauration, la loi Bonald du 8 mai 1816 abolit ce droit, « sous l'empire de préoccupations exclusivement religieuses et dont, selon elle, la destruction, à cette époque, a mutilé l'institution du mariage civil telle qu'elle avait été fondée en 1803 » Chambre des députés session ordinaire de 1881, séance du lundi 7 février 1881 disponible sur [<https://gallica.bnf.fr>].

¹³⁷⁴ Flora Tristan y Moscoso, née à Paris le 7 avril 1803 et morte à Bordeaux le 14 novembre 1844. Elle fut une femme de lettres, militante socialiste et féministe française. Elle était également l'une des figures majeures du débat social dans les années 1840 et participa aux premiers pas de l'internationalisme.

¹³⁷⁵ Disponible sur [<http://www.justice.gouv.fr/histoire-et-patrimoine-10050/proces-historiques-10411/quand-le-divorce-etait-interdit-1816-1884-22402.html>].

¹³⁷⁶ Lettre 56 en date du 20/03/1848 ; lettre 61, 29/04/1848 la limonadière Gosselin qui " *subit le sort affreux d'un mariage mal assorti ; antipathie, mauvais procédés, affection incompatible, (lui) rendent depuis longtemps l'existence insupportable* " :

voire sollicitude, car il pèse sur des créatures civilisées »¹³⁷⁷. Ce ne fut qu'avec la loi Naquet du 27 juillet 1884¹³⁷⁸, sous la III^e République, que ce droit fut rétabli, mais sur le seul fondement de fautes précises¹³⁷⁹ constitutif d'un manquement aux obligations conjugales et rendant intolérable le maintien du lien conjugal. Sous la III^e République, plusieurs lois furent favorables à l'émancipation des femmes¹³⁸⁰. Sous le régime de Vichy, la loi du 2 avril 1941 interdisait aux époux mariés depuis moins de trois ans de divorcer. En 1975, la loi du 11 juillet¹³⁸¹, initiée par Valéry Giscard d'Estaing, constitua un remaniement total de la législation. En ce sens, elle modifia les conditions du divorce en substituant à un divorce fondé uniquement sur la faute une pluralité de cas de divorce, notamment le divorce par consentement mutuel. Pour parachever l'évolution historique vers la liberté de divorcer, le législateur a prévu une loi¹³⁸² qui simplifie les procédures tout en maintenant leur caractère judiciaire et d'apaiser les relations entre les époux qui font appel au divorce. Pareillement, des évolutions existaient aussi en matière de droit du travail¹³⁸³ qui répondait aux exigences d'une société mouvante. C'est ainsi qu'en 1903, les femmes purent accéder au barreau ce qui permit à Jeanne CHAUVIN de devenir la première avocate¹³⁸⁴.

420. De la capacité juridique au droit à l'IVG. La conception de l'émancipation de la femme a fait l'objet de nombreuses appréciations. Elle recoupe toute une série de droits qui vise à affranchir la femme d'une autorité paternelle ou maritale. Celle-ci ne fut possible qu'avec l'acquisition de la pleine capacité juridique. La femme était considérée avant cela comme une éternelle mineure. Elle ne pouvait pas obtenir cette capacité au moyen du mariage. Seul le veuvage lui permettait de disposer librement de ses biens. Ainsi, beaucoup de temps s'est écoulé avant que la femme ne soit considérée comme une interlocutrice égale à l'homme.

¹³⁷⁷ Lettre 59, 25/04/1848, transcription disponible sur http://www.justice.gouv.fr/art_pix/lettre_65.pdf

¹³⁷⁸ Loi parue au Bulletin des lois de la République française, fichier pdf, source : gallica.bnf.fr.

¹³⁷⁹ Il s'agit des cas suivants : adultère, condamnation à une peine afflictive et infamante, sévices et injures graves.

¹³⁸⁰ On peut citer, la loi de 1886 sur la procédure de divorce ; la loi de 1893 qui conféra à la femme séparée de corps, pleine capacité ; la loi du 15 décembre 1904 qui abrogea l'article 298 du Code civil qui interdisait le mariage avec le complice adultère ; la loi du 6 juin 1908 qui rendit obligatoire pour le juge la demande de conversion de séparation de corps en divorce présentée par l'un des époux trois ans après le jugement.

¹³⁸¹ Loi n° 75-617 du 11 juillet 1975 portant réforme du divorce.

¹³⁸² Loi n° 2004-439 du 26 mai 2004 relative au divorce, entrée en vigueur 1^{er} janvier 2005, *JOFR* du 27 mai. 2004. Sur cette loi : voy. not. F. Bellivier, « Réforme du divorce », *RTD civ.* 2004, p. 565.

¹³⁸³ Voy. sur la question les changements sociaux potentiels induits par l'accès des femmes au marché du travail, R. Marguerite (dir.), *Genre et changement social en Afrique*, éditions des archives contemporaines/agence universitaire de la francophonie, 2010, 122 pages.

¹³⁸⁴ Loi du 1 décembre 1900.

421. Certes, lorsqu'elles furent pleinement capables juridiquement, sur le fondement de l'égalité des sexes, les courants féministes revendiquèrent la liberté de disposer de leur corps et le droit de choisir le moment où elles souhaitent endosser le rôle de mère. Elles voulaient pouvoir contrôler leur corps et ne pas subir une situation dans laquelle elles seraient dans l'obligation d'assumer une responsabilité maternelle qu'elles ne désiraient pas. Pour atteindre cet objectif, les femmes ont dû se réapproprier leur intégrité physique. Les problématiques du respect de l'intégrité physique et de la maternité choisie peuvent être rattachées à la notion de droits reproductifs¹³⁸⁵. Cette émancipation féminine se retrouve dans le droit de disposer librement de son corps, mais aussi par la libération sexuelle qui a été possible grâce à la loi Neuwirth qui autorise la contraception en 1967¹³⁸⁶. Par la suite, la loi Veil de 1975¹³⁸⁷ autorisa l'IVG pour une période probatoire de 5 ans. En 1979, une nouvelle loi sur l'IVG rend définitives les dispositions de la loi de 1975. En 1982, la sécurité sociale remboursait l'IVG. En 2001, le délai légal au recours à l'IVG passe de 10 à 12 semaines. L'obtention du droit à l'avortement est une victoire pour les féministes. L'IVG est un exemple qui illustre véritablement l'influence déterminante du féminisme dans l'évolution législative. Plus précisément, sur la réelle mutation du droit. Le Code pénal de 1810 mettait en place pour la première fois le crime d'avortement. Aussi, les femmes qui avaient volontairement interrompu leur grossesse encouraient l'emprisonnement. Les personnes qui contribuaient à la démarche étaient punissables de la même peine. Les pharmaciens et les médecins qui aidaient à l'avortement étaient passibles de travaux forcés. En 1947, Simone de Beauvoir, publia un ouvrage dans lequel elle écrivit « on ne naît pas femme : on le devient. Aucun destin biologique, psychique, économique ne définit la figure que revêt au sein de la société la femelle humaine »¹³⁸⁸. Par cette citation, elle estimait que l'inégalité des sexes se construit idéologiquement et historiquement. Conséquemment, elles doivent se réapproprier leur destin. Celui-ci doit être repris en tant qu'homme comme les autres et non en tant que femme. Alors, celle-ci ne doit plus être « femme », c'est-à-dire le sexe inférieur, l'Autre, mais un homme. En ce sens, elles doivent s'extirper de l'immanence, principe philosophique selon lequel la finalité de l'être humain est contenue dans sa nature même, qui

¹³⁸⁵ Voy. L. Marguet, « Les lois sur l'avortement (1975-2013) : une autonomie procréative en trompe-l'œil ? », *La Revue des droits de l'homme* 2014, n°5, p. 1.

¹³⁸⁶ Cette loi *Neuwirth* a cristallisé les tensions. On se souvient que le Conseil d'Etat a dû intervenir s'agissant de son application dans les collèges et les lycées. Voy. CE, 30 juin 2000, n° 216130, *Association Choisir la vie*. D'aucuns accusèrent le Conseil d'Etat d'être le gardien de la moralité publique. Voy. M. Canedo, « Le Conseil d'Etat gardien de la moralité publique ? », *RFDA* 2000, p. 1282.

¹³⁸⁷ Loi n° 75-17 du 17 janvier 1975 relative à l'interruption volontaire de la grossesse, JORF, 16. Janv. 1975. Voy. également V. Egéa, *Droit de la famille*, LexisNexis, 2020, 714 pages ; P. Malaurie, L. Aynès, *Droit de la famille*, LGDJ, 2018, 876 pages ; D. Fenouillet, *Droit de la famille*, Dalloz, 2019, 636 pages ; P. Murat, S. Bernigaud, H. Bosse-Platière, *Droit de la famille*, Dalloz, 2019, 2400 pages.

¹³⁸⁸ S. De Beauvoir, *Le Deuxième Sexe*, t.1, Gallimard, 1986, 416 pages.

est donc contre la transcendance¹³⁸⁹. Autrement dit, la femme doit pouvoir se construire comme Autre de l'homme, sans avoir à subir l'oppression de ce dernier. De cette manière, les différences biologiques, notamment la grossesse, contribuent à la différence entre les deux sexes. Toutefois, cette dernière ne peut fonder la hiérarchie entre la femme et l'homme. Cette réflexion n'a pas justifié l'adoption par l'Assemblée de la loi Neuwirth en 1967. C'est la régulation de la fécondité qui a justifié cette loi, à savoir la volonté de maîtriser le nombre de naissances par la femme. Le droit de disposer de leur corps fut reconnu progressivement. Il s'inscrivait dans un mouvement international : *International Planned Parenthood Federation* qui fut créé en 1952. Ce mouvement a permis la commercialisation de la pilule contraceptive en Allemagne fédérale en 1956, puis la vente de contraceptifs en 1960 aux États-Unis. En France, le mouvement en faveur de l'élaboration et de la diffusion de moyens de contraception moderne débuta à la fin des années cinquante. En effet, en 1956, Marie-Andrée Lagroua Weill-Hallé, des gynécologues et des militants, dont Évelyne Sullerot, créèrent le mouvement pour une « Maternité heureuse ». En 1960, il devint le Mouvement français pour le planning familial (MFPF). La principale justification n'est plus essentiellement la maîtrise de la fécondité. Les féministes considèrent que la contraception est un moyen de libération des femmes. En effet, les premiers centres du Planning familial furent ouverts clandestinement entre 1960 et 1967. L'association voulait promouvoir, outre le contrôle des naissances, la lutte contre les avortements clandestins.

422. La dépénalisation de l'avortement, une nouvelle conquête des féministes. La loi Neuwirth fut promulguée le 28 décembre 1967. La pilule fut ainsi légalisée et la contraception autorisée. Les femmes purent enfin s'extirper de l'immanence et accéder à la transcendance, car elles eurent le choix de la maternité. Mais l'avortement restait toutefois interdit. L'objectif de limitation des avortements prévu par l'ouverture du droit à la contraception ne fut pas atteint. En effet, plus de 300 000 femmes continuèrent à avorter clandestinement chaque année¹³⁹⁰. Autrement dit, certaines se rendirent dans les pays frontaliers qui autorisaient l'avortement, d'autres devaient avorter clandestinement. Elles s'exposèrent toutes à des poursuites pénales. Relativement à cette situation, des femmes décidèrent de réagir. En 1971, Simone de Beauvoir rédigea le manifeste des 343 salopes¹³⁹¹. Ce manifeste avait pour objet de demander la dépénalisation de l'avortement. Il fut notamment signé par Catherine

¹³⁸⁹ En philosophie, caractère de ce qui se situe hors d'atteinte de l'expérience et de la pensée humaines.

¹³⁹⁰ <http://www2.assemblee-nationale.fr>

¹³⁹¹ « Manifeste des 343 salopes », *Nouvel Observateur* n°334 du 5 avril 1971.

Deneuve, Gisèle Halimi et Jeanne Moreau. Cette dernière fonda avec Gisèle Halimi le mouvement féministe « choisir la cause des femmes » qui fut déterminant pour la dépénalisation de l'avortement. Ce mouvement défila avec le MLF pour défendre le féminisme en tant que conception universaliste de l'humanité. Son engagement se concrétisa lors du procès de Bobigny. Elle s'impliqua en faveur de l'avortement. Le procès Bobigny¹³⁹² impliquait, en l'espèce, une jeune fille de 16 ans qui a avorté avec l'aide de sa mère et trois femmes après un viol. Elle fut poursuivie. Défendue par l'avocate Gisèle HALIMI, cette dernière fut acquittée¹³⁹³. Sous cette pression médiatique et la revendication du droit à l'avortement qui fut portée par la société civile, le Président de la République annonça qu'aucune poursuite ne serait engagée pour avortement jusqu'au vote d'une loi l'autorisant¹³⁹⁴. En effet, la loi d'amnistie du 10 juillet 1974 visait de manière explicite les faits d'avortement. La multiplication des mouvements militants à la fin des années 1960 poussa le législateur à adopter le 17 janvier 1975, après des débats agités, la loi Veil. Cette loi permit la légalisation de l'avortement, ainsi que son encadrement. Le législateur opéra un grand changement en permettant au médecin à la demande de la femme enceinte d'effectuer une interruption de grossesse. Pour rendre effectif ce droit, le législateur a aussi prévu le délit d'entrave par la loi Neiertz de 1993¹³⁹⁵. Dès lors, le fait d'empêcher une IVG, en perturbant l'accès aux établissements de santé ou en menaçant les femmes qui souhaitent avorter ou le personnel médical¹³⁹⁶, est passible de deux ans de prison et 30 000 euros d'amende. Cette loi a renforcé le caractère coercitif de la pratique de l'avortement en aggravant les peines encourues pour entrave à une IVG. La disposition est scellée aujourd'hui à l'article L. 2223-2 du code de la santé. La loi Roudy a complété le droit à l'IVG en prévoyant également son remboursement par la sécurité sociale. Le législateur a par ailleurs inséré au code de l'éducation un article qui prévoit une information et une éducation à la santé et à la sexualité¹³⁹⁷.

¹³⁹² Sur le procès de Bobigny, voy. not. E. Pierrat, *Les grands procès de l'histoire – De l'affaire Troppmann au procès d'Outreau*, Editions de la Martinière, 2015, p. 122 et s.

¹³⁹³ Les autres accusées ne furent condamnées qu'à des peines avec sursis. Ce procès eut un impact important auprès de l'opinion publique. En effet, ce fait divers fut transformé en procès politique par Gisèle Halimi. De fait, les juges ne pouvaient plus appliquer à l'ensemble des femmes ayant avorté les sanctions pénales en vigueur. Ainsi, aucun signataire des manifestes « des 343 » et « des 331 » ne furent poursuivis.

¹³⁹⁴ Valéry Giscard d'Estaing l'annonça lors d'une conférence de presse du 25 juillet 1974.

¹³⁹⁵ Loi n° 93-121 du 27 janvier 1993 portant diverses mesures d'ordre social, JORF, 23 Janv. 1993.

Pour une présentation du dispositif : voy. O. Dhavernas, « Entrave à l'interruption volontaire de Grossesse », *RSC* 1997, p. 821.

¹³⁹⁶ Loi n° 2001-588 du 4 juillet 2001, art.17.

¹³⁹⁷*Ibid.*, art. 22.

423. La protection des femmes dans la société contemporaine. Le mouvement féministe a continué à porter de nouvelles revendications qui se sont traduites par l'adoption de lois protectrices des femmes. Il fallait effectivement intégrer le rôle plus actif des femmes, notamment dans le monde du travail. Le droit a surtout arrêté d'être indifférent à la condition de la femme et est devenu de plus en plus répressif lorsqu'il s'est agi de garantir son intégrité physique. Aussi, loi du 4 avril 2006¹³⁹⁸, vise notamment à prévenir les mariages forcés et à mieux réprimer les mutilations sexuelles. Elle améliore aussi la répression des violences faites aux femmes. Une loi du 9 juillet 2010¹³⁹⁹ est venue renforcer cette répression. En ce sens, le législateur a pris un nombre important de mesures. La loi allonge les délais de prescription en cas de viol et d'agression sexuelle. En matière de harcèlement ou d'agression sexuelle, la même loi modifie le délai de prescription. Il est désormais de 6 ans, à compter du jour où le délit a été

¹³⁹⁸ Loi n° 2006-399 du 4 avril 2006 renforçant la prévention et la répression des violences au sein du couple ou commises contre les mineurs, JORF, 5 avril 2006, p 5097. Voy. sur le sujet. A. BOURRAT-GUEGUEN, « Analyse de la loi n° 2006-399 du 4 avril 2006 renforçant la prévention et la répression des violences au sein du couple ou commises contre les mineurs », *Revue juridique de l'Ouest*, 2006, pp. 429-447. M. REBOURG, Prévention et répression des violences au sein du couple ou commises contre les mineurs, à propos de la loi n° 2006-399 du 4 avril 2006, aperçu rapide, JCP 2006, Act. 173 ; M. BRUSORIO, Loi renforçant la prévention et la répression des violences au sein du couple ou commises contre les mineurs, RJPF juin 2006, p. 6 ; F. Laborde au nom de la délégation aux droits des femmes, *Violences au sein des couples*, Sénat, Rapport d'information n° 553, 10 juin 2010 ; S. MEKBOUL. « Le mariage forcé : réponses du droit et enjeux juridiques. Législation française et européenne », *Migrations Société* 2008, pp. 83-98. E. RUDE-ANTOINE. « Mariage forcé, violence physique, violence morale..., une réflexion à partir de jugements de nullité de mariage », *Cliniques méditerranéennes*, 2013, pp. 45-58. E. RUDE-ANTOINE, « La réponse du droit », *Mariage libre, mariage forcé ?* sous la direction de Rude-Antoine Edwige. Presses Universitaires de France, 2011, pp. 181-212. Le cas des femmes étrangères conf. L. BROCARD, et L. HAOUA, « Quand les politiques « protègent » les femmes », *Plein droit*, 2006, pp. 23-26.

¹³⁹⁹ Loi 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, Journal officiel du 16 janvier 1975. Mestrot Michèle. La protection civile des victimes de violences dans la loi 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 », *Revue juridique de l'Ouest*, 2011-2. pp. 165-194 ; I. CORPAT, « Intensification de la lutte contre les violences conjugales », commentaire de la loi n° 2010-769 du 9 juillet 2010, *Droit de la famille* n° 1 1, Novembre 2010, étude 28 ; M.-B. MAIZI, M. CHOPIN, « La loi du 9 juillet 2010 et l'ordonnance de protection : une réponse adaptée a ta violences intra familiales ? », *AJ Famille* 2010 p. 514 ; M. DOUCHY-OUODOT, « Quelle protection contre les violences au sein des couples ? », *Revue Procédures* n° 12, Décembre 2010, étude 9. Aperçu rapide par A. BOURRAT-GUEGUEN, « Vers l'instauration d'un dispositif efficace de lutte contre les violences au sein du couple ? », *JCP G*, 26 Juillet 2010, 805 ; V. AVENA-ROBARDET, « Lutter efficacement contre les violences conjugales », *AJ Famille* 2010, p. 298 ; J. Casey, « Présentation rapide de la loi du 9 juillet 2010 relative aux violences faites spécifiquement aux femmes et aux violences au sein des couples », *Gaz. Pal.*, 11 septembre 2010, p. 5 ; M. MESTROT et J. MARROCHELLA, « Violences conjugales : vers un droit spécifique ? » : blog.dalloz.fr, 13 juillet 2010 ; J. CASEY, É. MULON, « Loi du 9 juillet 2010 et décret du 29 septembre 2010 sur les violences conjugales : aspects de droit civil et de droit pénal », *Gazette du Palais*, 11 novembre 2010, p. 6 ; « L'ordonnance de protection. Loi 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 », Karen Sadlier éd., *Violences conjugales : un défi pour la parentalité*. Dunod, 2015, pp. 145-148 ; « Textes juridiques de référence », Karen Sadlier éd., *Violences conjugales : un défi pour la parentalité*. Dunod, 2015, pp. 154-156 ; L. HINCKER, « Violences conjugales et harcèlement moral en France et en Europe », Roland Coutanceau éd., *Violences conjugales et famille*. Dunod, 2016, pp. 23-32 ; M.-E. URIBURU. « Quelques éléments pour « briser le silence » des violences conjugales », *Cliniques méditerranéennes*, 2013, pp. 59-68 ; Z. MANSEUR. « Entre projet de départ et soumission : la souffrance de la femme battue », *Pensée plurielle* 2004, pp. 103-118.

commis. En cas de viol sur des personnes majeures, le délai de prescription est de 20 ans¹⁴⁰⁰. Récemment, le législateur s'est attaqué aux violences sexistes, et notamment aux harcèlements de rue. La loi du 3 août 2018 renforçant la lutte contre les violences sexuelles et sexistes a introduit dans le Code pénal un article 621-1 qui punit d'une amende l'outrage sexiste¹⁴⁰¹. Sera susceptible de contravention « tout propos ou comportement à connotation sexuelle ou sexiste qui soit porte atteinte à sa dignité en raison du caractère dégradant ou humiliant, soit créé à son encontre une situation intimidante ou offensante »¹⁴⁰². Notons que ce texte manque de clarté quant à la définition de l'infraction. Chaque femme ne se sent pas offensée ou humiliée par les mêmes propos ou par les mêmes attitudes. À cet égard, une QPC pourrait être transmise au Conseil constitutionnel au motif que le texte porte atteinte aux principes de clarté et de lisibilité de la loi. Actuellement, il n'y a pas eu d'introduction de QPC en la matière, mais le Conseil constitutionnel a déjà eu l'occasion de censurer sur ce dernier fondement la définition du harcèlement sexuel, car il estimait que cette dernière n'était pas suffisamment précise¹⁴⁰³. Le

¹⁴⁰⁰Loi n° 2017-242 du 27 février 2017 portant réforme de la prescription en matière pénale. S'agissant du cas du viol sur des personnes mineures, le délai de prescription est désormais de 30 ans conformément au nouvel article 7 du code de procédure pénale.

¹⁴⁰¹ Sur le sujet, voy. not. P.-J. DELAGE, « Outrage sexiste : les décevantes réponses du législateur à un réel enjeu de société. La loi n° 2018-703 du 3 août 2018 », *JCP G* 2018, n° 38, aperçu rapide 947.

¹⁴⁰² En plus de la contravention, une peine complémentaire pourrait être prononcée. La personne en contravention pourrait être obligé d'accomplir à ses frais un stage de lutte contre le sexisme et de sensibilisation à l'égalité entre les femmes et les hommes. Le législateur n'a pas entendu le Conseil d'Etat qui doutait de la nécessité et du contenu du stage. Voy. CE, 15 mars 2018, n° 394437, Avis sur un projet de loi renforçant la lutte contre les violences sexuelles et sexistes commises contre les mineurs et les majeurs.

¹⁴⁰³ Cons. const., 4 mai 2012 déc. n° 2012-240, QPC. La Cour de cassation a transmis la présente QPC en retenant « qu'elle est sérieuse au regard du principe de légalité des délits et des peines, en ce que la définition du harcèlement sexuel pourrait être considérée comme insuffisamment claire et précise, dès lors que le législateur s'est abstenu de définir le ou les actes qui doivent être regardés, au sens de cette qualification, comme constitutifs du harcèlement sexuel ». Dans sa décision n° 2012-240 QPC du 4 mai 2012, le Conseil constitutionnel a jugé « que l'article 222-33 du code pénal permet que le délit de harcèlement sexuel soit punissable sans que les éléments constitutifs de l'infraction soient suffisamment définis ; qu'ainsi, ces dispositions méconnaissent le principe de légalité des délits et des peines et doivent être déclarées contraires à la Constitution » (cons. 5). Ainsi, le Conseil a déclaré contraire à la Constitution l'article 222-33 du code pénal (cons. 7). Voy sur le sujet M. Gérard D, Définition du délit de harcèlement sexuel, Commentaire, Conseil Constitutionnel, disponible sur [https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/decisions/2012240qpc/ccc_240qpc.pdf] ; Conf sur la décision de 2012, O. Bachelet, « Inconstitutionnalité, pour défaut de précision, du délit de harcèlement sexuel », Lettre Actualités Droits-Libertés du CREDOF, 9 mai 2012, 4 p ; F. Kerebel, « Abolition du délit de harcèlement sexuel : une décision courageuse », La Gazette du Palais, 24 mai 2012, pp. 9-10 ; R. Parizot, « Exit le délit-tautologie de harcèlement sexuel », Les Petites Affiches, 24 mai 2012, p. 3-5. Roujou de Boubée, Gabriel, « Harcèlement sexuel. Valmont doit-il aller en prison ? », Recueil Dalloz, 31 mai 2012, pp. 1344-1345 ; S. Detraz, « Harcèlement sexuel : justification et portée de l'inconstitutionnalité », Recueil Dalloz, 31 mai 2012, pp. 1372-1375 ; Ch. Radé, « Abrogation du délit de harcèlement sexuel : quelles conséquences en droit du travail ? », Recueil Dalloz, 31 mai 2012, pp. 1392 ; A. Lepage, « À propos de l'abrogation de l'article 222-33 du Code pénal », La Semaine juridique. Édition générale, 4 juin 2012, pp. 1094-1096 ; J.-P. Didier, « L'inéluctable abrogation du délit de harcèlement sexuel », La Semaine juridique. Administrations et collectivités territoriales, 4 juin 2012, pp. 3-6 ; V. Roulet, « Harcèlement sexuel : abrogation avec effet immédiat de l'article 222-33 du Code pénal », La Semaine juridique. Social, 12 juin 2012, pp. 28-30 ; D. Guérin, « Le harcèlement sexuel : une copie à refaire pour le législateur », Droit pénal, juin 2012, pp. 19-20 ; M. Véron, « Harcèlement sexuel. La création d'un vide juridique », Droit pénal, juin 2012, pp. 32-33 ; F. Rome, « Harceleurs, le retour ? [Éditorial] », Recueil Dalloz, 10 mai 2012,

législateur s'est par ailleurs adapté à l'évolution numérique de la société et aux nouvelles pratiques qui visent à atteindre l'intégrité morale et physique des femmes. Ainsi le législateur s'est saisi du phénomène « revenge porn »¹⁴⁰⁴ en prévoyant à l'article 226-2-1 du Code pénal une peine de deux ans d'emprisonnement et une amende pouvant aller jusqu'à 60 000 euros. En effet, est constitutif du « revenge porn » le fait de transmettre ou de diffuser sans le consentement exprès de la personne, l'image ou la voix de celle-ci, prise dans un lieu public ou privé, dès lors qu'elle présente un caractère sexuel¹⁴⁰⁵. Le droit s'adapte également à la situation des femmes issues du milieu de la prostitution¹⁴⁰⁶. En somme, il convient de retenir que l'influence du féminisme a été déterminante. C'est grâce aux messages et au combat portés par ce mouvement que le législateur a réagi et a décidé de renforcer la protection des femmes aussi bien en droit civil que dans d'autres branches du droit¹⁴⁰⁷. En ce sens, nous songeons au divorce

pp. 1177-1179 ; J.-F. Struillou, « Salarié investi d'un mandat extérieur à l'entreprise une protection désormais soumise à condition », *Revue de jurisprudence sociale*, juillet 2012, p. 520-521 ; B. Lapérou-Schneider, « L'éclipse du harcèlement sexuel », *Droit social*, juillet-août 2012, pp. 714-719 ; X. Pin, « Infraction - Principe de légalité criminelle - Harcèlement sexuel - Imprécision des éléments de l'infraction - Inconstitutionnalité (Oui) [Chronique Droit pénal général] », *Revue pénitentiaire et de droit pénal*, avril-juin 2012, pp. 367-373 ; M. Danti-Juan, « Harcèlement sexuel [Chronique Droit pénal spécial II] », *Revue pénitentiaire et de droit pénal*, avril-juin 2012, pp. 402-404 ; V. Malabat, « Le harcèlement sexuel n'est plus... Comment redéfinir le harcèlement sexuel ? », *Revue pénitentiaire et de droit pénal*, avril-juin 2012, pp. 389-397 ; Y. Mayaud, « Le délit de harcèlement sexuel : histoire d'une abrogation fatale ! », *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, avril-juin 2012, pp. 371-374 ; A. Cerf-Hollender « Imprécis et imprévisible délit de harcèlement sexuel », *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, avril-juin 2012, pp. 380-387 ; E. Dreyer, « Rancoeur et droit pénal ? », *La Gazette du Palais*, 27-28 juillet 2012, p. 3 ; J.-B. Perrier, « Harcèlement sexuel : précisions sur l'abrogation en raison de l'imprécision », *Actualité juridique. Pénal*, septembre 2012, pp. 482-484 ; C. Leborgne-Ingelaere, « Harcèlement : les QPC relatives au harcèlement moral ne verront pas le Conseil constitutionnel ! [Cass. soc., 11 juillet 2012 n° 11-19 971. Inédit ; Cass. crim., 4 septembre 2012, n° 12-80222 Inédit] », *La Semaine juridique. Social*, 20 novembre 2012, pp. 25-28. L. Leturmy, « Les dispositions nouvelles issues de la loi du 6 août 2012 à la suite de l'abrogation de l'article 222-33 du Code pénal relatif au délit de harcèlement sexuel [Droit pénal du travail] », *Revue pénitentiaire et de droit pénal*, octobre-décembre 2012, pp. 950-954 ; S. Anane, « Inconstitutionnalité du délit de harcèlement sexuel : "beaucoup de bruit pour rien" ? », *Revue française de droit constitutionnel*, janvier 2013, pp. 209-212 ; P. Blachère, « Droit pénal général », *Les Petites Affiches*, 15 juillet 2013, pp. 12-14.

¹⁴⁰⁴ Cette locution verbale signifie en français « revanche pornographique ». Sur le sujet, voy. par ex. M. Sigot, « Le revenge porn », *Dalloz IP/IT* 2018, p. 342 ; A. Lepage, « L'article 226-2-1 du Code pénal – Une nouvelle strate dans la protection pénale de la vie privée », *Dr. pénal* 2017, étude 1. Dans son étude, la professeure Lepage conteste l'expression revenge porn dans la mesure où le texte pénal n'exige aucune volonté de vengeance et ne se réduit pas à la notion de pornographie.

¹⁴⁰⁵ Loi n° 2016-1321 du 7 octobre 2016 pour une République numérique.

¹⁴⁰⁶ Loi n° 2016-444 du 13 avril 2016 visant à renforcer la lutte contre le système prostitutionnel et à accompagner les personnes prostituées. « *La loi renforce les moyens d'enquêtes et de poursuite et étend notamment le dispositif de signalement des contenus illicites sur Internet au cas où il est fait promotion du recours à la traite des êtres humains et/ou au proxénétisme. Elle crée un parcours de sortie de la prostitution et d'insertion sociale et professionnelle pour toute personne victime de prostitution, de proxénétisme et d'exploitation sexuelle assorti d'un fonds spécial au sein du budget de l'Etat. La loi prévoit la pénalisation de l'achat d'acte sexuel (contravention de 1500 euros), augmente l'amende à 3750 euros en cas de récidive, punit de 3 ans d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende lorsque la personne prostituée est mineure ou présente une particulière vulnérabilité, apparente ou connue (handicap ou grossesse par ex), et prévoit la possibilité d'un stage de sensibilisation à la lutte contre l'achat d'actes sexuels comme peine complémentaire. Les associations peuvent se porter partie civile avec l'accord des victimes* ». Résumé disponible sur le site [http://www.haut-conseil-egalite.gouv.fr].

¹⁴⁰⁷ En matière de droit pénal, avec la question du harcèlement sexuel (Cf. C. Saas, « Vingt ans de jurisprudence pénale sur le harcèlement sexuel. Réflexions sur le corps et la liberté sexuelle des femmes saisis par le droit

par consentement mutuel ou au droit à l'avortement, qu'en droit pénal, nous songions ici au délit d'entrave à l'IVG ou à la récente introduction de la contravention d'outrage sexiste.

pénal », in S. Hennette-Vauchez, M. Pichard et D. Roman (dir.), *La loi et le genre*, Paris : CNRS éditions, 2016.) ou les violences faites aux femmes (Cf. C. MacKinnon, *Le Féminisme irréductible. Conférences sur la vie et le droit*, Paris : Antoinette Fouque, 2005, pp. 17-26 ; E. Herman, *Lutter contre les violences conjugales : féminisme, travail social, politique publique*, Rennes : PUR, 2016 ; P. Delage, *Violences conjugales : du combat féministe à la cause publique*, Paris : Les Presses de Sciences Po, 2017.). Le droit public est également concerné, notamment avec la question déjà traitée de la parité politique (L. Bereni, « Quand la mise à l'agenda ravive les mobilisations féministes. L'espace de la cause des femmes et la parité politique (1997-2000) », *Revue française de science politique*, 2009, pp. 301-323). On peut également évoquer la question du féminicide (Cf. E. Leray et Elda Monsalve, « Un crime de féminicide en France ? À propos de l'article 171 de la loi relative à l'égalité et à la citoyenneté », *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], Actualités Droits- Libertés, mis en ligne le 10 février 2017, consulté le 18 février 2018).

CHAPITRE II : DES RAPPORTS CONFLICTUELS ENTRE SYSTEMES : LA DOUBLE STRUCTURATION

424. Le rapport est dit conflictuel lorsqu'il se traduit par une situation dans laquelle l'ordre juridique — l'ordre juridique tunisien par exemple —, rejette ou peine à intégrer dans ses structures ou composantes actuelles des dispositions visant au changement, par exemple toujours : une égalité réelle homme-femme. Cela peut avoir lieu du fait d'une résurgence de valeurs venues de la religion ou de la société. Dans un autre sens, le conflit restera à l'état de virtualité, des justifications théoriques auront été données à une diversification des valeurs ou des principes, celui de l'égalité des sexes, par exemple. Si cette justification réussit, on parlera d'hybridité du système juridique. Le caractère hybride du système juridique tunisien repose sur ainsi une double polarisation des rapports intersubjectifs (**Section 1**). Ce qui a pour effet d'asseoir le fonctionnement du principe d'égalité des sexes sur des valeurs différentes (**Section 2**).

Section 1 : Les deux types de polarisation des rapports intersubjectifs : rejet/intégration

425. La théorie de la structuration formulée par A. Giddens propose, en réaction contre la tendance dominante (structuralisme et fonctionnalisme), de donner au sujet, acteur social, une place centrale en unifiant au sein d'un même concept — qu'il appelle structurel et non structure — une partie des déterminants de son action : « J'appelle principes structurels les propriétés structurelles les plus profondément ancrées, celles qui sont engagées dans la reproduction des totalités sociétales. J'appelle institutions les pratiques qui ont la plus grande extension spatio-temporelle dans ces totalités sociétales », ¹⁴⁰⁸ mais aussi celui des « contraintes structurelles » comme ¹⁴⁰⁹ « deux pôles solidaires d'une même dualité ».

¹⁴⁰⁸ À travers les sociologies interprétatives.

¹⁴⁰⁹ À travers les fonctionnalismes et structuralismes.

426. Pour cela, GIDDENS va s'intéresser à « l'ensemble des pratiques sociales accomplies et ordonnées dans l'espace et dans le temps »¹⁴¹⁰. La théorie de la structuration considère l'histoire comme une série d'images dont la compréhension passe par l'explication du contexte par un arrêt sur image spatio-temporel de leur existence. Ce travail de contextualisation concerne l'intégration du principe comme enjeu d'une politique déterminée dans un espace-temps déterminé. Cette intégration s'est produite progressivement, dont certains éléments structuraux peuvent expliquer que l'égalité des sexes demeure partielle et incomplète. À cet égard, Giddens, fait une distinction entre contradiction et conflit. La contradiction n'est possible qu'entre des principes structurels d'un système social qui n'existe qu'à l'état de possibilité. Alors que le conflit implique des acteurs concrets qui ont des intérêts divergents. En conséquence, une contradiction structurelle n'entraîne pas automatiquement conflit et changement. En effet, pour Giddens, l'État en jouant son rôle de régulateur fait obstacle à l'aggravation des contradictions et l'altération en conflits sociaux. Les formes juridiques du principe d'égalité des sexes reflètent en partie les différentes théories de différentes natures,¹⁴¹¹ dont le développement, plus tard en un système doctrinal qui exerce aussi leur action sur le cours des luttes historique dans le domaine. Pour la plupart des situations, ces derniers déterminent de façon prépondérante la forme et le contenu de l'égalité des sexes. C'est parce que l'homme est capable du meilleur et du pire et que les êtres humains disposent de polarités paradoxales que le droit subordonne ses fonctionnalités à la poursuite de finalités qui reposent sur des valeurs précises et qui ne sont pas nécessairement convergentes entre les différents systèmes¹⁴¹². Cette double polarisation apparaît à travers le choix de systèmes de valeurs divergents. Ces valeurs ont une influence déterminante sur les rapports entre les systèmes juridiques¹⁴¹³. En effet, le système social est étroitement lié au système de culture et aux modèles d'action qui s'y trouvent inscrits. L'institutionnalisation de ces modèles confère au système social une assise relativement stable. Stabilité ne veut pas dire immobilisme, néanmoins il est possible de les considérer comme dotés d'une stabilité relative. Ils fournissent un ensemble d'éléments stables qui serviront *de grille d'analyse* du système social global.

427. De quelle manière ? Parsons distingue plusieurs fonctions permettant l'ajustement, notamment la fonction dite de stabilité normative. Cette stabilité normative se traduit par la

¹⁴¹⁰A. GIDDENS. *Op. Cit.*, p. 66.

¹⁴¹¹ Il s'agit des théories politiques, juridiques, philosophiques et conceptions religieuses.

¹⁴¹²F. OST, *A quoi sert le droit ? Op. Cit.*., p. 8.

¹⁴¹³ Notamment avec l'institutionnalisation de valeurs issues du sous-système à travers des principes.

garantie de certaines valeurs y compris l'égalité des sexes. Cela implique que les membres de la société connaissent cette valeur et que ces derniers aient la volonté de les accepter [les valeurs] et d'obéir aux exigences de celles-ci. Toutefois, les valeurs ne sont pas obligatoirement statiques, mais leur présence permet le maintien et la protection de l'ordre normatif. Les autres fonctions, beaucoup plus dynamiques et qui vont par ailleurs mettre en difficulté la stabilité normative, joueront un rôle essentiel dans la protection du principe d'égalité des sexes. En outre, le système juridique comporte des choix de valeurs et c'est à juste titre que le Professeur Frison-Roche estime que « le droit n'est pas une technique neutre »¹⁴¹⁴. Le droit est porteur de valeurs.

428. Nous sommes ainsi conduits à considérer qu'il existe deux ordres de valeurs, qu'il faut distinguer : la valeur *du* droit et la valeur *des* droits. Le premier ordre de valeur se confond avec celui de la justice. Le second ordre de valeurs est apparu avec l'émergence des droits subjectifs dont le caractère fondamental fait d'eux des valeurs *du* droit qui sont distinctes du droit et de la justice. Partant, ces valeurs du second ordre devraient être observées « indépendamment de toute considération de justice »¹⁴¹⁵. Aussi, on distinguera des divergences de valeurs tant sur le plan *du* droit (§ 1) que celui *des* droits (§ 2).

§1. Divergences sur les valeurs *du* droit

429. Cette divergence porte sur les valeurs endogènes aux systèmes juridiques (A), mais aussi sur les valeurs exogènes (B).

A) Les valeurs endogènes

430. Les valeurs comme structure d'influence de l'action. La polarisation du discours politique en Tunisie sur la question de l'égalité des sexes est apparue dès l'indépendance. Cette polarisation s'est construite en réalité entre deux pôles politiques divergents. Ces divergences remontant au passé continuent d'exister dans le système juridique actuel. Le conflit est né du fait de certaines prises de position politique sur des concepts clés qui ont marqué la conception

¹⁴¹⁴M.-A. FRISON-ROCHE, Troisième leçon : le droit et les valeurs, MAFR, 2014, disponible en ligne [<https://mafr.fr/fr/article/troisieme-lecon-le-droit-et-les-valeurs/>]

¹⁴¹⁵ H. FAES, « Sens et valeur des droits de l'homme », *Revue d'éthique et de théologie morale*, 2011, p. 88

de l'égalité des sexes en Tunisie et en France. Ce sont des idées-forces qui doivent s'entendre comme des systèmes de croyances¹⁴¹⁶. Elles se traduisent par des valeurs et des principes qui constituent le soubassement de toute la construction politique et juridique, tant sur le plan interne que sur le plan externe. Il reste que pour comprendre quelles valeurs animent la Politique, il est nécessaire d'examiner celles-ci en termes d'objectif et de stratégies poursuivis. Ces objectifs d'inspiration complexe peuvent être assimilés aux forces du droit.

431. Selon Ripert, lequel distingue les forces créatrices des forces conservatrices, ces dernières sont « les forces qui essayent de maintenir le droit existant »¹⁴¹⁷, tandis que les forces créatrices les secondes souhaitent « modifier ou transformer le droit en vigueur »¹⁴¹⁸. À cette classification, nous ajouterons les idées-forces sous-jacentes à ces différentes forces qui peuvent avoir des effets contraires.

432. Dans le cadre de l'étude, les forces créatrices peuvent être constituées par des valeurs qui président à la définition du principe de l'égalité des sexes. Elles vont exercer une influence directe et immédiate sur l'interaction entre les systèmes. Ainsi, l'approche structurale comparative permet de mettre en relief la polarisation des rapports entre les concepts clés d'une période à une autre, et de faire la comparaison entre les différentes étapes qui ont marqué la résistance à leur introduction dans le système politique, en termes de dépendance ou d'interdépendance. En effet, la structure sociale est un milieu toujours « ouvert », c'est-à-dire constamment en relation avec son environnement. Cette interaction a pour effet de poser des questions « d'ajustement ou d'adaptation ». Cette adaptation sociale à l'environnement fera l'objet d'une traduction concrète par le processus d'institutionnalisation qui se réalise aussi « par la formation « d'ensembles structurels concrets », que l'on peut nommer communément « institutions sociales »¹⁴¹⁹. Au sein de chaque institution, on retrouve un système de valeurs culturelles dont l'institutionnalisation aura pour effet de les transformer en normes sociales qui se traduisent par des règles juridiques, des normes qui vont régir l'interaction des acteurs sociaux. Ce système de valeurs se trouve dans une sous-structure culturelle qui va déterminer globalement « l'ensemble de l'appareil symbolique dont s'inspire l'action sociale ». C'est au niveau du système de valeurs culturelles que l'on retrouve les divergences qui sont à la base de ce que nous avons appelé le rapport conflictuel entre les systèmes. Ce rapport conflictuel entre

¹⁴¹⁶ M. BEN AHMED, *op. cit.*, p.8.

¹⁴¹⁷ G. RIPERT, *Les forces créatrices du droit*, *op. cit.*, p. 86.

¹⁴¹⁸ *Ibid.*

¹⁴¹⁹ Ces institutions sont par exemple la famille, la structure économique, l'administration judiciaire ou bien encore l'appareil politique.

les systèmes peut s'expliquer par l'existence de divergences entre la superstructure juridique française et celle de la Tunisie.

433. Les valeurs endogènes constituent l'identité d'un groupe social dans une société déterminée, elles peuvent prendre un caractère fondamental et s'incarner dans des normes constitutionnelles. En ce sens, le principe d'égalité des sexes va imposer une règle générale visant à traiter les hommes et les femmes de manière égale tout en interdisant toutes discriminations dont les justifications ne seraient pas permises par la constitution ou la loi. Néanmoins, derrière cette règle générale, le principe d'égalité des sexes est une représentation de l'évolution de la condition sociale et des rapports sociaux entre les sexes qui s'impose de manière progressive à travers le temps. Pour arriver à cette règle qui reconnaît chaque individu en dehors de la hiérarchie sociale, le système juridique s'est doté d'un ensemble de valeurs qui ont structuré « la fonction formelle » du droit. Cette fonction a pour objectif d'assurer la « mise en scène » à travers un « débat argumenté » de valeurs qui sont mises en relief au sein de la société et qui s'affrontent au sein du corps social¹⁴²⁰. À cet égard, il est nécessaire de respecter celles qui sont désignées par le professeur Frisson Roche comme « les valeurs intrinsèques du droit en tant que système ».¹⁴²¹ Ce que le professeur Ost nomme la dimension « réflexive » de la fonction du droit¹⁴²². La divergence entre les deux systèmes — France et Tunisie — se fonde sur le fonctionnement de la règle de droit, ses modalités de mise en œuvre.

434. Si en France la sécurité juridique, les garanties procédurales et le droit au juge sont des valeurs fondamentales sur lesquelles repose le fonctionnement de l'égalité des sexes, il n'en a pas été de même pour le système juridique tunisien. Cette divergence a eu pour effet de ralentir le processus d'intégration du principe d'égalité des sexes dans les différentes branches du droit. En effet, une partie de la question de l'égalité des sexes et de sa mise en œuvre n'échappe pas au lien qu'elle entretient avec les valeurs du droit. Dans cette perspective, l'analyse de la manière dont les valeurs du droit interviennent dans le domaine des rapports sociaux entre les sexes revêt une importance nouvelle. Le droit tend ainsi à organiser un ensemble de pratiques

¹⁴²⁰ P. BEGASSE DE DHAEM, O. VAN DER NOOT, C. XHARDEZ, « À quoi sert le droit ? ». Reflets de la conférence donnée par le professeur François Ost au séminaire interdisciplinaire d'études juridiques le 29 novembre 2013, Bruxelles, « Revue interdisciplinaire d'études juridiques », p.174.

¹⁴²¹ M.-A. FRISON-ROCHE, Troisième leçon : le droit et les valeurs, MAFR, 2014, disponible en ligne [<https://mafr.fr/fr/article/troisieme-lecon-le-droit-et-les-valeurs/>]

¹⁴²² P. BEGASSE DE DHAEM, O. VAN DER NOOT, C. XHARDEZ, « À quoi sert le droit ? ». Reflets de la conférence donnée par le professeur François Ost au séminaire interdisciplinaire d'études juridiques le 29 novembre 2013, Bruxelles, « Revue interdisciplinaire d'études juridiques », p.174.

sociales telles que celles prévues de manière symbolique dans le Code pénal à travers la coercition et la répression. Cet ensemble se caractérise par une structure arborescente et hiérarchisée de valeurs. Or, l'action des individus et acteurs est tout aussi importante que celle des structures.¹⁴²³ Toutes deux s'inspirent de valeurs. En Tunisie, c'est sous l'influence de ces valeurs que le champ de l'égalité des sexes va être restructuré par un double mouvement de pulvérisation et d'inconstance. La pulvérisation affecte la conception d'une égalité des sexes étatique, de plus en plus désavouée par la société civile. Initialement, les régimes de Bourguiba et de Ben Ali ont utilisé les droits des femmes comme moyen de « justifier l'autoritarisme »¹⁴²⁴. Quant à l'inconstance, elle s'est révélée lors du premier grand débat qui opposait la question de l'égalité et celle de la complémentarité, qui du fait de son essence inégalitaire, mais également de son caractère ambigu, a inquiété, quant à une possible régression du droit des femmes. Une complémentarité fondée sur des valeurs religieuses conçoit en effet les rapports entre les sexes comme complémentaires et équitables.

435. Afin de sécuriser cet acquis, les dispositions en faveur de l'égalité des sexes se multiplient dans la Constitution de 2014. Et ainsi, on passe d'une égalité des sexes étatique à une égalité constitutionnelle, qui impacte l'organisation de certaines structures politiques ainsi que les associations. En effet, après avoir constaté des lacunes relatives au fonctionnement et à l'efficacité des structures existantes, le législateur s'est engagé dans une réforme structurelle.

B) Les valeurs exogènes

436. Le rôle déterminant de ces valeurs exogènes dans le cadre des interactions entre les deux systèmes juridiques en matière d'égalité des sexes. Dans un droit de plus en plus global, comment la Tunisie concilie-t-elle sa propre vision de l'égalité des sexes qui s'est construite sous l'influence française, avec celle du droit international depuis la Seconde Guerre mondiale ?

437. En ce sens, l'égalité et la liberté constituent des idées-forces permanentes qui ont agité l'histoire française, celle de la Tunisie, mais plus généralement celle du monde. Elles

¹⁴²³ M. BEN HAMED, *Op. Cit.* p. 76.

¹⁴²⁴ H. NAFTI, *op. cit.*, p. 145.

constituent les forces d'un ordre social juste. Ce sont ces idées-forces qui ont tant marqué la conception de l'égalité des sexes en Tunisie et en France.

438. Ces idées forces structurent la mise en conformité du système tunisien aux canons de la modernité qui consacre comme valeurs universelles, l'égalité et la justice. Toutefois, cette mise en conformité n'est pas contrainte, elle nécessite une véritable adhésion consciente et volontaire. Cette adhésion porte davantage sur un aspect de gestion et d'organisation qui vise à déterminer l'action. Autrement dit, à définir quelle conduite doit adopter l'État pour atteindre son objectif d'égalité entre les sexes ? La réalisation de l'objectif final ne peut se faire que dans le cadre d'une mise en œuvre souple qui implique des étapes intermédiaires. Ceci marque un palier significatif vers une évolution de plus en plus égalitaire et qui pour tenir compte de la réalité des forces en présence. C'est à ce titre que le compromis a souvent été la base de la politique en matière d'égalité des sexes¹⁴²⁵.

439. La mise en place d'une politique nécessite en pratique de déterminer la finalité, d'explicitier l'objectif qui indique ce que la société souhaite réaliser à long terme et qui repose nécessairement sur un certain nombre de priorités. À cet égard, il nous semble que le but de la politique tunisienne en matière d'égalité des sexes traduit une idée ancienne basée sur une volonté de modernité et de rationalité qui a été fortement influencée par les valeurs véhiculées par la culture française ainsi que la tradition réformiste mise en place au cours du XIXe siècle. Nous pensons ici à toutes ces intellectuelles réformistes tunisiennes que nous avons déjà évoquées dans la première partie de cette thèse. Ces valeurs, on les retrouve dans le cadre des notions d'équité, de justice, d'égalité des chances, d'égalité de traitement.

440. L'interaction entre les systèmes a été fertile, car le rapprochement s'est opéré sur deux dimensions nécessairement distinctes, mais tout de même complémentaires :

¹⁴²⁵ Bourguiba qualifiait la stratégie et la politique des étapes comme révolutionnaire : « Le compromis positif ou révolutionnaire doit remplir trois conditions fondamentales sans lesquelles aucun homme intègre ne pourrait s'y résoudre. D'abord la déficience des moyens de lutte doit être patente. Car le compromis n'est pas une fin en soi. Ce sont les conditions d'une lutte inégale qui l'impose... Il faut et c'est la seconde condition, qu'il comporte un progrès par rapport au statu quo, qu'il constitue un pas en avant. Le compromis révolutionnaire est alors expédient tactique pour améliorer une situation stratégique. Enfin, le compromis doit être dynamique... Il doit ouvrir la voie de l'objectif et créer de nouvelles possibilités d'action susceptibles d'aboutir à la solution parfaite et définitive ». Discours de H. BOURGUIBA, prononcé le 30 Mai 1965, « 1^{er} Juin 1955 ou le compromis révolutionnaire », In *Discours, Tom XIII*, Tunis, Edition du Secrétariat d'Etat à l'information, 1965, pp. 294-312.

- La première dimension est celle de la volonté de la part des détenteurs de la puissance de l'État de mettre fin à la soumission des femmes, en instituant et en renforçant le dispositif juridique existant aux fins de neutraliser et de capter les dispositions inégalitaires
- La seconde dimension qui a eu une répercussion sur les conceptions de l'État en matière d'égalité des sexes, c'est une conception ayant trait à l'intégration de l'État tunisien à la communauté internationale qui impliquait pour les différents États la collaboration, le dialogue et l'intégration dans le système juridique national tunisien d'un ensemble de valeurs. Ainsi, la Tunisie tournait le dos à son passé et se dirigeait vers la modernité.

441. Cette interaction inscrit la Tunisie dans un cadre qui l'engage à mettre fin à une forme d'allégeance exclusive à la tradition arabo-musulmane. Autrement dit, à s'engager dans la voie du progrès et du développement incarné par le modèle occidental de l'époque. Elle a eu une large influence portant sur la définition politique de l'égalité des sexes.

442. La Tunisie a implicitement et explicitement fait des choix à travers ses représentants politiques qui ont eu une influence significative sur la détermination des valeurs¹⁴²⁶, des principes qui ont dominé la politique tant nationale qu'internationale jusqu'à présent. C'est l'intrication des aspects internes et externes aux systèmes et ceux liés sur le plan de l'interaction qui feront que la politique en matière d'égalité sera dominée par des constantes que nous tenterons de dégager au fil de notre analyse.

§ 2 : Divergences dans l'ordre des valeurs *des droits subjectifs*

443. Les valeurs dans la vitrine de l'égalité des sexes en Tunisie. Les droits de l'homme ainsi que les principes fondamentaux consacrent un système de valeurs. Aussi, le principe d'égalité des sexes en Tunisie comme en France repose sur des droits qui portent également un système de valeurs. Aussi, le terme principe est souvent utilisé dans le langage juridique « pour désigner des choses, des entités, des objets idéels, demeurant extérieurs et traités comme

¹⁴²⁶ « La Tunisie est aussi proche géographiquement et philosophiquement de l'Europe...Nous partageons avec l'Occident certaines valeurs et grands principes... ». Déclaration de H. Bourguiba Jr en 1963 lorsqu'il était ambassadeur à Washington, J. E BLACK, K. W. THOMPSON (Dir.) « The foreign policy of Tunisia », *Foreign in a World of Change*, New York, Harper Row, 1963, cite par M. BEN AHMED, *Op.Cit.*, p. 42

supérieurs, en valeur, au droit positif»¹⁴²⁷. Ces derniers relèvent d'un ordre de valeurs particulier. Ils participent des droits naturels et en conséquence ils occupent une place particulière, car ils se trouvent en dehors du droit positif. L'importance accordée aux principes juridiques est telle qu'une loi adoptée qui ne respecterait pas ces derniers serait « injuste » puisqu'elle « naîtrait avec un péché originel dont aucun baptême ne saurait la laver »¹⁴²⁸. Cet ordre de valeurs influence fortement le fonctionnement du principe d'égalité, mais également le sens qui leur est propre dans le système juridique considéré.

444. C'est la pérennité de ces principes qui prouve leur valeur¹⁴²⁹. En France, la signification particulière de ces principes est inhérente à leur émergence, E. Mulin explique que deux moments historiques ont marqué l'invention des principes en France : celle de 1789 qui a donné lieu à la rédaction de la Déclaration des droits de l'Homme de 1789 et puis celle de la tradition républicaine. La révolution de 1789 a eu pour effet de créer un ordre nouveau tout en renversant l'ordre ancien. Cet ordre nouveau est marqué par l'émergence de « principes immémoriaux » qui apparaissent comme des vérités tirées du passé¹⁴³⁰. La reconnaissance de ces principes fonde un socle, nécessaire à la création d'un cadre moral nouveau¹⁴³¹ fondé sur des valeurs modernes. Ces principes sont au fondement d'un ordre constitutionnel émergent¹⁴³². Cet ordre nouveau qui s'édifie sur la base d'« une rupture avec l'ordre ancien »¹⁴³³ se construit également sur « des vérités plus anciennes, immémoriales, naturelles, réputées oubliées »¹⁴³⁴. Les valeurs sont portées par les principes, ce sont « des vérités naturelles dans lesquelles le savoir et le droit se confondent puisqu'ils expriment l'essence même des choses »¹⁴³⁵. Les principes apparaissent ici comme des vérités transcendantes « dans lesquelles le savoir et le droit se confondent, puisqu'ils expriment l'essence même des choses, de la souveraineté, de la nation, de l'individu ou de la liberté politique »¹⁴³⁶.

¹⁴²⁷ A. JEAMMEAUD, « De la polysémie du terme « principe » dans les langages du droit et des juristes » In. S. CAUDAL. (Dir.) *Les principes en droit, Economica*, 2008, p. 53.

¹⁴²⁸ G. Ripert, *Les forces créatrices du droit*, L.G.D.J, 1995, p. 326.

¹⁴²⁹ *Ibidem.* p. 328.

¹⁴³⁰ E. MULIN, *op. cit.*, p. 27.

¹⁴³¹ G. RIPERT, *Les forces créatrices du droit*, *Op. Cit.* p. 152. L'auteur cite Rougier, *Les mystiques économiques*, 1949, p. 240 sur l'incompatibilité du christianisme et du communisme. Voy. Ch. MEYER, *La morale de l'avenir*, 1953.

¹⁴³² E. MULIN, *Op.Cit.*, p. 27.

¹⁴³³ *Ibidem.* p. 25.

¹⁴³⁴ *Ibid.*

¹⁴³⁵ *Ibid.*

¹⁴³⁶ *Ibid.*

445. En Tunisie, l'apparition du système des valeurs est adossée à des sources de références multiples qui peuvent se traduire de manière ethnosociologique. Dès lors, il relève de la coexistence de trois cultures principales liées à l'usage de trois langues¹⁴³⁷. Les valeurs tirées de ces différentes cultures ont un degré d'intégration qui varie selon leur insertion, particulièrement à travers leur durée dans la structure étatique. Partant, le français, qui a été pendant longtemps un recours pour accéder à certaines œuvres essentielles en philosophie¹⁴³⁸ et d'autres domaines, est, en quelque sorte, une langue des intellectuels qui a permis de combler les lacunes dans l'accès à certaines connaissances. Il a conservé une place importante dans les pays de colonisation, mais son système de valeurs entre en contradiction voire en confrontation avec la culture arabe, dont la langue a eu pour objectif, dans le contexte de nationalisme arabe, de contenir les réactivations du berbère et les avancées du français.

446. L'introduction d'un système de valeurs fondé sur un ordre nouveau marqué par des valeurs morales nouvelles va débiter de manière significative avec la signature le 12 mai 1881 du Traité du Bardo préparé par la France. Ce traité qui mit en place le Protectorat français a influencé le système juridique tunisien, mais également son système de valeurs. Le Bey en s'engageant «*à procéder aux réformes administratives, judiciaires et financières que le gouvernement français juge (ait) utiles*», a permis à la France d'imposer sous sa domination une série de mesures pour organiser l'administration tunisienne. Ce n'est qu'avec la déclaration franco-tunisienne du 20 mars 1956 proclamant l'indépendance tunisienne puis l'adoption en 1959 d'une Constitution, que le système de valeurs a été choisi et légitimé en conciliant les différentes valeurs inhérentes à chacune des parties prenantes. L'existence de valeur issue du droit musulman traditionnel fait du Coran un élément de divergence entre les deux systèmes puisque, dans ce dernier système, le détenteur du pouvoir ne peut réclamer d'aucun principe lui permettant de se comporter de manière indépendante envers le droit.

447. Comme sous le régime du droit public musulman¹⁴³⁹, la réforme du statut de la femme en Tunisie a nécessité que le chef de l'État et le législateur passent par l'intégration de valeurs modernes pour légitimer des actions en faveur d'un ordre moral nouveau. Mais, en se revendiquant du pouvoir spirituel en même temps que du pouvoir temporel, le législateur est

¹⁴³⁷ La première c'est le berbère appelé aussi *tamazight*, la deuxième c'est l'arabe qui a connu, depuis l'indépendance, une progression considérable et enfin le français.

¹⁴³⁸ Notamment à celle des Lumières.

¹⁴³⁹ N. ROULAND. Anthropologie juridique, op.cit., p. 189.

indirectement le serviteur du droit coranique et il se doit de respecter les principes fondateurs du droit islamique qui constituent la Tradition tunisienne. La polarisation des détenteurs du pouvoir et des institutions politiques a été et reste toujours axée autour de deux séries de concepts clés ; ceux qui sont pour la modernité et ceux qui sont pour la Tradition. Si en France il existe un principe de laïcité qui implique que le droit soit neutre envers les valeurs, la Tunisie ne bénéficie pas de cette forme de « neutralité » du droit. Même si le caractère civil de l'État est garanti par la Constitution, la Religion s'imisce dans les différentes strates de la société, afin d'y fonder les bases d'un système de valeurs de nature religieuse. De fait, en France le principe de laïcité « signifie que les règles religieuses n'ont aucune valeur civile et que le bras séculier n'intervient pas pour assurer leur observation »¹⁴⁴⁰. Autrement dit, dans son sens profond, il ne constitue pas une « force créatrice du droit », car il implique l'élimination de toute influence religieuse dans celui-ci¹⁴⁴¹. La religion ne constitue pas non plus une force créatrice, car elle serait contraire au principe de laïcité, mais elle demeure une force conservatrice, en maintenant dans le droit existant les règles fondées sur la morale religieuse.

448. En Tunisie, l'Islam est une valeur fondamentale sur laquelle est assise l'organisation sociale, mais également son système juridique puisque le Coran est une source normative. À cet égard, la sécularisation a été une « force réformatrice » du système des valeurs tunisiennes en intégrant les droits de l'homme et les principes fondamentaux. Néanmoins, l'absence de neutralité à travers la non-adoption de la laïcité comme principe à valeur constitutionnelle n'est pas sans effet sur les valeurs des droits qui irriguent à la fois le droit de manière endogène à travers son système et de manière exogène.

449. Les différents sens du mot unité. La stabilité, l'unité structurelle, ainsi que la modernité sont les trois concepts clés constants qui structurent l'image de l'égalité des sexes, notamment l'image de marque que souhaitait véhiculer la Tunisie depuis son indépendance, à travers ses dirigeants. L'action menée par ces derniers s'inscrivait dans des objectifs bien précis, à travers la question de l'égalité des sexes et particulièrement le statut de la femme. En effet, l'adhésion à des valeurs modernistes était le moyen pour la Tunisie de s'intégrer dans la partition mondiale qui lui permettrait de faire entendre sa voix dans le concert des nations. Pour cela elle devait remplir deux conditions préalables ; s'insérer dans le monde moderne et édifier un État fort, juste et indépendant afin de donner aux citoyens une forme de stabilité, de sécurité

¹⁴⁴⁰ G. RIPERT, *Les forces créatrices du droit*, op. cit., p. 136.

¹⁴⁴¹ *Ibid.*, p. 137.

et de progrès. C'est dans ce schéma que la question des droits des femmes, utilisée comme relais de la politique de développement interne jouant sur une image de marque favorable à l'émancipation des femmes, permet à l'État de surmonter avec des succès relatifs les obstacles de mise en œuvre d'une politique ambitieuse quant à ses objectifs, compte tenu des ressources disponibles. Les facteurs de la modernisation et de la sécularisation constituent la toile de fond de l'œuvre des réformateurs tunisiens qui ont succédé, et qui souhaitait affirmer à travers elle une « tunisianité »¹⁴⁴².

450. L'idée de cette identité était apparue au XIX siècle, pour sauvegarder la Tunisie des menaces extérieures, ce qui a permis de réformer les institutions et de rationaliser la société¹⁴⁴³. La tunisianité sera également un atout pour le fondement de l'action politique en Tunisie, dès l'indépendance¹⁴⁴⁴. Le concept de « tunisianité » voit « se tisser » autour de lui « un langage commun » dans les discours des politiques de tous bords. Cette fonction de tissage confirme les propos du professeur Ost qualifiant la fonction de ces valeurs de macrofonctions¹⁴⁴⁵. En effet, ce concept apparaît comme « une valeur unificatrice » qui permet la cohésion nationale. La stabilité découle de l'unité. Cette valeur unificatrice entre dans le cadre de la fonction primaire du droit. Elle opère « par encodage »,¹⁴⁴⁶ ou, plus particulièrement « par ancrage », car elle permet l'institutionnalisation d'un certain nombre de normes ordonnatrices de la société¹⁴⁴⁷. À cet égard pour assurer la coexistence fonctionnelle de normes, il faut rechercher le juste équilibre en elles. L'État tunisien « évolue entre deux pôles, d'une tradition particulièrement forte, parce qu'ancrés dans un texte immuable, et d'une modernité à portée de la main en raison de ressources considérables, les pays arabes sont toujours à la recherche de leur spécificité politique »¹⁴⁴⁸. Ainsi les rapports conflictuels qui découlent de valeurs morales, éthiques, philosophiques apparaissent comme des lieux de divergences sur lesquels le « bricoleur » s'attachera à bâtir une structure harmonieuse et renforçant l'interaction entre les composantes.

¹⁴⁴² Voy. notamment à titre d'exemple, M. R. BEN HAMMED, « Le constitutionnalisme dans la pensée de Khérédine et Ibn Abi Dhiaf », *Mélanges offerts au Doyen Sadok Belaïd*, Centre de Publication Universitaire, Tunis, 2004, pp. 135-157.

¹⁴⁴³ M. BEN AHMED, *Les trois décennies de politique étrangère du Président BOURGUIBA*, CPU 2019, p. 24.

¹⁴⁴⁴ *Ibid.*, p.29.

¹⁴⁴⁵ J. VAN MEERBEECK, « F. Ost, *A quoi sert le droit ? Usages, fonctions, finalités* », bruxelles, Bruylant, 2016, p. 394.

¹⁴⁴⁶ Il s'agit « donner forme juridique à différents types de normes sociales ». *Ibid.*

¹⁴⁴⁷ F. OST, *A quoi sert le droit ? Op. Cit.* p.228.

¹⁴⁴⁸ M. FLORY, « Un système politique arabo-musulman ? », In *Régimes politiques arabes*, PUF, 1990, p. 85.

451. L'unité de la famille sur laquelle repose la société est à l'image de l'unité de la nation. Cette unité de la nation comporte une dimension morale ; à cet égard, l'unité sera envisagée comme devant s'appliquer à la plus petite des structures ainsi qu'à la plus grande. Les politiques et le droit se sont attelés à la tâche en organisant ou structurant la plus petite des structures sociales qui est la famille ainsi que celle qui est la plus englobante, c'est-à-dire l'unité de la nation.

452. Conscient des limites à l'égalité présentes au sein de l'organisation de la famille, Bourguiba s'est attaché à unifier cette institution. Il voyait dans la famille ce que Jean Carbonnier y voyait, qui la définissait comme un « pilier de la société, un pilier au cœur duquel était inscrit le mariage ». Dans les pays de tradition musulmane, notamment la Tunisie, la famille peut être considérée comme le « Creuset de valeurs morales, sociales et religieuses, plongeant ses racines dans la profondeur de l'âme populaire, le droit de la famille bénéficie d'une puissante charge culturelle. »¹⁴⁴⁹ En Tunisie comme dans la plupart des pays musulmans, la société consacre une conception holiste de la famille. En effet, les intérêts du groupe prévalent sur ceux de ses membres. La famille est regardée comme étant un concept central au cœur du corps social. Cette conception fait écho à celle affirmée par la nouvelle Constitution tunisienne. L'article 7 de la Constitution tunisienne du 27 janvier 2014 dispose que « *la famille est la cellule essentielle au sein de la société et l'État doit en assurer la protection* ». Cette disposition est le résultat de l'imprégnation de la société tunisienne dans la conception traditionnelle musulmane du droit de la famille. Elle incarne une scission tribaliste, dans laquelle les interdictions matrimoniales et successorales en raison de la religion reflètent la présence de la conception musulmane originaire. Elle est d'autant plus marquée par la prédominance de l'homme sur la femme, laquelle se manifeste généralement lors de la conclusion du mariage, durant la vie matrimoniale et le cas échéant, lors de la dissolution du lien matrimonial. L'acceptation initiale de la famille implique dans le cadre de ces systèmes juridiques que la filiation soit exclusivement articulée autour de la famille légitime. Pour garantir l'unité et la stabilité au sein de la sphère familiale, comme en France, la Tunisie a fait des choix juridiques qui ont profondément marqué l'institution de la famille.

453. Ces profondes mutations ont créé des zones de confrontation avec des normes françaises et européennes intangibles telles que l'égalité des époux. En effet, les relations privées et

¹⁴⁴⁹ S. BEN ACHOUR, L. CHEDLY (Dir.), Actualités du droit international privé de la famille en Tunisie et à l'étranger, Latrach Editions, Tunis, 2015, p. 1.

familiales entre les sexes baignent dans les valeurs arabo-musulmanes, car la cellule familiale constitue la base de la société tunisienne qui « est garante du maintien de l'identité arabe et musulmane ». ¹⁴⁵⁰ Certains principes constitutionnels ¹⁴⁵¹ veillent à conserver cette sphère privée. Cet espace privé est d'autant plus difficile d'accès pour le droit, qu'il constitue un espace dans lequel l'Etat et le droit ne peuvent intervenir, car il relève de la vie privée. Seule la mise en place du Code du Statut personnel concrétise de manière significative la volonté historique d'unifier la société en passant par la plus petite de ses cellules. En effet, le Code du statut personnel est un texte qui se dissocie à plusieurs égards du modèle traditionnel, car il prend en considération l'égalité des sexes ainsi qu'une meilleure prise en charge de l'intérêt de l'enfant ¹⁴⁵². L'interdiction de la polygamie, sa pénalisation ainsi que la suppression de la répudiation ont été le moyen de limiter l'éclatement de la cellule familiale et indirectement, de la société. Ces interdictions pénales transparaissent dans l'ordre public tunisien qui a consacré sur le fondement du principe d'égalité des sexes la mise à l'écart des normes étrangères qui autorisent la polygamie et la répudiation ¹⁴⁵³. L'unification de la famille a permis d'épouser une vision de la famille jugée à l'époque comme moderne, mais tout en veillant à ne pas contredire les règles de droits consacrés par le Coran. Aussi, l'existence de référents religieux peut remettre en cause la consécration de l'égalité entre les sexes comme principe fondateur de l'ordre juridique tunisien. De la même manière, les valeurs modernes instituant la citoyenneté et l'égalité ne trouvent entièrement leur place que dans le cadre de l'espace public. Les femmes disposent de droits égaux avec les hommes uniquement en leur qualité de citoyennes. Par conséquent, l'égalité n'est une valeur absolue que dans le cadre des droits politiques, économiques, sociaux et culturels et non pas dans les domaines de la vie privée et familiale.

454. L'unité juridique tunisienne est passée également à travers la singularité et la question linguistique. Si la question de l'« arabité » a nécessité une unification de langue en Tunisie, elle reste moins clivante que la question du rapport entre l'identité et la religion ¹⁴⁵⁴. Néanmoins, tout comme sur la question de la place de la religion dans le système juridique tunisien ainsi que dans la structure sociale, il y a eu une résurgence de la question de la place de langue arabe

¹⁴⁵⁰S. BEN ACHOUR, L. CHEDLY (Dir.), *Op. Cit.*, p. 53.

¹⁴⁵¹ En ce sens, les §2 et 4 du préambule consacre l'identité arabe et musulmane.

¹⁴⁵² Au niveau du droit international l'intérêt de l'enfant est consacré par l'article 47.

¹⁴⁵³ « Polygamie et répudiation dans les relations internationales, Acte de la table ronde organisée à Tunisie, le 16 avril 2004, AB Consulting, Tunis 2006 ; Voy sur le sujet de l'ordre public international. M. BEN JEMIA, S. BEN ACHOUR, M. MELLAMINE « L'ordre public en droit international privé de la famille », *In. Ordre Public et Droit musulman de la famille, en Europe et en Afrique du nord*, N. BERNARD MAUGIRON, B. DUPRET (Dir.), Bruylant, Bruxelles, 2012, p. 196 et s.

¹⁴⁵⁴ H. NAFTI, *op. cit.*, p. 144.

dans le droit constitutionnel tunisien¹⁴⁵⁵. Cette position est constante en jurisprudence et elle se trouve renforcée par l'article 49 du Code du droit international privé¹⁴⁵⁶, qui prohibe la célébration de mariages sans certificat de célibat préalable à l'égard de ressortissants de pays autorisant la polygamie. Toutes ces dispositions sont conformes au principe d'égalité des sexes¹⁴⁵⁷ et aux dispositions relatives à la Convention pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes (CEDEF) relatives aux différents aspects des discriminations fondées sur le sexe, sur lesquelles l'État tunisien avait émis des réserves¹⁴⁵⁸.

455. Derrière cette question du langage se joue celle de la division entre deux ordres de valeurs¹⁴⁵⁹. Partant, le caractère plurilinguiste de la Tunisie a été un point fort dans la construction du principe d'égalité des sexes, puisque l'introduction dans les pays arabomusulmans d'un concept tel que la citoyenneté a été facilitée au contact de langues étrangères. En ce sens l'unité nationale s'est réalisée avec l'importation du concept de citoyenneté et son octroi aux femmes. Ces divergences relatives à la question identitaire et aux choix du rattachement à un groupe de valeurs déterminé ont été unifiées à travers le concept de « tunisianité » qui a été promu sous des régimes autoritaires¹⁴⁶⁰ afin de justifier une forme d'exception tunisienne. Cela a contribué à la construction d'un mythe¹⁴⁶¹ qui a été balayé par la révolution tunisienne¹⁴⁶².

456. Avant la révolution de 2011, les acteurs politiques tunisiens trouvaient dans l'emploi du concept clé de la modernité un moyen de renforcer leur légitimité. En examinant les discours et déclarations politiques, « la modernité » est habituellement employée pour caractériser Bourguiba et les acteurs politiques se revendiquant de lui, alors que les termes employés pour définir les politiques islamistes sont ceux de « régression » et d'« obscurantisme »¹⁴⁶³. Aussi, la

¹⁴⁵⁵ Aussi, pour renforcer l'unité nationale et l'Arabité de la Tunisie, l'article premier de la Constitution de 2014 érige celle-ci en unique langue officielle de l'Etat.

¹⁴⁵⁶ Voy. Sur la question des relations entre les systèmes français et tunisien, K. MEZIOU, *Les relations en droit international privé entre les systèmes tunisiens et français : Le cas du divorce des couples mixtes*, Thèse, Université. Tunis, 1982.

¹⁴⁵⁷ TPI, Tunis 27 juin 2000, RTD, 2000, p. 429 cité par M. BEN JEMIA, S. BEN ACHOUR, M. MELLAMINE « L'ordre public en droit international privé de la famille », Op. Cit., p. 55.

¹⁴⁵⁸ *Ibidem*.

¹⁴⁵⁹ Cette division s'est opérée autour de la discussion de l'article 38 qui est dans la version finale de la Constitution l'article 39. Les partisans du plurilinguisme qui faisait du français une langue applicable à l'enseignement et les partisans d'une langue unique (l'arabe) à tous les enseignements autour d'une disposition constitutionnelle.

¹⁴⁶⁰ Bourguiba et BEN ALI.

¹⁴⁶¹ H. NAFTI, *op. cit.*, p. p 144.

¹⁴⁶² M. CAMAU, *L'exception tunisienne. Variations sur un mythe*, Khartala, 2018, pp. 13-23.

¹⁴⁶³ M.ZEDERMAN, « Construction nationale et mémoire collective : Islamisme et Bourguibisme en Tunisie (1956-2014) », Edition Matériaux pour l'histoire de notre temps, 2015, pp-46-56.

modernité dont se revendique Bourguiba et ses héritiers politiques s'inscrit dans une tradition réformatrice qui se veut ouverte au monde et notamment à l'occident. La vitrine de l'égalité des sexes a pour assise un imaginaire politique qui se structure autour de l'idée que la modernité implique le réformisme¹⁴⁶⁴. Aussi, le « Grand réformateur » Bourguiba s'inscrit historiquement dans une lignée de réformateur tunisien¹⁴⁶⁵ et il adopte la même méthode qu'eux pour réformer¹⁴⁶⁶ le cadre juridique et institutionnel tunisien. Ainsi, l'*ijtihad* sera sa technique d'interprétation pour légitimer la réforme de la religion. Ce pouvoir d'*ijtihad* il le tire de son statut de Président et de chef des croyants qu'il a obtenu à travers sa figure de combattant contre le colonialisme et l'inscription dans l'histoire de son rôle de libérateur dont il tire sa force et une légitimation de toutes ses actions¹⁴⁶⁷.

457. Pour ce faire, la Tunisie s'est détachée de valeurs propres construites sur une tradition arabo-musulmane, pour épouser celles de la France et de l'occident. Plus que des mots, elle instaure le Code du statut personnel pour encadrer la structure familiale et elle prévoit également la participation des femmes dans le domaine public, jusqu'à la consécration de l'égalité entre les citoyens et les citoyennes. Cette modernité s'accorde avec le choix d'avancées législatives et institutionnelles¹⁴⁶⁸ qui est marqué par la volonté d'interdire les violences, notamment policières, et la torture¹⁴⁶⁹. Pour garantir la nature égalitaire des rapports entre les hommes et les femmes, la modernité invite à ce que chacun puisse disposer des mêmes armes juridiques pour se défendre¹⁴⁷⁰ et se voir appliquer des droits respectueux du principe d'égalité en dignité. Toutefois, en adoptant la forme républicaine, la question de la sécularisation en Tunisie est apparue comme le principal objet de la polarisation politique autour de la question des choix de valeurs d'inspirations différentes. Ces sources d'inspiration sont celles de la tradition arabo-musulmane et celle des valeurs républicaines françaises, fidèles aux idées des

¹⁴⁶⁴B. HIBOU, « Le réformisme, grand récit politique de la Tunisie contemporaine », *Revue d'histoire moderne et contemporaine*, 2009, p. 15.

¹⁴⁶⁵Kheireddine Pacha surnommé Kheireddine Ettounsi (1822-1890), grand vizir qui a entrepris des réformes dans le domaine de l'administration, des finances et de la justice ; Tahar Haddad (1899- 1935), militant politique et syndicaliste, connu notamment pour ses écrits relatifs aux réformes sociales et l'émancipation des femmes dans *La femme tunisienne dans la Charia et la société* (1930). Ces travaux auraient inspiré le CSP ; Abdelaziz Thaalbi (1876- 1944), chef de le du mouvement national tunisien, fondateur du Destour en 1920.

¹⁴⁶⁶B. HIBOU, « Le réformisme, grand récit politique de la Tunisie contemporaine » *Op. Cit.* pp. 27-28.

¹⁴⁶⁷H. BEJI, *Désenchantement national. Essai sur la décolonisation*, pp. 54-55.

¹⁴⁶⁸H. NAFTI, *Op.Cit.*, p. 96.

¹⁴⁶⁹ Institution d'une institution nationale pour la prévention de la torture par la loi organique n°2013-43 du 23 octobre 2013 ; Ratification du Protocole facultatif se rapportant à la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels ; inhumains ou dégradants.

¹⁴⁷⁰ Réforme du Code de procédure pénale. Loi n° 2016-5 du 16 janvier 2016. Le suspect a droit à l'assistante d'un avocat dès le début de la garde à vue. Cop col P97.

Lumières, mais également de manière plus globale aux valeurs occidentales. L'intégration de valeurs occidentales dans le système juridique tunisien a eu pour effet de polariser le débat sur la question de l'égalité des sexes autour du statut de la femme dans une société musulmane. Ainsi, même s'il existe en Tunisie deux ordres de valeurs, il n'existe pas de hiérarchie entre ces derniers, mais la divergence entre les deux systèmes - sources semble difficilement réductible et encore moins unifiable autour du seul ordre des valeurs des droits de l'Homme.

Section 2 : Le fonctionnement du principe d'égalité des sexes dans des systèmes de valeurs différents

458. Soutenir que le fonctionnement du principe d'égalité des sexes repose sur des systèmes de valeurs différents suppose d'analyser les obstacles majeurs liés aux divergences entre ces systèmes.

459. Le premier obstacle est lié à la question de la conciliation. C'est ici, un point essentiel de notre étude et cela dénote l'intérêt de poser en ces termes le problème des principes. Puisque « l'un des intérêts des principes » et de « pouvoir exprimer des valeurs très variées »,¹⁴⁷¹ l'étude de leur fonctionnement nécessite la plupart du temps un travail de conciliation. Ce travail de conciliation est assuré par le juge. Le rôle créateur du juge compris comme un découvreur de principes existe tant sur le plan du droit interne que sur le plan du droit supranational, c'est-à-dire dans des systèmes juridiques régionaux et internationaux. Ces derniers comportent également des principes structurants, notamment sous la forme des principes généraux *de* droit¹⁴⁷² et des principes généraux *du* droit¹⁴⁷³. Malgré, l'accroissement des sources écrites des principes, le juge participe de manière « permanente »¹⁴⁷⁴ en raison de la constante nécessité d'adaptation du droit, aux évolutions sociales et juridiques. En effet, le juge « Hercule » est tenu d'interpréter et d'appliquer à chaque situation concrète les règles et principes, d'autant plus, comme le souligne Dworkin lorsqu'il existe des règles contradictoires : « Hercule » doit alors faire des choix. Toutefois, lorsque des principes ont pour objet des règles contradictoires, il arrive que celles-ci soient capables de coexister dans le temps. Aussi, lorsque des principes se

¹⁴⁷¹ S, CAUDAL (Dir.), *Les principes en droit, Economica*, 2008, p. 14.

¹⁴⁷² Il s'agit des « normes propres à l'ordre juridique concerné, trouvant leurs origines dans d'autres droits, et dans la raison ou l'ordre juridique où ils sont exprimés ». *Ibidem*. p. 12.

¹⁴⁷³ Il s'agit de principes « communs à différents systèmes juridiques nationaux ». *Ibid.*

¹⁴⁷⁴ *Ibid.* p. 13

trouvent dans une situation de conflit, la validité de chacun d'eux n'est pas nécessairement remise en cause. Néanmoins le juge droit « prendre en considération le poids relatif à chacun d'eux »¹⁴⁷⁵. Pour cela il doit également rechercher la conciliation des valeurs en cause¹⁴⁷⁶.

460. Le second obstacle est lié à la fragmentation du principe d'égalité des sexes. La polarisation des concepts clés qui ont structuré le principe d'égalité des sexes a eu pour effet de fragmenter le principe. La multiplicité des sources du principe d'égalité entre les sexes ainsi que la multiplication des acteurs juridictionnels habilités à « dire le droit » sont de nature à révéler des divergences qui sont l'effet des tensions entre les différentes représentations de l'égalité dans les différents systèmes. En effet, l'institutionnalisation de ces pratiques a joué un rôle prépondérant dans le modelage et la structuration du principe d'égalité des sexes selon le système dans lequel on se trouve.

461. Reste le dernier obstacle. Le « temps » du latin *tempus*, *temporis*, s'entend à la fois comme rythme de mesure¹⁴⁷⁷ et comme période, si bien que le second peut être le contenant du premier.¹⁴⁷⁸ Le « droit est le lieu de cette représentation »¹⁴⁷⁹. Ainsi défini, le temps de la loi traduit « l'exigence fondamentale du droit entre stabilité et progrès »¹⁴⁸⁰. Cet équilibre est assuré par le législateur qui, tout en s'assurant de « la sécurité des relations sociales », doit également « pouvoir modifier les règles applicables lorsqu'il pensera qu'une meilleure justice ou un progrès économique ou social le requière ». En effet, le Droit « c'est une œuvre pleinement humaine »¹⁴⁸¹, dans laquelle « les conceptions de la justice »¹⁴⁸² varient dans le temps, dans l'espace. Mais une constante demeure, celle « d'une représentation commune de la justice »¹⁴⁸³ dans un espace-temps déterminé, c'est-à-dire « dans un pays et à une époque donnée [qui] lui ne change pas »¹⁴⁸⁴. Puisque « le droit ne peut ignorer l'écoulement du temps »¹⁴⁸⁵, il doit

¹⁴⁷⁵ R. DWORKIN, *Prendre les droits au sérieux*, Op. Cit., p.85.

¹⁴⁷⁶C.-A. MORAND « Vers un droit de l'environnement souple et flexible : le rôle et le fonctionnement des principes », p. 266. In F. OST, S. GUTWIRTH (Dir.) *Quel avenir pour le droit de l'environnement ?*, Bruxelles, Publication des Facultés universitaires, Saint Louis.

¹⁴⁷⁷Pythagore

¹⁴⁷⁸« Au cœur même de la rationalité par le calcul qui marque notre temps se trouvent toujours des croyances instituées et garanties par le Droit », A. SUPIOT, *Homo Juridicus*, Essai sur la fonction anthropologique du Droit, Éditions du Seuil, 2005, p.17

¹⁴⁷⁹Ibidem. p. 24.

¹⁴⁸⁰C. JAUFFRET-SPINOSI, Le temps et le droit, conférence inaugurale, Editions Thémis, Montréal, 2005, p. 39.

¹⁴⁸¹A. SUPIOT, *Homo Juridicus*, Op. Cit., p. 24.

¹⁴⁸²Ibidem.

¹⁴⁸³Ibid.

¹⁴⁸⁴Ibid.

¹⁴⁸⁵M-F CALLU, « Le temps et le droit » *n Ethique et Sante*, 2010, pp. 212-215.

déterminer sa place, notamment avec « la prise en compte du passé »¹⁴⁸⁶, « le poids du présent »¹⁴⁸⁷ et « l'approche du futur »¹⁴⁸⁸. C'est également le juge qui est le gardien du temps à travers ses pouvoirs d'interprétation et d'harmonisation.

462. Ainsi, la pérennité du principe d'égalité des sexes dépend de sa durée dans le temps. Autrement dit, il fonctionne sur la valeur du temps. Le temps permet la découverte par les juges de nouveaux principes porteurs d'un ordre de valeurs nouveau lui-même. Les juges peuvent également concurrencer des principes déjà existants. Aussi, le principe de proportionnalité apparaît comme le moyen idoine de protection de l'équilibre des intérêts entre les valeurs.

§1. Le principe de proportionnalité, moyen de protéger l'équilibre des intérêts entre les valeurs

463. La proportionnalité, un principe conciliateur. La proportionnalité est un moyen de conciliation qui ne s'exerce pas de manière effective, alors qu'en France ce standard joue un rôle de régulation ou d'atténuation des conflits. C'est pourquoi il est important d'envisager dans le système tunisien, l'intégration expresse de ce standard par un changement du droit positif.

464. Avant de débiter notre propos sur le principe de proportionnalité, nous allons consacrer quelques lignes sur le principe de proportionnalité en Tunisie. Théoriquement, comme nous l'avons déjà évoqué lors de la partie sur les acteurs de protection, la Tunisie prévoit un Conseil constitutionnel dans la nouvelle Constitution de 2014. Néanmoins, il n'a toujours pas été mis en place. Sous le régime de l'ancienne Constitution de 1959, il y a eu la création du Conseil constitutionnel en 1987¹⁴⁸⁹. Ce dernier émettait des avis consultatifs qui n'avaient aucun caractère contraignant. Dans le cadre de son ancien rôle qui prévoyait le contrôle conformiste et de compatibilité des projets de loi à la Constitution. Le Professeur Ben Achour précise que le premier avis qu'a rendu le Conseil constitutionnel le 9 juin 2004 faisait usage du mot proportionnalité alors même que la Constitution était silencieuse sur la question. C'est sur le

¹⁴⁸⁶*Ibidem.*

¹⁴⁸⁷*Ibid.*

¹⁴⁸⁸*Ibid.*

¹⁴⁸⁹ Voy. sur le sujet, R. BEN ACHOUR, « Vicissitudes du contrôles de la constitutionnalité des lois en Tunisie », *In, Annuaire intrenation de Justice Constitutionnelle*, IV-1988, pp. 536-545 ; Du même auteur, « Le conrôle de la constitutionnalité des lois au Maghreb : état de la question », *Annuaire International de Justice Constitutionnelle*, VII-1991, pp. 637-660.

fondement du Chapitre premier de la première Constitution de 1959 que la Cour a exercé le contrôle la proportionnalité entre le maintien de l'ordre public et l'exercice de la liberté concernée. Compte tenu du caractère non contraignant des anciens avis rendus par l'ancien Conseil constitutionnel, ainsi que les avis rendus par l'instance provisoire¹⁴⁹⁰ chargée du contrôle de constitutionnalité¹⁴⁹¹, il n'existe donc pas à notre connaissance de jurisprudences exploitables en la matière.

465. La nouvelle Constitution de 2014 prévoit une clause générale sur les droits et libertés qui n'est apparue que tardivement dans l'écriture de la Constitution (2013) et il a fait l'objet d'un compromis¹⁴⁹². Au sein de cette clause sont introduites les motions de nécessité et de proportionnalité afin d'anticiper les besoins d'un système de limitations des droits prévus par le droit international¹⁴⁹³. A priori, le juge ordinaire peine à mettre en œuvre ces dispositions et à insérer dans son raisonnement juridique le principe de proportionnalité en matière pénale. Une prérogative d'autant plus difficile à mettre en œuvre, car la Constitution affirme qu'aucun « tribunal n'est habilité à contrôler la Constitutionnalité des lois ». Ce contrôle est exclusivement réservé à la Cour constitutionnelle. Ce pourrait expliquer le refus des juges d'interpréter les lois à la lumière des nouvelles dispositions. Autrement dit, en l'absence de juge constitutionnel, aucun contrôle de la proportionnalité ne serait exercé dans le cadre de la limitation des libertés. En réalité, on ne peut pas dire que dans la pratique institutionnelle tunisienne, il existe une expérience de justice constitutionnelle ou de véritable contentieux en matière d'égalité des sexes. C'est pour cela que nous précisons que ce principe n'est pas effectif dans le domaine du contentieux des droits et libertés fondamentaux. Par ailleurs, la

¹⁴⁹⁰ Voy. sur ce point, S. HAMROUNI, M. TABELI, et H. ABBASSI AHMED, « Tunisie », in *Annuaire international de justice constitutionnelle*, Juge constitutionnel et interprétation des normes – Le juge constitutionnel face aux transformations de la démocratie, 2018, disponible en ligne [https://www.persee.fr/doc/aijc_0995-3817_2018_num_33_2017_2621], pp. 973-989. Consulté le 12 mars 2020.

¹⁴⁹¹ Loi organique n°2014-14 du 18 Avril 2014 relatif à la création de l'instance provisoire du contrôle de la Constitutionnalité des projets de lois.

¹⁴⁹² A. GUELLALI, « La clause générale de limitations dans la nouvelle Constitution : Genèse, portée et défis ». PNUD, 2016, pp. 411-418.

¹⁴⁹³ Article 49 de la Constitution tunisienne du 26 janvier 2014 dispose que C'est ainsi que l'article 49 de la version finale de la Constitution, tel qu'adopté le 26 janvier 2014, se lit comme suit :

« La loi se le cadre relatif aux droits et libertés garantis dans cette Constitution ainsi que les conditions de leur exercice sans porter atteinte à leur essence. Ces restrictions ne peuvent être mises en place que pour répondre à la nécessité d'un État civil et démocratique et pour protéger les droits des tiers ou pour des raisons de sécurité publique, de défense nationale, de santé publique ou de moralité publique en respectant la proportionnalité et leurs raisons d'être. Les instances juridictionnelles veillent à la protection des droits et des libertés de toute violation. »

jurisprudence administrative tunisienne a souvent consacré ce principe de proportionnalité¹⁴⁹⁴ et tout comme le juge administratif français il l'a fait de manière implicite¹⁴⁹⁵.

466. Jean-Marc SAUVE rappelle au cours de l'une de ces interventions que la proportionnalité est « un mécanisme de pondération entre des principes juridiques de rang équivalent, simultanément applicables, mais antinomiques »¹⁴⁹⁶. Il estime également à travers la formulation d'Aristote que « l'équilibre entre ces deux branches est affaire de proportion ou de juste milieu »¹⁴⁹⁷. Cette pondération prend forme à travers l'idée ancienne d'une balance des intérêts qui répond à des finalités différentes que ce soit la recherche « du plus grand bonheur du plus grand nombre »¹⁴⁹⁸ ou que ce soit la préservation de « l'harmonie sociale »¹⁴⁹⁹. Dans le cadre de la première finalité, le juge doit réaliser le bilan coût-avantage de la mise en œuvre de deux règles de droit, celle qui présente le meilleur bilan sera choisie à l'autre¹⁵⁰⁰. Autrement dit, c'est au regard du concept de l'efficience que la règle sera préférée. Dans la seconde finalité, conviens davantage à la nécessaire conciliation entre deux règles antagoniques. En effet, la proportionnalité traduit la recherche de cet « équilibre des intérêts en présence » qui va permettre au juge de découvrir une règle à laquelle il pourra recourir dans le cadre d'une hypothèse où aucune disposition légale ou coutumière n'est venue apporter une solution. Autrement dit, la règle n'a pour seule ambition que « de donner la satisfaction, la plus adéquate, aux diverses aspirations rivales, dont la juste conciliation apparaît nécessaire pour réaliser la fin sociale de l'humanité »¹⁵⁰¹. C'est en ce sens que le contrôle de proportionnalité apparaît comme

¹⁴⁹⁴ R. BEN ACHOUR, « Tunisie ». In, *Annuaire international de justice constitutionnelle*, 25-2009, 2010. Le juge constitutionnel et la proportionnalité - Juge constitutionnel et droit pénal. pp. 373-379.

¹⁴⁹⁵ *Ibidem* ; Guy Braibant considère que « nous n'avons pas une théorie développée du principe de proportionnalité peut être parce que jusqu'à une date récente nous n'en avons pas besoin, la fonction de ce principe était partiellement remplie . . . par des notions telles que l'erreur manifeste, le détournement de pouvoir ou la voie de fait ainsi que par un contrôle étendu de la qualification juridique des faits » G. BRAIBANT, « Le principe de proportionnalité », In *Mélanges offerts à Marcel Waline. Le juge et le droit public*, Paris, LGDJ, 1974, Tome II, p. 306.

¹⁴⁹⁶ G. XYNOPOULOS, « Proportionnalité », In D. ALLAND ET S. RIALS (Dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, 2003, p. 1251.

¹⁴⁹⁷ J.-M SAUVE, « Le principe de proportionnalité, protecteur des libertés », Intervention à l'Institut Portalis, Aix-en-Provence, Vendredi 17 mars 2017, texte disponible sur site du conseil d'Etat en ligne [<https://www.conseil-etat.fr/actualites/discours-et-interventions/le-principe-de-proportionnalite-protecteur-des-libertes>] ou à la référence électronique suivante [[/admin/content/location/52512](#)].

¹⁴⁹⁸ Selon Bentham, la « balance des intérêts » répond à une philosophie utilitariste dont l'objectif est de « rechercher le plus grand bonheur du plus grand nombre ». G. LAZZARIN « Le juge administratif et la doctrine de François Gény : Réflexions sur la méthode de la "balance des intérêts" », *JCP A.*, 2011, 2222, p. 20.

¹⁴⁹⁹ Selon le Professeur Gény la philosophie n'est pas même que celle de Bentham puisque cette « balance des intérêts » vise « à préserver l'harmonie sociale, le juge doit opérer une comparaison *in abstracto*, non des intérêts particuliers, mais des buts sociaux sous-jacents à ces intérêts ». *Ibidem.*, p. 21.

¹⁵⁰⁰ *Ibid.*

¹⁵⁰¹ F. GÉNY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif : essai critique*, L.G.D.J, 1919, p. 167.

une technique casuistique. Néanmoins, la finalité adoptée par la technique de la proportionnalité se rapproche davantage de celle développée par Bentham en termes de calcul comparatif des utilités puisque les juridictions nationales et européennes ne cherchent pas à dégager une règle permettant de régler un conflit de normes, mais se contentent la plupart du temps d'examiner si une règle légale porte atteinte de manière disproportionnée à un droit ou une liberté. Partant, ce n'est que dans le cas du silence des normes juridiques que le juge, pour parvenir à une règle applicable au conflit, devra adopter une démarche qui « consiste à reconnaître les intérêts en présence, à évaluer leur force respective, à les peser, en quelque sorte, avec la balance de la justice, en vue d'assurer la prépondérance des plus importants, d'après un critérium social, et finalement d'établir entre eux l'équilibre éminemment désirable »¹⁵⁰². Aussi, avec l'introduction de la proportionnalité le juge en plus de sa capacité à écarter une loi disproportionnée, le juge pourra, dans le cadre de son pouvoir d'appréciation, prendre en considération des éléments extra-juridiques qui lui permettent de trancher en équité. Il devient un véritable « censeur » de la loi, car il incarne à travers l'équité « la béquille de la justice »¹⁵⁰³. La proportionnalité combat l'injustice, mais ne détermine pas ce qu'est la justice. En effet, la proportionnalité permet au juge de se préoccuper des conséquences de la loi sur le droit d'un individu, c'est-à-dire de statuer sur le point de savoir si la solution qui en résultera est juste pour cette personne ou pas. Autrement dit, la proportionnalité impose de choisir une solution raisonnable, qu'elle ne méconnaisse pas les valeurs essentielles qui définissent un ordre social déterminé. Ces valeurs représentent seulement un standard minimum à respecter. Et dès lors que ce standard est observé, les ordres juridiques nationaux sont libres de choisir la solution qui répondra aux critères qu'ils auront eux-mêmes déterminés et donc de décider de ce qui est « juste ». Le principe de proportionnalité en luttant contre l'injustice ne fait qu'écarter les solutions injustes. Le recours à l'équité permet la formation « de la matrice du droit valide », car « à la règle de fer rigide la proportionnalité substituerait la règle de plomb, souple, infiniment respectueuse de l'irréductible singularité des situations et des êtres. À tout juge, elle offre la possibilité de dévoiler, sans rougir, le bon Président Magnaud qui sommeille sous sa robe ; à tout justiciable, elle promet un droit sur mesure, bienveillant »¹⁵⁰⁴.

¹⁵⁰²*Ibidem*, p. 167.

¹⁵⁰³ Ch. PERELMAN, *Justice et raison*, Bruxelles, Presses universitaires de Bruxelles, 1963, p. 46 ; En ce sens, « L'équité n'est plus alors, comme dans la pensée de Portalis, cette "béquille de la justice" qui comble l'écart inévitable entre la généralité de la loi et la singularité du fait, elle n'est plus cet *ultimum remedium* qui supplée aux lacunes du législateur. Elle devient en elle-même règle de jugement, principe d'arbitrage, mesure des justes transactions, concessions et distributions ». F. OST, *Droit et intérêt*, vol. 2, PFUSL, 1990, p. 180.

¹⁵⁰⁴S. VAN DROOGHENBROECK, X. DELGRANGE, « Le principe de proportionnalité : retour sur quelques espoirs déçus », *Revue du droit des religions*, 2019, p. 42. Disponible en ligne, mis en ligne le 08 octobre 2019, consulté le 07 janvier 2020. [<http://journals.openedition.org/rdr/290>].

467. Le test de proportionnalité dans le cadre des discriminations indirectes relatives à l'égalité des sexes. Le principe d'égalité des sexes constitue une valeur des droits de l'homme qui « sont les droits des hommes à chaque fois différents. Ils ne sont pas les droits de l'identité de ces différences, mais les droits de chaque différence de cette identité »¹⁵⁰⁵. La proportionnalité permet d'envisager les contentieux sous les espèces d'un conflit symbolisé par des intérêts. Au lieu que le juge identifie les finalités poursuivies par les règles applicables, il est invité à cerner les finalités poursuivies par chacune des lois afin de les confronter les unes aux autres. La proportionnalité ne dénoue pas de simples conflits d'intérêts, elle va au-delà en élucidant un conflit de valeurs, bien que ces valeurs soient contenues dans des normes antagoniques. En effet, le principe de proportionnalité incarne l'une des finalités du droit et illustre ce que François Ost qualifie de « dialectique fondamentale »¹⁵⁰⁶, c'est-à-dire celle qui « assigne au droit la finalité d'assurer la médiation en la force et le bien »¹⁵⁰⁷. Autrement dit, la médiation entre, d'un côté, les rapports de force et les logiques d'intérêts et, de l'autre côté, les valeurs et la vie bonne à travers « les idéaux normatifs que poursuit une société »¹⁵⁰⁸. Ainsi, la proportionnalité en luttant contre l'injustice, il retranscrit le rapport social « sur une autre scène, celle du « tenu pour juste » »¹⁵⁰⁹, mais ne détermine pas ce qu'est la justice. En réalité il commande d'adopter une solution raisonnable, c'est-à-dire de choisir la solution qui ne passe pas outre à des valeurs immanentes qui servent de fondement à un ordre social déterminé. Il constitue l'une des « poutres maîtresses du bâtiment »¹⁵¹⁰.

468. La Ce contrôle de proportionnalité mis en œuvre par la Cour de justice de l'Union européenne a contribué au renforcement du caractère effectif du principe d'égalité des sexes. Puisque la Cour de justice de l'Union européenne part du postulat que l'égalité des traitements est un objectif à atteindre, elle consacre la liberté pour les États membres de choisir les moyens utilisés pour atteindre cet objectif, elle se réserve le droit de surveillance sur cette liberté. Ce contrôle s'exerce dans le cadre de tous contentieux, mais également à travers du recours en manquement dans lequel la Cour exerce le contrôle relatif à cette exigence de proportionnalité,

¹⁵⁰⁵H. FAES, « Sens et valeur des droits de l'homme », *Revue d'éthique et de théologie morale*, 2011, p.80.

¹⁵⁰⁶ F. OST, *A quoi sert le droit ?*, *op. cit.*, p. 339.

¹⁵⁰⁷*Ibid.*

¹⁵⁰⁸*Ibid.*

¹⁵⁰⁹*Ibid.* pp. 41-42.

¹⁵¹⁰ G. RIPERT, *op. cit.* p. 344.

mais aussi à travers le mécanisme de la question préjudicielle où elle renvoie aux juridictions nationales la possibilité d'apprécier cette exigence.

469. Ces buts légitimes, on peut les apercevoir en matière d'égalité dans l'attendu de principe que le Conseil constitutionnel ne cesse de rappeler : selon lequel le « principe d'égalité ne s'oppose ni à ce que le législateur règle de façon différente des situations différentes, ni à ce qu'il déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général, pourvu que, dans l'un l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport avec l'objet de la loi qui l'établit ». À la lecture de ce considérant, la sauvegarde de l'intérêt général est l'un des objectifs légitimes qui autorisent le législateur à déroger au principe d'égalité ou à traiter différemment des personnes se trouvant dans des situations différentes. En outre, la différenciation doit être basée sur un critère objectif, raisonnable, pertinent au regard du but poursuivi. Aussi, l'appréciation de la justification du caractère légitime du but poursuivi implique une application concrète de la jurisprudence établie par le juge en appréciant chaque situation d'espèce. Ainsi, en France, le principe d'égalité des sexes implique de traiter de la même manière des personnes se trouvant dans une situation identique, et il n'interdit pas de traiter différemment des individus à la condition essentielle que ces différences soient justifiées par une différence de situation ou par un motif d'intérêt général en rapport avec l'objet de la loi qui établit ces différences, elles doivent être objectivement fondées. À cet égard ces différences de traitement doivent être proportionnées à la cause qui les justifie et qu'elles soient étrangères à toute discrimination. Dans le cadre du contrôle de proportionnalité avec l'objectif poursuivi, il doit exister un rapport raisonnable entre le but poursuivi et les moyens mis en œuvre par la loi qui peuvent être également justifiés par l'Ordre public.

470. Revenons au droit de l'Union européenne. Parmi les principes et droits fondamentaux européens, le principe d'égalité de traitement occupe une place de choix. La méthode d'examen de la Cour de Justice UE exige une stricte proportionnalité entre la fin et les moyens¹⁵¹¹. Le juge introduit une méthode d'examen à travers le principe de proportionnalité dans laquelle l'exclusion des femmes doit être fondée sur des justifications objectives qui doivent être dépourvues de liens avec une discrimination sexiste. En ce sens, l'entreprise qui décide d'exclure les travailleurs à temps partiel, qui sont essentiellement des femmes, lorsqu'il s'agit

¹⁵¹¹ Voy. T. LOENEN et N. BOLAIN, « L'égalité des sexes ? Un droit fondamental à repenser », *Les Cahiers du GRIF*, 1994, n°48, pp. 45-68.
Disponible sur [www.persee.fr/doc/grif_0770-6081_1994_num_48_1_2055]

d'examiner une loi d'un État¹⁵¹², la Cour de Justice UE va utiliser la méthode de proportionnalité en vérifiant que le gouvernement était en capacité d'établir que la norme répondait à un but nécessaire de politique sociale et qu'elle était adaptée pour parvenir au but poursuivi et nécessaire à cette fin. Autrement dit, contrôler si les moyens mis en œuvre doivent être appropriés et nécessaires pour atteindre ces objectifs. De la même manière, la Cour de Justice UE estime qu'« en en déterminant la portée de toute dérogation à un droit fondamental, tel que l'égalité de traitement entre hommes et femmes, il est nécessaire de respecter le principe de proportionnalité, car il fait partie des Principes généraux du droit (PGD) du droit européen. Conformément à ce dernier, les dérogations ne doivent pas dépasser les limites de ce qui est approprié et nécessaire pour atteindre le but recherché. C'est pourquoi il implique la conciliation, dans toute la mesure du possible, du principe de l'égalité de traitement avec les exigences de la sécurité publique qui sont déterminantes pour les conditions d'exercice des activités en question. Ainsi, dans une affaire relative à une législation allemande qui interdisait l'accès total aux femmes à la carrière militaire, la Cour « estime que, même en tenant compte de la marge d'appréciation dont elles disposent en la matière, les autorités nationales ont méconnu le principe de proportionnalité en considérant d'une manière générale que la composition de toutes les unités armées de la Bundeswehr devait demeurer exclusivement masculine »¹⁵¹³. En outre, il semblerait que la Cour effectue un examen plus sévère puisqu'au-delà d'un but légitime il fallait aussi que le l'objectif visé réponde à un objectif nécessaire dans le domaine de politique sociale¹⁵¹⁴. Les normes applicables en matière d'égalité des sexes au niveau du droit européen restent assez précises ce qui permet d'apprécier efficacement une discrimination illégale basée sur le sexe. De la sorte, le pouvoir d'appréciation de la Cour de justice de l'Union européenne est strictement encadré et laisse une marge de manœuvre réduite en matière d'appréciation d'une éventuelle différence de traitement prohibée ou pas par la norme.

471. Ce test vise de manière plus précise à contrôler la proportionnalité de mesures juridiques prises par les États membres qui ont pour vocation l'exclusion des femmes dans des catégories d'emploi, car ces exclusions peuvent constituer des discriminations indirectes. C'est

¹⁵¹² Affaire Rinner-Kuhn.

¹⁵¹³ Arrêt de la Cour dans l'affaire C-285/98, *Tanja Kreil / Bundesrepublik Deutschland*
La Cour confirme, cependant, que des dérogations demeurent possibles quand le sexe est une condition déterminante d'accès à certaines unités combattantes spéciales.

¹⁵¹⁴ Affaire Rinner-Kuhn.

originellement dans l'affaire Bilka¹⁵¹⁵ que la Cour formule le standard de la proportionnalité¹⁵¹⁶. Dans cet arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne le juge a apprécié la proportionnalité de manière très stricte. Toutefois, ce test de proportionnalité peut apparaître plus souple que celui initialement formulé dans l'affaire Bilka. Le juge a dû apprécier la proportionnalité des mesures négatives adoptées au regard de sa finalité première.

472. Dans le cadre du droit européen des droits de l'homme, le professeur Sudre expliquait que la technique de proportionnalité « obéit à une démarche casuistique qui, là, comme ailleurs, témoigne de la réticence de la Cour à se laisser enfermer dans des constructions théoriques préétablies »¹⁵¹⁷.

473. La méthode d'examen de la CEDH et du CDH n'implique pas l'exigence d'une stricte proportionnalité entre la fin et les moyens. Ce contrôle exercé va délimiter strictement la portée de l'article 14 de la CESDH. En effet, l'article 14 dispose que « la jouissance des droits et des libertés reconnus par la présente Convention doit être assurée sans distinction aucune fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion... »¹⁵¹⁸. Comme pour le CDH la méthode d'examen de la CEDH porte uniquement sur les distinctions qui « manquent de justifications objectives et raisonnables », elle va néanmoins préciser qu'une distinction ne peut être considérée comme étant motivée de manière objective et raisonnable « si le but poursuivi n'est pas légitime ou s'il n'existe pas de proportionnalité raisonnable entre les moyens utilisés et le but recherché »¹⁵¹⁹. La jurisprudence relative à l'égalité de traitement entre les sexes au niveau de la CEDH n'est pas abondante,¹⁵²⁰ mais certaines décisions relatives aux droits spécifiques des femmes françaises sont significatives puisque ces décisions ont bouleversé l'acception française de l'égalité des sexes¹⁵²¹. La proportionnalité dans le cadre du contrôle

¹⁵¹⁵ En l'espèce un grand magasin allemand avait exclu les travailleurs à temps partiel de son régime de pension de retraite complémentaire. Ce dernier constituait une partie du contrat d'engagement entre Bilka et ses employés. Aussi, la cour devait répondre à la question principale qui lui était soumise lors de la procédure préliminaire relative à l'exclusion des employés à temps partiels et à ce que celle-ci pouvait constituer une discrimination indirecte prohibée par l'article 119 du traité de Rome, qui établit le principe de l'égalité de rémunération entre les hommes et les femmes.

¹⁵¹⁶ L. TITIA, B. NANCY. « L'égalité des sexes ? Un droit fondamental à repenser ». In. *Les Cahiers du GRIF*, n°48, 1994. Les femmes et la construction européenne. p. 58.

Disponible sur [www.persee.fr/doc/grif_0770-6081_1994_num_48_1_2055]

¹⁵¹⁷ F. SUDRE, « Le contrôle de proportionnalité par la Cour européenne des droits de l'homme. De quoi est-il question ? », *JCPE*, 13 mars 2017, p. 505.

¹⁵¹⁸ L'article 14 doit être invoqué en combinaison avec l'un des autres droits mentionnés dans la Convention.

¹⁵¹⁹ Voir par ex. CEDH 28 mai 1985, *Abdulaziz*, Publ. de la CEDH série A, 94.

¹⁵²⁰ Affaire *Abdulaziz*, Affaire *Rasmussen*,

¹⁵²¹ l'IVG et du droit à l'accouchement sous X, droit de la filiation et l'intérêt supérieur de l'enfant.

exercé par la C.E.D.H constitue une garantie de protection subsidiaire à celle des États parties. Conformément à sa jurisprudence constante, le juge de Strasbourg doit vérifier si la mesure litigieuse « *poursuit un but légitime* » et « *s'il existe un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but recherché* »¹⁵²². Nonobstant, sans compter que le fait que le critère « *métajuridique* » du raisonnable « *risque parfois de dégénérer en une réflexion étrangère au droit* »¹⁵²³ le juge européen attribue aux États membres une marge d'appréciation dont « *l'étendue varie selon les circonstances, les domaines et le contexte* »¹⁵²⁴. C'est en ce sens que dans l'affaire Rasmussen contre Danemark¹⁵²⁵, la Cour européenne avait considéré que dans le cadre de son contrôle elle devait tenir compte du contexte et social qui régnait à l'époque de l'État et que « les autorités compétentes étaient fondées à croire qu'à l'égard du mari l'introduction d'une loi constituait le meilleur moyen d'atteindre le but recherché, tandis que dans le cas de la mère il suffisait de laisser aux juridictions le soin de trancher la question à la lumière des particularités de chaque espèce. Compte tenu de leur marge d'appréciation, elles n'ont donc pas non plus transgressé le principe de proportionnalité »¹⁵²⁶. Ainsi la Cour conclut que « la différence de traitement litigieuse n'était pas discriminatoire au sens de l'article 14 ». En effet, la proportionnalité étant plus souple la CEDH adopte une approche plutôt formelle dans l'interprétation de l'égalité, car elle répond à ce raisonnement : existe-t-il des différences entre les hommes et les femmes qui peuvent justifier une différence de traitement ?

474. En conclusion, la proportionnalité est un moyen de conciliation qui n'existe pas en Tunisie pour le moment, mais qui le cas échéant pourrait servir à révéler la difficulté de concilier les différentes valeurs relatives à l'égalité des sexes. En effet, « *l'égalité n'est (...) pas un simple objectif idéaliste, il s'agit bien au contraire d'un champ de lutte idéologique particulièrement féroce* »¹⁵²⁷. Néanmoins, la conciliation n'est pas impossible. De la même manière, la proportionnalité est un moyen mis à la disposition du juge pour apprécier la norme litigieuse au regard de sa finalité. Dès lors, l'examen va consister à apprécier si les mesures sont légitimes

¹⁵²² C'est-à-dire « *s'il existe un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but recherché* » par exemple dans le cadre de la décision rendu par la CEDH. 6 avril 2000 *Thlimmenos c/ Grèce* Req. n° 34369/97,

¹⁵²³ Voy, notamment l'opinion dissidente du juge Zupancic relative à l'arrêt C.E.D.H. 29 avril 1999 *Chassagnou c/ France*

¹⁵²⁴ C.E.D.H. 28 novembre 1984 *Rasmussen c/ Danemark*, Série A n° 87 ; C.E.D.H. 28 octobre 1987 *Inze c/ Autriche*, Série A n° 126

¹⁵²⁵ *Ibidem*, §. 41.

¹⁵²⁶ *Ibid.* §. 42.

¹⁵²⁷ M. GARON, P. BOSSET, « Le droit à l'égalité : des progrès indéniables, des inégalités persistantes », *In. La Charte québécoise des droits et libertés après 25 ans*, Montréal, Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, 2003, p. 64.

selon des circonstances différentes qui vont donner des solutions variables ainsi que des formes différentes à la technique de proportionnalité. La valeur d'égalité des sexes a vocation à remettre en cause les structures sociales, car elle implique la prise en considération de facteurs extra-juridiques. Ce changement conceptuel de l'égalité formelle à une égalité concrète peut apparaître comme renversant une forme d'équilibre sociale puisque le concept de discrimination indirecte bouleverse la forme historique de la cohésion sociale¹⁵²⁸. Aussi, la proportionnalité apparaît comme une approche qualitative de l'égalité des sexes et de non-discrimination par la Cour de justice de l'Union européenne. Le concept de discrimination indirecte suppose une prise de distance fondamentale à l'égard de l'approche formelle de l'égalité. Dans le contexte de cette approche, les questions d'égalité entre les sexes ne peuvent se révéler à la condition que les femmes et les hommes subissent des traitements différents. « Les résultats d'un traitement particulier ne peuvent avoir une dimension significative si le traitement en soi est identique. Par contre, le concept de discrimination indirecte érige l'inégalité de résultat en point de départ d'une étude plus poussée. En ce sens, la discrimination indirecte constitue un levier aux différents freins à l'égalité effective entre les sexes. Néanmoins, il ne saurait constituer à lui seul un moyen d'obtenir une égalité effective.

§2. Les effets nuisibles de la fragmentation du principe d'égalité des sexes

475. Selon le professeur OST, les fonctions du droit peuvent être considérées à travers la question des effets du droit. Ce dernier concept relève « de la notion d'efficacité » et implique « une analyse en termes de performance »¹⁵²⁹. Les effets du droit ne relèvent pas exclusivement du point de vue « systémique » ce qui veut dire qu'ils sont nécessairement « non désirés »¹⁵³⁰. Autrement dit, il s'agit « des effets désirés non atteints et des effets non voulus »¹⁵³¹. On parlera des effets pervers du droit, à laquelle nous ajoutons l'idée que le fonctionnement du droit est perturbé et que cette perturbation se traduit par la modification du sens du principe, des fins de l'ordre juridique considéré. À cet égard, la fragmentation du principe d'égalité des sexes

¹⁵²⁸ Voy. sur cette notion de cohésion sociale, la définition initiale, E. DURKHEIM, *De la division du travail social*, 1983, Paris: Les Presses universitaires de France, 1967, 416 pages. Pour une définition actuelle, Voy. C. AVENEL, « La « cohésion sociale » : de quoi parle-t-on ? Clarifier le concept pour consolider un nouveau modèle d'action », in J.-Y. GUEGUEN éd., *L'année de l'action sociale 2015 : Objectif autonomie*, Dunod, 2014, p. 13.

¹⁵²⁹ En effet, dans son approche systémique du droit, il oppose le point de vue interne et le point de vue externe du droit. Le premier correspond aux fonctions et aux rôles du droits, le second les effets et résultats du droit. Voy. Le tableau In P. BEGASSE DE DHAEM et al., « A quoi sert le droit ? » Op. Cit. p167

¹⁵³⁰ *Ibid.* p.170.

¹⁵³¹ *Ibid.*

apparaît comme ayant des effets pervers. Étymologiquement, le terme fragment trouve son origine dans le latin classique à travers le mot *fragmentum* qui signifie « morceau », mais également de *frangere* qui se traduit par « briser ». Au XIXe, le terme fragmenter se définit de la manière suivante ; « Diviser, séparer par fragments. Une œuvre fragmentée. Se fragmenter, être divisé par fragments »¹⁵³². Autrement dit, la fragmentation consiste dans le fait de briser, de séparer en fragments et au sens figuré il s'agit de morceler. Le principe d'égalité des sexes peut être décrit comme fragmenté, et ce à des niveaux théoriques, conceptuel, institutionnel et linguistique. De même, sa fragmentation apparaît à travers les différents champs disciplinaires qui sont séparés en branches du droit, qui elles-mêmes sont divisées en plusieurs structures spécialisées. Comme il a été souligné tout au long du développement de ce titre, la multiplication des acteurs notamment des acteurs spécialisés¹⁵³³ dans la protection des droits fondamentaux, et à travers ce dernier celui du principe d'égalité des sexes en France soulève la question fondamentale de son inexistence en Tunisie. En effet, il apparaît comme une nécessité contemporaine de recourir à de nouveaux acteurs de protections susceptibles de couvrir une partie de la protection de ces droits. Cela serait l'occasion d'offrir comme en France des pouvoirs de protection relativement importants offerts à certains acteurs non juridictionnels. Ainsi, on constate que le niveau d'intégration du principe d'égalité des sexes dans les deux systèmes est divergent, car les modalités de fonctionnements et d'interventions prévues par chacun des systèmes juridiques sont sensiblement différentes. Il y a de bonnes raisons de penser que les dispositifs juridiques français sont plus aboutis que ceux existants dans le système tunisien. Néanmoins, la multiplication des acteurs de protections ainsi que des ordres juridiques a eu pour effet la fragmentation du système de protection des droits et libertés, dont le principe d'égalité des sexes, qui tend à remettre en cause l'effectivité des différentes formes de protection, mais également une fragmentation de la signification même du principe d'égalité des sexes. La perception de la différenciation interne du principe entre les deux systèmes juridiques constitue un élément de la fragmentation conceptuelle de celui-ci. Ici, nous sommes confrontés au premier impact direct de la différenciation conceptuelle du principe d'égalité des sexes. Même le droit international, qui se voyait comme le droit permettant une forme d'unification des différents systèmes juridiques, ne s'est pas trouvé immunisé contre les effets de fragmentation du droit. Les effets de fragmentation se sont manifestés à travers l'expansion des acteurs de protection et la multiplication des outils de protections. Cette manifestation est apparue avec l'émergence et l'expansion rapide des organisations supranationales, dans des

¹⁵³² Émile Littré, *Dictionnaire de la langue française*.

¹⁵³³ A travers notamment les AAI.

ordres juridiques différents. S'ajoute à cela une fragmentation sectorielle des outils et des acteurs de protection. Ainsi, on constate une fragmentation du sens du principe d'égalité des sexes qui va avoir pour conséquence de remettre en question l'effectivité des modalités de garantie choisies.

476. La fragmentation du sens. Parler de fragmentation, cela implique également l'idée de cohérence et d'unité du droit. À cet égard, la cohérence et l'unité du droit permettent d'entrevoir l'horizon à atteindre et d'envisager le sens donné à l'action. Le sens du principe d'égalité des sexes se traduit par les différentes conceptions et philosophies qui le traversent, ainsi que, de manière corollaire, le Principe de non-discrimination. La fragmentation du sens du principe d'égalité des sexes repose également sur la fragmentation du système de garantie du principe qui fait pièce à l'inspiration d'une unité de sens au processus de protection du principe d'égalité des sexes. Ce morcellement repose sur trois étapes clés qui expliqueraient ce phénomène. Dans un premier temps, l'émergence d'acteurs sectoriels de protection ne permet pas de donner une image globale des obstacles qui, bien relevant d'acteurs distincts, exposent un certain nombre d'analogies¹⁵³⁴. Dans un deuxième temps, la fragmentation institutionnelle et structurelle de défense du principe d'égalité des sexes est assortie d'une hétérogénéité des pouvoirs d'actions et de prérogatives des acteurs qui sont attentatoires à une protection uniforme du principe d'égalité des sexes à travers le système de protection des droits fondamentaux. Même si le système de valeur et les finalités qui exhortent ce système de protection sont généralement communs aux différents acteurs, à savoir la protection juridictionnelle effective du principe¹⁵³⁵ et sa protection à travers des mesures de promotions et d'incitation du principe¹⁵³⁶, il ne leur appartient pas de déplacer les lignes du pouvoir public à modifier leur comportement même s'ils disposent d'un pouvoir d'incitation. En effet, ils sont tenus aux prérogatives qui leur sont attribuées en matière de pouvoir qui peut échapper dans le cadre des acteurs non juridictionnels aux exigences de cohérences¹⁵³⁷. Une incohérence marquée par le fait que « la gamme de

¹⁵³⁴ A titre d'exemple les AAI qui sont des acteurs non – juridictionnels. Voy. sur le SUJET R. DOSIERE ET CH. VANNESTE, *Les autorités administratives indépendantes, Rapport d'information n° 2925 fait au nom du Comité d'évaluation et de contrôle des politiques publiques*, 2010, p. 67.

¹⁵³⁵ Acteurs juridictionnels.

¹⁵³⁶ Acteurs non-juridictionnels. Voy S. GERRY-VERNIERES, *Les « petites » sources du droit ». A propos des sources étatiques non contraignantes*, Economica, coll. Recherches juridiques, Paris, 2012, pp. 238 et ss.

¹⁵³⁷ Voy. sur le sujet J.-L. AUTIN, « Intervention des autorités administratives indépendantes », *JurisClasseur Libertés*, fasc. n° 300, 01 mai 2009 ; A. ROUYERE, « La constitutionnalisation des autorités administratives indépendantes : quelle signification ? », *R.F.D.A.*, 2010, p. 887.

pouvoir dont elles [notamment les AAI en tant qu'acteurs non juridictionnels] disposent a toujours été variable »¹⁵³⁸.

477. Si l'ensemble des acteurs institutionnels et structurels œuvrent vraisemblablement en faveur de la défense du principe, l'orientation donnée à leur action et leur finalité ne sauraient être exactement identiques d'un acteur à l'autre dans un même système, d'une part¹⁵³⁹, et d'un système à un autre, d'autre part¹⁵⁴⁰. Comme nous l'avons vu précédemment, il existe un risque de contradictions sur le principe d'égalité des sexes, risque qui pourrait s'accroître dans le cadre du système juridique tunisien en l'absence de communication à travers le mécanisme du dialogue des juges. En effet, l'absence d'interaction entre les différentes autorités en charge de la défense du principe d'égalité et la multiplication de ces dernières notamment à travers la question des acteurs sectoriels qui interviennent dans un même domaine peut entraîner l'enchevêtrement des systèmes de protection et des compétences¹⁵⁴¹. C'est ainsi que l'on constate qu'il n'existe pas qu'un ordre juridique unique hiérarchisé, mais une « multitude de systèmes entretenant entre eux des rapports complexes et parfois étranges » à travers un système de réseau¹⁵⁴².

478. La complexité du droit transforme la conception interne du principe d'égalité des sexes ainsi que le mode de gestion et de protection institutionnelle et juridictionnelle de ce principe.

¹⁵³⁸ « De plus en plus nombreuses, les AAI sont devenues de plus en plus diverses par leurs domaines d'intervention, leurs principes d'organisation et leurs pouvoirs, au point qu'il est difficile de trouver entre elles un dénominateur commun. (...) Si l'octroi aux AAI de compétences juridiques normalement dissociées a été l'un des critères d'identification de la catégorie, la gamme de pouvoirs dont elles disposent a toujours été variable » J. Chevallier, « Le statut des autorités administratives indépendantes : harmonisation ou diversification ? », *R.F.D.A.*, 2010, p. 896.

¹⁵³⁹ Ici on sous-entend les systèmes internes français et tunisien. Chacun des systèmes disposent d'acteurs propres.

¹⁵⁴⁰ Ici on désigne le système français et le système tunisien, mais également les différents systèmes régionaux et internationaux que l'on a déjà évoqués.

¹⁵⁴¹ A titre d'exemple Voy. F. BALAGUER CALLEJON. « Niveaux et techniques internes et internationaux de réalisation des droits en Europe. Une perspective constitutionnelle », *Revue française de droit constitutionnel*, 2004, pp. 675-693 ; R. TINIERE, « Le pluralisme désordonné de la protection des droits fondamentaux en Europe : le salut réside-t-il dans l'équivalence ? » *Revue des Droits et Libertés Fondamentaux*, 2017, chron. n°17 ; V. LOBIER, « Les cours constitutionnelles et l'enchevêtrement des systèmes de protection des droits fondamentaux. L'exemple du mandat d'arrêt européen – 2ème partie », *Revue des Droits et Libertés Fondamentaux*, 2015, chron. N°04 ; S. BENICHO, « L'effectivité du principe de non-discrimination « raciale » : concurrence ou complémentarité du juge et de la Halde ? » In : *À la recherche de l'effectivité des droits de l'homme*. Nanterre : Presses universitaires de Paris Nanterre, 2008, pp. 193-223.

Disponible en ligne [<http://books.openedition.org/pupo/1176>] ; « Tout comme la coexistence entre autorités administratives indépendantes et administrations traditionnelles, la coexistence des autorités administratives indépendantes entre elles est une source potentielle de difficultés et de tensions » C.E., *Réflexions sur les autorités administratives indépendantes*, Rapport public, La Doc. fr., coll. Etudes et documents, Paris, 2001, p. 341.

¹⁵⁴² E. FOSTER « Van de Kerchove M. De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit ». In: *Revue internationale de droit comparé*. 2003. p. 730.

En effet, la multiplication des instances et organisations peut avoir des effets de fragmentation ou de morcellement du principe d'égalité des sexes. Dans le cadre de l'articulation du système tunisien avec les différents ordres juridiques supranationaux, l'absence de dialogue des juges ainsi que les références croisées qui peuvent exister entre les français et Européen contribuent à la fragmentation de l'interprétation du principe d'égalité des sexes, au niveau national, mais également au niveau régional. En effet, l'absence de discussion entre l'organisation et les acteurs régionaux africain, maghrébin et arabe avec celles et ceux issus de l'ordre juridique européen et celui du droit international entraînera certainement l'éclatement de la conception du principe d'égalité des sexes, mais aussi la stagnation des outils de protection. C'est ainsi que ce risque de fragmentation a déjà été envisagé au niveau au droit international : la Commission du droit international a tenté de définir la fragmentation comme conflictualité entre différents éléments normatifs. En effet dans son rapport sur les « difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international », elle souligne celles qui résulteraient de « (...) l'apparition de règles ou d'ensembles de règles, d'institutions juridiques et de domaines de pratique juridique spécialisés et (relativement) autonomes »¹⁵⁴³.

479. Cette fragmentation n'est pas étrangère à un système juridique qui se fonde sur le concept de « société-monde »¹⁵⁴⁴ et va transformer « les aspirations normatives »¹⁵⁴⁵ et « les aspirations cognitives »¹⁵⁴⁶ des droits internes. En effet, « la multiplicité des interprétations menace inévitablement l'unité et la cohérence des droits de l'homme »¹⁵⁴⁷, et donc du principe d'égalité des sexes, « ainsi que l'égalité des individus à leur égard en raison de solutions divergentes dans des situations similaires »¹⁵⁴⁸. Cette déstructuration aurait pour conséquence de rendre inenvisageable toute représentation d'ensemble touchant aux droits et

¹⁵⁴³ Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa cinquante-huitième session, 2006, Chap. XII, p. 184. Cité par B. DURAND-JAMIS, « *Propos introductifs : la polarisation de la notion de fragmentation, entre unité et diversité du droit* », *La Revue des droits de l'homme*, 2019, p.2.

Disponible en ligne depuis le 13 janvier 2019, consulté le 9 Juin 2020. [<http://journals.openedition.org/revdh/5917>; DOI : <https://doi.org/10.4000/revdh.5917>].

¹⁵⁴⁴N. Luhmann, « Die Weltgesellschaft », 57 *Archiv für Rechts und Sozialphilosophie* 21 (1971), réédition dans *Soziologische Aufklärung*, vol. 2 : *Aufsätze zur Theorie der Gesellschaft* 51, 63 (N. Luhmann ed., 3rd ed., 1986).

¹⁵⁴⁵C'est-à-dire, « politique, moralité et droit ». A. FISCHER-LESCANO, G. TEUBNER, « Collisions de régimes : la recherche vaine de l'unité juridique face à la fragmentation du droit mondial », *Revue internationale de droit économique*, 2013, p. 188.

¹⁵⁴⁶C'est-à-dire « économie, science, technologie ». *Ibidem*.

¹⁵⁴⁷B. DURAND-JAMIS, « *Propos introductifs : la polarisation de la notion de fragmentation, entre unité et diversité du droit* », *La Revue des droits de l'homme*, 2019, p. 4. Disponible en ligne depuis le 13 janvier 2019, consultée le 9 juillet 2020 à l'adresse URL suivante, [<http://journals.openedition.org/revdh/5917> ; DOI : <https://doi.org/10.4000/revdh.5917>]. L'auteur B. DURAND-JAMIS cite en note de bas de page n°18, T. Buergenthal, « Proliferation of International Courts and Tribunals: Is It Good or Bad? », *Leiden Journal of International Law*, 2001, p. 272-273

¹⁵⁴⁸ *Ibidem*.

libertés. L'unité normative et interprétative doit exister au niveau de l'ordre national et local et le dialogue doit être maintenu entre les différents systèmes afin de privilégier la conciliation entre les différentes valeurs normatives. Autrement dit, l'unité contribue au maintien d'une cohérence narrative en dépit d'une diversité d'interprétations locales. Ainsi, l'action conjointe des acteurs permettrait de faire émerger de nouveaux principes communs tout en facilitant l'accès aux différents pouvoirs de protection du principe.

480. Pour ce qui est de ce bilan, l'émergence d'acteurs non juridictionnels et juridictionnels au rang régional doit malgré ces risques être privilégiée. Néanmoins, il faut prendre en considération que la fragmentation du système de protection des droits fondamentaux de garantie en une multitude d'autorités cause des difficultés liées à l'effectivité même de la défense du principe à travers la question de l'intelligibilité et la clarté du dispositif institutionnel et juridictionnel à l'égard des individus.

481. La remise en cause de la protection effective du principe. Les facteurs exogènes entraînent, dans l'essence même du droit à l'égalité des sexes et dans sa pratique, une continuelle ambivalence. Une ambivalence qui est davantage perceptible au niveau du système juridique interne qu'au niveau extérieur. L'ambivalence marquée par ces facteurs exogènes se traduit par la tentative de conciliation entre l'universalisme et le réalisme. Universalisme parce que la Tunisie fait le choix d'adhésion aux grands principes, réalisme, car elle fait également le choix de la défense d'une partie de sa conception de l'égalité des sexes à travers une forme de prudence et de modération. Cette logique on la retrouve chez Bourguiba qui explique que pour la Tunisie "réalisme, modération, prudence ne signifient pas arrêt du mouvement. C'est le choix d'une juste cadence"¹⁵⁴⁹. Ce réalisme a pour préoccupation "l'efficacité"¹⁵⁵⁰ et le "rendement meilleur"¹⁵⁵¹ qui peut être compris comme étant l'efficience. En effet, la question de l'égalité des sexes inclut l'idée de réduire les inégalités, sa réduction implique un double volet. Le premier volet qui se place dans une logique économique se situe du point de vue de l'effectivité qui se justifie par une recherche de l'efficacité et de l'efficience dans l'action. Le second volet relève de logiques sociales, notamment la responsabilité sociale, la lutte légitime contre les discriminations qui se situe dans une logique de validité. C'est dans cette logique qui se traduit

¹⁵⁴⁹ Extraits du discours de Bourguiba prononcé le 29 juin 1972 au cours d'un déjeuner officiel à l'Élysée, lors d'une visite officielle en France qui a eu lieu du 28 au 30 Juin 1972. Cité par M. Ben Hamed, Op. Cit. p. 35.

¹⁵⁵⁰ *Ibidem.*

¹⁵⁵¹ *Ibid.*

par le respect des lois et la prise en considération de la contingence que l'égalité se trouve dans un juste équilibre. C'est dans cet objectif que BOURGUIBA a expressément choisi son système de valeurs, de son référentiel occidental tout en gardant son bagage culturel avec le monde arabe. En ce sens il déclare que "les grands principes de la Révolution française, les idées de Woodrow WILSON et les structures juridiques de la civilisation occidentale tiennent une grande place dans leur crédo civique". Toutefois, même si "les intérêts économiques (de la Tunisie) et son futur développement la poussent vers l'Occident, mais elle ne doit en aucune façon renier son allégeance au monde arabe et musulman"¹⁵⁵². C'est à partir de cette approche politique qu'il va déterminer les principes fondant sa politique et qui va forger la conception de l'égalité des sexes. En effet, estimant que la base de stratégie politique tant sur le plan interne et qu'externe se fondait sur le réalisme, il considérait que ce dernier impliquait "le progrès par étapes"¹⁵⁵³ qui conduira à une "coopération avec les États européens qui sont [les] voisins, et particulièrement avec la France qui a marqué la Tunisie et sa culture"¹⁵⁵⁴. Ce choix correspondait à une certaine forme de pragmatisme de la part de Bourguiba qui estimait que cette politique construite sur des interactions avec l'Occident en matière économique et culturelle l'aiderait à réaliser un développement performant de la société tunisienne.

482. La fragmentation se réalise à travers cette interdépendance entre deux systèmes de valeurs hétéroclites incarnées, d'une part, par "les traditions 'ethniques et culturelles'¹⁵⁵⁵ attachées au monde arabe et d'autre part, celles des valeurs occidentales, aura pour conséquence un premier symptôme de rejet de la part d'une partie de la société tunisienne qui se concrétisera durant les années 1980 par l'émergence de l'islamisme radical. C'est ainsi que le choix d'un seul homme conduit la Tunisie a adopté une structure juridique constitutionnelle identique à celle de la France, puis l'introduction d'un code visant à régir le statut personnel de la famille notamment celui de la femme. Ainsi, la structure tunisienne se trouve assise sur deux sources d'influences qui incarnent deux cultures et deux civilisations qui sont éloignées l'une de l'autre, non pas parce qu'elle ne partage pas les mêmes idéaux relatifs à l'égalité entre les hommes et notamment celle entre les sexes, mais c'est le contenu, la signification même de cette égalité qui diverge.

* *

¹⁵⁵² « Nationalism : antidote to communism » In Foreign Affairs, n°4, Volume 35,1957, pp. 646-653.

¹⁵⁵³ « The tunisian Way », In In Foreign Affairs, n°3, Volume 44, 1966, p. 481 et s.

¹⁵⁵⁴ Ibidem.

¹⁵⁵⁵ « Nationalism : antidote to communism » In Foreign Affairs, n°4, Volume 35,1957, pp. 646-653.

483. Conclusion du titre II relatif aux limites du processus de structuration.

L'introduction du féminisme en France a permis une amélioration des règles de droit en vigueur, et plus précisément par des restructurations dans la manière de les appliquer. Comme nous l'avons vu, l'absence d'un féminisme significatif et organisé par les Tunisiennes n'a pas forcément porté atteinte à la restructuration juridique et sociale. De plus, l'intervention d'un féminisme d'État incarné par un homme (Bourguiba) a permis d'épouser en grande partie les finalités de modernité et d'égalité. Néanmoins, les études féministes permettent de révéler que la représentation des rapports homme-femme a pendant longtemps constitué une donnée structurante de premier ordre, et cause d'inégalités. Pour l'instant, en l'absence d'un féminisme structuré et structurant en Tunisie, et malgré les efforts menés par le féminisme français, le processus organisationnel érige un système d'activités auquel on a donné une finalité et qu'on a organisé selon une hiérarchie qui se maintient à l'aide de schèmes de configurations coordonnant l'action. Actuellement, la domination patriarcale, masculine et capitaliste représente incontestablement une des dimensions significatives de ces processus de sexuation. C'est sur cette dimension que les supports de la coordination de l'action sont régis par des règles, les routines et les conventions. Dès lors, la règle est intrinsèquement liée au contexte de l'action et elle devient effective que dans des cas particuliers. Ainsi, la dualité de la notion d'organisation qui désigne à la fois un phénomène juridique et un phénomène sociologique n'empêche en rien la relation entre les deux aspects de la notion, bien au contraire, l'organisation constitue une spécificité historique d'un espace d'intersection entre le droit et la sociologie. C'est cet espace commun qui a permis de constater que l'organisation et le droit ont fait l'objet de changements, en gagnant à la fois d'adaptabilité et en complexité. Nos sociétés sont ainsi caractérisées par de nouvelles techniques, technologies¹⁵⁵⁶ et voie de communication modernes qui ont pour effet de rendre la transformation des normes sociales permanentes, quotidiennes et accélérées. C'est bien la doctrine féministe qui permet de comprendre ces transformations permanentes et de constituer à la fois à laboratoire d'analyse et une « tours de

¹⁵⁵⁶ La technologie opère des avancées significatives lorsqu'elle constitue un outil de mesure des discriminations ou de lutte contre les discriminations dans le cadre d'une appréciation objective qui se substitue à l'appréciation subjective humaine. À titre d'exemple, on peut citer l'exemple significatif des recrutements à l'aide d'outils informatiques, tel que l'algorithme qui ne seraient pas sensibles aux préjugés ou stéréotypes. D. THARAUD, « Algorithme », in *Dictionnaire Juridique de l'égalité et de la non-discrimination*, D. THARAUD, C. BOYER-CAPELLE (Dir.), L'Harmattan 2021, p. 28.

Néanmoins, la technologie étant une création humaine reproduit les rapports humains existants et notamment les discriminations dans le cadre de biais genrés. J. CHARPENET, C. LEQUESNE ROTH, « Discrimination et biais genrés », *D.* 2019, p. 1852.

garde » du principe d'égalité des sexes. C'est bien grâce études féministes que les systèmes ont commencé à envisager plusieurs questions sur les inégalités, dont celle de l'État et des rapports sociaux de sexes. Cela nous a permis notamment de constater l'impact de la crise sanitaire et de la représentation des rôles sociaux selon le sexe. Les discriminations sont multidimensionnelles structurelles et systémiques. Cette constatation n'a été possible que grâce au travail comparatif des féministes. C'est uniquement de ce constat que le législateur a imaginé des outils de lutte contre les inégalités structurelles, notamment à travers la question de l'action positive¹⁵⁵⁷ et celle de la discrimination positive. De la même manière que les outils compensatoires ont été nécessaires, le féminisme a souligné le besoin de ressources matériel et financier nécessaire dans la mise en œuvre de l'égalité homme-femme. Il a été fortement souligné que dans le cadre du libéralisme, ou plus exactement des politiques d'inspiration néolibérales, on a assisté à un retrait de l'aide matérielle de l'État et par conséquent le marché de l'emploi a mis en exergue les inégalités d'ordre ethnique ou de classe entre les femmes. Ainsi le féminisme est un outil de conceptualisation, d'analyse indispensable dans la structuration du principe démocratique de l'égalité des sexes. Son absence, sa mise à mal constitue définitivement une limite dans le processus de structuration du principe égalitaire au sein des systèmes juridiques. Il constitue l'un des points de divergence systémique dans l'expérimentation et la construction du principe d'égalité des deux États. C'est ce qui explique le retard tunisien dans le cadre de la participation des femmes dans le processus législatif et leur participation au sein de la mise en œuvre de politiques publiques. En effet, la mobilisation du féminisme aux ordres de l'état a complètement affecté le processus de structuration du principe d'égalité des sexes. À vrai dire, le féminisme tunisien apparaît comme un pivot sur lequel s'est fondée la propagande du régime autoritaire. Cette mise en tutelle du féminisme au pouvoir central n'a pas permis l'émancipation du féminisme en ce que les femmes subissent une double aliénation. Tout d'abord, une aliénation religieuse. Ensuite une aliénation institutionnelle et politique au processus historique qui a instrumentalisé les femmes. Cependant l'émergence du noyau dur du féminisme d'État au début des années 1970 notamment avec l'Union nationale de la femme tunisienne (UNFT) n'a pas permis de déconstruire le discours dominant et de faire émerger une convergence de luttes contre le pouvoir. La contestation contre ce dernier n'étant

¹⁵⁵⁷ L'action positive est « synonyme de discrimination positive ». Cette expression reste « essentiellement utilisée en droit international et en droit de l'Union européenne. Elle consacre une traduction de l'expression états-unienne "Affirmative Action". Cette action consiste à "mettre en œuvre des mesures en faveur d'un groupe de personnes discriminées afin de compenser de prévenir des discriminations à l'œuvre en pratique". Ces actions "s'inscrivent dans une philosophie d'égalité substantielle qui vise à atteindre une égalité réelle entre les groupes ». M. SWEENEY, « Action positive », in *Dictionnaire Juridique de l'égalité et de la non-discrimination*, D. THARAUD, C. BOYER-CAPELLE (Dir.), L'Harmattan 2021, pp. 19-20.

pas toléré il faut attendre le changement de Constitution en 2014 pour voir émerger un pluralisme féministe et une multiplication de structure associative qui permettent aujourd'hui d'entamer une diversité d'approches. De cette expérience institutionnelle de l'histoire naissent les féminismes tunisiens. Une première structure conservatrice s'attache à l'application de l'égalité homme-femme dans la limite du référent arabo musulman, une deuxième structure plus radicale invoque une égalité totale sans aucune limitation et dans le cadre des standards du droit international. La dernière se préoccupe de la préservation des acquis historiques.

484. De ces divergences naissent des rapports conflictuels entre le système tunisien et français qui se traduisent par une double polarisation. Cette double polarisation ne se traduit par une opposition de principes juridiques qui sous-tendent des valeurs. La Tunisie est un système hybride fondé sur un double référent qui structure le principe d'égalité des sexes à travers la norme constitutionnelle. Autrement dit, le caractère hybride du système juridique tunisien repose sur une double polarisation des rapports intersubjectifs.

485. Pour éviter une aggravation du système tunisien, il est impératif de trouver des remèdes en amont, c'est-à-dire au niveau du principe de proportionnalité. Soutenir que le fonctionnement du principe d'égalité des sexes repose sur des systèmes de valeurs différents nous a permis d'analyser les obstacles majeurs liés aux divergences entre ces systèmes. Le premier obstacle est lié à la question de la conciliation. C'est ici, un point essentiel de notre étude et cela dénote l'intérêt de poser en ces termes le problème des principes. L'absence d'une institution constitutionnelle en charge du contrôle de constitutionnalité et l'absence de pratique du principe de proportionnalité par la jurisprudence en matière d'égalité des sexes ne permet pas d'explicitier et d'opérer un équilibre des intérêts entre l'ordre de valeurs contenu dans des principes antagoniques. La clarification de sa conciliation avec d'autres libertés permettrait de remettre en cause les structures sociales, car elle implique la prise en considération de facteurs extra-juridiques. Une nouvelle conceptualisation de l'égalité des sexes permettrait d'entrevoir une égalité concrète, car la proportionnalité apparaît comme une approche qualitative de l'égalité des sexes et de non-discrimination.

486. Par ailleurs, ces divergences de valeurs entraînent des effets négatifs du droit, en particulier celui de l'égalité homme-femme. Il s'agit de l'effet de fragmentation du principe. Cet effet de fragmentation se réalise à travers cette interdépendance entre deux systèmes de valeurs hétéroclites incarnées, d'une part, par les traditions ethniques et culturelles attachées au

monde arabe et, d'autre part, celles des valeurs occidentales auront pour conséquence un premier symptôme de rejet de la part d'une partie de la société tunisienne qui se concrétisera durant les années 1980 par l'émergence de l'islamisme radical. C'est ainsi que le choix d'un seul homme conduit la Tunisie a adopté une structure juridique constitutionnelle identique à celle de la France. Ainsi, la structure tunisienne se trouve assise sur deux sources d'influences qui incarnent deux cultures et deux civilisations qui sont éloignées l'une de l'autre, non parce qu'elle ne partage pas les mêmes idéaux relatifs à l'égalité entre les hommes et notamment celle entre les sexes, mais c'est le contenu, la signification même de cette égalité qui diverge. C'est de ce point de vue que nous constatons la remise en cause effective du principe.

CONCLUSION GÉNÉRALE

487. Nous avons commencé notre étude par le constat que le principe d'égalité des sexes était au fond une question de justice. Nous avons alors proposé une définition de l'égalité des sexes à travers l'idée d'équité, une définition qui mérite d'être débattue, à l'issue de notre travail.

488. Dans le contexte du droit positif français, le principe d'égalité homme-femme désigne à la fois une affirmation positive (égalité formelle) et une affirmation négative (non-discrimination). Avec l'adoption de la nouvelle Constitution tunisienne de 2014, le droit positif tunisien opère un changement de paradigme en introduisant l'interdiction de toute discrimination fondée sur le sexe. Nous avons constaté dès le début de notre étude que ces deux principes juridiques étaient complémentaires et donc corollaires. Aussi, réfléchir sur la question de l'influence du système français sur le système tunisien à travers la question de l'égalité homme-femme revenait-il à s'interroger sur le caractère universel de ce principe.

Le risque de confusion des notions

489. Dès l'abord de l'étude, une multitude de questions ont envahi notre esprit. Qu'est-ce que l'effectivité ? L'égalité entre homme et femme est-elle envisagée de la même manière dans les systèmes juridiques étudiés ? Et, pourquoi envisager l'égalité sous le prisme de l'équité ?

490. Pour essayer de répondre à ces interrogations, nous nous sommes tournés vers les sciences sociales. À cet égard, le structuralisme nous est apparu comme une sorte de boîte à outils du petit « bricoleur »¹⁵⁵⁸, à laquelle nous pourrions emprunter quelques instruments pour analyser les systèmes juridiques. Par exemple, l'idée de structure s'est présentée comme le moyen de penser le réel tout en prenant nos distances avec lui, en vue de considérer dans l'égalité les sexes quelque chose comme une structure élémentaire de toute sociabilité.

Le principe d'égalité des sexes repose sur le principe d'altérité

¹⁵⁵⁸L'ethnologue est un bricoleur, commentaire livré par Cl. Lévi-Strauss au Nouvel observateur en 2009

491. Le principe d'égalité des sexes nous heurte à une forme d'altérité. De cette altérité naît la question du rapport à l'autre. L'autre, c'est la femme ou l'homme. C'est aussi l'autre en général, en tant que système juridique : la Tunisie ou la France.

492. Le modèle historique qu'offre la Tunisie permet d'envisager le principe d'égalité des sexes à la fois comme principe substantiel et immatériel. C'est dans cette dimension immatérielle que le principe peut être envisagé comme un principe de la sociabilité, c'est-à-dire un principe fondateur du lien social, et du rapport avec l'État.

493. D'un point de vue substantiel, le principe d'égalité des sexes a aussi bénéficié de différents apports, en particulier celui de l'Union européenne qui a été un important vecteur d'évolution du système français.

494. Le droit permet-il de comprendre l'ensemble des dimensions de l'égalité des sexes ainsi que les mécanismes de reproduction des inégalités ? Qu'est-ce qui distingue le choix effectué dans la conceptualisation de l'égalité homme-femme qui a été faite dans le système tunisien et celle adoptée par le système français ? Intuitivement, une pluralité de facteurs déterminants vient à l'esprit. Ces facteurs, qu'ils soient positifs ou négatifs, interfèrent dans le processus décisionnel. Nous l'avons vu, ces concepts, éminemment subjectifs, œuvrent dans la définition du principe et dans l'élaboration de ses différents éléments : sécurité, dignité, équité et justice. Autant de notions qui semblent *a priori* étrangères au principe d'égalité des sexes.

495. C'est ce qui nous a conduits à penser qu'au nombre de tous ces facteurs il manquait une variable fondamentale, permettant de rendre compte des évolutions constatées : la culture.

La culture est aujourd'hui une variable déterminante. L'a-t-elle toujours été ?

496. Pour tenter de comprendre le fonctionnement du principe d'égalité des sexes, nous avons analysé les systèmes juridiques et leurs structures afin d'identifier le déterminant qui permettrait de comprendre la place de l'égalité des sexes dans un système social, et ce, de manière synchronique. Nous avons constaté que la culture doit être prise au sens le plus large possible, en englobant différentes acceptions. Fondamentalement, la culture peut désigner l'idéal démocratique, c'est-à-dire une culture politique d'un type particulier qui relève de l'immatériel, mais peut paradoxalement, jouer un rôle perturbateur ou facilitateur.

497. Dire que la culture est un facteur déterminant du système juridique ne signifie pas qu'elle serait dominante, mais qu'à un moment donné elle donne sens aux autres composantes du système normatif. La culture est un facteur de justification et un argument ou une arme dans les conflits qui opposent les différents acteurs. C'est donc une ressource. Elle est la contrepartie positive de l'hégémonie.

498. L'analyse relève que l'effectivité du principe d'égalité des sexes nécessite un cadre juridique substantiellement égalitaire, quelle qu'en soit la forme. Le contenu de la Constitution tunisienne de 2014 témoigne de la divergence de culture qui divise la société tunisienne. Il cristallise l'ambivalence du statut de la femme et les visions des droits des femmes dans la société. Ce qui en résulte est un ensemble disparate de dispositions qui ne réunissent pas *in extenso* les intérêts de toutes les parties prenantes.

499. L'expérience tunisienne nous a aussi montré que le principe d'égalité des sexes, au même titre que le droit, répond à des spécificités qui sont propres à chaque expérience historique, culturelle et politique. Cela se traduit par des normes juridiques de portées différentes.

La nécessaire reformulation du principe d'égalité des sexes

500. Équité, égalité des chances, mixité, diversité, efficacité, effectivité, efficience, etc. Les notions employées pour mettre en œuvre le principe d'égalité affluent, mais ne désignent pas toutes une même réalité. Ces concepts sont tout aussi polysémiques que le principe lui-même. Le principe d'égalité des sexes comprend plusieurs définitions qui varient également dans le temps et dans l'espace. Et comment pourrait-il en être autrement ? Ce principe n'appartient-il pas à la catégorie des notions à contenu variable¹⁵⁵⁹ ? C'est dire à quel point il est malléable et imprévisible. De plus, autre difficulté, les concepts existants dans la langue française ne trouvent souvent aucun écho dans la langue arabe et inversement. Partant, l'importance de la

¹⁵⁵⁹ Le doyen CARBONNIER voyait la consécration des notions à contenu variable comme des actes intentionnels du législateur. Sous sa plume, peut-on lire que « la variabilité [dont il s'agit] est une variabilité préparée d'avance : l'*intentionnalité* est inhérente à la variabilité ». Aussi, la variabilité est-elle désirée par le législateur et permet notamment aux interprètes que sont les juges de porter une appréciation morale sur des faits qui leur sont exposés. Partant, la consécration de telles notions est la marque d'une grande confiance accordée aux juges qui seront *in fine* amenés à les manipuler. Voy. J. CARBONNIER, « Les notions à contenu variable dans le droit français de la famille » in *Les notions à contenu variable en droit* (dir. Ch. PERELMAN et R. VANDER ELST), 1984, Bruylant, p. 99 et s.

langue et des mots¹⁵⁶⁰ est d'autant plus cardinale lorsque l'on cherche à définir clairement le principe d'égalité des sexes. En l'état du droit positif tunisien et du droit positif français, l'absence de définition commune des concepts contenus dans le principe d'égalité des sexes concourt à entretenir une ambiguïté du sens et l'incertitude quant à sa portée. Dès lors, la définition semble être le meilleur moyen pour éclaircir les zones d'ombres qui entourent le principe d'égalité des sexes. Celle-ci pourrait contribuer à faire évoluer sensiblement le système juridique. Cependant, cette tentative de définition n'est guère aisée à mettre en œuvre. Mais s'agit-il véritablement d'une nouveauté ? Toute tentative de définition n'est-elle pas périlleuse en droit ? *Omnis definitio in iure civili periculosa est* nous prévenait déjà il y a quelques siècles le Digeste¹⁵⁶¹.

501. La difficulté concernant notre sujet tient au fait que la question de l'égalité homme-femme n'interroge pas uniquement le droit, mais également les sciences sociales et les autres sciences. Or, s'il revient au juriste de saisir la substance même du principe d'égalité des sexes, il ne lui est pas possible d'ignorer les définitions et approches des autres domaines du savoir et de la recherche. Aussi, épouse-t-on volontiers la pensée du professeur CHAMPAUD lorsqu'il écrit que « le juriste qui ne sait que du droit ne connaît pas le Droit »¹⁵⁶². À vrai dire, il n'était pas seul à le penser. Avant lui, le doyen GENY, avec sa méthode de la libre recherche, n'avait-il pas également adressé aux juristes un message d'ouverture aux autres sciences ?

502. En définitive, nous avons passé en revue des règles de droit très différentes. Toutes expriment un certain nombre de choix, qui se concrétisent elles-mêmes dans des prescriptions contingentes. Dès lors, l'interaction entre le droit et les phénomènes extra-juridiques, et partant, les interactions entre des principes fondamentaux et les sociétés dans lesquelles ces principes ont vu le jour incitent à prendre en compte une dimension essentielle du principe d'égalité homme-femme que, malheureusement, nous n'avons pas pris en compte hormis en toile de fond : sa dimension anthropologique. Pour comprendre la persistance des inégalités, une vision anthropologique apparaît indispensable. C'est d'ailleurs une des raisons qui nous ont conduits

¹⁵⁶⁰ Est-il nécessaire ici de rappeler la célèbre phrase d'Albert Camus lequel nous invitait à employer les mots avec un sens le plus juste et le précis possible ? Selon l'écrivain, « mal nommer les choses, c'est ajouter au malheur de ce monde ». Or, ce monde qu'évoque Camus n'est-il pas également juridique ? Assurément. Aussi, en paraphrasant l'écrivain, oserions nous dire que « mal nommer les choses contribue également au malheur du... droit ».

¹⁵⁶¹ Que l'on peut traduire par « toute définition en droit civil est périlleuse ». Sans doute, et plus largement, toute définition en *droit* est périlleuse.

¹⁵⁶² Cf. CHAMPAUD, *Droit des affaires*, PUF, 1982, p. 5.

au choix de ce sujet, elle nous amène désormais à constater ses limites : l'appréhension juridique de l'égalité homme-femme est certes nécessaire, mais insuffisante.

Index

(Les chiffres renvoient aux numéros de paragraphes)

A

AAI, § 360 et s., § 476
Action positive, § 483
Action sociale, § 227, § 348, § 352
Affirmative action, § 386
Analyse structurale, § 1., § 293 et s., § 340 et s.,
Analyse structurelle, § 293
Analyse substantielle, § 4., § 113., § 292 et s., § 410
Appareil politique, § 344
Appel, § 287
Atatürk, § 37
Autoritarisme, § 146., § 316., § 348., § 434., § 350
Autrui, § 5, § 14 et s., § 68., § 228., § 253., § 285

B

Ben Ali, § 43., § 50., § 78., § 316 et s., § 350 et s., § 379.,
§ 434
Bey, § 40 et s., § 304., § 446
Bien commun, § 242
Bloc de constitutionnalité, § 4, § 10, § 16, § 71, § 69 et s.,
§ 71,
Bonheur, § 16, § 41, § 466,
Bouretz, § 16

C

Capacité, § 18, § 34, § 50, § 62, § 65, § 134, § 148 et s., §
151, § 153, § 161, § 175, § 177, § 217, § 235, § 237 et
s., § 254, § 257, § 301, § 304, § 306, § 312, § 399, §
407, § 415, § 420, § 466
Catégorie, § 125, § 151, § 193, 203, § 215, § 242, §
252, § 306, § 312, § 349, § 353, § 356 et s., § 360, §
377, § 386, § 389, § 391, § 395, § 399, § 405, § 407, §
415, § 420, § 430, § 466, § 471, § 500
Changement social, § 260, § 342, § 344, § 345, § 350 et
s.,

Charia, § 36, § 47, § 87 et s., 110 et s., § 133, § 136, §
139, § 143, § 156, § 161, § 163, § 194, § 196 et s., §
302, § 304, § 414

Citoyen, Citoyenne, § 273., § 275., § 304., § 336., § 358.,
§ 369., § 453., § 455., § 457,

Citoyenneté, § 147., § 209., § 304., § 336., § 358., §
369., § 453., § 455.,

Clivage, § 16., § 342., § 344., § 351

CNIL, § 360

Communication, § 349., § 364., § 366., § 483

Compatibilité, § 141., § 146., § 328., § 464

Complémentarité, § 351., § 434

Complexité, § 177., § 202., § 215., § 291., § 331., §
355., § 411., § 478., § 483

Conceptualisation, § 14., § 18., § 103., § 106., § 146., §
150 et s., § 294., § 314., § 483., § 485., § 494

Conciliation, § 47., § 122., § 139., § 166., § 174., § 266.,
§ 279., § 286., § 305 et s., § 411., § 463., § 466., §
474., § 479., § 481., § 485

Conflit, § 225., § 287., § 424., § 426., § 430., § 426., §
430., § 463., § 466., § 497

Conjoncturels, § 229., § 337., § 339., § 409

Conseil constitutionnel, § 10., § 21, § 35., § 52., 56 et s.,
§ 60 et s., § 71 et s., § 78., 373 et s., § 394., § 399., §
402., § 464., § 469.,

Consensus, § 144., § 286., § 341., § 346., § 397., 412

Conservateurs, § 37

Constitution tunisienne du 27 janvier 2014, § 50 et s., §
64., § 67., § 76 et s., § 88., § 104., § 137 et s., § 156.,
§ 270 et s., § 104., § 150., § 156., § 241., § 270 et s.,
§ 270 et s., § 283 et s., § 403., § 435., § 452 et s., § 464
et s.,

Constitutionnalisme, § 6., § 135., § 273., § 39

Convergences, § 162., § 202., § 283

Convergence des régimes juridiques, § 3., § 35

Cour constitutionnelle, § 403., § 465

Crise, § 53, § 67, § 209, § 214, § 247, § 250, § 265, § 342, § 347, § 376, § 483
Culture, § 1 et s., § 4, § 11, § 16 et s., § 29, § 34, § 36, § 87 et s., § 110, § 133, § 136, § 139, § 143, § 199, § 202 et s., § 220 et s., § 251, § 257, § 267, § 277, § 279, § 301 et s., § 315, § 318, § 321 et s., § 330 et s., § 338, § 359, § 369, § 416 et s., § 432, § 439, § 445, § 481 et s., § 486, § 495 et s.,

D

Décolonisation, § 37
Défenseur des droits, § 362, § 357 et s., § 360, § 223
Démocratie, § 6, § 12, § 222, § 259, § 342, § 365, § 391
Déterminants, 255, 288, 291 et s., 404 et s., 425, 494
Dignité, § 32, § 48, § 53, § 91, § 104, § 107, § 143, § 201, § 240, § 305, § 368 et s., § 423, § 457, § 494
Discrimination, § 9 et s., § 17 et s., § 22 et s., § 47, § 54 et s., § 65 et s., § 76, § 78 et s., § 86 et s., § 91 et s., § 150, § 226 et s., § 360 et s., § 220, § 420, § 435, § 442
Discrimination positive, § 39 et s., § 60 et s., § 72, § 91 et s., § 113, § 118, § 137, § 138, § 144, § 217, § 244, § 251, § 324, § 336, § 396
Divergences, § 106, § 152, § 273 et s., § 312, § 322, § 428 et s., § 446 et s.,
Domination, § 27, § 33, § 147, § 152, § 203, § 209, § 217, § 252, § 257, § 264, § 283, § 301, § 303, § 310 et s., § 324, § 335 et s., § 338, § 407
Droit, § 237, § 288, § 328
Droit à l'éducation, § 34, § 76, § 416,
Droit international, § 9, § 19, § 30, § 88 et s., § 106, § 302, § 397, § 436, § 454, § 465, § 475 et s., § 483
Droit musulman, § 39 et s., § 43 et s., § 47 et s., § 76, § 136, § 142 et s., § 156 et s., § 161, § 179, § 182 et s., § 192 et s., § 204, § 205, § 278, § 283, § 446
Droit régional, § 30, § 134, § 276
Droits de l'homme, § 395
Dworkin, § 8 et s., § 108 et s., § 284., § 287

E

Économie informelle, § 345
Effectivité, § 88, § 90, § 231 et s., § 272 et s., § 280, § 288 et s., § 292, § 295, § 302, § 339, § 395, § 405, § 409, § 475, § 480 et s., § 489, § 498 et s.,

Efficacité, § 57, § 77, § 79, § 100 et s., § 224, § 230, § 276, § 288 et s., § 292, § 361, § 398, § 435, § 475, § 481, § 500
Efficience, § 54, § 384, § 466, § 481, § 500
Égalitaire, § 48 et s., § 59, § 70, § 76, § 78, § 90 et s., § 149, § 151, § 170, § 173 et s.,
Égalitariste, § 36
Égalité,
- égalité catégorielle, § 35§
-égalité de rémunération, § 85, § 92, § 96, § 384
-égalité de traitement, § 90 et s., § 364, § 381, § 385, § 398, § 470 et s.,
-égalité des chances, § 19, § 62, § 89 et s., § 96 et s., § 286, § 356 et s., § 369, § 439, § 500
-égalité réelle, § 19, § 25, § 33, § 55, § 62, § 66, § 89 et s., § 97, § 196, § 200, § 291, § 369, § 393, § 424
-Équité, § 8, § 19, § 77, § 97, § 107, § 199 et s., § 284 et s., § 287 et s., § 399 et s., § 466, § 487, § 489, § 494
État,
-état de droit, § 144, § 390 et s.,
extrémisme, § 198, § 344 et s.,

F

Facteurs, § 1., § 115 et s., § 229., § 232., § 255., § 262 et s., § 282 et s., § 291 et s.,
- facteurs conjoncturels § 339
-facteurs extra-juridiques, § 322
-facteurs exogènes § 481
-facteurs matériels § 297 et s.,
- facteurs structurels § 309 et s.,
Farjat, § 1, § 292, § 306
Féminisme, § 412 et s., § 419 et s.,
Finalité(s), § 102 et s., § 147, § 176, § 194 et s., § 329, § 375, § 421, § 426, § 439, § 466 et s.,
Fragmentation, § 225 et s., § 400, § 460, § 475 et s., § 486
Frères musulmans, § 37

G

Gender mainstreaming, § 251
Genre, §18, § 24, § 56, § 59, § 84, § 86, § 88, § 211, § 251, § 254 et s., § 263 et s., § 386, § 412 et s.,
Globalisation, § 3, § 203 et s.,
Grand Droit, § 111

Groupe, § 13, § 15 et s., § 23, § 34, § 81 et s., § 96, § 135, § 206, § 208, § 219 et s., § 221, § 289, § 304, § 311, § 317, § 322 et s., § 329 et s., § 333, § 344, § 433, § 455

H

Habermas, § 109, § 287
HAICA, § 12, § 308, § 310, § 311, § 312, § 444
Hard Law, § 398
Hasegawa, § 3
HCE, § 358 et s.,
Héritage, § 3, § 29, § 54, § 87 et s., § 126, § 189 et s., § 192 et s., § 199 et s., § 240, § 207, § 316, § 341, § 415
Hybride, § 3, § 11 et s., § 13, § 143, § 283, § 424, § 484

I

Identité, § 13, § 16 et s., § 22, § 53, § 66, § 81, § 137, § 144, § 301, § 330, § 336, § 340, § 414, § 433, § 450, § 454, § 467
Incompatibilité, § 37., § 106, § 146, § 362, § 444,
Indépendance, § 43 et s., § 446, § 449 et s.,
Inégalité, § 49, § 65, § 88, § 92, § 107, § 143, § 148, § 150 et s., § 160, § 168, § 175, § 177, § 180, § 184, § 192, § 195, § 201 et s., § 211, § 214 et s., § 219 et s., § 220, § 221, § 231, § 233, § 240, § 243, § 264 et s., § 278, § 283, § 301, § 310, § 345, § 355 et s., § 381 et s., § 494, § 502
Inégalités sociales, § 234 et s., § 251
Inégalités structurelles, § 242 et s., § 250 et s., § 267, § 272
Influence, § 271, § 299 et s., § 304 et s., § 310 et s., § 322 et s., § 336, § 339, § 411 et s., § 419 et s., § 430 et s., § 441 et s., § 447 et s., § 486 et s.,
Instrumentalisation politique, § 351
Interaction, § 3, § 36 et s., § 102, § 104, § 115, § 146, § 177, § 218 et s., § 228 et s., § 273, § 290, § 295 et s., § 300, § 303 et s., 314, § 340,
Interdépendance, § 247, § 293, § 343, § 432, § 432, § 482, § 486
Islam, § 305, § 310, § 413 et s., § 448
Islam politique, § 131
Islamistes, § 78, § 199, § 270, § 319, § 347, § 415, § 456

J

Juge, § 9, § 174 et s., § 355, § 390 et s., § 373 et s., § 395 et s., § 399, § 401 et s., § 434, § 459
Juridicité, § 5, § 16
Justice, § 428
Justice constitutionnelle § 390 et s., § 394 et s.,
Justice distributive, § 287
Justice légale, § 14
Justice particulière, § 14
Justice sociale, § 199, § 214, § 257, § 285, § 414
Justice universelle, § 14

K

Kémalisme, § 37

L

l'accès à la fonction publique, § 62, § 79
L'agir communicationnel, § 251
Laboratoire, § 77, § 339, § 483, § 37
Laïcité, § 116 et s., § 126 et s., § 131 et s., § 269, § 318, § 414
Le droit des successions, 151, 278
Le principe d'égalité des sexes, § 35, § 383, § 389, § 400, § 401, § 402
- définition § 11
Légitimité, § 146, § 152 et s., § 180, § 184, § 197, § 205, § 223, § 268 et s., § 277, § 280, § 288, § 302, § 311, § 346, § 362, § 379, § 397, § 456
Liberté, § 137 et s., § 181, § 223, § 225 et s., § 239 et s., § 257, § 273, § 285 et s., § 301, § 303, § 305, § 318 et s., § 327 et s., § 360 et s., § 368 et s., § 384, § 394, § 419, § 437, § 444, § 446 et s.,

M

Machrek, § 17, § 173
Maghreb, § 1, § 142, § 418
Mesures contraignantes, § 384
Mixité, § 385, § 387, § 397 et s., § 500
Modernité, § 144, § 146, § 414, § 438 et s., § 440, § 447, § 449 et s., § 456 et s.,
Morale, § 140, § 149, § 153, § 326, § 330, § 355, § 423, § 446 et s., § 450 et s.,

N

Non-discrimination, § 17 et s., § 65 et s., § 84 et s., § 91 et s.,
Normes, § 5, § 9, § 10, § 18 et s., § 33 et s., § 69 et s.,
Normes de références, § 34, § 70 et s., § 75 et s.,

O

Obscurantisme, § 351, § 456
Ordre social, § 116 et s., § 122 et s., § 131 et s., § 140, § 197, § 203, § 269 et s., § 291, § 311, § 437, § 466 et s.,

P

Pacte fondamental, § 40 et s.,
Patriarcat, 118, § 120, § 147, § 269, § 310, § 323 et s.,
Petit droit, § 111
Philosophie des Lumières, § 41
Pouvoir politique, §153, § 208, § 210, § 311, § 407
Président, § 403, § 415, § 422, § 456, § 466
Principe, § 335, § 339, § 356, § 367 et s.,
Processus,
- de changement social, § 345, § 350, § 352
- de démocratisation, § 345, § 34
- d'intégration, § 434
-d'interaction, § 299
- de participation, § 225 et s., § 270 et s., § 313 et s.,
- de protection, § 476
- révolutionnaire, § 350, § 352
-de structuration, § 291, § 294 et s., § 410 et s., § 432, § 483, § 494,
Promotion, § 290, § 320, § 354, § 357, § 361 et s., § 364, § 369, § 377, § 380, § 386, § 389, § 397 et s., § 409, § 476
Protection,
- sociale, § 267
-du principe d'égalité homme-femme, § 280, § 291, § 354 et s., § 389 et s.,
-de la femme
- à l'égard des violences, § 359
- effective, § 371, § 389 et s.,

R

Raison, § 5, § 14, § 107, § 122, § 153, § 198
Rawls, § 288 et s
Religion, § 114 et s., § 127 et s., § 130 et s., § 180 et s., § 192, § 197 et s., § 270, § 303, § 330, § 413, § 419, § 447
Révolution tunisienne, § 53., § 283., § 348

S

Sanction, § 290., § 384 et s., § 390., § 398
Sandel, , § 285
Sécularisation, § 116, § 144, § 183, § 269, § 414, § 414 et s., § 457
Sécurité, § 345, § 356, § 449, § 494
-sociale, § 421 et s.,
-juridique, § 224, § 398, § 402, § 434
Sémiotique de narrativité, § 299
Sen, § 246., § 257., § 285
Société civile, § 339, § 346 et s., § 377 et s., § 422, § 434
Soft Law, § 397 et s.,
Sous-système, § 345
Standard juridique, § 7 et s., § 27 et s.,
Stéréotypes, § 221, § 254 et s., § 264, § 324, § 369, § 483
Strates, § 1, § 150 et s., § 231, § 283, § 309, § 447
Structuralisme, § 1 et s., § 231., § 293., § 340., § 410., § 425., § 432
Structurant, § 44, § 165, § 210, § 286, § 328, § 374, § 396
Structures, § 25, § 28, § 42, § 74, § 77, § 210, § 211, § 218, § 221, § 224, § 243, § 247, § 254, § 255, § 264, § 266, § 268, § 271, § 272, § 274, § 275, § 276, § 278, § 281, § 293, § 294, § 295, § 325, § 362, § 367, § 374, § 388, § 389, § 394, § 398, § 401
Système, § 310, § 316 et s., § 319 et s., § 321, § 324, § 333, § 337, § 340, § 343 et s., § 350 et s., § 370, § 379, § 385 et s., § 389, § 410 et s.,
- juridique, § 329 et s., § 374, § 381 et s., § 390 et s., § 393, § 411, § 402
- politique, § 195, § 316 et s., § 408
Systémique, § 219 et s., § 251, § 475, § 483

T

Technologies, § 297, § 396
Temps, § 234 et s., § 461 et s.,

Temps partiel § 80., § 267., § 470.

Théorie,

- théorie de l'Agir communicationnel, § 287

- théorie des capabilités, § 257

- théorie de la justice, § 284

- théorie du structuralisme, §1

Transformation, § 113 et s., § 127, § 133, § 135, § 150 et s., 195 et s., § 243, § 319, § 327, § 333, § 342 et s., § 414, § 431 et s., § 478 et s., § 483,

Transition, § 143, § 151, § 199, § 270, § 302, § 305, § 316, § 339, § 341, § 350, § 365, § 377, § 385

Tribale, § 37, § 199, § 330, § 335

U

Ulémas, § 75

Unité, § 449 et s.,

- du droit, § 109, § 400, § 454, § 476, § 479

- du système politique, § 316

- de la famille, § 325 et s., § 330, § 451

Utilitariste, § 446

Utilité commune, § 23, § 31, § 41, § 446

V

Valeurs, § 430 et s., § 443 et s., § 457 et s., § 463 et s., § 474, § 481 et s.,

-culturelles, § 432

- du droit, § 428 et s., § 434

- endogènes, § 430 et s.,

- exogènes, § 429, § 436 et s.,

- juridiques, § 26

- morales, § 9, § 446, § 450, § 455

Vertu, § 14, § 16, § 62, § 287

Vie bonne, § 16, § 467

Violences, § 376 et s., § 457

- à l'égard des femmes § 86 et s., § 359, § 369

- Violences conjugales, § 9, § 216, § 264

-Violences sexistes, § 423

BIBLIOGRAPHIE

I. Ouvrages généraux, traités, manuels, dictionnaires

- **ALLAND (D.) et RIALS (S.) (dir)**, *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, 2003
- **ANSAY (T.) et WALLACE (D.)**, *Introduction to Turkish law*, Wolters Kluwer, 6th éd., 2011
- **AUBRY (J.-B.) et DUTHEIL de LA ROCHERE (J.) (Dir.)**, *Traité de droit administratif européen*, Bruylant, 2^e éd., 2014
- **BARBÉ (V.)**, *L'essentiel du Droit des Libertés fondamentales*, Lextenso 2014, Les Carrés
 - *Droit des libertés fondamentales*, Gualino, 2020
- **BENBASSA (E.) (Dir)**, *Dictionnaire des racismes, de l'exclusion et des discriminations*, Larousse, 2010
- **BENILLOUCHE (M.), FOURE (B.), DELAYEN (J.), WDOWIAK (S.)**, *Leçons de droit de la famille*, Ellipses, 2012
- **BISILLIAT (J.) ET VERSCHUUR (C.) (dir.)**, *Le Genre : un outil nécessaire. Introduction à une problématique*, L'Harmattan 2000
- **BLUMANN (C.), DUBOUIS (L.)**, *Droit matériel de l'Union européenne*, LGDJ, 2019
- **BOBBIO (N.)**, *Teoria generale del diritto*, G. Giappichelli Editore, 1993
- **BOUTAYEB (C.)**, *Droit institutionnel de l'Union Européenne*, LGDJ, 2018
- **CABRILLAC (R.)**, *Introduction générale au droit*, Dalloz, 2013
- **CADIET (L.) (dir.)**, *Dictionnaire de la justice*, PUF, 2004

- **CHARFI (M.)**, *Introduction à l'étude du droit*, Centre d'études, de recherches et de publications de la Faculté de droit et de sciences politiques et économiques de Tunis, 1983
- **CLERGERIE (J.-L.), GRUBER (A.), RAMBAUD (P.)**, *Droit institutionnel et matériel de l'Union européenne*, Dalloz, 2018
- **CORNU (G.)**, *Vocabulaire juridique*, PUF, 2016
- **CORNU (G.)**, *Vocabulaire juridique*, PUF, 2014, p. 719
- **DAILLIER (P.), FORTEAU (M.) et PELLET (A.)**, *Droit international public*, LGDJ, 8^e éd., 2009
- **DENIZEAU (Ch.)**, *Droit des libertés fondamentales*, Vuibert, 2019
- **DEVILLAIRS (L.)**, *Les 100 citations de la philosophie*. Presses Universitaires de France, 2017
- **DUHAMEL (O.) et MENY (Y.)**, *Dictionnaire constitutionnel*, PUF, 1992
- **DUBOS (O.)**, *Institutions européennes*, Dalloz, 2019
- **DUGUIT (L.)**, *Traité de droit constitutionnel*, De Bocard, 1930
- **DUPRÉ DE BOULOIS (X.)**, *Droits des libertés fondamentales*, PUF, 2018
- **EGÉA (V.)**, *Droit de la famille*, LexisNexis, 2020
- **FABRE-MAGNAN (M.)**, *Introduction au droit*, PUF, 2014
- **FAVOREU (L.) et al.**, *Droit constitutionnel*, Dalloz, 2018
- **FAVOREU (L.) et al.**, *Droit constitutionnel*, Dalloz, 2016
- **FARJAT (G.)**, *Pour un droit économique*, PUF, 2004
- **FENOUILLET (D.)**, *Droit de la famille*, Dalloz, 2019
- **LAITIER (Y.-M.)**, *Droit comparé*, Dalloz, 2009

- **LIDDELL (R.), O'FLAHERTY (M.), (Dir.),** *Manuel de droit européen en matière de non-discrimination*, Office des publications de l'Union européenne, Luxembourg, 2018
- **HAGUENAU-MOIZARD (C.),** *Introduction au droit comparé en 10 thèmes*, Dalloz, 2018
- **HAURIOU (M.),** *Précis de droit constitutionnel*, 2^e éd., Sirey, 1929
- **HENNETTE-VAUCHEZ (S.), ROMAN (D.),** *Droits de l'Homme et libertés fondamentales*, Dalloz, 2017
- **HUSSERL (G.),** *Recht und zeit, Fünf rechtsphilosophische Essays*, Francfort, 1955
- **MURAT (P.), BERNIGAUD (S.), BOSSE-PLATIERE (H.),** *Droit de la famille*, Dalloz, 2019
- **OBERDORFF (H.),** *Droits de l'homme et libertés fondamentales*, LGDJ, 2019
- **OST (F.),** *A quoi sert le droit ?*, Bruylant, 2016
- **RAWLS (J.),** *Théorie de la justice*, Seuil, Paris, 1987
- **RAYNAUD (PH.), RIALS (S.) (dir.),** *Dictionnaire de philosophie politique*, PUF, 1996
- **ROBIN-OLIVIER (S.),** *Manuel de droit européen du travail*, Bruylant, 2016
- **ROCHER (G),** *Introduction à la sociologie générale, l'Action sociale*, Tome 1, Editions HMH, Ltée, 1968
 - *Introduction à la sociologie générale, l'Organisation sociale*, Tome 2, Poche 1970
 - *Introduction à la sociologie générale, le changement social*, Tome 3, Poche, 1970
- **RODIÈRE (P.),** *Droit social de l'Union européenne*, LGDJ, 2014
- **ROULAND (N.),** *Anthropologie juridique*, PUF, 1988
- **STIRN (B.) et AGUILA (Y.),** *Droit public français et européen*, Sciences-Po-Dalloz, 2018
- **SUEUR (J.-J.),** *Une introduction à la théorie du droit*, L'Harmatan, 2001

- **TERRE (F.)**, *Introduction au droit*, Dalloz, 10^e éd., 2015
- **VEDEL (G.)**, *Manuel élémentaire de Droit Constitutionnel*, Dalloz, 2002

II. Ouvrages spéciaux, ouvrages pratiques, monographies, thèses, travaux collectifs

- **ABDEL-MALEK (A.)**, *Idéologie et renaissance nationale. L'Égypte moderne*, Anthropos, 1969
- **AFDA**, *La puissance publique*, Lexisnexis, 2012
- **AL MIDANI (M-A.)**, *les droits de l'homme et l'Islam. Textes des Organisations arabes et islamiques*, Association des Publications de la Faculté de Théologie protestante, Université Marc Bloch, Strasbourg, 2003, pp. 67 et s.
- **AL-SANHOURY (A.)**, *Les restrictions contractuelles à la liberté individuelle de travail dans la jurisprudence anglaise. Contribution à l'étude comparative de la règle de droit et du standard juridique*, Marcel Giard, 1925
 - *Le Califat, son évolution vers une société des nations orientale*, Éditions Geutner, 1926
- **AL-TUNSI (K.)**, *Aqwamul-massalik fi ma'arifati-ahwâl al-mamalik* (Traduction : *Meilleures chemins pour connaître la situation des pays*), Imprimerie de l'État de la Tunisie, 1867
- **ANDERSON (T.H.)**, *A History of Affirmative Action*, Oxford University Press, 2004; N. MILLS (Ed.), *Debating affirmative action*, Delta Book, 1994
- **ARISTOTE**, *Ethique à Nicomaque*, trad. J. TRICOT, éd. Vrin, 1990
- **ARNAUD (A.-J.)**, *Essai d'analyse structurale du Code civil français : la règle du jeu dans la paix bourgeoise*, LGDJ, 1973
- **BARANES (W.) et FRISSON-ROCHE (M-A.) (dir.)**, *La justice - L'obligation impossible*, Seuil, 1999

- **BARRAUD (B.)**, *Qu'est-ce que le droit ? Théorie syncrétique et échelle de juridicité*, L'harmattan, 2017
- **de BEAUVOIR (S.)**, *Le deuxième sexe*, Gallimard, 1976
- **BECHILLON (D.)**, *Qu'est-ce qu'une règle de droit ?*, Odile Jacob, 1997
- **BEJI (H.)**, *Désenchantement national. Essai sur la décolonisation*, Maspero, 1982
- **BEN ACHOUR (R.)**, *Politiques, religion et droit dans le monde arabe*, Cérès Productions, 1992
 - *Tunisie, une révolution en pays d'islam*, Labor et Fidès, 2018
- **BEN ACHOUR (Y.)**, *Politiques, religion et droit dans le monde arabe*, Cérès Productions, 1992
- **BEN ACHOUR (R.) et GICQUEL (J.) (dir.)**, *Regards croisés sur les constitutions Tunisiennes et Française à l'occasion de leur quarantenaire*. Publication de la Sorbonne, Edition, 1999
- **BEN ACHOUR (S.) (dir.) CHEDLY (L.) (dir.)**, *Actualités du droit international privé de la famille en Tunisie et à l'étranger*. Tunis, Editions Latrach 2015
- **BEN AHMED (M.)**, *Les trois décennies de politique étrangère du Président Bourguiba*, Centre de publication universitaire, 2019
- **BEN CHAABANE (T.), REDISSI (H.), MAKNI (A.), NOUIRA (A.), (dir.)**, *La Tunisie en Transition, des élections au dialogue national (2011-2014)*, Diwen Editions, 2016
- **BEN HACHOUR (S.) et CHEDLY (L.)**, *Actualités du droit international privé de la famille en Tunisie et à l'étranger*, Latrach éditions, 2015
- **BERQUE (J.)**, *Structures sociales du Haut- Atlas*, P.U.F., 1955,
- **BINOUS (J.)**, *Dar el Bacha, Reflet d'un siècle 1900-2000*, Édition Caractère, 2000
- **BISILLIAT (J.) et VERSCHUUR (C.) (dir.)**, *Le Genre : un outil nécessaire. Introduction à une problématique*, L'Harmattan, 2000
- **BLANCHARD (P.), BANCEL (N.), LEMAIRE (S.) (dir.)**, *La Fracture coloniale. La société française au prisme de l'héritage colonial*, La Découverte, 2006

- **BORRMANS (M.)**, *Statut personnel et famille au Maghreb*, thèse. dactyl., Université de Paris, 1969-1970
- **BORSALI (N.)**, *Tunisie : le défi égalitaire, Écrits féministes*, Édition Arabesques, 2012
- **BOSSUYT (M.)**, *L'interdiction de la discrimination dans le droit international des droits de l'homme*, Bruylant, 1976
- **BOTIVEAU (B.)**, *Loi islamique et droit dans les sociétés arabes, mutations des systèmes juridiques du Moyen Orient*, éd. Karthala, 1993
- **BOURDIEU (P.)**, *La domination masculine*, Seuil, 1998
- **BOURETZ (P.) (dir.)**, *La force du droit. Panorama des débats contemporains*, éditions Esprit, 1991
- **BURGORGUE-LARSEN (L.)**, *La Convention européenne des droits de l'homme*, LGDJ, 2019
- **CAMAU (M.) (dir.)**, *Tunisie au présent. Une modernité au-dessus de tout soupçon ?*, éditions du CNRS, 1987
 - *L'exception tunisienne. Variations sur un mythe*, Khartala, 2018
- **CAMAU (M.) et V. GESSER (dir.)**, *Habib Bourguiba, La trace et l'héritage*, Édition Karthala, 2004
- **CARBONNIER (J.)**, *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, 9^e éd., LGDJ, 1998
 - *Sociologie juridique*, PUF, 2004
 - *Cours de sociologie juridique : théorie sociologique des sources du droit*, 1960-1961, BU Cujas
- **CARRE de MALBERG (R.)**, *Contribution à la théorie générale de l'État spécialement d'après les données fournies par le droit constitutionnel français*, t. 1, éd. Sirey, 1920
- **CAUDAL (S.) (dir.)**, *Les principes en droit, Economica*, 2008
- **CHARFI (M.)**, *Islam et liberté : le malentendu historique*, Casbah éditions, 2000

- **CHATER (S.)**, *La femme tunisienne, citoyenne ou sujet ?*, Maison Tunisienne de l'Édition, 1979
- **CHAZEL (F.), COMMAILLE (J.) (dir.)**, *Normes juridiques et régulation sociale*, LGDJ, 1991
- **CHEKIR (H.)**, *Le statut des femmes entre les textes et les résistances : le cas de la Tunisien*, Chama, 2000
- **CHEVALLIER (J.)**, *L'État de droit*, LGDJ, 2017
- **CHICHA-PONTBRIAND (M.-T.)**, *Discrimination systémique. Fondement et méthodologie des programmes d'accès à l'égalité en emploi*, Yvon Blais, 1989
- **CHOUIKA (L.)**, *Des séquelles de l'étatisation aux aléas de la transition. La difficile transformation des médias. Des années de l'indépendance à la veille des élections de 2014*, Éditions Finzi, 2015
- **COLAS (D.)**, *Sociologie politique*, PUF, 2002
- **COLLIARD (C.-A.) et TIMSIT (G.) (dir.)**, *Les autorités administratives indépendantes*, PUF, 1988
- **DE BEAUVOIR (S.)**, *Le Deuxième Sexe*, t.1, Gallimard, 1986
- **DELAGE (P.)**, *Violences conjugales : du combat féministe à la cause publique*, Les Presses de Sciences Po, 2017
- **DELMAS-MARTY (M.)**, *Pour un droit commun*, Seuil, 1994,
 - *Sortir du pot au noir : L'humanisme juridique comme boussole*, Buchet-Chastel, 2019
- **DOUMATO (E.)**, *Getting God's Ear: Women, Islam and Healing in Saudi Arabia and the Gulf*, New York, Columbia University Press, 2000
- **DUBOUT (E.)**, *L'article 13 du traité CE- La clause communautaire de lutte contre les discriminations*, préf. L. BURGORGUE-LARSEN, Bruylant, 2006
- **DUBOUCHET (P.)**, *La pensée juridique avant et après le Code civil*, L'Hermès, 4^e éd., 1998
- **DUONG (L.)**, *La notion de raisonnable en droit économique*, thèse, Nice, 2004

- **DUPRET (B.)**, *Droit et sciences sociales*, Manuscrit original, HAL, 2008
 - **(dir.)** *La Charia aujourd'hui : Usages de la référence au droit islamique*, La Découverte, 2012
- **DURKHEIM (E.)**, *De la division du travail social*, 1983, Paris: Les Presses universitaires de France, 1967
- **DWORKIN (R.)**, *L'Empire du droit*,
 - ***Prendre les droits au sérieux***, PUF, 1995
- **DURKHEIM (É.)**, *Les règles de la méthode sociologique*, 2^e éd., PUF, [1937] 1973
 - *Les Formes élémentaires de la vie religieuse*, PUF, [1912] 1985
 - *De la division du travail social*, [1983], Les Presses universitaires de France, Paris, 1967,
- **EBERHARD (Ch.)**, *Le droit au miroir des cultures. Pour une autre mondialisation*, préf. E. LEROY, LGDJ, 2010
- **ECO (U.)**, *Les limites de l'interprétation*, trad. par M. BOUZAHER, Grasset, 1992
- **EI QARAÐAWI (Y.)**, *L'extrémisme laïc face à l'islam : les cas de la Tunisie et le la Turquie*, Londres, Centre maghrébin de recherche et d'édition, 2001
- **ESMEIN (A.)**, *Eléments de droit constitutionnel français et comparé*, Sirey, t. 1, 7^e éd., 1921
- **FABRE-MAGNAN (M.)**, *Introduction au droit*, PUF, 2014
- **FAGES (J-B.)**, *Comprendre le structuralisme*, Privat, 1968
- **FAVOREU (L.) et PHILIP (L.) (dir.)**, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Dalloz, 2009
- **FERREOL (G.)**, **CAUCHE (P.)**, **DUPREZ (J.-M.)**, **CADREY (N.)**, **SIMON (M.)**, *Dictionnaire de sociologie*, Armand colin, 2011
- **FERRY (J.-M.)**, *Habermas - L'Éthique de la communication*, PUF, 1987
- **FEVRIER (J.-M.) et CABANEL (P.)**, *Question de démocratie*, Presses universitaires du Mirail, 2000
- **FORSE (M.)**, **PARODI (M.)**, *La priorité du juste, éléments pour une sociologie des choix moraux*, Presses universitaires de France, Paris, 2004

- **FRAISSE (G.)**, *Les femmes et leur histoire*, Folio Gallimard, 1998
- **FULCHIRON (H.) (dir.)**, *Mariage-conjugalité, parenté-parentalité*, Dalloz, 2009
- **GAUTIER (A.) et HEINEN (J.) (dir.)**, *Le Sexe des politiques sociales*, éd. Recherches, 1992
- **GÉNY (F.)**, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif : essai critique*, LGDJ, 1919
- **GERRY-VERNIERES (S.)**, *Les « petites » sources du droit ». A propos des sources étatiques non contraignantes*, Economica, 2012
- **GÖLE (N.)**, *Musulmanes et modernes : voile et civilisation en Turquie*, La Découverte/Poche, 1993
- **GROTE (R.) et RÖDER (T.)**, *Constitutionalism in Islamic Countries: between upheaval and continuity*, Oxford University Press, 2012
- **HABERMAS (J.) et RAWLS (J.)**, *Débat sur la justice politique*, Cerf, 1997
- **HACKER (P.) et RAZ (J.)**, *Law, morality and Society: Essays in honor of H.L.A. HART*, Oxford, Clarendon Press, 1977
- **HADDAD (T.)**, *Notre femme dans la législation musulmane et dans la société*, Maison de l'édition tunisienne, 1930
- **HART (H.)**, *Le concept de droit*, trad. M. van de Kerchove, 2^e éd., Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 2005
- **HAURIOU (M.)**, *La science sociale traditionnelle*, Larose, 1896
- **HERMAN (E.)**, *Lutter contre les violences conjugales : féminisme, travail social, politique publique*, PUR, 2016
- **HMIMSSA (A.)**, *La notion de citoyenneté dans la pensée islamique moderne et contemporaine*, thèse, Université de Montréal, 2011
- **J'DEY (A.)**, *La pensée sociale, politique et culturelle de Ben Dhiyf*, Université de Nice, 1987

- **JAGGER (A. M.)**, *Feminist politics and Human Nature*, Rowman & Littlefield Publisher, 1988
- **JAMBU MERLIN (R.)**, *Le droit privé en Tunisie*, LGDJ, 1960
- **JAUFFRET-SPINOSI (C.)**, *Le temps et le droit : Conférence inaugurale*, Editions Thémis, Montréal, 2005
- **JEANNEAU (B.)**, *Les principes généraux du droit dans la jurisprudence administrative*, Paris, Sirey, 1954
- **JOUANJAN (O.)**, *Le principe d'égalité devant la loi en droit allemand*, Economica, 1992
- **KANT**, *Fondements de la métaphysique des mœurs*, Le livre de poche, 1993
- **KELSEN (H.)**, *Théorie pure du droit*, trad. Ch. Eisenmann, 2^e éd., Dalloz, 1962
- **KHALIL (A.)**, *Crowds and politics in North Africa: Tunisia, Algeria and Libya*, Routledge, 2014
- **LACOSTE-DUJARDIN (C.)**, *Ibn Khaldoun : naissance de l'histoire, passé du tiers monde*, Librairie François Maspero 1966
 - *Des mères contre les femmes, maternité et patriarcat au Maghreb*, La Découverte, 1985
- **LAPIERE (R. T.)**, *Social Change*, McGraw-Hill Book Company, 1965
- **LÉCUYER (Y.)**, *L'essentiel de la Convention européenne des droits de l'Homme, Tout le système de protection instauré par la CEDH*, Gualino, 2019
- **LEGENDRE (R.)**, *Droit international privé et droits fondamentaux*, préf. GANNAGE (L.), Dalloz, 2020
- **M'RAD (H.)**, *Libéralisme et liberté dans le monde arabo-musulman. De l'autoritarisme à la révolution*, éditions du Cygne, 2011
- **MACKINNON (C.)**, *Le Féminisme irréductible. Conférences sur la vie et le droit*, Antoinette Fouque, 2005
- **MALAURIE (Ph.)**, **FULCHIRON (H.)**, *La famille*, Defrénois, 4^e éd., 2011

- **MARGUERITE (R.) (dir.)**, *Genre et changement social en Afrique*, éditions des archives contemporaines/agence universitaire de la francophonie, 2010
- **MARSHALL (T-H.)**, *Citizenship and Social Class*, Pluto Press, 1992
- **MARTIN (D.)**, **METZGER (J.-L.)**, **PIERRE (Ph.)**, *Les métamorphoses du monde. Sociologie de la mondialisation* Paris, Seuil, 2003
- **MATHIEU (B.)**, *La loi*, 3^e éd., Dalloz, 2010
- **MEIN-SOUCRAMANIEN (F.)**, *Le principe d'égalité dans la jurisprudence du conseil constitutionnel*, Thèse Aix-Marseille, 1996
- **MEZGHANNI (A.)** et **MEZIOU-DOURAIÏ (K.)**, *L'égalité entre hommes et femmes en droit successoral*, sud Editions-Tunis, 2006
- **MEZIOU (K.)**, *Les relations en droit international privé entre les systèmes tunisiens et français : Le cas du divorce des couples mixtes* . Thèse, Université. Tunis, 1982.
- **MODERNE (F.)**, *La Convention européenne des droits de l'homme*, Dalloz, 2019
- **MONTESQUIEU**, *De l'esprit des lois (1758)*, Éditions Gallimard, 1995
- **MOUAQIT (M.)**, *Droit public musulman, aspects classiques et contemporains*, Afrique Orient, 2013
- **MURDOCK (G. P.)**, (1949), *De la structure sociale*, Payot, 1972
- **NACCACHE (G.)**, *Vers la démocratie ?*, éditions Mots Passants, 2011
- **NAFTI (H)**, *De la révolution à la restauration, où va la Tunisie?*, Riveneuve, 2019
- **NIVARD (C.)**, *La justiciabilité des droits sociaux. Étude de droit conventionnel européen*, th. dact., Université de Montpellier 1, dir. F. Sudre, 2009
- **OST (F.)**, *Droit et intérêt*, vol. 2, PFUSL, 1990
 - *Le temps du droit*, Odile Jacob, 1999
- **PAPI (S.)**, *La pérennité de l'Islam et l'influence occidentale dans l'ordre juridique du Maghreb, (Algérie, Libye, Maroc, Mauritanie et Tunisie)*, th. dact., Université de Nice Sophia-Antipolis, dir R. CHARVIN 2004
- **PERELMAN (Ch.)**, *Justice et raison*, Presses universitaires de Bruxelles, 1963

- **PERROT (M.)**, *Les Femmes ou les silences de l'Histoire*, Flammarion, 1998
- **PIERRAT (E.)**, *Les grands procès de l'histoire – De l'affaire Troppmann au procès d'Outreau*, Editions de la Martinière, 2015
- **PORTA (J.)**, *La réalisation du droit communautaire : Essai sur le gouvernement juridique de la diversité*, préf. LYON-CAEN (A.), LGDJ, 2008.
- **PROUDHON (P.-J.)**, *De la justice dans la révolution et dans l'Église*, Garnier frères, 1858
- **QOTB (S.)**, *La justice sociale en islam*, Editions Al-Biruni, 2003
- **RAZ (J.)**, *The morality of freedom*, Oxford, Clarendon Press, 1986
- **RIPERT (G.)**, *Régime démocratique droit civil moderne*, 2^e éd., LGDJ, 1948
 - *Le déclin du droit : Etudes sur la législation contemporaine*, LGDJ, 1949
 - *Les forces créatrices du droit*, LGDJ, 1955
- **ROSANVALLON (P.) et FITTOUSSI (J.-P.)**, *Le nouvel âge des inégalités*, Seuil, 1996
- **ROUGIER (L.)**, *Les mystiques économiques*, Librairie de Médicis, 1949
- **RUDEBECK (L.)**, *Party and people. A study of political Change in Tunisia*, Almqvist and Wiksell, 1967
- **RUDE-ANTOINE (E.)**, *Mariage libre, mariage forcé ?*, PUF, 2011
- **SANDEL (M.)**, *Le Libéralisme et les limites de la justice*, Seuil, 1999
- **SAPIR (E.)**, *Anthropologie, Tome 2 : Culture*, Éditions de Minuit, 1967
- **SEN (A.)**, *Un nouveau modèle économique. Développement, justice, liberté*, Odile Jacob, 2003
- **SHERKAT (S.)**, *Zanân - Le journal de l'autre Iran*, CNRS Éditions, 2009
- **SIRINELLI (J.)**, *Les transformations du droit administratif par le droit de l'union européenne- Une contribution à l'étude du droit administratif européen*, thèse, Paris II, 2009, LGDJ, 2011

- **SMIDA (M.)**, *Khéreddine, ministre réformateur*, Maison Tunisienne de l'Édition, 1970
- **SUPIOT (A.)**, *Homo Juridicus*, Essai sur la fonction anthropologique du Droit, Seuil, 2005
 - *La gouvernance par les nombres*, Fayard, 2015
- **TAMANAHHA (B.Z)**, *Beyond the Formalist Realist Divide: the Role of Politics in Judging*, Princeton, Princeton University Press, 2010, p. 13
- **TEMIMI (A.) (dir.)**, *Le Rôle politique et culturel de perspectives et des perspectivistes dans la Tunisie indépendante*, Fondation Temimi pour la recherche scientifique et d'information, 2008
- **TESTART (A.)**, *L'amazone et la cuisinière, anthropologie de la division sexuelle du travail*, Gallimard, 2014
- **TOBICH (F.)**, *Les statuts personnels dans les pays arabes : De l'éclatement à l'harmonisation*, PUAM, 2008
- **TOCQUEVILLE (A.)**, *De la démocratie en Amérique*, Folio, II, 1999
- **TROPER (M.)**, *Philosophie du droit*, 4^e éd., PUF, 2015
- **VANDENBERGHE (F.) (dir.)**, *Théorie de l'agir communicationnel : Une histoire critique de la sociologie allemande*, La Découverte, 1988
- **VILLEY (M.)**, *Philosophie du droit*, 4^e éd., Dalloz, 1986
- **YAHMED (H.)**, *Sous la bannière de l'aigle- Salafistes jihadistes tunisiens (en arabe)*, Diwan 2015
- **YARED (C.)**, *La construction du constitutionnalisme tunisien : étude de droit comparé*, Université de Bordeaux, 2021, thèse, soutenue le 12 mars 2021
- **YOUSFI (H.)**, *L'UGTT, une passion tunisienne. Enquête sur les syndicalistes en révolution 2011-2014*, Med Ali Etions, Instituts de recherche sur le Maghreb contemporain (IRM), 2015
- **WARNIER (J.-P.)**, *La mondialisation de la culture*, La découverte, 2008
- **WOLF (A.)**, *Political islam in Tunisia: The history of Ennahda*, C. Hurst & Co Publishers Ltd, 2018

- **ZAAFRANE (H.)**, *Femmes et emploi en Tunisie*, Crédif, 2002
- **ZGHAL (A.)**, *Le concept de Société civile et la transition vers le multipartisme*, Annuaire de l'Afrique du Nord, Edition CNRS, 1989

III. Articles de doctrine, notes, commentaires et fascicules

- **ABID (N.) et al.**, « Le rôle des médias et des TIC dans les "révolutions arabes" : l'exemple de la Tunisie », *Chimères* 2011, p. 219
- **ALI HALOUANI (M.)**, « Raison et laïcité : l'expérience tunisienne », Collège international de Philosophie, *Rue Descarte* 2008/3, n°61, p. 67
- **ALKASIMI (E.)**, « Tunisian Identity & Fears of Salafism », *Muftah*, 20 juin 2013
- **AL-SANHOURY (A.)**, « Le Standard Juridique », in *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Gény, t. II : Les sources générales des systèmes juridiques actuels*, Paris, Librairie du recueil Sirey, 1934, p. 144
- **ANANE (S.)**, « Inconstitutionnalité du délit de harcèlement sexuel : "beaucoup de bruit pour rien" ? », *Revue française de droit constitutionnel* 2013, n° 40, p. 209
- **ANCEL (M.)**, « L'Humanisme et le droit », *Bulletin de l'Association Guillaume Budé*, n° 3, juillet 1947, p. 38
- **ANDRE (S.)** « Droit et sémiotique : la cohérence narrative », *Victoria University of Wellington Law Review*, 2011, n°19, p. 331
- **ANDRE (J.)**, « Jürgen Habermas, Théorie de l'agir communicationnel (1981) » in *L'Homme et la société, Les droits de l'homme et le nouvel occidentalisme*, Fayard, 1987. p. 189
- **ARON (R.)**, « Pensée sociologique et droits de l'Homme » in *Études sociologiques*, Paris, PUF, pp. 227 et s
- **ATIAS (Ch.)**, « Justiciabilité », *Dictionnaire de la justice* CADIET (L.) (dir.), PUF, 2004, p. 798

- **AUSLANDER (L.), ZANCARINI-FOURNEL (M.),** « Le genre de la nation et le genre de l'État », *Clio. Histoire, femmes et sociétés*, 2000, n° 12 (revue en ligne)
- **AVENEL, (C.),** « La « cohésion sociale » : de quoi parle-t-on ? Clarifier le concept pour consolider un nouveau modèle d'action », in GUEGUEN (J.-Y.), *L'année de l'action sociale 2015 : Objectif autonomie*, Dunod, 2014, p. 131
- **AVRIL (P.), GICQUEL (J.),** « [Note sous décision n° 82-146 DC] », *Pouvoirs*, avril 1983, pp. 190-191
- **AWALOU (O.),** « Standard et standardisation : la normativité variable en droit international », *Revue Québécoise de droit international*, 2013, p. 170
- **BADIE (B.),** « L'impact de la Révolution française sur les sociétés musulmanes : évidences et ambiguïtés », *Revue Internationale des Sciences sociales* 1989, vol. 119, pp. 7-18
- **BADINTER (É.),** « La laïcité un enjeu pour les femmes », *Matériaux pour l'histoire de notre temps* 2005, n°78, pp. 50-53.
- **BADRAN (M.),** « Féminisme islamique : Qu'est-ce à dire ? », *Al Ahram Weekly*, Le Caire, janv. 2002
- **BALAGUER CALLEJON(F.),** « Niveaux et techniques internes et internationaux de réalisation des droits en Europe. Une perspective constitutionnelle », *Revue française de droit constitutionnel* 2004, p. 675
- **BARBIER (H.),** « Le Conseil constitutionnel peut-il tout pour le droit des obligations ? », *RTD civ.* 2019, pp. 92-94
- **BACCOUCHE (N.),** « *Economic and social rights and the Tunisian Constitution* », Disponible en ligne sur [sur <http://www.arabstates.undp.orgpdf>]
- **BARROIS de SARIGNY (C.),** « Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel et du Conseil d'État », *Titre VII* [en ligne], avril 2020
- **BAUBEROT (J.),** « Sécularisation, laïcité, laïcisation », *Empan* 2013, p. 31
- **BAZY-MALAUURIE (C.),** « Le Conseil constitutionnel et la parité », in *Égalité-Parité : Une nouvelle approche de la démocratie ?* X. Bioy, M.-L. Fages, (dir.), Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, 2013, p. 91. Disponible en ligne sur [<http://books.openedition.org/putc/667>]

- **BEGASSE DE DHAEM (P.), VAN DER NOOT (O.), XHARDEZ (C.),** « À quoi sert le droit ? Reflets de la conférence donnée par le professeur François Ost au séminaire interdisciplinaire d'études juridiques le 29 novembre 2013, Bruxelles », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques* 2014/1, p. 163
- **BELLIVIER (F.),** « Réforme du divorce », *RTD civ.* 2004, p. 565
- **BELKANI (F.),** « La jurisprudence civile et le *fiqh* islamique » in *Cinquante ans de jurisprudence civile, 1959-2009* (dir. M. CHARFEDDINE), CPU, 2010
- **BEN ACHOUR (R.),** « La Constitution tunisienne du 27 janvier 2014 », *Revue française de droit constitutionnel* 2014, p. 783
 - « Tunisie ». In. *Annuaire international de justice constitutionnelle, Economica*, 29-2013, 2014. Pluralisme des garanties et des juges et droits fondamentaux - Les droits culturels. pp. 465-477
 - « Tunisie ». In, *Annuaire international de justice constitutionnelle*, 25-2009, 2010. Le juge constitutionnel et la proportionnalité - Juge constitutionnel et droit pénal. pp. 373-379
 - « Le contrôle de la constitutionnalité des lois au Maghreb : état de la question », *Annuaire International de Justice Constitutionnelle*, VII-1991, pp. 637-660.
- **BEN ACHOUR (S.),** « Le Code tunisien du statut personnel, 50 ans après : les dimensions de l'ambivalence », *L'Année du Maghreb* 2007, p. 55
 - « Société civile en Tunisie : les associations entre captation autoritaire et construction de la citoyenneté » in, *Les sociétés civiles dans le monde musulman* (BOZZO (A.) (dir.)) La Découverte, 2011, p. 293
- **BEN ACHOUR (Y.),** « L'articulation du droit musulman et du droit étatique dans le monde arabe actuel » in *Lectures contemporaines du droit islamique* (dir. F.FREGOSI), Presses Universitaires de Starsbourg, 2004, p. 111
- **BEN ACHOUR (R.), BEN ACHOUR (S.),** « La transition démocratique en Tunisie : entre légalité constitutionnelle et légitimité révolutionnaire », *RFDC* 2012/4, n° 92, p. 715.
- **BEN ATTAR (O.),** « Contribution à l'analyse de l'émergence d'un droit dérivé onusien dans le cadre du système de sécurité collective », *Civitas Europ* 2013, n° 30, p. 99
- **BENDANA (K.),** « Le parti *Ennahdha* à l'épreuve du pouvoir en Tunisie », *Confluences Méditerranée* 2012, n° 3, p. 189

- **BEN HALIMA (S.)**, « Religion et statut personnel en Tunisie », in *RTD* 2000, pp. 107-138
- **BEN HAMMED (M.- R)**, « Le constitutionnalisme dans la pensée de Khérédine et Ibn Abi Dhiaf », *Mélanges offerts au Doyen Sadok Belaïd*, Centre de Publication Universitaire, Tunis, 2004, pp. 135-157.
- **BEN HENDA (M.)**, « Internet dans la révolution tunisienne », *Hermès, La Revue* 2011, p. 159
- **BEN JEMIA (M.)**, « Lecture de l'article 46 de la Constitution », « Lecture de l'article 46 de la Constitution », in MARTINEZ SOLIMAN (M.), BAHOUS (S.), KEULEERS (P.), ABDEL SHAFI (K.) et DE LA HAY (J.) (dir.) Rapport du PNUD, *La Constitution de la Tunisie. Processus, principes et perspectives*, p. 433. Disponible en ligne [https://www.tn.undp.org/content/tunisia/fr/home/library/democratic_governance/la-constitution-de-la-tunisie-.html#gsc.tab=0]
 - « Non-discrimination religieuse et code du statut personnel tunisien », in *Revue Franco-Maghrébine de Droit*, n°15, 2007, p. 211.
- **BENOIT-ROHMER (F.)**, « L'Union européenne et les droits fondamentaux depuis l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne », *RTD eur.* 2011 p. 145
- **BEN JEMIA (M.)**, « Non-discrimination religieuse et code du statut personnel » in *Droits et culture, Mélanges en l'honneur du Doyen Y.BEN ACHOUR*, CPU, 2008, p. 261
 - « Le juge tunisien et la légitimation de l'ordre juridique » in *La Charia aujourd'hui : Usages de la référence au droit islamique* (dir. B. DUPRET), La Découverte, 2012, p. 153
- **BEN JEMIA (M.), BEN ACHOUR (S.), MELLAMINE (M.)**, « L'ordre public en droit international privé de la famille » in *Ordre Public et Droit musulman de la famille, en Europe et en Afrique du nord* (BERNARD MAUGIRON (N.) et DUPRET (B.) (dir.)), Bruylant, 2012, p. 196
- **BEN MAHFOUD (H.), TABELI (M.)**, « Égalité, Genre et Constitution - Populisme et démocratie. Tunisie », in, *Annuaire international de justice constitutionnelle*, 2019, pp. 477- 496

- **BEN SALEM (M.)**, « Nouvelles configuration des pratiques citoyennes en Tunisie : les protestations de rue et virtuelle » in *La contre-révolution en Tunisie*, V^{ème} Conférences de l’ATEP, 2013, p. 201
- **BENICHOU (S.)**, « L’effectivité du principe de non-discrimination « raciale » : concurrence ou complémentarité du juge et de la Halde ? » in *À la recherche de l’effectivité des droits de l’homme*, Presses universitaires de Paris Nanterre, 2008, p. 193
- **BERGOUGNOUS (G.)**, « Le Conseil constitutionnel et le législateur », *Les nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*, 2013, Vol. 1, n° 38, p. 5
- **BERENI (L.)**, « Quand la mise à l’agenda ravive les mobilisations féministes. L’espace de la cause des femmes et la parité politique (1997-2000) », *Revue française de science politique* 2009, p. 301
- **BERNARD (P.)**, « La portée structurante des droits fondamentaux », *VST - Vie sociale et traitements* 2005, p. 137
- **BERTEN (A.)**, « L’éthique procédurale dans ses rapports avec les sciences humaines » in *Variations sur l’éthique, Hommage à Jacques Dabin*, Publications des facultés universitaires Saint-Louis, 1994, p. 540
- **BIDET (J.)**, **BIDET-MORDREL (A.)**, « Les rapports de sexe comme rapports sociaux. Suivi de Rapports sociaux de sexe et rapports sociaux de classe » in *Les rapports sociaux de sexe*, (A. BIDET-MORDREL (dir.)) Presses Universitaires de France, 2010, p. 15
- **BIDET-MORDREL (A.)**, **GALERAND (E.)**, **KERGOAT (D.)**, « Analyse critique et féminismes matérialistes. Travail, sexualité(s), culture », *Cahiers du Genre* 2016, p. 5
- **BLANCHI (G.)** et **RYCX (J.-F.)**, « Références à l’Islam dans le droit public positif en pays arabes », *Pouvoirs* 1980, n° 12 pp. 57
- **BLACHER (P.)**, « Droit constitutionnel et identité féminine », *Revue administrative* 1996, n° 289, pp. 38-44
 - « Droit pénal général », *LPA* 2013, n° 140, p. 12
- **BLANQUER (J.-M.)**, « Bloc de constitutionnalité ou ordre constitutionnel ? » in *Mélanges Jacques Robert*, LGDJ, 1998, p. 227
- **BONNET (M.)**, « Les femmes en action dans le monde arabe : le « printemps arabe », et après ? », *Les Cahiers de l’Orient* 2013, vol. 109, n° 1, p. 103

- **BORELLA (F.)**, « La situation actuelle du droit constitutionnel », *Revue française de droit constitutionnel*, 2012, n° 89, p. 3
- **BORING (A.) et al.**, « La crise sanitaire et les inégalités entre les sexes en France » in *Le monde d'aujourd'hui. Les sciences sociales au temps de la Covid* (dir. M. LAZAR, G. PLANTIN, X. RAGOT), Presses de Sciences Po, 2020, pp. 117
- **BOUGUERRA (M.)**, « Le code du statut personnel, un code laïc ? » in *Mouvements du droit contemporain - Mélanges Sassi BEN HALIMA*, CPU, 2005, p. 536
- **BOULOT (É.)**, « La Cour suprême, les droits des femmes et l'égalité des sexes », *Revue française d'études américaines* 2001/1, n° 87, p. 87
- **BOURRAT-GUEGUEN (A.)**, « Analyse de la loi n° 2006-399 du 4 avril 2006 renforçant la prévention et la répression des violences au sein du couple ou commises contre les mineurs », *Revue juridique de l'Ouest* 2006, p. 429
- **BRAIBANT (G.)**, « Le principe de proportionnalité », In *Mélanges offerts à Marcel Waline. Le juge et le droit public*, Paris, LGDJ, 1974, Tome II, p. 306
- **BRIGANT (J.-M.)**, « L'imprescriptibilité de l'action disciplinaire contre un avocat est conforme à la Constitution », *Gaz. Pal.* 2018, n° 41, pp. 16-18
- **BRUN (F.)**, « La révolution en Tunisie », *Multitudes*, 2011, p. 22
- **BRUNET (P.)**, « Les principes généraux du droit et la hiérarchie des normes. L'architecture du droit » in *Mélanges en l'honneur de M. Troper*, Economica, 2006, p. 3
- **BOBBIO (N.)**, « La fonction promotionnelle du droit », In *Essais de théorie du droit*, Paris, LGDJ, 1998, pp. 65 et s.
- **BOSTANJI (S.)**, « Turbulences dans l'application judiciaire du Code tunisien du statut personnel : le conflit de référentiels dans l'œuvre prétorienne », *Revue internationale de droit comparé* 2009, n° 1, p 7
- **BOUDON (J.)**, « Le Conseil constitutionnel s'est-il trompé de Constitution ? À propos de ce que devrait être la modulation dans le temps des effets de ses décisions », *JCP G* 2010, n° 40, p. 1825
- **BROWN (W.)**, « À la recherche de l'homme dans l'État » in *Politiques du stigmat. Pouvoir et liberté dans la modernité avancée*, PUAM, 2016, p. 217

- **BOUACHBA (T.)**, « L'Organisation de la Conférence islamique », *in, Annuaire français de droit international*, volume 28, 1982. pp. 265-291
- **BOUILLOUIS, (J.)**, [Note sous décision n° 82-146 DC] », *AJDA* 1983, p. 74
 - *AJDA* 1981, p. 470.
- **BOURDIEU (P.)**, « Nouvelles réflexions sur la domination masculine », *Cahiers du Genre* 2002, p. 225
- **BOURGUIBA (H.)**, « *The Tunisian Way* », *Foreign Affairs*, 1966, p. 481
- **BOURRAT-GUEGUEN (A.)**, « Vers l'instauration d'un dispositif efficace de lutte contre les violences au sein du couple ? », *JCP G* 2010, 805
- **BOUTROS-GHALI (B.)**, « La Ligue des Etats Arabes » *in Les dimensions internationales des droits de l'homme*, Unesco, 1978, p. 638
- **BRIMO (S.)**, « Les conséquences de la modulation dans le temps des effets des décisions QPC », *RDP* 2011, n° 5, p. 1189
- **BOY (L.)**, « Le déficit démocratique de la mondialisation du droit économique et le rôle de la société civile », *Revue internationale de droit économique* 2003, n° 3-4, p. 471
- **BRUSORIO (M.)**, « Loi renforçant la prévention et la répression des violences au sein du couple ou commises contre les mineurs », *RJPF* 2006, p. 6
- **BÜHLER (P.)**, « Puissance et géographie au XXI^e siècle », *Géoéconomie* 2013, pp. 143-162
- **BUERGENTHAL (T.)**, « Proliferation of International Courts and Tribunals: Is It Good or Bad? », *Leiden Journal of International Law* 2001, p. 272
- **BYRNES (A.)**, « Article 1 » *in The UN Convention on the elimination of all forms of discrimination against women. A Commentary*, FREEMAN (M.), CHINKIN (Ch.), RUDOLF (B.) (dir.), Oxford University Press, 2012
- **CALLU (M-F.)**, « Le temps et le droit » *in Ethique et Sante*, 2010, p. 212
- **CANEDO (M.)**, « Le Conseil d'État gardien de la moralité publique ? », *RFDA* 2000, p. 1282

- **CANTO-SPERBER (M.)**, « La vertu individuelle, modèle politique » *In La justice - L'obligation impossible*, BARANES (W.) et FRISON-ROCHE (M.-A.) (dir.), Autrement, 1994, p. 28
- **CARBONNIER (J.)**, « Effectivité et ineffectivité de la règle de droit », *L'Année sociologique*, 1958, LVII, p. 3
 - « Paroles de Jean Carbonnier. Propos retranscrits par Raymond Verdier », *Droit et cultures* 2004/2, p. 231
 - « Préface » *in Le droit non civil de la famille*, PUF, 1983, reproduit *in Ecrits*, PUF, 2008, p. 163
 - « Préface au colloque "Dot, femme et mariage" » *in Jean Carbonnier : L'homme et l'œuvre*, Presses universitaires de Paris Nanterre, 2012, p. 701
- **CARLOS-MIGUEL (H.)**, « Quelques remarques à propos de la notion d'État de droit », *L'Homme et la société* 1994, p. 89
- **CARTIER (E.)**, « Histoire et droit : rivalité ou complémentarité ? », *Revue française de droit constitutionnel*, 2006, n° 3, p. 509
- **CASEY (J.)**, « Présentation rapide de la loi du 9 juillet 2010 relative aux violences faites spécifiquement aux femmes et aux violences au sein des couples », *Gaz. Pal.* 2010, n° 254, p. 5
- **CASEY (J.) et MULON (É.)**, « Loi du 9 juillet 2010 et décret du 29 septembre 2010 sur les violences conjugales : aspects de droit civil et de droit pénal », *Gaz. Pal.* 2010, n° 315, p. 6
- **CASTAGNEZ (N.) et LEGOY (C.)**, « Hubertine Auclert et la naissance du suffragisme », *Parlement[s], Revue d'histoire politique* 2014, vol. 22, n° 3, p. 153
- **CAVATORTA (F.) et MERONE (F.)**, « Post-Islamism, ideological evolution and 'la tunisianité' of the Tunisian Islamist party al-Nahda », *20 Journal of Political Ideologies* 2 (2015)
- **CERF-HOLLENDER (A.)**, « Imprécis et imprévisible délit de harcèlement sexuel », *RSC* 2012, p. 380
- **CHAABANE (N.)**, « Les droits de succession en question », *Revue tunisienne de fiscalité*, 2009, n° 12

- **CHAMPEIL-DESPLATS (V.), MILLARD (E.),** « Efficacité et énoncé de la norme », *in L'efficacité de l'acte normatif, nouvelles normes, nouvelles normativités* (HAMMJE (P.), L. JANICOT et NADAL (S.) (dir)), Lextenso, 2013
- **CHAMPEIL-DESPLATS (V.)** « Effectivité et droits de l'homme : approche théorique » *in A la recherche de l'effectivité des droits de l'homme* (LOCHAK (D.) (dir.)), Presses universitaires de Paris Nanterre, 2008, p. 18
- **CHAPUS (R.),** « De la soumission au droit des règlements autonomes », *D.* 1960, chr.119, p. 106
- **CHARFI (M.),** « Le statut personnel tunisien entre la loi et la jurisprudence (en langue arabe) » *in Mélanges en l'honneur du Doyen Y.BEN ACHOUR*, CPU, 2008, p. 425
- **CHARKOUN (H.),** « *Tunisia: Human Rights Organizations and the State* », mai 2018, Disponible en ligne sur [<https://www.arab-reform.net/en/node/1269>]
- **CHARNAY (J.-P.),** « Le rôle du juge français dans l'élaboration du droit musulman algérien », *Revue internationale de droit comparé*, 1963, vol. 15, n°4, p. 705
- **CHARPENET (J.), LEQUESNE ROTH (C.)** , « Discrimination et biais genrés », *D.* 2019, p. 1852
- **CHATAIGNER (J.-M.),** « Réformer l'ONU : mission impossible ? », *RFDA* 2008, p. 359
- **CHATER (K.)** , « La perception de « l'Autre » en Égypte et en Tunisie au XIX^e siècle : l'émergence d'un nouveau paradigme », *Cahiers de la Méditerranée*, 2003, pp. 305-320
- **CHEIKH (M.),** « De l'ordre moral à l'ordre social. L'application des lois pénalisant la sexualité prémaritale selon des lignes de classe ». *L'Année du Magrheb* 2017, n° 17, p. 49
- **CHEKIR (H.),** « Les sources d'inspiration de la Constitution tunisienne de 1861 » *in Le Choc colonial et l'Islam* (dir. LUIZARD (P.-J.)), *La Découverte*, 2006, pp. 71-88
- **CHÉRIF (K.) et MARZOUKI (I.),** « Les facteurs socio-culturels défavorisant les femmes en matière de succession » *in La non-discrimination à l'égard des femmes entre la convention de Copenhague et le discours identitaire*, Colloque CERP/UNESCO 1989, p. 301
- **CHEVALLIER (J.),** « Réflexions sur l'institution des autorités administratives indépendantes », *JCP G* 1986, I, p. 3254

- « Le statut des autorités administratives indépendantes : harmonisation ou diversification ? », *RFDA* 2010, p. 896.
- **CHOUDER (I.)**, « Féminismes islamiques », *Confluences Méditerranée* 2015, n° 95, pp. 81-90
- **CHOUIKHA (L.)**, « La question du hijab en Tunisie. Une amorce de débat contradictoire », in F. LORCERIE (dir.), *La politisation du voile en France, en Europe et dans le monde arabe*, Paris, L'Harmattan, 2005, pp. 161-184
- **COHEN-TANUGI (L.) (Dir.)**, « Le juridique et le politique » in *Le droit sans l'État*, PUF, 2007, p. 91
- **COLIN (F.)**, « Droit et complexité », *Revista digital de direito administrativo*, 2014, v. 1, n°1, *Université de SÃO Paulo*, p. 1
- **COLOMER (A.)**, « le Code du statut personnel tunisien », *Revue algérienne, tunisienne et marocaine de législation et de jurisprudence* 1957, p. 115
- **COMMAILLE (J.), PERRIN (J-F.)**, « Le modèle de Janus de la sociologie du droit », *Droit et société* 1985, n° 1, p. 95
- **CONAGHAN (J.)**, « Pregnancy, Equality and the European Court of Justice : interrogating Gillespie », *International Journal of Discrimination and the Law*, 1998, vol. 3, pp. 115-133
- **CORNU (G.)**, « La fraternité : des frères et sœurs par le sang dans la loi civile » in *Les orientations du droit contemporain –Mélanges en l'honneur de J. SAVATIER*, PUF, 1992, p.129
- **CORPAT (I.)**, « Intensification de la lutte contre les violences conjugales - Commentaire de la loi n° 2010-769 du 9 juillet 2010 », *Droit de la famille* 2010, n° 1, étude 28
- **COSTA (J.-P.)**, « Le médiateur peut-il être autre chose qu'une autorité administrative » ? *AJDA* 1987, p. 341
- **COTE (P.-A.)**, « L'interprétation des lois, une création sujette à des contraintes », *Revue du barreau* 1990, n° 50, p. 322
 - « Le sens en droit : entre vérité et validité », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 1999, p. 7

- **COUSTET (T.)**, « Féminisation des mots : la Cour de cassation demande la marche à suivre à l'Académie française. Lettre de B. Louvel à H. Carrère d'Encausse du 20 avr. 2017 Réponse de H. Carrère d'Encausse du 6 nov. 2017 », *Dalloz actualité*, 23 novembre 2017.
- **CRES (M.)**, « Des féminismes, en veux-tu, en voilà », *Réfractations*, n° 24, 2010
- **CUNNINGHAM-SABOT (E.) et BAUELLE (G.)**, « La mondialisation vue de France et des États-Unis : discussion sémantique contre débat médiatique », *L'Information géographique*, vol. 72, n° 2, 2008, p. 6
- **DALACOURA (K.)**, « The 2011 uprisings in the Arab Middle East: political change and geopolitical implications », 88 *International Affairs* 63 (2012)
- **DAVID (R.), ZWEIGERT(K.) ET KÖTZ (H.)**, « Einführung in die Rechtsvergleichung auf dein Gebiete des Privatrechts, t. II, Institutionen ». in: *Revue internationale de droit comparé*. Vol. 21 N°4, Octobre-décembre, 1969. n°4, p. 906
- **de COURCELLES (D.)**, « Traditions sapientielles, équité démocratique : quel développement « vraiment durable » ? », *Vraiment durable* 2012, n° 1, p. 41
- **DELMAS-MARTY (M.)**, « Le crime contre l'humanité, les droits de l'homme et l'irréductible humain », *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 1994, n° 3, pp. 477-490.
- **DELPÉRÉE (F.)**, « Le renouveau du droit constitutionnel », *Revue française de droit constitutionnel*, 2008, n° 74, p. 227
- **DEL RE (A.), GAUTIER (A.), JENSON (J.), HEINEN (J.), MARQUES-PEREIRA (B.)**, et al., « Quelle citoyenneté pour les femmes ? État des lieux et perspectives (1987-2012) », *Cahiers du Genre*, 2013, p. 67
- **DEMARS-SION (V.)**, « Libéralisation du divorce, l'apport véritable de la loi du 11 juillet 1975 à la lumière de celle du 20 sept. 1792 », *RTD civ.* 1980, p. 231
- **DEMEERSMAN (A.)**, « La doctrine de Kheireddine en matière de politique intérieure », *Revue ibla*, 1^{er} trimestre 1958, p. 13
- **DEMICHEL (F.)**, « À parts égales : contribution au débat sur la parité », *D.* 1996, pp. 95-97

- **DEKEUWER-DEFOSSEZ (F.)**, « La question juridique de l'égalité des sexes », *Observatoire des inégalités*, 4 avr. 2004, p. 2
- **DELAGE (P.-J.)**, « Outrage sexiste : les décevantes réponses du législateur à un réel enjeu de société. La loi n° 2018-703 du 3 août 2018 », *JCP G* 2018, n° 38, aperçu rapide 947
- **DELLAGUZZO (L.) & SIGILLO (E.)**, « Political legitimacy and variations in state-religion relations in Tunisia », *22 The Journal of North African Studies* 511 (2017)
- **DELPHY (C.)**, *Close to Home: Materialist Analysis of Women's Oppression*, University of Massachusetts Press, 1984
- **DELZANGLES (B.), MÖSCHEL (M.)**, « Le comité pour l'élimination des discriminations à l'égard des femmes : trente ans d'activités en faveur des femmes » in *La Convention pour l'élimination des discriminations à l'égard des femmes* (ROMAN (D.) (dir.)), Editions Pedone, 2014, p. 49
- **de MONTECLER (M.-C.)** , « La féminisation en débats au Palais-Royal et quai Conti », CE 28 févr. 2019, req. n° 417128, *D actualité*, 06 mars 2019.
- **DE RUDDER (V.)**, « Racisme adjectivité », *Pluriel Recherches* 1995, n° 6-7, p. 120
- **DETRAZ (S.)**, « Harcèlement sexuel : justification et portée de l'inconstitutionnalité », *D.* 2012, p. 1372
- **DEVREUX (A.-M.) et alii**, « La critique féministe et La domination masculine », *Mouvements* 2002, p. 60
- **DHAVERNAS (O.)**, « Entrave à l'interruption volontaire de Grossesse », *RSC* 1997, p. 821
- **DHUME (F.)**, « Du racisme institutionnel à la discrimination systémique ? Reformuler l'approche critique », *Migrations Société* 2016, p. 33
- **DISANT (M.)**, « Les effets dans le temps des décisions QPC », *Nouveaux cahiers du conseil constitutionnel* 2013, n° 40
- **DREYER (E.)**, « Rancoeur et droit pénal ? », *Gaz. Pal.* 2012, n° 210, p. 3.
- **DIDIER (J.-P.)**, « L'inéluctable abrogation du délit de harcèlement sexuel », *JCP A* 2012, n° 22, p. 3

- **DJEBALI (T.)**, « « La société civile tunisienne à l'épreuve de la révolution », *Recherches internationales* 2015, p. 67
- **DOMINO (X.) ET BRETONNEAU (A.)**, « Les suites de la QPC : histoire et géographie du dialogue des juges », *AJDA* 2011, p. 1136
- **DOUCHY-OUDOT (M.)**, « Quelle protection contre les violences au sein des couples ? », *Revue Procédures* 2010, n° 12, étude 9
- **du BOIS de GAUDUSSON (J.)**, « Le mimétisme post colonial et après ? », *Pouvoirs* 2009/2, n° 129, p. 45
- **DULONG (D.)**, « Institutions politiques », in *Dictionnaire Genre et science politique. Concepts, objets, problèmes* (C. ACHIN (dir.)), Presses de Sciences Po, 2013, pp. 273-286.
- **DUMAIS (H.) et al.**, « De la féminisation des titres à la rédaction épicienne : regards croisés sur la parité linguistique ». *Recherches féministes* 2008, n° 1, p. 171
- **DUMONT (F.)**, « Journée internationale pour les droits des femmes : octroi d'une demi-journée de repos aux seules femmes, *JCP S* 2017, p. 1288
- **DUPRET (B.)**, « Une grammaire du droit en contexte et en action », *Cahiers d'Anthropologie du Droit* 2006, p. 39.
- **DURAND-JAMIS (B.)**, « Propos introductifs : la polarisation de la notion de fragmentation
- , entre unité et diversité du droit », *La Revue des droits de l'homme* 2019, p.2
- **DURU-BELLAT (M.)**, « Autour du livre de Pierre Bourdieu *La domination masculine* », *Travail, genre et sociétés* 1999, p. 222
- **DUVOUX (N.)**, « Le retour des inégalités économiques dans les pays développés » in *Les inégalités sociales*, PUF, 2017, p. 33
- **DWORKIN (R.)**, « La Chaîne du droit », *Droit et Société* 1985, p. 51
- **EABRASU, (M.)**, « Les états de la définition wébérienne de l'État », *Raisons politiques* 2012, n° 1, p. 187

- **EDDOUADA (S.) et PEPICELLI (R.)**, « Maroc : vers un « féminisme islamique d'État » », *Critique internationale* 2010, vol. 46, n° 1, p. 87
- **EL-FEGIERY (M.)**, « A Tyranny of the Majority? Islamists' Ambivalence About Human Rights », Fride, Working Paper No. 113, 2012, disponible sur :http://fride.org/download/WP_113_Islamists_Ambivalence_about_Human_Rights.pdf
- **FAES (H.)**, « Sens et valeur des droits de l'homme », *Revue d'éthique et de théologie morale* 2011, p. 88
- **FASSIN (D.)**, « L'invention française de la discrimination », *Revue Française de Science Politique* 2002, n° 52, p. 403
- **FATIN-ROUGE STEFANINI (M.)**, « Les effets des décisions du Conseil constitutionnel en matière de QPC. Evolutions et limites du contrôle de constitutionnalité - Regard croisé entre les expériences françaises et est-européennes », 2018 (disponible sur HAL)
- **FASSIN (E.)**, « Actualité des discriminations » in *Discriminations : pratiques, savoirs, politiques* (FASSIN (E.) et HALPERIN (J.-L.) (dir.)), La Documentation française-HALDE, 2008, p. 15
- **FARJAT (G.)**, « L'importance d'une analyse substantielle en droit économique », *Revue internationale de droit économique* 1986, p. 9
 - « Le droit économique et l'essentiel (pour un colloque sur l'éthique) », *Revue internationale de droit économique*, vol. t. xvi, 1, no. 1, 2002, pp. 153-166
 - « Le bonheur en droit économique », in *Le bonheur est une idée neuve. Mélanges J. Bart*, Dijon, Centre Georges Chevrier, 1999
- **FAVOREU (L.)**, « Les normes de référence » in *Le Conseil constitutionnel et les partis politiques*, Travaux de l'association française des constitutionnalistes, journée d'études du 13 mars 1987, PUAM-Economica, 1988, p.69
 - « De la démocratie à l'État de droit », *Le Débat* 1991, p. 154
 - « Légalité et constitutionnalité », *Cahiers du Conseil constitutionnel* 1997, n° 3
- **FAVOREU (L.) et PHILIP (L.) (Dir.)**, « Principe d'égalité » in *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Dalloz, 2009, p. 213

- « *Quotas par sexe. Indivisibilité du corps électoral. Principe d'égalité* », Les grandes décisions du Conseil constitutionnel. Dalloz, 1999, pp. 556-562
- **FENOUILLET (D.)**, « Jean Carbonnier, Flexible droit, le non-droit, une invitation à lire et à relire », *RDA* 2019, p. 151
- **FERRAND (A.)**, « La tension normative : un état à la fois personnel et interpersonnel », in *Normes et Valeurs dans le champ de la Santé* (F.X. SCHWEYER et Al. dir.), Edition de l'ENSP, 2004, p. 71
- **FERJANI (M. C.)**, « Égalité en héritage et rapport entre État et religion selon le président tunisien Kaïs Saïed. Au sujet de son discours du 13 août 2020 », *Confluences Méditerranée* 2020, n° 3, p. 29
 - « Révolution, élections et évolution du champ politique tunisien », *Confluences Méditerranée*, vol. 82, n° 3, 2012, pp. 107-116.
- **FERRY (J.-M.)**, « Narration, interprétation, argumentation, reconstruction », in *Les Philosophies politiques contemporaines* (dir. Alain Renaut), Calmann-Lévy, 1999, p. 277
- **FLIGSTEIN (N.)**, « Rhétorique et réalités de la "mondialisation" », *Actes de la recherche en sciences sociales* 1997, n° 119, pp. 36-47
- **FLORY (M.)**, « Un système politique arabo-musulman ? » in *Régimes politiques arabes*, PUF, 1990, p. 85
- **FONDIMARE (E.)**, « La mobilisation de l'égalité formelle contre les mesures tendant à l'égalité réelle entre les femmes et les hommes : le droit de la non-discrimination contre les femmes ? », *La Revue des droits de l'homme*. P.1. [<http://journals.openedition.org/revdh/2885>]. *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], 11 | 2017, mis en ligne le 10 janvier 2017, consulté le 11 mars 2017
 - « Approche intégrée/spécifique », in *Dictionnaire Juridique de l'égalité et de la non-discrimination*, D. THARAUD, C. BOYER-CAPELLE (Dir.), L'Harmattan 2021, p. 34.
- **FOUCAULT (M.)**, « La pensée du dehors », *Dits et écrits : volume I, 1954-1975*, Defert (D.) et Ewald (F.) (dir.), Paris, éd. Quarto Gallimard, 2001 (1966), pp. 546-567
- **FOUCHARD (A.)**, « L'égalité dans la cité grecque », *Cahier de philosophie juridique et politique*, 1985, n°8, p. 33

- **FRISON-ROCHE (M.-A.)**, « Troisième leçon : le droit et les valeurs », *MAFR*, 2014, disponible en ligne [<https://mafr.fr/fr/article/troisieme-lecon-le-droit-et-les-valeurs/>]
- **FRYDMAN (B.)**, « Comment penser le droit global ? », in Chérot (J.-Y.) et Frydman (B.) (dir.), *La science du droit dans la globalisation*, Bruylant, 2012, pp. 17-48
- **FULLI-LEMAIRE(S.)**, « La privatisation du droit de la famille en France. Perspectives comparatives », *Revue internationale de droit comparé*, 2016, n°2, p. 406
- **FOSTER (E.)**, « Van de Kerchove M. De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit », *Revue internationale de droit comparé* 2003. p. 730
- **FOUGEYROLLAS-SCHWEBEL (D.)**, « Les rapports sociaux de sexe », *LES cahiers du CEDREF* 1995, p. 4
- **GAHDOUN (P.-Y.)**, « Jurisprudence sociale du Conseil constitutionnel », *Le Droit ouvrier*, septembre 2015, p. 549
- **GAÏA (P.)**, « La multiplication des garanties et des juges dans la protection des droits fondamentaux : coexistence ou conflit entre les systèmes constitutionnels, internationaux et régionaux ? Evolution d'une décennie XXIXe : France », *In. Annuaire international de justice constitutionnelle* 2013, *Economica*, dossier sur le Pluralisme des garanties et des juges et droits fondamentaux, p. 221
 - « Grands arrêts », in *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, 19^e éd., Dalloz, coll. FAVOREU (L.), OHILIP (L.) et *al.*, Paris, 2018, G.D., n°19, p. 298.
- **GARON (A.), BOSSET (P.)**, « Le droit à l'égalité : des progrès indéniables, des inégalités persistantes » in *La Charte québécoise des droits et libertés après 25 ans*, Montréal, Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, 2003, p. 64
- **GAUDEMET (Y.)**, « Toujours à propos du médiateur... », *AJDA* 1987, p. 520
- **GAULME (F.)**, « La France face à son passé colonial » in « Notes de lecture », *Études*, n°5, 2006, pp. 684-693
- **GELARD (P.)**, « Quelques conseils au constitutionnaliste de droit comparé » in *Renouveau du droit constitutionnel - Mélanges en l'honneur de Louis Favoreu*, Dalloz, 2007, p. 705

- **GEORGESCO (V. A.),** « La réception du droit romano byzantin dans les principautés roumaines » in *Mélanges LEVY-BRUHL*, Sirey, 1959, p. 379
- **GESLOT (Ch.),** « Egalité devant la loi sociale et discriminations positives (Cons. Const. n° 2006-533 DC et n° 2006-535 DC) », *AJDA* 2006, pp. 1961-1967
- **GOBE (É.),** « Système électoral et révolution : la voie tunisienne », *Pouvoirs*, vol. 156, 2016, pp. 71-82
- **GOGUEL (Fr.),** « Objet et portée de la protection des droits fondamentaux » in *Cours constitutionnelles européennes et droits fondamentaux*, PUAM-Economica, 1982, pp. 225-240
- **GÖLE (N.),** « Islamisme et féminisme en Turquie », *Confluences Méditerranée* 1998, n° 27, p. 87
- **GROSBON (S.),** « La CEDEF » in *La Convention pour l'élimination des discriminations à l'égard des femmes* (ROMAN (D.) (dir.)), Editions Pedone, 2014, p. 19
- **GUELLALI (A.),** « La clause générale de limitations dans la nouvelle Constitution : Genèse, portée et défis ». PNUD, 2016
- **GUÉRIN (D.),** « Le harcèlement sexuel : une copie à refaire pour le législateur », *Droit pénal* 2012, n° 6, p. 19
- **GWENAËLLE (P.),** « Genre et application du concept de *gender mainstreaming*. Etude de cas dans la mise en œuvre du fonds social européen en Ile-de-France et à Berlin depuis 2000 », *Politique européenne* 2006, vol. 20, no. 3, p. 55
- **HACHED (F.),** « La laïcité : un principe à l'ordre du jour de la II^{ème} République tunisienne ? », *Confluences Méditerranée* 2011, p. 29
- **HACHEZ (I.) et VAN DROOGHENBROECK (S.),** « L'introduction de l'égalité entre les hommes et les femmes dans la Constitution », *Revue belge de droit constitutionnel* 2002, n° 2, p. 154
- **HALLEUX (J.),** « Le problème Philosophique de l'ordre social » in *Revue néo-scholastique* 1899, pp. 97-104
- **HALIMI (G.),** « Féminisme », *Cités* 2002, n° 9, p. 49

- **HAMON (L.)**, « [Note sous décision n° 82-146 DC] », *Recueil Dalloz*, 1984, p. 469
- **HAMROUNI (S.), TABELI (M.), et ABBASSI AHMED (H.)**, « Tunisie », in *Annuaire international de justice constitutionnelle*, Juge constitutionnel et interprétation des normes – Le juge constitutionnel face aux transformations de la démocratie, 2018, disponible en ligne [https://www.persee.fr/doc/aijc_0995-3817_2018_num_33_2017_2621], pp. 973-989. Consulté le 12 mars 2020.
- **HASEGAWA (K.)**, « The structuration of law and its working in the japanese legal system » in *La structure des systèmes juridiques* (MORETEAU (O.), VANDERLINDEN (J.) (dir.)), XVI^e Congrès de l'Académie internationale de droit comparé, Bruylant, 2003, p. 320
- **HAUG (F.)**, « Sur la théorie des rapports de sexe » in *Les rapports sociaux de sexe* (BIDET-MORDREI (A.) (dir.)), PUF, 2010, p. 44
- **HEDARY (D.)**, « Office du juge en présence d'une décision d'inconstitutionnalité applicable aux instances en cours », note sur CE, 13 mai 2011, *Revue de droit fiscal*, 2011, n° 41, p. 35
- **HEDEMANN-ROBINSON (M.)**, « Indirect Discrimination Law in the E.E.C., appearance rather than reality? », *International Journal of Discrimination and the Law* 1996, vol. 2, p. 85
- **HEDIA (K.)**, « La Révolution française, le Pacte fondamental et la première Constitution tunisienne de 1861 », *Revue du monde musulman et de la Méditerranée* 1989, n° 52-53, pp. 132-137
- **HEINEN (J.), HIRATA (H.), PFEFFERKORN (R.)**, (Dir.), « Politiques publiques et articulation vie professionnelle / vie familiale. Introduction », *Cahiers du Genre* 2009, p. 5
- **HENRY (J.P.) ET MIAILLE (M.)**, « Les paradigmes contemporains : l'État de droit », *Sciences de la société* 1994, p. 177
- **HENNETTE-VAUCHEZ (S.), ROMAN (D.)**, « Des usages stratégiques de l'argumentation juridique : retour sur la tierce intervention de REGINE à l'occasion de la décision du Conseil Constitutionnel n° 2015-465 QPC, conférence des présidents d'université », *La revue des droits de l'homme*, juillet 2017
- **HERMASSI (E.)**, « La révolution française et le monde arabe », *R.I.S.S.* 1989, vol. 119, pp. 35-46

- **HERRERA (C.M.)**, « Sur le statut des droits sociaux - La constitutionnalisation du social », *Revue Universelle des droits de l'Homme* 2004, vol 16, n° 1-4, p. 32
- **HIBOU (B.)**, « Le réformisme, grand récit politique de la Tunisie contemporaine », *Revue d'histoire moderne et contemporaine* 2009, p. 15.
- **HOFMANN (E.)**, « Rejet d'un mot ou refus d'un concept ? », *Travail, genre et société* 2006, vol. 16, n° 2, p. 137
- **HOLDO (M.)**, « Post-Islamism and fields of contention after the Arab Spring: feminism, Salafism and the revolutionary youth », 38 *Third World Quarterly* 1800 (2017)
- **HOLLEAUX (A.)**, « Dissolution et réincarnation du droit », *Les Petites Affiches*, 1990, n° 118, p. 4
- **HUBERT (K.)**, « Inégalité, redistribution et politiques publiques », *Idées économiques et sociales* 2008, p. 26
- **IDOT, (L.)**, *Europe* 1997, comm. 384, p.14.
- **IDOUX (P.)**, « Des interrogations classiques renouvelées dans un contexte européenisé. Présentation du dossier », *Droit et société* 2016, p. 276
- **JAUMOTTE (F.)**, « Les femmes sur le marché du travail : évidence empirique sur le rôle des politiques économiques et autres déterminants dans les pays de l'OCDE », *Revue économique de l'OCDE* 2003, vol. 37, n°. 2, p.61
- **JEAMMEAUD (A.)**, « De la polysémie du terme « principe » dans les langages du droit et des juristes » in *Les principes en droit* (CAUDAL (S.) (dir.)), Economica, 2008, p. 53
- **JENSON (J.)**, « État providence » in *Dictionnaire. Genre et science politique. Concepts, objets, problèmes* (dir. C. ACHIN), Presses de Sciences Po, 2013, p. 227
- **JENSON (J.) et LEPINARD (É.)**, « Penser le genre en science politique. Vers une typologie des usages du concept », *Revue française de science politique* 2009/2, p. 188.
- **KADDOUR (S.)**, « Les lanceurs d'alerte dans les pays en transition démocratique : les enseignements tirés de l'expérience tunisienne », *La Revue des droits de l'homme* 2016 [Online]

- **KAPLAN (E.)**, « The International emergence of legal protections for whistleblowers », *The Journal of Public Inquiry* 2001, p. 37.
- **KEREBEL (F.)**, « Abolition du délit de harcèlement sexuel : une décision courageuse », *Gaz. Pal.* 2012, n° 138, p. 9
- **KIAN-THIEBAUT (A.)**, « Le féminisme islamique en Iran : nouvelle forme d'assujettissement ou émergence de sujets agissants ? », *Critique internationale* 2010, vol. 46, n° 1, p. 45
- **KIANI (S.)**, « Sandrine Dauphin, L'État et les droits des femmes. Des institutions au service de l'égalité ? », *Genre & Histoire*, 7, Automne 2010
- **KIRDIS (E.)**, « Wolves in sheep clothing or victims of times? Discussing the immoderation of incumbent Islamic parties in Turkey, Egypt, Morocco, and Tunisia », *25 Democratization* 901 (2018)
- **KLAUS (E.)**, « L'autorité de la HAICA sur le secteur tunisien des médias : Un anachronisme transitionnel ? » *L'Année du Maghreb*, 2015, p. 296
- **KRAMER (G.)**, « La politique morale ou bien gouverner à l'islamique. Vingtième siècle », *Revue d'histoire* 2004, n° 82, p. 131
- **LACROIX (A.), LALONDE (L.) et LEGAULT (G.-A.)**, « Les transformations sociales et la théorie normative du droit », *Revue de droit de l'Université de Sherbrooke* 2002-2003, p. 1
- **LACOSTE (Y.)**, « La géographie, la géopolitique et le raisonnement géographique », *Hérodote*, 2008, pp. 17-42.
- **de LAGRANGE (E.)**, « Le législateur tunisien et ses interprètes », *RTD* 1968, p. 11
- **LAGHAMANI (S.)**, « Les écoles juridiques du sunnisme », *Pouvoirs* 2003/1, n°104, p. 21
- **LALIVE (J.-F.)**, « La protection des droits de l'homme dans le cadre des Organisations régionales existantes » in *Les Droits de l'homme en droit interne et en droit international*, Colloque international sur la Convention européenne des droits de l'homme, Vienne du 18 au 20 octobre 1965, Bruxelles, 1968, p. 497
- **LAMBERT (E.)**, « Conception générale et définition de la science du droit comparé, sa méthode, son histoire », *Procès verbaux des séances et documents*, Vol. 1, LGDJ, 1905, p. 26

- **LAMCHICHI (A.)**, « Laïcité autoritaire en Tunisie et en Turquie », *Confluences Méditerranée* 2000, n° 33, p. 35
- **LANGLAIS (C.)**, « La fragmentation du principe de non-discrimination devant la Cour européenne des droits de l'homme : une source d'imprévisibilité », *La Revue des droits de l'homme* 2019, p.1
- **LAPÉROU-SCHENEIDER (B.)**, « L'éclipse du harcèlement sexuel », *Droit social*, juillet-août 2012, pp. 714
- **LARONZE (F.)**, « Les sources du droit revisitées par la notion d'organisation juridique », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques* 2012, p. 175
- **LASSERRE-KIESOW (V.)**, « L'égalité », *JCP G*, 2010, n°23, p. 643
- **LAUFER (J.)**, « Entre égalité et inégalités : les droits des femmes dans la sphère professionnelle », *l'Année sociologique*, 2003, pp.143-174.
- **LAUFER (J.), SILVERA (R.)**, « L'égalité des femmes et des hommes en entreprise. De nouvelles avancées dans la négociation ? », *Revue de l'OFCE*, 2006, pp. 245-271
- **LAZZARIN (G.)**, « Le juge administratif et la doctrine de François Gény : Réflexions sur la méthode de la "balance des intérêts" », *JCP A* 2011, 2222, p. 20
- **LEBORGNE-INGELAERE (C.)**, « Harcèlement : les QPC relatives au harcèlement moral ne verront pas le Conseil constitutionnel ! », *JCP S* 2012, n° 47, pp. 25
- **LE BOT (O.)**, « La parité dans les instances universitaires », *Constitutions*, avril-juin 2015, pp. 262-265
- **LECA (J.)**, « La démocratisation dans le monde arabe : incertitude, vulnérabilité et légitimité », in (G. Salame (dir.)), *Démocraties sans démocrates. Politiques d'ouverture dans le monde arabe et islamique*, Fayard, 1994, p. 48
- **LECLERC-OLIVE (M.)**, « Qu'a « fait » la notion de société civile ? Quelques réflexions suggérées par la crise malienne », *Cahiers Sens public*, 2013
- **LEGRAND (A.)**, « Quand parité rime avec difficultés », *Actualité juridique. Droit administratif*, 3 août 2015, p. 1552
- **LELONG (M.)**, « Haddad et la civilisation du travail », *IBLA* 1962, vol. 97, p. 31
- **LENOBLE (J.)**, « La théorie de la cohérence narrative en droit : Le débat Dworkin-MacCormick. », *Archives de Philosophie du Droit* 1988, p. 120

- **LEPAGE (A.)**, « L'article 226-2-1 du Code pénal – Une nouvelle strate dans la protection pénale de la vie privée », *Dr. pénal* 2017, n° 1, étude 1
 - « À propos de l'abrogation de l'article 222-33 du Code pénal », *JCP G* 2012, n° 23, p. 1094
- **LERAY (E.) et MONSALVE (E.)**, « Un crime de féminicide en France ? À propos de l'article 171 de la loi relative à l'égalité et à la citoyenneté », *La Revue des droits de l'homme*, Actualités Droits- Libertés, mis en ligne le 10 févr. 2017
- **LE RENARD (A.)**, « Droits de la femme » et développement personnel : les appropriations du religieux par les femmes en Arabie Saoudite », *Critique internationale* 2010, vol. 46, n° 1, p. 67
- **LEROY (E.)**, « Le droit en action », *Cahiers d'Anthropologie du Droit* 2006, p. 8
- **LEQUETTE (Y.)**, « Quelques remarques sur le pluralisme en droit de la famille » *in Mélanges en l'honneur du Professeur Gérard Champenois*, LGDJ, 2012, p. 523
- **LETURMY (L.)**, « Les dispositions nouvelles issues de la loi du 6 août 2012 à la suite de l'abrogation de l'article 222-33 du Code pénal relatif au délit de harcèlement sexuel [Droit pénal du travail] », *Revue pénitentiaire et de droit pénal*, oct.-déc. 2012, p. 950
- **LEVI-STRAUSS (C.)**, « Les sciences humaines sont-elles des sciences ? L'ethnologue est un bricoleur », *Le nouvel observateur* hors-série, 2009, p. 22
- **LHOMEL (É.)**, « L'espoir de la Constitution tunisienne », *Esprit* 2014, n° 3, p. 204
- **LIOLOS (J.)**, « Erecting New Constitutional Cultures: The Problems and Promise of Constitutionalism Post-Arab Spring », 36 *Boston College International and Comparative L. Rev.* 219 (2013)
- **LOBIER (V.)**, « Les cours constitutionnelles et l'enchevêtrement des systèmes de protection des droits fondamentaux. L'exemple du mandat d'arrêt européen – 2ème partie », *Revue des Droits et Libertés Fondamentaux* 2015, chron. N°04
- **LOCHAK (D.)**, « Les hommes politiques, les sages (?)...et les femmes (à propos de la décision du Conseil constitutionnel du 18 novembre 1982) », *Droit social*, Editions techniques et économiques, février 1983, n° 2, p. 131

- **LOENEN (T.), BOLAIN (N.),** « L'égalité des sexes ? Un droit fondamental à repenser ». *Les Cahiers du GRIF*, n°48, 1994, p. 45
- **LUISIN (B.),** « Le mythe de l'État de droit, "L'État de droit, rétrospectivement..." », *Civitas Europa* 2016, p. 155
- **LYON-CAEN (A.),** « L'égalité et la loi en droit du travail », *Dr. social* 1990, p. 68
- **MAAREK (A.),** « Le Pacte Fondamental et les réformes à travers les archives diplomatiques françaises », *Entre orient et occident. Juifs et Musulmans en Tunisie*, D. COHEN-TANNOUJJI (Dir.), Éditions de l'Éclat, 2007, pp. 133-141.
- **MAGNON (X.),** « Premières réflexions sur les effets des décisions de censure du Conseil constitutionnel », *RFDA* 2011, p. 761
- **MAHIEDDIN (N.M.),** « L'évolution du droit de la famille en Algérie : nouveautés et modifications apportées par la loi du 4 mai 2005 au Code algérien de la famille du 9 juin 1984 », *L'Année du Maghreb* 2007, II, p. 97
- **MAHIOU (A.),** « La Charte arabe des droits de l'homme » in *L'évolution du droit international - Mélanges offerts à Hubert THIERRY*, Pedone, 1998, p. 213
- **MAINGUY (D.),** « Le "raisonnable" en droit des affaires », in *Les concepts émergents en droit des affaires*, (dir) E. Le Dolley, LGDJ, 2010, p. 307
- **MAIZI (M.-B.), CHOPIN (M.),** « La loi du 9 juillet 2010 et l'ordonnance de protection : une réponse adaptée aux violences intrafamiliales ? », *AJ Famille* 2010, p. 514
- **MAJZA (B.),** « Équité et droits fondamentaux », *CRDF* 2002., n°1, p.81
- **MALABAT (V.),** « Le harcèlement sexuel n'est plus... Comment redéfinir le harcèlement sexuel ? », *Revue pénitentiaire et de droit pénal*, avril-juin 2012, pp. 389
- **MALAURIE (Ph.),** « L'intelligibilité des lois », *Pouvoirs* 2005, n° 114, p. 131
- **MANSEUR (Z.),** « Entre projet de départ et soumission : la souffrance de la femme battue », *Pensée plurielle* 2004, n° 8, p. 103
- **MANTOVANI (D.),** « Le juriste « historien » », in *Les juristes écrivains de la Rome antique : Les œuvres des juristes comme littérature*, Les Belles Lettres, 2018, pp. 129-183

- **MARCHAND (J.-M.)**, « [Note sous décision n° 82-146 DC] », *La Semaine juridique. Édition générale*, 1983
- **MARDIN (S.)**, « L'influence de la Révolution française sur l'empire ottoman », *R.I.S.S.* 1989, vol. 119, pp. 19-34
- **MARGUET (L.)**, « Les lois sur l'avortement (1975-2013) : une autonomie procréative en trompe-l'œil ? », *Revue des droits de l'homme* 2014, n°5, p. 1
- **MARQUES-PEREIRA (B.)**, « L'État-providence, providence de l'État à l'égard des femmes ? », *Recherches féministes* 1990, p. 11
 - « Genre, politiques sociales et citoyenneté : enjeux et recompositions. Introduction », *Cahiers du Genre* 2011/3, p. 10
 - « L'État-providence, providence de l'État à l'égard des femmes ? » *Recherches féministes* 1990, p. 11
- **MARTIN (G.), RACINE (J.-B.)**, « Gérard Farjat et la doctrine », *Revue internationale de droit économique*, vol. t. xxvii, no. 4, 2013, pp. 409-418.
- **MARZOUKI (N.)**, « La transition tunisienne : du compromis démocratique à la réconciliation forcée », *Pouvoirs*, 2016/1, n° 156, pp. 83-94
- **MATSCHER (F.)**, « Les contraintes de l'interprétation juridictionnelle. Les méthodes d'interprétation de la Convention européenne », in *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme* (dir. F. Sudre), Nemesis-Bruylant, 1998, p. 23.
- **MAURY (J.-P.)**, « Le système onusien », *Pouvoirs* 2004, n° 109, p. 27
- **MAYAUD (Y.)**, « La HALDE, une trop « Haute » autorité ? Propos hétérodoxes sur un transfert de répression », *Dr. Soc.* 2007, p.930.
 - « Le délit de harcèlement sexuel : histoire d'une abrogation fatale ! », *RSC* 2012, p. 371
- **MEJRI (K.)**, « Jeunesse, Internet et transition démocratique en Tunisie » in *La transition démocratique à la lumière des expériences comparées* (dir. M'RAD (H.), MOUSSA (F.)), Université de Carthage, Association Tunisienne d'études Politiques, 2012, p. 289
- **MEKBOUL (S.)**, « Le mariage forcé : réponses du droit et enjeux juridiques. Législation française et européenne », *Migrations Société* 2008, n° 119, p. 83

- **MELIN-SOUCRAMANIEN (F.)**, « Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel. Quelles perspectives pour la question prioritaire de constitutionnalité ? », *Cahiers du Conseil constitutionnel* 2010, n° 29. Disponible en ligne sur [<https://www.conseil-constitutionnel.fr/nouveaux-cahiers-du-conseil-constitutionnel/le-principe-d-egalite-dans-la-jurisprudence-du-conseil-constitutionnel-quelles-perspectives-pour-la>].
 - « La laïcité : composante de l'identité constitutionnelle de la France ? » in *Mélange en l'honneur du professeur Dominique Rousseau, LGDJ*, 2020, p. 719
- **MERCAT-BRUNS (M.)**, « Égalité salariale, discriminations individuelles et systémiques. Un éclairage de la jurisprudence américaine », *Revue de l'OFCE* 2010/3, n° 114, p. 15
 - « Entre vie privée et vie professionnelle : un regard sur la jurisprudence de la Cour de cassation », dossier Politique de l'intime, *Recherches* 2009, p. 105
 - « Égalité salariale, discriminations individuelles et systémiques. Un éclairage de la jurisprudence américaine » in *Les discriminations entre les femmes et les hommes* (dir. F. MILEWSKI et al.), Académique, 2011, p. 117
- **MESTROT (M.)**, « La protection civile des victimes de violences dans la loi 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 », *Revue juridique de l'Ouest* 2011, n° 2, p. 16
- **MEZGHANI (A.)**, « Réflexions sur les relations du Code du statut personnel avec le droit musulman classique », *RTD* 1975, II, p. 53
- **MEZIOU (K.)**, « Approche critique du code du statut personnel » in *Mélanges offerts au Doyen A.AMOR*, CPU, 2005, p. 815
 - « Constitution et égalité hommes et femmes », Cours à l'Académie internationale de Droit constitutionnel, in *Constitution et principe d'égalité*, XXème session, 10-22 juillet 2004, Rec. Des Cours, Vol. XIV.
- **MIAILLE (M.)**, « La critique du droit », *Droit et société* 1992, p.73
- **MICHEL (H.)**, « Le Médiateur européen héraut de la transparence. Redéfinition d'une institution et investissements politiques d'une norme de "bon" gouvernement », *Politique européenne*, 2018, p. 114

- **MICHEL(F.), PARODI (M.),** « Justice distributive. La hiérarchie des principes selon les Européens », *Revue de l'OFCE*, vol. n° 98, no. 3, 2006, p. 213
- **MILLARD (E.),** « Qu'est-ce qu'une norme juridique ? », *Cahiers du conseil constitutionnel*, 2007, n° 21
- **MILEWSKI (F.),** « Les inégalités entre les femmes et les hommes » in *Les mutations de la société française. Les grandes questions économiques et sociales II* (dir. L. CHAUVEL), La Découverte, 2019, p. 69
- **MINE (M.),** « Les concepts de discrimination directe et indirecte », *ERA-Forum* 2003, 4(3), p.30
- **MIZOUNI (N.),** « L'UGTT, moteur de la révolution tunisienne », *Tumultes*, 2012, pp. 71-91. ; F. Brun, « La révolution en Tunisie », *Multitudes* 2011, p. 71
- **MOINE (A.),** « Les références à l'islam et à ses principes dans la Constitution tunisienne du 27 janvier 2014 », *Civitas Europa* 2014/1, n° 32, p. 225
- **MORAND (C.-A.),** « Vers un droit de l'environnement souple et flexible : le rôle et le fonctionnement des principes » in *Quel avenir pour le droit de l'environnement ?* (OST (F.) et GUTWIRTH (S.) (dir.)), Publication des Facultés universitaires Saint Louis, 1996, p. 266
- **MORAND (C.-A.), et OST (F.),** « Y a-t-il un texte dans le prétoire ? », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 1999, p. 1
- **MORIN (O.),** « Tunisie : le vertige démocratique », *Études* 2012, n° 4, p. 449
- **MORRI (J.),** « Affirmative action », in *Dictionnaire Juridique de l'égalité et de la non-discrimination*, D. THARAUD, C. BOYER-CAPELLE (Dir .), L'Harmattan 2021, p. 23
- **MOUAQIT (M.),** *Droit public musulman, aspects classiques et contemporains*, Afrique Orient, 2013
- **MOUIAL BASSILANA(E.), PARACHKEVOVA-RACINE (I.) et TELLER (M.),** « Les femmes en droit des affaires », in *Mél. en l'honneur de Jacques Mestre*, LGDJ, 2019, p. 649
- **NÉRHOT (P.),** « L'interprétation en sciences juridiques. La notion de cohérence narrative », *Revue de synthèse* 1990, n° 111, p. 320

- **NYBERG (A.)**, « Les femmes sont-elles plus dépendantes de l'État-providence que les hommes ? » in *Cahiers du Genre*, Suède : l'égalité des sexes en question, 2000, n° 27, p. 33
- **NIORT (J.-F.) et VANNIER (G.)**, « Sur la théorie du droit de Dworkin : de l'interprétation des principes à leur application aux cas difficiles », *Droits*, 1994, n° 19, p. 166
- **OGIER-BERNAUD (V.)**, « L'évolution décisive de la jurisprudence constitutionnelle relative à l'exercice du droit d'amendement en cours de navette parlementaire », *Revue française de droit constitutionnel* 2006, n° 67, p. 585
- **OST (F.)**, « Retour sur l'interprétation » in *Journal of Legal Hermeneutics, Reasonableness and interpretation*, Lit Verlag Münster, Hamburg- London, 2003, p. 127
- **PADIOLEAU (J.-G.)**, *L'ordre social. Principes d'analyse sociologique*. Paris, L'Harmattan, 1986, p. 40
- **PAPI (S.)**, « De quelques discriminations juridiques à l'égard des femmes musulmanes dans certains pays arabes », *RDL*, 2016, chron. n°17. n.b.p. n° 61
- **PARIZOT (R.)**, « Exit le délit-tautologie de harcèlement sexuel », *Les Petites Affiches* 2012, n° 104, p. 3
- **PÉLISSE (J.)**, « A-t-on conscience du droit ? Autour des Legal Consciousness Studies », *Genèses*, vol. n° 59, no. 2, 2005, pp. 114-130.
- **PEREZ (D.)**, « L'évolution des cultures politiques tunisiennes : l'identité tunisienne en débat », *Le Carnet de l'IRMC*, 7 janvier 2013, Disponible en ligne [<http://irmc.hypotheses.org/723>.]
- **PERRIER (G.)**, « Genre et application du concept de *gender mainstreaming*. Etude de cas dans la mise en œuvre du fonds social européen en Ile-de-France et à Berlin depuis 2000 », *Politique européenne*, vol. 20, n°. 3, 2006, pp. 55-74
- **PERRIER (J.-B.)**, « Harcèlement sexuel : précisions sur l'abrogation en raison de l'imprécision », *AJ Pénal* 2012, p. 482
- **PERRU (O.)**, « Jürgen Habermas et John Rawls, *Débat sur la justice politique* », *Revue Philosophique de Louvain*. n°2, 1997, p. 340
- **PETIT (S.), COHEN (C.)**, « La HALDE a-t-elle sa place devant les juridictions ? », *Recueil Dalloz* 2008, p. 1519

- **PFEFFERKORN (R.)**, « Les politiques publiques et la question de l'égalité homme-femme. Le cas de la France », *Cahiers du Genre* 2002, p. 87
- **PICARD (E.)**, « L'impuissance publique en droit », *AJDA* 1999, n° spécial, p. 11
- **PICCININ DA PRATA (P.)**, « Tunisie - Égypte : Un laboratoire exemplaire ? », *Les Cahiers de l'Orient*, vol. 109, 2013, pp. 65-87
- **PIN (X.)**, « Chronique Droit pénal général », *Revue pénitentiaire et de droit pénal*, avril-juin 2012, p. 367
- **PISTER (É.)**, « Égalité ou parité ? » in *La place des femmes. Les enjeux de l'identité et de l'égalité au regard des sciences sociales*, La Découverte, 1995, pp. 514-517.
- **PORTA (J.)**, « Non-discrimination, égalité et égalité de traitement. À propos des sens de l'égalité » in *Le droit social, l'égalité et les discriminations* (BORENFREUND (G.) et VACARIE (I.) (dir.)), Dalloz, 2013, p. 9
- **POUILLON (J.) et al.**, « Problèmes du structuralisme », In *Les Temps modernes*, n° 246, 1966, p. 769.
- **POURE (V.)**, « La convention de divorce par consentement mutuel : un contrat à part, mais un contrat tout de même », *Droit de la famille* 2018, n° 3, étude 5
- **PUIG (P.)**, « Le Conseil constitutionnel et la modulation dans le temps des décisions QPC », *RTD civ.* 2010, p. 517
- **RABBATH (E.)**, « La théorie des droits de l'homme dans le droit musulman », in, *Revue internationale de droit comparé*, Vol, 11, n°4, 1959, p. 674
- **RABU (G.)**, « La mondialisation et le droit : éléments macrojuridiques de convergence des régimes juridiques », *Revue internationale de droit économique*, n° 3, 2008, pp. 335-356.
- **RACINE (J.-B.)**, **SIIRIAINEN (F.)**, « Retour sur l'analyse substantielle en droit économique », *Revue internationale de droit économique*, 2007, p. 261
- **RADE (Ch.)**, « Abrogation du délit de harcèlement sexuel : quelles conséquences en droit du travail ? », *D.* 2012, p. 1392

- **RAIMBAULT (Ph.)**, « Accès à l'éducation et à la formation », in *Dictionnaire Juridique de l'égalité et de la non-discrimination*, D. THARAUD, C. BOYER-CAPELLE (Dir .), L'Harmattan 2021, p. 6.
- **RAZ (J.)**, « *Legal principles and the limits of law* », *Yale Law Journal*, 1972, n° 81, p. 842
- **REBOURG (M.)**, « Prévention et répression des violences au sein du couple ou commises contre les mineurs, à propos de la loi n° 2006-399 du 4 avril 2006, aperçu rapide », *JCP G* 2006, Act. 173
- **REDISSI (R.)**, « Quand Bourguiba exaltait l'islam des Lumières », *Historia*, Mensuel n° 841, janv. 2017
- **ROGERS (W.)**, « *Tunisian Union Nominated for Nobel Peace Prize* », *Left labor reporter*, Apr. 21 2014. Disponible en ligne sur [<https://leftlaborreporter.wordpress.com/tag/ugtt/>].
- **ROME (F.)**, « Harceleurs, le retour ? », *D.* 2012, p. 1177
- **ROUJOU de BOUBÉE (G.)**, « Harcèlement sexuel. Valmont doit-il aller en prison ? », *D.* 2012, pp. 134
- **ROULET (V.)**, « Harcèlement sexuel : abrogation avec effet immédiat de l'article 222-33 du Code pénal », *JCP S* 2012, n° 24, p. 28
- **ROUYERE (A.)**, « La constitutionnalisation des autorités administratives indépendantes : quelle signification ? », *RFDA* 2010, p. 887
- **ROY (C.)**, « Les emplois du temps dans quelques pays occidentaux » in *Données sociales*, INSEE, 1990
- **RUDE-ANTOINE (E)**, « La réponse du droit » in *Mariage libre, mariage forcé ?*, PUF, 2011, p. 181
 - « Mariage forcé, violence physique, violence morale..., une réflexion à partir de jugements de nullité de mariage », *Cliniques méditerranéennes* 2013, n° 88, p. 45
- **RIALS (S.)**, « La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen », *Revue internationale de droit comparé*, 1989, p. 819

- **RIBES (D.)**, « La portée des décisions du Conseil constitutionnel » in *La question prioritaire de constitutionalité*, PUAM, 2011, p. 283
- **RICCI (R.)**, « De la nécessité de redéfinir la frontière entre droit et non-droit » in Jean Carbonnier. *L'homme et l'œuvre* (dir. R. VERDIER), Presses universitaires de Paris Nanterre, 2012, p. 145
- **RICŒUR (P.)**, « Le chrétien et la civilisation occidentale » in *Autres Temps. Cahiers d'éthique sociale et politique*, 2003, n° 76-77, p. 23
- **RIPA (Y.)**, « Les femmes dans la Deuxième Guerre mondiale », in *Les femmes, actrices de l'histoire France, de 1789 à nos jours* (dir. Y. RIPA), Armand Colin, 2010, p. 110
- **ROMAN (D.)**, « La justiciabilité des droits sociaux ou les enjeux de l'édification d'un État de droit social », *La Revue des droits de l'homme*, n°1/2012, mis en ligne le 27 mars 2014
 - « Le juge et les droits sociaux : Vers un renforcement de la justiciabilité des droits sociaux ? », *Revue de droit sanitaire et social* 2010, p. 793.
 - « Les droits sociaux, entre « injusticiabilité » et « conditionnalité » : éléments pour une comparaison », *Revue Internationale de droit comparé* 2009, n° 2, p. 285
- **ROMAN (J.)**, « La laïcité comme partage d'un monde commun », *Vie sociale*, 2011/2, n°2, p.129
- **ROUYER (M.)**, « Les promesses du constitutionnalisme », *Raisons politiques*, vol. n° 10, n° 2, 2003, p. 7
- **ROUYERE (A.)**, « La constitutionnalisation des autorités administratives indépendantes : quelle signification ? », *RFDA* 2010, p. 887.
- **SAAS (C.)**, « Vingt ans de jurisprudence pénale sur le harcèlement sexuel. Réflexions sur le corps et la liberté sexuelle des femmes saisis par le droit pénal », in *La loi et le genre* (Hennette-Vauchez (S.), Pichard (M.) et Roman (D.) (dir.)), CNRS éditions, 2016
- **SABOURIN (P.)**, « Les autorités administratives indépendantes, une catégorie nouvelle », *AJDA* 1983, p. 275
- **SADLIER (K.) (dir.)**, *Violences conjugales : un défi pour la parentalité*, Dunod, 2015

- **SAIDI (H.),** « Le protectorat et le droit. La Régence de Tunis entre la Charte de 1861 et le système colonial français », *Revue algérienne d'anthropologie et de sciences sociales Insaniyat* 2014, pp. 239-257, disponible en ligne [http://journals.openedition.org/insaniyat/14878 ; DOI : <https://doi.org/10.4000/insaniyat.14878>.]
- **SAIDI (K.),** « La réforme du droit algérien de la famille : pérennité et rénovation », *Revue international de droit comparé* 2006, p. 119
- **SAREHANE (F.),** « Le nouveau code marocain de la famille », GP, 3-4 septembre, 2004, Doctrine, p. 2
- **SAULNIER (E.),** « L'égalité professionnelle femmes-hommes en France et en Europe : développements récents », *Petites affiches* 1998, n° 121, p.8
- **SAULNIER-CASSIA (E.),** « Imbroglia autour de la question prioritaire de constitutionnalité », *D.* 2010, p. 1234
- **SAUVE (J.-M.),** « La jurisprudence administrative et les femmes », Colloque organisé par la Cour administrative d'appel de Marseille le 14 novembre 2017, Disponible en ligne [https://www.conseil-etat.fr/actualites/discours-et-interventions/la-jurisprudence-administrative-et-les-femmes].
- **SAUVIAT (A.),** « Accès à l'emploi public », in *Dictionnaire Juridique de l'égalité et de la non-discrimination*, THARAUD (D.), BOYER-CAPELLE (C.) (Dir.), L'Harmattan 2021,p. 8.
- **SCHOETTL (J.-É.),** « La loi relative à l'égalité salariale entre les femmes et les hommes devant le Conseil constitutionnel (1re partie) », *LPA* 2006, n° 74, pp. 13-20
 - « La loi relative à l'égalité salariale entre les femmes et les hommes devant le Conseil constitutionnel (suite et fin) », *LPA* 2006, n° 75, p. 8
- **SCUBLA (L.),** « De l'"échange de femmes" au don des femmes. Le déni de la procréation dans l'"atome de parenté" », *Revue du MAUSS* 2012, n°1, p. 101
- **SEN (A.),** « Freedoms and Needs », *New République*, 1994, p. 38
 - « Un nouveau modèle économique. La liberté des femmes, atout du développement », *Le monde diplomatique*, 2000, p. 22.
- **SFEZ (L.),** « L'égalité à Athènes » in *Leçons sur l'égalité*, Presse de la fondation nationale des sciences politiques,1984, p. 39
- **SIGOT (M.),** « Le revenge porn », *Dalloz IP/IT* 2018, p. 342

- **SILVERA (V.)**, « Le régime constitutionnel de la Tunisie : la Constitution du 1er juin 1959 », *Revue française de science politique* 1960, n° 2, pp. 366-394
- **SIMON (P.), STAVO-DEBAUGE (J.)**, « Les politiques anti-discriminations et les statistiques : paramètres d'une incohérence », *Sociétés Contemporaines*, 2004, p. 57
- **SIMOULIN (V.)**, « Droit et sociologie des organisations, frontières organisationnelles et disciplinaires », *Droit et société* 2007, p. 569
- **SINE (A.)**, « Introduction : Gouverner (par) les finances publiques. Perspectives de recherche » in *Gouverner (par) les finances publiques* (dir. P. BEZES), Presses de Sciences Po, 2011, p. 17
- **SHEPPARD (C.)**, « Contester la discrimination systémique au Canada : Droit et changement organisationnel », *La Revue des droits de l'homme*, n° 14
- **SORBORA (J.-G.)**, « Report des effets d'une décision d'annulation d'un texte par une QPC », *JCP G* 2011, n° 22, p. 1093
- **SOMER (M.)**, « Conquering versus democratizing the state: political Islamists and fourth wave democratization in Turkey and Tunisia », *24 Democratization* 1025 (2017)
- **SRAIEB (N.)**, « Islam, réformisme et condition féminine en Tunisie : Tahar Haddad (1898-1835) », *Clio, Femmes, Genre, Histoire* 1999, n° 9
- **STRUILLOU (J.-F.)**, « Salarié investi d'un mandat extérieur à l'entreprise une protection désormais soumise à condition », *Revue de jurisprudence sociale*, juillet 2012, p. 520
- **SUDRE (F.)**, « Le contrôle de proportionnalité par la Cour européenne des droits de l'homme. De quoi est-il question ? », *JCP G* 2017, n° 11, p. 505.
- **SUEUR (J.-J.)**, « Pour un structuralisme tempéré », in *Mélange en l'honneur du professeur Dominique Rousseau*, LGDJ, 2020, p. 736.
- **SUGIER (C.)**, « Du côté des femmes tunisiennes », *Cahier de la méditerranée*, 1980, n° 20-21, pp. 5-16
- **SWEENEY (M.)**, « Action positive », in *Dictionnaire Juridique de l'égalité et de la non-discrimination*, D. THARAUD, C. BOYER-CAPELLE (Dir.), L'Harmattan 2021, pp. 19-20.

- **TALAHITE (F.)**, « Pour une économie politique genrée des droits de propriété », *Cahiers du Genre* 2017, p. 19
- **TEITEL (R.)**, « Comparative Constitutional Law in a Global Age », *Harvard Law Review*, 2004, vol. 117, p. 2570
- **TERRENOIRE (C.)**, « Egalité de rémunération entre les femmes et les hommes : de nouvelles obligations », *JCP S* 2018, p. 1310
- **THARAUD (D.)**, « Algorithme », in *Dictionnaire Juridique de l'égalité et de la non-discrimination*, D. THARAUD, C. BOYER-CAPELLE (Dir.), L'Harmattan 2021, p. 28.
- **THERY (I.)**, « Vie privée et monde commun », *Le débat* 1995, p. 137
- **THIBAUT (J.-P.)**, « Discriminations et Droit du Travail dans l'Entreprise. Présentation de la Réglementation en vigueur », *Humanisme et Entreprise* 2009, n° 295, p. 17
- **THIERRY (J.)**, « Le maire, juge du divorce : c'est Montesquieu qu'on assassine », *D.* 1998, p. 166
- **TILI (N.)**, « La modulation dans le temps des effets des décisions d'inconstitutionnalité », *RDP*, 2011, n° 6, p. 1591
- **TOUHAMI (A.), BOCCANFUSO (D.), et SAVARD (L.)**, « Politiques économiques, pauvreté et inégalités au Maroc : analyses en équilibre général micro simulé », *Mondes en développement* 2009, p. 99
- **TINIERE (R.)**, « Le pluralisme désordonné de la protection des droits fondamentaux en Europe : le salut réside-t-il dans l'équivalence ? » *Revue des Droits et Libertés Fondamentales* 2017, chron. n°17
- **TRONTO (J.)**, « Du care », *Revue du MAUSS*, 2008, p. 244
- **TROPER (M.)**, « Le problème de l'interprétation et la théorie de la supralégalité constitutionnelle » in *Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann*, éditions Cujas, 1975, p.133
 - « L'État de droit », *Cahiers de Philosophie Politique et Juridique de l'Université de Caen*, 1993
- **UNTHERHALTER (E.)**, « Paper commissioned for the EFA Global Monitoring Report 2003/4, The Leap to Equality ». in, *Education*,

capabilities and social justice., UNESDOC Bibliothèque numérique en ligne, réf. 2004/ED/EFA/MRT/PI/76, 2003, p. 5. Disponible en ligne sur [https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000146971]

- **URIBURU (M.-E.)**, « Quelques éléments pour « briser le silence » des violences conjugales », *Cliniques méditerranéennes* 2013, n° 88, p. 59
- **VARIKAS (E.)**, « Une représentation en tant que femme ? Réflexions critiques sur la demande de la parité des sexes », *Nouvelles Questions Féministes* 1995, vol. 16, n° 2, pp. 81-127
- **VAUCHEZ (A.)**, « Entre droit et sciences sociales, retour sur l’histoire du mouvement *Law and Society* », *Genèses* 2001, n° 45, p. 136
- **VAUTROT-SCHWARZ (C.)**, « Le Conseil constitutionnel, l'action disciplinaire contre l'avocat et la faux du Temps », *JCP G* 2019, n° 1-2, pp. 26-31
- **VANDENBERGHE (F.)** (dir.), « Théorie de l’agir communicationnel », *In. Une histoire critique de la sociologie allemande : aliénation et réification*, Tome II, La Découverte, 1998, p. 249
- **VAN DROOGHENBROECK (S.)**, **DELGRANGE (X.)**, « Le principe de proportionnalité : retour sur quelques espoirs déçus », *Revue du droit des religions*, 2019, p. 42
- **VEDEL (G.)**, « Neuf ans au Conseil constitutionnel », *Le débat* 1989, n° 55, p. 61
- **VEYRET (J.)**, « Jurisprudence relative à l'éducation nationale et à l'enseignement supérieur », *Les Cahiers de la fonction publique et de l'administration*, juin 2015, p. 96
- **VIRALLY (M.)**, « Définition et classifications des Organisations internationales », *in, Le concept d'Organisation internationale*, UNESCO, 1980, p.81
- **VLACHOS (G.)**, « La structure des Droits de l’Homme et le problème de leur réglementation en régime pluraliste », *Revue internationale de droit comparé* 1972, vol. 24, p. 279
- **VON LENNEP (F.)**, « Justice, Michael J. Sandel, Albin Michel, 2016, 416 pages », *Revue française des affaires sociales*, 2016, p. 291
- **VULTUR (M.)**, **BERNIER (J.)**, « Inégalités structurelles et inégalités fractales dans le contexte postfordiste du marché du travail », *Revue Interventions économiques* 2013, n° 47, p. 9

- **WAILLY (J.-M.)**, « Les différentes phases du travail des femmes dans l'industrie », *Innovations* 2004, vol. n° 20, n° 2, p. 131
- **WALBY (S.)**, « Postpostmodernisme ? Théoriser la complexité sociale », *Cahiers du Genre* 2016, p. 53
- **WASSILA (W.)**, « Conventions internationales, mariage mixte et droit successoral en Afrique du Nord : "Cachez-moi cette différence que je ne saurais voir" », *Revue internationale des sciences sociales* 2005, vol. 184, n° 2, p. 363
- **WILLAIME (J.-P.)**, « La religion : un lien social articulé au don », *Revue du MAUSS*, 2003, n° 22, p. 248
- **WILLEM (A.) et THEVENON (O.)**, « L'égalité homme-femme comme facteur de croissance économique : que peuvent les politiques ? », *Géoéconomie* 2016, pp. 141-163
- **WOLF (A.)**, « "Dégage RCD!" The rise of internal dissent in Ben Ali's Constitutional Democratic Rally and the Tunisian uprisings », *23 Mediterranean Politics* 245 (2018)
- **XAVIER (Ph.)**, « Les propositions d'amélioration de la protection des droits fondamentaux », *Revue française de droit constitutionnel* 2008, vol. hs 2, n° 5, p. 213
- **XIFARAS (M.)**, « Après les Théories Générales de l'État : le Droit Global ? », *Jus Politicum*, n° 8, disponible sur [<http://juspoliticum.com/article/Apres-les-Theories-Generales-de-l-Etat-le-Droit-Global-622.html>]
- **XYNOPOULOS (G.)**, « Proportionnalité » in *Dictionnaire de la culture juridique* (ALLAND (D.) et RIALS (S.) (dir.), PUF, 2003, p. 1251
- **YACOUB (J.)**, « Pour un élargissement des droits de l'homme », *Diogène* 2004, n° 2, p. 99
- **YARED (C.)**, « "Un Etat civil, pour un peuple musulman" ou le nouveau pari constitutionnel de la Tunisie », *POLITEIA* – n° 31, 2017, pp. 143-155
- **YARDIMCI-GEYIKÇIET (Ş.) et TÜR (Ö.)**, « Rethinking the Tunisian miracle: a party politics view », *25 Democratization* 787 (2018)
- **YOUSFI (H.)**, « Repères économie : L'Union générale tunisienne du travail (UGTT), une organisation syndicale atypique », *Moyen Orient* 2019, n° 44

- **ZANCARINI-FOURNEL (M.)**, « Françoise Vergès, Le Ventre des femmes : capitalisme, racialisation, féminisme », *Clio. Femmes, Genre, Histoire* 2019, p. 292
- **ZEDERMAN (M.)**, « Construction nationale et mémoire collective : Islamisme et Bourguibisme en Tunisie (1956-2014) », *Matériaux pour l'histoire de notre temps* 2015, n° 117, p. 46
- **ZEGHAL (M.)**, « État et marché des biens religieux. Les voies égyptiennes et tunisiennes », *Critique Internationale* 1999, n° 5, p. 75
- **ZOUARI (K.)**, « Le rôle et l'impact des TIC dans la révolution tunisienne », *Hermès la Revue* 2013/2, p. 239

IV. Articles de presse

- **BADINTER (É.)**, « Non aux quotas de femmes », *Le Monde*, 12 juin 1996
- **BOBIN (F.)**, « Tunisie : le président soutient l'égalité dans l'héritage », *Le Monde*, 15 août 2018, p. 3
- **DEJOUÏ (N.)**, « Héla SKHIRI : "La parité horizontale et verticale offre davantage de chances aux femmes d'être élues" », *L'économiste maghrébin*, 30 septembre 2017, disponible en ligne, [<http://www.leconomistemaghrebin.com/2017/09/30/hela-skhiri-parite-horizontale-verticale-offre-davantage-de-chances-aux-femmes-detre-elues/>], consulté le 08 décembre 2018.
- **DURAND (A.-.A.)**, « Les inégalités femmes-hommes en 2 chiffres et 6 graphiques », *Le Monde*, 2017, Disponible en ligne : [https://www.lemonde.fr/les-decodeurs/article/2017/03/07/les-inegalites-hommes-femmes-en-12-chiffres-et-6-graphiques_5090765_4355770.html]
- **Interview de S. BADI de** Disponible en ligne [<http://www.kapitalis.com/politique/17195>]
- **Le Figaro avec AFP**, « Licenciée parce que femme, une Turque fait condamner son pays devant la CEDH », *Le Figaro*, 02, décembre, 2014, Disponible en ligne sur

[<https://www.lefigaro.fr/flash-actu/2014/12/02/97001-20141202FILWWW00219-licenciee-parce-que-femme-une-turque-fait-condamner-son-pays-devant-la-cedh.php>]

- **KHADRAOUI (M.)**, « Stabilité politique et démocratie en Tunisie la TAPE ne risque pas la mise à « l'index » ». *Nawaat*, 12 avril 2009
- **SANCHEZ (L.)**, « Six chercheurs démissionnent du Haut Conseil à l'égalité entre les femmes et les hommes : Les démissionnaires critiquent « l'absence de femmes chercheuses » dans le nouveau « collège des personnalités qualifiées » du Haut Conseil ». *Le Monde*, Publiée le 22 juillet 2019 disponible en ligne [https://www.lemonde.fr/societe/article/2019/07/22/six-chercheurs-demissionnent-du-haut-conseil-a-l-egalite-entre-les-femmes-et-les-hommes_5492079_3224.html]
- **TAP**, « La violence contre les femmes a pris de l'ampleur après la révolution du 14 janvier 2011. Ce phénomène alarmant touche tous les milieux, en particulier le milieu politique », Kapitalis, 26 Novembre 2012, disponible en ligne. [<http://www.kapitalis.com/societe/13044-la-violence-contre-les-femmes-s-est-aggravee-en-tunisie-apres-la-revolution.html>]
- **YOUSFI (H.)**, « Sur les braises du « Printemps arabe », Ce syndicat qui incarne l'opposition tunisienne », *Le Monde diplomatique*, 2012, p. 17

V. Jurisprudence

Jurisprudence européenne

Cour de justice

- CJCE, 16 oct. 1980, aff. C-147/79, *Hochtrass*, *Rec.*, p. 03005
- CJCE, 23 févr. 1983, aff. C-8/82, *Wagner*, *Rec.*, p. 371
- CJCE, 13 mars 1997, aff. C-197/96, *Commission des communautés européennes c/ République française*, *Rec.*, p. I-1496
- CJCE., 2 oct. 1997, aff. C-1/95, *Gester c/ Freistaat Bayern*, *Rec.*, p. I-5253
- CJCE, 2 oct. 1997, aff. C- 100/95, *Kording*, *Rec.* p. I-5289

- CJCE, 30 avril 1998, *C.N.A.V.T.S. c/ Mme Thibault*, aff. C-136/95, *Rec.*, p. I-2011
- CJCE, 11 janvier 2000, *Tanja Kreil c/ Bundesrepublik Deutschland*, aff. C-285/98 *Rec.*, p. I-69

Cour européenne des droits de l'homme

- CEDH, 28 mai 1985, *Abdulaziz, cabales et balkandali c. Royaume-Uni*, Req. n^{os} 9214/80, 9473/81 et 9474/81
- CEDH, 28 oct. 1987, *Inze c. Autriche*, Req. n^o 8695/79
- CEDH, 29 avril 1999, *Chassagnou c/ France*, Req. nos 25088/94, 28331/95 et 28443/95
- CEDH, 6 avril 2000, *Thlimmenos c/ Grèce* Req. n^o 34369/97
- CEDH, 11 janv. 2006, *Ørnsen et Rasmussen c. Danemark*, Req. n^{os} 52562/99 et 52620/99

Jurisprudence française

Conseil constitutionnel

- Cons. const., déc. n^o 71-44 DC du 16 juill. 1973, *Liberté d'association*
- Cons. const., déc. n^o 73-51 DC du 27 déc. 1973, *Loi de finances pour 1974*
- Cons. const., déc. n^o 74-54 DC du 15 janv. 1975, *Loi relative à l'interruption volontaire de la grossesse*
- Cons. const., déc. n^o 75-56 DC du 23 juil. 1975, *Loi modifiant et complétant certaines dispositions de procédure pénale spécialement le texte modifiant les articles 398 et 398-1 du code de procédure pénale*

- Cons. const. déc. n° 79-107 DC du 12 juill. 1979, *Pont à péage*
- Cons. const., déc. n° 82-146 DC du 18 nov. 1982, *Loi modifiant le code électoral et le code des communes et relative à l'élection des conseillers municipaux et aux conditions d'inscription des Français établis hors de France sur les listes électorales*
- Cons. const., déc. n° 1996-375 du 9 avr. 1996, DC, *Loi portant diverses dispositions d'ordre économique et financier*
- Cons. const., déc. 97-388 DC du 20 mars 1997, *Plan d'épargne retraite*
- Cons. const., déc. n° 98-407 DC du 14 janv. 1999, *Loi relative au mode d'élection des conseillers régionaux et des conseillers à l'Assemblée de Corse et au fonctionnement des Conseils régionaux*
- Cons. const., déc. n° 2000-429 DC du 30 mai 2000, *Loi tendant à favoriser l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et fonctions électives*
- Cons. const., déc. n° 2001-445 DC du 19 juin 2001, *Loi organique relative au statut des magistrats et au Conseil supérieur de la magistrature*
- Cons. const., déc. n° 2003-489 DC du 29 déc. 2003, *Loi de finances pour 2004*
- Cons. const., déc. 2006-533 DC du 16 mars 2006, *Loi relative à l'égalité salariale entre les femmes et les hommes*
- Cons. Const., déc. n° 2001-455 DC du 22 juin 2007, *Lesourd*
- Cons. const., déc. n° 2001-455 DC du 12 janv. 2002, *Loi de modernisation sociale*
- Cons. const., déc. n° 2009-595 DC du 3 déc. 2009, *Loi organique relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution*
- Cons. const., déc. n° 2012-240 du 4 mai 2012, QPC, *M. Gérard D.*
- Cons. const., déc. n° 2013-667 DC du 16 mai 2013, *Loi relative à l'élection des conseillers départementaux, des conseillers municipaux et des conseillers communautaires, et modifiant le calendrier électoral*

Conseil d'État

- CE, Ass., 3 juill. 1936, n° 43239 et n° 43240, *Demoiselle Bobard et autres*, Rec., p. 721

- CE Ass., 3 décembre 1948, *Dame Louys, Rec.*, p. 451
- CE, Sect., 9 mars 1951, n° 92004, *Société des concerts du Conservatoire*
- CE Sect., 11 mai 1960, *Ville de Strasbourg, Rec.*, p. 194
- CE Ass., 6 janv. 1956, *Syndicat national autonome du cadre d'administration générale des colonies, Rec.*, p. 4.
- CE, 4 juill. 1958, n° 39089, *Commune d'Anglet,*
- CE Ass., 21 avril 1972, n° 75188, *Syndicat chrétien du corps des officiers de police,*
- CE 10 mai 1974, n°88032, 88148, *Denoyez et Chorques, Rec.*, p. 274
- CE, Ass., 20 oct. 1989, n° 108243, *Nicolo, Rec.*, p. 190
- CE, 29 décembre 1993, n° 78835, *Mlle Martel,*
- CE, Sect., 13 mai 1994, *Commune de Dreux, Rec.*, p. 233
- CE, Ass., 28 mars 1997, n° 179049 et n° 179054, *société Baxter*
- CE, Sect., 29 déc. 1997, n° 157425, *Commune de Gennevilliers*
- CE, 11 mai 1998, n° 185049, *Mlle Aldige,*
- CE, 30 juin 2000, n° 216130, *Association Choisir la vie*
- CE, 29 juillet 2002, n° 141112, *Griesmar*
- CE, 15 avril 2015, n° 373893, *Mme A. c. Pôle Emploi*
- CE, 15 mars 2018, n° 394437, *Avis sur un projet de loi renforçant la lutte contre les violences sexuelles et sexistes commises contre les mineurs et les majeurs*

Cour de cassation

- Cass., chambre mixte, 24 mai 1975, n° 73-13.556. Bull civ. ch. mixte, n° 4, p.6, *Société des Cafés Jacques Vabre*
- Cass., soc., 7 déc. 1993, n° 88-41422, Bull civ. ch. Sociale, n° 306, p. 208

- Cass., Ass. plén., 16 avr. 2010, n° 10-40.001 et 10-40.002, Inédit
- Cass. soc., 11 juillet 2012, n° 11-19 971. Inédit
- Cass. crim., 4 septembre 2012, n° 12-80222. Inédit

Juges du fond

- Trib.corr. Château-Thierry, 4 mars 1898
- Trib.corr. Amiens, 22 avril 1898
- C A Orléans, 23 avril 2015, n° 14/00500

Jurisprudence tunisienne

Instance provisoire de contrôle de la constitutionnalité des projets de loi

- Décision, 8 juin 2015, n° 2015/02

Conseil constitutionnel

Cour de cassation

- Cass., Civ, 31 janvier 1966, n°3384
- Cass., Civ, 20 décembre 2004, n°3843
- Cass., Civ, 8 juin 2006, n°9658
- Cass., Civ, 10 février 2007, n°3843
- Cass., Civ, 5 février 2009, n°31115-2009
- Cass., pénal, 27 juin 1973, n°7795
- Cass., pénal, 9 octobre 1986, 14738
- Cass., pénal, 27 janvier 1988, 15899

Juges du fond

- TPI Tunis, 29 juin 1999, n° 14/00500
- TPI Tunis, 18 mai 2000, n°7602
- C A, Tunis, 6 janvier 2004, n° 120
- C A, Tunis, 14 juin 2002, n° 82861
- C A, Tunis, 26 juin 2014, n° 82861

Jurisprudence américaine

- Cour Suprême, 429 U.S. 190, *Affaire Craig v. Boren*, 1976

VI. Rapports - Études

- Rapport d'information fait au nom de la délégation du Sénat pour l'Union européenne, présenté par Mme Danièle POURTAUD sur *l'application du principe d'égalité entre hommes et femmes au niveau communautaire ; la proposition d'acte communautaire E 639 modifiant la directive 76/207 relative à la mise en oeuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelles et les conditions de travail ; la proposition d'acte communautaire E 713 relative à la charge de la preuve dans des cas*

de discrimination fondée sur le sexe, disponible sur [<https://www.senat.fr/rap/r96-293/r96-2930.html>]]

- Rapport du Conseil d'État, *Sur le principe d'égalité*, Paris, La documentation française, 1998
- Rapport de Béatrice. MAJNONI d'INTIGNANO, *Égalité entre femmes et hommes : aspects économiques*, La Documentation française, 1999
- Rapport d'information n° 215 (1999-2000) de Mme Danièle POURTAUD, fait au nom de la délégation aux droits des femmes, déposé le 9 février 2000, *portant sur Projet de loi tendant à favoriser l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et aux fonctions électives : Favoriser l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et fonctions électives*, disponible sur [<https://www.senat.fr/notice-rapport/1999/r99-215-notice.html>]]
- Rapport du Conseil d'État, *Réflexions sur les autorités administratives indépendantes*, La documentation française, 2001
- Observatoire de la parité entre les femmes et les hommes, *La parité entre les femmes et les hommes : Une avancée décisive pour la démocratie*, janv. 2002
- Observatoire de la parité entre les femmes et les hommes, *Pourquoi la parité en politique reste-t-elle un enjeu pour la démocratie française ?*, déc. 2003
- Rapport de la Commission du droit international *sur les travaux de sa cinquante-huitième session*, 2006, Chap. XII
- Rapport *sur l'image des femmes dans les médias*, présenté par la Commission de réflexion sur l'image des femmes dans les médias, 25 sept. 2008, disponible sur [<https://www.vie-publique.fr/sites/default/files/rapport/pdf/084000614.pdf>]]
- Rapport d'information du Sénat n° 553 (2009-2010) de Mme Françoise LABORDE, fait au nom de la délégation aux droits des femmes, présenté le 10 juin 2010, portant *Les violences au sein des couples*, disponible sur [<https://www.senat.fr/notice-rapport/2009/r09-553-notice.html>]]
- International Crisis Group, *Tunisia: Violence and the Salafi Challenge*, Report, 13 févr. 2013
- Rapport n° 892 de M. Jean-Luc WARSMANN fait au nom de la Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la république, déposé le 15 mai 2008, portant *sur le projet de loi constitutionnelle (n° 820) de modernisation des institutions de la Ve République*, disponible sur [<https://www.assemblee-nationale.fr/13/rapports/r0892.asp>]]

- Rapport n° 1329 (XIV^e législature) de M. Daniel GOLDBERG et Mme Audrey LINKENHELD, fait au nom de la commission des affaires économiques de l'Assemblée nationale, déposé le 26 juillet 2013 portant *sur le projet de loi pour l'accès au logement et un urbanisme rénové*, disponible sur [<https://www.assemblee-nationale.fr/14/rapports/r1329-tl.asp>]
- Rapport d'information n° 94 (2014-2015) de Mme E. BENBASSA et M. J. R LECLERF, fait au nom de la Commission des lois, déposé le 12 novembre 2014, *La lutte contre les discriminations : de l'incantation à l'action*, disponible sur [<https://www.senat.fr/notice-rapport/2014/r14-094-notice.html>]

TABLE DES MATIÈRES

| | |
|---|-----------|
| REMERCIEMENTS..... | 2 |
| SOMMAIRE | 9 |
| LISTE DES ABRÉVIATIONS..... | 11 |
| GLOSSAIRE..... | 16 |
| INTRODUCTION..... | 23 |
| PREMIÈRE PARTIE : | 66 |
| LES FONDEMENTS DU PRINCIPE DE L'ÉGALITÉ HOMME-FEMME..... | 66 |
| TITRE I : | 70 |
| LE PLURALISME DES FONDEMENTS DE L'ÉGALITÉ HOMME-FEMME..... | 70 |
| <i>CHAPITRE I : LA PORTÉE DU FONDEMENT CONSTITUTIONNEL DE L'ÉGALITÉ</i> | |
| <i>HOMME-FEMME.....</i> | <i>74</i> |

| | |
|--|------------|
| Section 1 : De la formule « tous les citoyens » à la consécration de l'égalité entre « les citoyens et les citoyennes »..... | 75 |
| § 1. Les circonstances de l'introduction implicite de l'égalité des sexes dans le système juridique tunisien | 78 |
| A) Les prémices du droit à l'égalité : le Pacte Fondamental du 10 septembre 1857..... | 79 |
| B) Le Bey au pouvoir poursuit la construction initiée par ses prédécesseurs : la Constitution du 26 avril 1861 | 82 |
| C) L'indépendance de la Tunisie en 1956 : une consécration implicite de l'égalité homme-femme | 83 |
| § 2. L'intelligibilité de la disposition égalitaire à la lumière de son contexte historique et politique | 84 |
| A) L'adoption de la Constitution de 1959 sous le régime « Bourguibiste »..... | 84 |
| B) Le droit de vote des femmes tunisiennes, un droit consacré par la Constitution de 1959 | 85 |
| C) Les faiblesses de la Constitution de 1959..... | 86 |
| D) La suspension de la Constitution de 1959 sous le régime « Bénéliste » | 88 |
| Section 2 : L'introduction explicite de l'égalité des sexes dans les deux systèmes juridiques | 89 |
| § 1. Le contexte de l'introduction de la disposition dans la nouvelle Constitution de 2014 | 91 |
| § 2. Le contexte de l'introduction de la disposition dans la Constitution française de 1958 | 95 |
| A) Les évolutions de la Constitution française de 1958..... | 95 |
| B) La révision de 1999 et l'obligation des partis « de contribuer à la mise en œuvre » de ce principe..... | 98 |
| C) L'application stricte de la parité | 101 |
| D) Les conséquences de cette reconnaissance expresse de l'égalité des sexes | 104 |
| § 3. L'interdiction de la discrimination fondée sur le sexe | 105 |
| CHAPITRE II : L'ACCENTUATION JURISPRUDENTIELLE DU MORCELLEMENT DES NORMES DE REFERENCE..... | 112 |
| Section 1 : La multitude de sources textuelles en matière d'égalité | 113 |
| § 1. L'élargissement des normes de référence en France..... | 113 |
| A) La Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen de 1789 relative aux droits et libertés..... | 115 |
| B) Le Préambule de la constitution de 1946 | 117 |
| § 2. L'élargissement des normes de référence en Tunisie..... | 117 |
| A) L'affirmation générale de l'égalité des sexes par la Constitution Tunisienne de 2014 | 117 |
| B) L'introduction dans la Constitution tunisienne de dispositions inédites favorable à l'égalité des sexes . | 120 |
| Section 2 : La multiplication de sources textuelles en matière de discrimination | 123 |
| § 1. Discriminations directes et indirectes | 125 |
| § 2. La nécessaire harmonisation législative en matière de non-discrimination | 128 |
| CHAPITRE III : L'INFLUENCE DETERMINANTE DU DROIT INTERNATIONAL EN TANT QUE VECTEUR DE L'EGALITE EN TUNISIE..... | 131 |
| Section 1 : L'essor du droit à l'égalité homme-femme grâce à la constitution commune : la charte des Nations Unies | 131 |
| Section 2 : La Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes | 135 |
| Section 3 : L'influence expansive du droit de l'Union européenne en tant que vecteur de l'égalité en France . | 139 |
| § 1. L'intervention du droit européen en tant que palliatif du droit positif | 139 |
| § 2. Les conséquences sur la mise en œuvre de l'égalité homme-femme en droit interne..... | 145 |
| TITRE II : LA CONCURRENCE DE LÉGITIMITÉS | 154 |
| CHAPITRE I : LES RÉSISTANCES CULTURELLES..... | 160 |
| Section 1 : Les oppositions à la transformation du système | 161 |
| §1. Les facteurs de complexité entre les deux systèmes | 163 |

| | |
|--|------------|
| A) La laïcité : un agent de l'ordre social français | 163 |
| 1) Le renouveau conceptuel des fondements de l'ordre social | 163 |
| 2) Les effets de la loi de 1905 sur la structure politique française..... | 167 |
| B) La religion considérée comme l'un des agents de l'ordre social en Tunisie | 169 |
| §2. L'opposition des conceptions, source de malaise <i>au sein</i> des systèmes et <i>entre</i> les deux systèmes | 175 |
| Section 2 : Les résistances substantielles du dispositif juridique tunisien | 180 |
| §1. Les dispositions du Code du statut personnel | 181 |
| A) L'émergence d'un conflit de légitimité en matière de statut personnel | 182 |
| B) La tentative de mise en conformité des dispositions relatives à la formation du lien matrimonial au principe d'égalité des sexes..... | 185 |
| 1) La garde de l'enfant en cas de divorce : des réformes vers plus d'égalité..... | 194 |
| 2) L'institution du juge de la famille en Tunisie : une démarche égalitaire institutionnelle | 197 |
| §2. La question de l'élargissement de l'égalité en matière successorale..... | 198 |
| A) La complexité du droit des successions..... | 199 |
| 1) L'existence d'une dualité normative | 199 |
| 2) Le caractère immuable de l'inégalité successorale | 202 |
| B) Les effets inégalitaires du régime successoral | 205 |
| 1) Au regard de la substance..... | 205 |
| 2) Au regard de sa finalité..... | 207 |
| CHAPITRE II : LES OBSTACLES STRUCTURELS..... | 213 |
| Section 1 : Le rôle joué par l'État dans la production et la reproduction des inégalités | 214 |
| § 1. La diffusion du principe | 215 |
| § 2. La structure étatique en tant que système d'échange | 222 |
| A) Le rapport de connexité entre les systèmes | 223 |
| B) L'effet commun de complexification du droit à l'égalité des sexes..... | 225 |
| Section 2 : La structure juridique globale apparaît comme l'expression d'une prise de conscience du réel..... | 228 |
| § 1. Les effets du temps sur le principe d'égalité homme-femme | 230 |
| A) Le temps de l'intégration structurelle du principe d'égalité homme-femme..... | 230 |
| B) L'émergence de concepts analytique à travers le temps..... | 234 |
| § 2. Perspective de lutte politique et collective pour accéder au pouvoir | 238 |
| A) La variable de l'éducation dans le processus de participation au pouvoir | 238 |
| B) La variable de l'autonomisation économique, comme moyen d'intégration au pouvoir | 241 |
| SECONDE PARTIE : LA DIVERSITÉ DES FACTEURS DE STRUCTURATION | 252 |
| TITRE I : | 262 |
| L'ANALYSE DES DÉTERMINANTS | 262 |
| CHAPITRE I : LES FACTEURS PERMANENTS..... | 268 |
| Section 1 : Les facteurs matériels..... | 268 |
| § 1. Le facteur historique en tant que clé de compréhension de la structuration de l'égalité des sexes | 269 |
| § 2. Le facteur géographique, fondamental dans la détermination de la politique en matière d'égalité des sexes .. | 273 |
| § 3. Le rôle joué par l'absence de ressources significatives dans le choix d'une politique gouvernementale..... | 275 |
| Section 2 : Les facteurs structurels <i>stricto sensu</i> | 276 |
| § 1. Point de vue externe : le pouvoir politique | 276 |
| § 2. Point de vue interne : les institutions, la notion de pouvoir juridique | 278 |

| | |
|---|------------|
| § 3. Synthèse : Le régime politique | 281 |
| Section 3 : Les relations culturelles, facteur primordial | 284 |
| § 1. La culture, entrave à la concrétisation du droit à l'égalité entre les sexes | 284 |
| § 2. La culture en tant que levier pour la concrétisation de ce droit..... | 291 |
| CHAPITRE II : LES FACTEURS CONJONCTURELS..... | 295 |
| Section 1 : L'encadrement des variables contextuelles | 295 |
| Section 2 : La société civile, garde-fou de l'action sociale..... | 301 |
| CHAPITRE III : LE RAPPORT DE CONNEXITE ENTRE LES SYSTEMES..... | 307 |
| Section 1 : Le rôle essentiel des acteurs | 307 |
| § 1. Le rôle essentiel des acteurs traditionnels..... | 307 |
| § 2. Le rôle inégal des nouveaux acteurs | 321 |
| Section 2 : Le choix des moyens | 327 |
| § 1. Les outils non spécifiques..... | 327 |
| § 2. Les outils spécifiques..... | 332 |
| A) La protection du principe d'égalité des sexes dans le cadre de la justice constitutionnelle | 332 |
| B) La promotion du principe d'égalité des sexes par la <i>soft law</i> | 336 |
| TITRE II : | 348 |
| LES LIMITES DU PROCESSUS DE STRUCTURATION | 348 |
| CHAPITRE I : L'INFLUENCE CONTRASTE DU FEMINISME | 352 |
| Section 1 : L'absence d'influence du féminisme en Tunisie | 353 |
| Section 2 : L'influence déterminante du féminisme en France | 358 |
| CHAPITRE II : DES RAPPORTS CONFLICTUELS ENTRE SYSTEME : LA DOUBLE | |
| STRUCTURATION..... | 367 |
| Section 1 : Les deux types de polarisation des rapports intersubjectifs : rejet/intégration..... | 367 |
| §1. Divergences sur les valeurs <i>du</i> droit | 369 |
| A) Les valeurs endogènes | 369 |
| B) Les valeurs exogènes | 372 |
| § 2 : Divergences dans l'ordre des valeurs <i>des</i> droits subjectifs..... | 374 |
| Section 2 : Le fonctionnement du principe d'égalité des sexes dans des systèmes de valeurs différents | 383 |
| §1. Le principe de proportionnalité, moyen de protéger l'équilibre des intérêts entre les valeurs | 385 |
| §2. Les effets nuisibles de la fragmentation du principe d'égalité des sexes | 394 |
| CONCLUSION GÉNÉRALE | 406 |
| BIBLIOGRAPHIE | 419 |
| TABLE DES MATIÈRES | 475 |