



European  
University  
Institute

**Robert Schuman Centre for Advanced Studies**

# Migration et Genre, de, vers et à travers la Tunisie

***Monia Ben Jémia***

---

---

**CARIM Notes d'analyse et de synthèse 2010/60**

---

---

**Série sur genre et migration**  
***Module Juridique***



**CARIM**  
**Consortium pour la recherche appliquée sur les migrations internationales**

**Notes d'analyse et de synthèse – Série sur genre et migration**  
**module juridique**  
**CARIM-AS 2010/60**

**Migration et genre, de, vers et à travers la Tunisie**

**Monia Ben Jémia**  
Professeur, Université du 7 novembre (Tunis)

Cette publication fait partie d'une série de publications sur genre et migration préparées pour le CARIM et présentées lors d'une rencontre organisée à Florence : "Genre et migration dans les pays de l'Afrique subsaharienne et au Sud et à l'Est de la Méditerranée" (18-19 octobre 2010).

Cette série sera ensuite discutée à l'occasion de deux rencontres entre décideurs politiques et experts au cours de l'hiver 2011, dont les conclusions seront également publiées.

L'ensemble des travaux sur genre et migration est disponible à l'adresse suivante :  
<http://www.carim.org/ql/GenreEtMigration>

© 2010, Institut universitaire européen  
Robert Schuman Centre for Advanced Studies

Ce texte ne peut être téléchargé et imprimé, en un seul exemplaire, que pour un usage strictement personnel et non collectif.

Toute autre reproduction, totale ou partielle, sous quelque forme que ce soit, est interdite sans l'autorisation écrite préalable du Robert Schuman Centre for Advanced Studies.

Les demandes d'autorisation doivent être adressées à : [carim@eui.eu](mailto:carim@eui.eu)

Dans les citations et références, ce texte doit être mentionné comme suit :

[Prénom et nom de(s) auteurs(s)], [*titre*], série : "CARIM AS", [n° de série],  
Robert Schuman Centre for Advanced Studies, San Domenico di Fiesole (FI):  
Institut universitaire européen, [année de publication].

Les opinions exprimées dans cette publication ne peuvent en aucun cas être considérées comme reflétant la position de l'Union européenne

Institut universitaire européen  
Badia Fiesolana  
I – 50014 San Domenico di Fiesole (FI)  
Italie

<http://www.eui.eu/RSCAS/Publications/>  
<http://www.carim.org/Publications/>  
<http://cadmus.eui.eu/dspace/index.jsp>

## **CARIM**

Le Consortium pour la Recherche Appliquée sur les Migrations Internationales (CARIM) a été créé à l'Institut universitaire européen (IUE, Florence) en février 2004. Il est co-financé par la Commission européenne, DG AidCo, actuellement au titre du Programme thématique de coopération avec les pays tiers en matière de migrations et d'asile.

Dans ce cadre, le CARIM a pour objectif, dans une perspective académique, l'observation, l'analyse et la prévision des migrations dans les pays du sud et de l'est de la Méditerranée et d'Afrique subsaharienne (signifiée par « la région » dans le texte ci-dessous).

Le CARIM est composé d'une cellule de coordination établie au Robert Schuman Centre for Advanced Studies (RSCAS) de l'Institut Universitaire Européen et d'un réseau de correspondants scientifiques établis dans les 17 pays d'observation : Algérie, Egypte, Israël, Jordanie, Liban, Libye, Mali, Maroc, Mauritanie, Niger, Palestine, Sénégal, Soudan, Syrie, Tchad, Tunisie et Turquie. Tous sont étudiés aussi bien comme pays d'origine, de transit que d'immigration. Des experts externes provenant des pays de l'Union européenne et des pays de la région contribuent également à ses activités.

Le CARIM conduit les activités suivantes:

- Base de données sur les migrations méditerranéennes et subsahariennes;
- Recherches et publications;
- Réunions d'experts et rencontres entre experts et décideurs politiques;
- Ecole d'été sur les migrations ;
- Information

Les activités du CARIM couvrent trois dimensions majeures des migrations internationales : économique et démographique, juridique et sociopolitique.

Les résultats des activités ci-dessus sont mis à la disposition du public par le site Web du projet: [www.carim.org](http://www.carim.org)

### *Pour plus d'information*

Consortium Euro-Méditerranéen pour la Recherche Appliquée sur les Migrations Internationales  
Centre Robert Schuman  
Institut universitaire européen (IUE)  
Convento  
Via delle Fontanelle 19  
50014 San Domenico di Fiesole  
Italie  
Tél: +39 055 46 85 878  
Fax: + 39 055 46 85 755  
Email: [carim@eui.eu](mailto:carim@eui.eu)

### **Robert Schuman Centre for Advanced Studies**

<http://www.eui.eu/RSCAS/>

## **Résumé**

La migration féminine n'est visible sur le plan juridique que dans son aspect passif et se conjugue en termes de droits dérivés. La femme est envisagée comme membre de famille, comme l'épouse qui rejoint son mari. C'est en cette qualité que le droit l'envisage occultant par là le rôle actif des femmes travailleuses, devenues elles mêmes initiatrices du regroupement familial. Les nombreuses discriminations dont elles sont encore l'objet rendent par ailleurs plus difficile leur migration, et, une fois parties, leur migration de retour compromise. Les dispositions sécuritaires régissant l'immigration irrégulière et de transit ainsi que le vide législatif en matière d'asile participent de cette occultation en ne protégeant pas de manière spécifique les migrantes solitaires particulièrement vulnérables à toutes formes d'exploitation.

## **Abstract**

Women's migration is addressed by law only in its passive aspect and through by-rights. The woman is considered as a family member, as the wife joining her husband. The law thereby forgets the active role of working women who also initiate family reunification. The numerous discriminations against women make their migration be more difficult and their return from migration be unlikely. The security provisions applying to irregular and transit immigration, as well as the lacking regarding asylum, also concur to overshadow women. Solitary female migrants are particularly vulnerable to all kind of exploitation but are not specifically protected.

Les femmes sont, de plus en plus, protagonistes de leur migration, elles ne sont plus celles qui soit restent au pays soit suivent, subissent la migration<sup>1</sup>. Elles migrent, en solitaire, à la recherche d'un emploi ou pour fuir des conditions politiques, sociales et culturelles difficiles. Les Tunisiennes émigrent seules à l'étranger, des étrangères s'installent en Tunisie, d'autres, pour les mêmes motifs transitent par la Tunisie pour se rendre ailleurs, d'autres enfin sollicitent l'asile.

Pour autant, la migration féminine n'est visible sur le plan juridique que dans son aspect passif et se conjugue en termes de droits dérivés. La femme est envisagée comme membre de famille, comme l'épouse qui rejoint son mari. C'est en cette qualité que le droit l'envisage, du moins c'est là qu'elles sont le plus visibles et c'est ce champ qui a été investi par la recherche, autour de questions de droit international privé de la famille, des implications en terme de nationalité et de double nationalité, de loi applicable à leur statut personnel et de reconnaissance réciproque par les pays d'accueil et d'origine des décisions et actes rendus en matière de statut personnel. Ces questions largement débattues par ailleurs, pour que nous ne les développiions pas plus amplement, si elles ont permis de révéler le statut de la femme, membre de la famille du migrant et les discriminations dont elles sont encore l'objet, ont occulté celles posées par la femme travailleuse devenue elle-même initiatrice du regroupement familial. Celle-ci est encore recouverte d'un voile de silence et de réprobation. Car il y a comme un parfum de transgression qui flotte sur la migration féminine<sup>2</sup> et si les femmes actrices de leur migration émergent lentement dans l'ordre juridique tunisien, elles subissent encore des discriminations rendant plus difficile leur migration, et, une fois parties, leur migration de retour compromise. A ces droits inégalitaires, s'ajoute le manque de protection spécifique des migrantes.

Les femmes certes, travaillent et deviennent elles mêmes initiatrices du regroupement familial (II) après avoir été seulement membres de la famille du migrant (I). Mais, devenues actrices de la migration, elles sont des actrices vulnérables, les dispositions sécuritaires régissant l'immigration irrégulière et de transit, le vide législatif en matière d'asile risquent de les rendre plus vulnérables encore, en ne les protégeant pas expressément (III)

## **I. Les femmes, membres de la famille du migrant**

Ordre juridique égalitaire, ou se donnant à voir comme tel, pionnier dans le monde arabe dans la préservation des droits des femmes, doté d'un code du statut personnel garantissant le libre consentement de la femme à son mariage, interdisant la polygamie et la répudiation, la Tunisie entoure la femme, épouse de migrant, de sollicitude. Celle ci prend plusieurs aspects et s'est manifestée notamment dans la protection de l'épouse tunisienne contre les divorces inégalitaires et notamment les répudiations prononcées à son encontre dans le pays étranger de son mari<sup>3</sup>. Comme c'est par le mariage que la femme devient visible en tant qu'épouse de migrant, ces développements seront limités aux dispositions relatives au mariage et à certains de leurs effets qui peuvent tour à tour être soit des obstacles au retour dans le pays d'origine ou à l'intégration dans le pays d'accueil soit des obstacles à l'entrée sur le territoire tunisien. Les discriminations d'ordre religieux en matière de mariage et de successions, dont la valeur juridique est discutée, figurent parmi les obstacles au retour et à

---

<sup>1</sup> Christine Catarino et Mirjana Morokvasic, « Femmes, genre, migration et mobilités », *Revue européenne des migrations internationales*, 2005, Vol. 21, n°1.

<sup>2</sup> Camille Schmoll, « Pratiques spatiales transnationales et stratégies de mobilité des commerçantes tunisiennes », *Revue européenne des migrations internationales*, vol. 21 - n°1 | 2005, [En ligne], mis en ligne le 04 septembre 2008. URL : <http://remi.revues.org/index2352.html>. Consulté le 24 juin 2010.

<sup>3</sup> Voir sur cette question, S. Ben Achour, « L'ordre juridique tunisien face à la répudiation islamique », in *Polygamie et répudiation dans les relations internationales, Actes de la table ronde organisée par l'Unité de recherches relations privées internationales*, Tunis 2004, ABCConsulting, p.43 ; K.Meziou, « Les relations en droit international privé de la famille entre la Tunisie et les autres pays arabes », Actes des premières journées M.Charfi de DIP, 2009, sous presse.

l'intégration (A). L'interdiction, discutée elle aussi, du regroupement familial des ménages polygamiques constitue une limite à l'admission au séjour de femmes (B)

### **A. Les discriminations religieuses et leur impact sur la migration de retour et l'intégration des femmes**

Les incertitudes entourant la validité du mariage des Tunisiennes avec des étrangers non musulmans (a) et l'interdiction des successions entre musulmans et non musulmans (b) sont les principaux obstacles au retour des Tunisiennes et à l'intégration des étrangers en Tunisie.

#### *a. Les incertitudes entourant la validité du mariage des Tunisiennes avec des étrangers non musulmans*

Aucune disposition du code du statut personnel n'interdit expressément le mariage d'une Tunisienne musulmane avec un non musulman. Mais une circulaire du ministre de la justice du 5 novembre 1973<sup>4</sup>, adressée aux magistrats et aux officiers de l'état civil, interdit la célébration en Tunisie du mariage d'une Tunisienne musulmane avec un non musulman. La circulaire, se basant sur la nécessité de préserver l'identité musulmane de la famille, interprète l'article 5 du Code du Statut Personnel (CSP) qui dispose que « les deux époux ne doivent pas se trouver dans l'un des cas d'empêchements prévus par la loi », comme renvoyant aux empêchements prévus par le sharaa, la loi divine. Elle met l'accent sur le texte arabe qui seul fait foi et qui utilise le terme « sharaa », traduit dans la version officielle de l'article 5 par « loi ».

En réalité, sous couvert d'interpréter la loi, la circulaire crée un empêchement qui n'est pas prévu par la loi. Ces empêchements sont limitativement prévus par l'article 14 du CSP qui dispose : "les empêchements à mariage sont de deux sortes : permanents et provisoires ; les empêchements permanents résultent de la parenté, de l'alliance, de l'allaitement ou du triple divorce" et "les empêchements provisoires résultent de l'existence d'un mariage non dissout ou de la non expiration du délai de viduité".

Cette circulaire est donc illégale. Les empêchements à mariage sont une limite apportée par la loi à une liberté fondamentale qui est le droit au mariage. Ils doivent donc être exceptionnels et limitativement prévus par le seul législateur.

La circulaire du 5 novembre 1973 en créant un empêchement à mariage non prévu par la loi, heurte tous les textes qui lui sont hiérarchiquement supérieurs. Non seulement elle heurte la lettre et l'esprit du code du statut personnel qui ne prévoit pas un tel empêchement et ne fait ni implicitement ni explicitement de la sharia une source à laquelle l'interprète pourrait éventuellement se référer, en cas d'obscurité ou de lacunes, mais encore les conventions internationales régulièrement ratifiées par l'Etat tunisien. La convention de New York de 1962, mais aussi, aujourd'hui, l'article 16§b de la CEDAW<sup>5</sup> qui assure sur la base de l'égalité de l'homme et de la femme le même droit de choisir librement son conjoint et sur lequel la Tunisie n'a émis aucune réserve. Enfin elle heurte la liberté de conscience et le principe d'égalité garantis respectivement par les articles 5 et 6 de la constitution. Elle les heurte d'autant plus qu'aucun interdit religieux ne pèse sur le mariage des hommes.

---

<sup>4</sup> Il existait déjà une circulaire en date du 17/3/1962 (publiée au recueil de circulaires relatives à l'état civil, 1976) interdisant la célébration du mariage d'une musulmane à un musulman par les officiers d'état civil tunisiens. La circulaire du ministère de la justice du 15 novembre 1973 a limité l'interdiction aux Tunisiennes musulmanes.

<sup>5</sup> Convention pour l'Élimination de Toutes les Formes de Discrimination à l'égard des Femmes.

Elle est cependant toujours appliquée par les officiers d'état civil<sup>6</sup> et les notaires qui refusent de célébrer de tels mariages en Tunisie, tant que l'époux ne s'est pas converti à l'islam.

Cependant, les juges, depuis quelques années, valident ces mariages célébrés à l'étranger, soit sur la base de la Convention de New-York de 1962 sur le consentement au mariage, l'âge minimum du mariage et l'enregistrement des mariages<sup>7</sup>, soit de la CEDAW et des articles 5 et 6 de la constitution<sup>8</sup>.

Valides, dès lors qu'ils sont célébrés à l'étranger, ces mariages ne sont cependant pas automatiquement transcrits sur les registres d'état civil. Les mariages célébrés à l'étranger doivent, en effet, être automatiquement inscrits sur les registres d'état civil (article 37 de la loi de 1957 relative à l'état civil) après que les intéressés en aient informé les consulats tunisiens du lieu de célébration. Mais la plupart des consulats refusent de transcrire les mariages de Tunisiennes musulmanes avec des non musulmans. Les Tunisiennes n'ont alors qu'une seule solution, demander à la justice tunisienne d'en ordonner la transcription. Et si elles obtiennent de plus en plus gain de cause auprès de la justice<sup>9</sup>, encore faut-il ce détour par la justice.

Le refus de célébration de ces mariages en Tunisie peut constituer un motif de migration et leur non reconnaissance automatique (refus de transcription par les consulats) décourager les couples de s'installer en Tunisie et, partant d'être un frein au retour en Tunisie des Tunisiennes mariées à des étrangers non musulmans. Frein d'autant plus important que, ainsi que nous le verrons par la suite, les mêmes droits en matière de séjour et d'intégration ne sont pas accordés aux époux étrangers, qu'ils soient ou non musulmans, des Tunisiennes.

#### *b. Les incertitudes pesant sur l'héritage des époux non musulmans de Tunisiens*

Les successions interreligieuses, non interdites expressément par le code du statut personnel, l'ont été par la jurisprudence. Celle-ci a en effet considéré que l'article 88 du CSP qui vise le seul homicide volontaire de celui auquel il est succédé, comme empêchement à l'héritage, doit être interprété comme renvoyant aux autres empêchements prévus par la sharia, du fait que le texte arabe commence par le terme « min » qui signifie « parmi ».

Les Européennes (les occidentales en général), mariées à des Tunisiens, ont été les premières à être écartées de l'héritage de leur époux décédé, au motif de leur non appartenance à la religion musulmane, suivies, aujourd'hui, par les époux non musulmans des Tunisiennes. Cette jurisprudence a parfois été étendue à l'apostasie, un apostat ne peut hériter d'un musulman et vice versa. L'apostasie de la fille d'un Tunisien a été argumentée par la naissance à l'étranger (dans un pays non musulman, en Europe) d'une mère non musulmane (allemande, en l'espèce), l'éducation en Allemagne, le non parler arabe et, enfin le mariage avec un non musulman<sup>10</sup>. Il est vrai que, dans toutes ces affaires, les juges ont refusé de retenir l'apostasie, soit en considérant que la disparité au culte musulman ne constituait pas un empêchement à successions (arrêt Soraya), soit que l'apostasie devait être expresse (arrêt Sophia). Dans ce dernier arrêt, les juges ont considéré que la Tunisienne, née d'un père tunisien et musulman demeurerait musulmane sauf si elle déclarait expressément avoir renoncé à la religion musulmane, ce qui ne fût pas le cas en l'espèce. Outre l'appât du gain qui a certainement motivé des membres de la famille à soulever l'hypothèse de l'apostasie, on peut voir ici un certain rejet de la Tunisienne installée durablement dans les pays occidentaux et assimilée ou intégrée dans la société

<sup>6</sup> Quelques (2 ou 3) mariages interreligieux auraient été célébrés selon MEZIOU (K), *J. Cl droit compare*, 1997, Tunisie, Mariage – filiation, n°36.

<sup>7</sup> TPI Tunis, 29/6/1999, *RTD* 2000, note Souhayma Ben Achour

<sup>8</sup> C.A. Tunis, 6 janvier 2004, C.Cassation 20 décembre 2004, note Souhayma Ben Achour, *clunet* 2005-4, p. 1193, Civ. n° 31115.2008 du 5 février 2009, R JL 2010 (arrêt Soraya), p.93, note M.Ghazouani.

<sup>9</sup> TPI Tunis, 6 mai 2006 (n°59121, inédit).

<sup>10</sup> Civ. N°4105, 19/6/2006, Bull. Civ. 2006, p. 235 (arrêt Sophia) ; Civ. 5/2/2009, R JL 2010 (arrêt Soraya), précité

d'accueil. Ce regard porté sur les migrantes dites de la deuxième génération est révélateur des pesanteurs sociales qui continuent à peser sur elles et qui peuvent faire obstacle à un retour en Tunisie.

Afin de pouvoir succéder à leur époux, certaines étrangères mariées à des Tunisiens ont opté pour la nationalité tunisienne- l'adoption de la nationalité tunisienne entraînant présomption d'islamité - d'autres ont opté pour la conversion à l'islam, avant le décès de leur époux.

Certaines, non naturalisées tunisiennes et non converties à l'islam, ont pu toutefois hériter de leur époux. Certains juges ont en effet tiré de leur parfaite connaissance des traditions tunisiennes, en particulier des traditions religieuses, ou plus simplement du fait qu'elles avaient changé de prénom et adopté un prénom arabe, leur intégration dans « la société tunisienne musulmane »<sup>11</sup>.

Depuis 2004<sup>12</sup>, la jurisprudence, notamment celle de la Cour de cassation, généralement rétive aux successions interreligieuses, se fissure, sans pour autant se stabiliser. Dans l'un de ses arrêts, rendu en février 2009 (Soraya, précité), elle condamne l'empêchement lié à la disparité de culte en matière de mariage et de successions. Il s'agissait en l'espèce, de l'héritage du mari non musulman, mais la solution devrait s'étendre aussi aux femmes non musulmanes. Pour valider la succession, la Haute Cour invoque les articles 5 et 6 de la constitution qui garantissent respectivement la liberté de culte et de conscience, les conventions internationales relatives aux droits humains fondamentaux, l'article 4 du Code des obligations et des contrats qui dispose que : « la différence de culte ne crée aucune différence en ce qui concerne la capacité de contracter » ainsi que l'article 174 du CSP selon lequel « le testament est valable quoique le testateur et le légataire ne soient pas de même confession » . L'arrêt conclut à l'illégalité des empêchements liés à la disparité de culte en matière successorale car le législateur ne peut garantir la liberté religieuse d'une part et sanctionner « celui qui s'en prévaut en le privant de la succession » et que « la liberté accordée à la femme de se marier sur un pied d'égalité avec les hommes garanti par la Convention sur l'élimination de toutes formes de discrimination à l'égard des femmes (article 16 § 1b) interdit toute incidence de la religion sur la liberté de la femme de se marier ou sur son droit à l'héritage » .

Arrêt de principe, il n'a pourtant pas fixé la jurisprudence de la Cour de cassation qui, dans un arrêt rendu quelques mois après, le 30 juin 2009 (inédit), réitère les empêchements liés à la disparité de culte en matière successorale. Outre la discrimination religieuse que subissent les époux non musulmans, cette solution a, comme nous l'avons vu, un impact sur les demandes de naturalisation tunisienne. Plusieurs étrangères mariées à des Tunisiens en font en effet la demande pour préserver leurs droits successoraux. La solution révèle aussi les modalités d'appréciation du degré d'intégration des étrangères en Tunisie (acquisition d'un prénom arabe, connaissance des traditions religieuses tunisiennes, notamment culinaires). Il n'est cependant pas certain que le maintien de telles discriminations favorise l'intégration de cette catégorie d'étrangers créée par voie d'interprétation du code du statut personnel, les étrangers non musulmans.

Toutefois, l'évolution signalée de la jurisprudence montre que l'interdiction des successions interreligieuses tend à disparaître, comme le montre un arrêt récent rendu par la Cour d'appel de Nabeul<sup>13</sup>. Alors que, jusque là, ces successions étaient validées par référence aux instruments internationaux relatifs aux droits humains fondamentaux et aux dispositions constitutionnelles les garantissant, l'arrêt de la Cour d'appel les valide par référence à la sharia elle-même. Pour la Cour, la

<sup>11</sup> Pour une étude exhaustive de cette jurisprudence, voir BEN ACHOUR (Sana), « Figures de l'altérité à propos de l'héritage du conjoint non musulman », in *Mouvements du droit contemporain, Mélanges offerts au Professeur Sassi Ben Halima*, CPU, 2005, p. 823, SGHAÏR (K), *L'héritage de la non musulmane devant les tribunaux tunisiens*, Mémoire DEA, Faculté des sciences juridiques, politiques et sociales, Tunis, 2002.

<sup>12</sup> BEN ACHOUR Souhayma, note sous l'arrêt de la Cour d'appel de Tunis affaire n°120 du 6 janvier 2004. *JDI*. 2005, p.1193

<sup>13</sup> Nabeul, n°11901 du 24/12/2009, inédit.

sharia n'interdit pas ces successions dès lors que l'épouse appartient à l'une des religions du livre (kitabia), c'est-à-dire est de religion juive ou chrétienne.

## B. Le regroupement familial des ménages polygames

Le droit au regroupement familial est accordé dans un texte ancien<sup>14</sup> qu'aucun texte n'est venu abroger. Texte laconique, ne définissant pas la famille, devenu incompatible avec les dispositions régissant l'immigration, il contient néanmoins la reconnaissance de ce droit que la pratique n'infirme pas.

La question de savoir si plus d'une épouse peut être regroupée par le mari en Tunisie, reste donc entière. Le mariage polygamique est interdit en droit interne et passible de sanctions pénales (article 18 du Code du statut personnel). Aucun mariage polygamique ne peut être célébré en Tunisie, même entre personnes dont la loi nationale commune l'autorise. Quand le mariage est célébré devant les autorités tunisiennes, l'article 46 du Code de droit international privé exige la présentation d'un certificat de célibat « lorsque l'un des époux est ressortissant d'un pays qui autorise la polygamie ». Si le mariage entre étrangers de même nationalité peut se faire auprès des représentations consulaires ou diplomatiques de leur nation en Tunisie, le principe de territorialité de la loi pénale s'opposera à la célébration de tels mariages en Tunisie.

Quant au sort des unions polygamiques régulièrement célébrées à l'étranger, c'est-à-dire entre personnes dont le statut personnel l'autorise<sup>15</sup>, notamment quant à la possibilité d'obtenir un regroupement familial au profit de plusieurs épouses, la question n'a pas été résolue par le législateur. La jurisprudence qui ne s'est pas prononcée directement sur la question a cependant eu à examiner, dans une décision isolée, la possibilité de reconnaître des droits successoraux à la deuxième épouse et en a admis le principe. Commentant cette décision, nous avons alors considéré que si des effets pécuniaires pouvaient être reconnus aux unions polygamiques, « aucun autre effet d'ordre personnel, comme l'obligation de cohabitation, dangereuse pour l'ordre social parce que de nature à banaliser l'union polygamique, ne sera reconnu, à l'exception des effets de la putativité (comme l'établissement de la filiation) »<sup>16</sup>. En conséquence, le séjour ne devrait être accordé qu'à une seule épouse, mais alors laquelle ? Le respect du principe de monogamie nécessiterait que seule la première épouse puisse bénéficier du regroupement familial. Permettre à l'époux de choisir la femme bénéficiant du regroupement familial porterait en revanche atteinte au principe d'égalité. Mais par ailleurs ne pas permettre à toutes les épouses de rejoindre leur mari risque aussi de porter atteinte au droit des femmes de mener une vie familiale normale tel que garanti par les conventions internationales relatives aux droits humains et notamment à l'article 8 de la DUDH. Ce sont ces interrogations que posent K.Meziou, dans son commentaire de la directive européenne 2003/86 relative au regroupement familial : « *Le droit à l'égalité et à la dignité sont des droits fondamentaux, il ne s'agit donc point de les garantir uniquement aux ressortissantes des Etats membres ni aux femmes ressortissantes d'un*

<sup>14</sup> Arrêté du directeur général de l'agriculture et de la colonisation du 22 juillet 1932 relatif à l'immigration des familles des travailleurs étrangers et pris en application du Décret du 20 février 1930 relatif à l'immigration des travailleurs étrangers en Tunisie, Journal Officiel de la Tunisie du 10 août 1932, p.1881

<sup>15</sup> Le mariage polygamique célébré à l'étranger, dans un pays qui l'admet ne sera pas reconnu en Tunisie, dès lors que la tunisienne est la deuxième épouse. Le code de droit international privé n'admet en effet que puisse être reconnu un tel mariage que s'il a respecté la règle de conflit de lois tunisiennes (article 37 du Code de droit international privé). Or, en matière de mariage, l'article 49 du code de droit international privé désigne la compétence de la loi nationale de chacun des époux. Comme la Tunisienne n'est pas autorisée à se marier à un homme déjà engagé dans les liens d'un précédent mariage (Article 18 du Code du statut personnel), un tel mariage sera annulé par les autorités tunisiennes. En revanche, quand elle est la première épouse d'un mari dont le statut personnel autorise la polygamie et que celui-ci en épouse une autre de même statut personnel, la règle de conflit de l'article 49 est respectée. Dans cette hypothèse, la Tunisienne, première épouse n'est pas protégée. Son seul recours pourrait être de demander et d'obtenir le divorce en Tunisie.

<sup>16</sup> M. Ben Jémia, « L'ordre public international tunisien peut-il s'atténuer en matière de polygamie ? », in *Polygamie et répudiation dans les relations internationales, Actes de la table ronde organisée à Tunis le 16 avril 2004 par l'Unité de recherche relations privées internationales*, ABCConsulting, Tunisie, p.27 et les références citées.

*Etat tiers qui résident sur le territoire de l'Union Européenne, c'est bien l'ensemble des femmes qui ont droit à l'égalité et à la dignité. Or le premier droit d'une épouse n'est-il pas de mener une vie commune avec son mari ? Au nom de l'égalité des sexes, n'y a-t-il pas une rupture d'égalité entre les différentes épouses lorsque l'une peut rejoindre son mari dans le pays où il est établi et l'autre ne le peut pas ? N'est ce pas une atteinte à la dignité qui est instituée dans la discrimination ainsi établie et dans le fait d'écarter sciemment une femme de la vie conjugale ? Notons que l'article 4§4 ne prévoit pas de protéger la première épouse et à travers elle, le principe de monogamie puisque le choix de l'épouse qui profitera du regroupement revient au seul mari. Celui-ci peut préférer avoir auprès de lui la deuxième, la troisième ou la quatrième épouse, la « favorite » en quelque sorte. Les principes sont ici bien malmenés et le principe d'égalité en premier ; à l'inégalité dans le mariage due à un droit d'inspiration musulmane s'ajoute une inégalité dans le regroupement due à un droit européen. Les quelques ménages qui sont dans ce cas- des centaines ? des milliers ? - c'est-à-dire celles où toutes les unions sont célébrées avant l'établissement du regroupant sur le territoire européen ne risquent pas de troubler l'ordre public et de remettre en cause les fondements de la société occidentale »<sup>17</sup>.*

Il est bien entendu que ces remarques ne sont pas toutes transposables en Tunisie, dans la mesure où l'ordre public ici et ce, quel que soit le nombre de ménages polygames y résidant, devrait jouer de manière aussi énergique, sinon plus car il s'agit de « *préserver la situation particulière de la Tunisie, de sauvegarder ses avancées afin de pouvoir les approfondir* », ainsi que l'écrit A.Mezghani<sup>18</sup>.

Partant, conformément au principe de monogamie qui est d'ordre public international, seule la première épouse devrait être admise au regroupement familial en Tunisie.

## **II. L'émergence de femmes actrices de la migration : les femmes initiatrices du regroupement familial**

Pays d'origine, le droit tunisien garantit aux Tunisiennes, le droit d'émigrer et de retourner au pays et soumet, aux mêmes conditions, le séjour et le travail des étrangers et des étrangères. Il conjugue cependant la migration au masculin, en favorisant celle-ci, notamment quand l'article 17 du Décret de 1968, tel que modifié en 1992, prévoit que : « le ministre de l'intérieur peut également accorder aux investisseurs parmi les hommes d'affaires étrangers qui résident en Tunisie depuis une année au moins, un visa de séjour temporaire, valable pour 5 ans ». L'investissement reste ainsi l'affaire des hommes et, à moins de reconnaître que des femmes puissent être « hommes d'affaires », les dispositions de l'article ne devraient pouvoir s'appliquer qu'aux seuls étrangers de sexe masculin investissant en Tunisie dans le cadre du code des investissements. Pour le reste, les femmes obéissent au régime de droit commun (articles 258 et suivants du Code du travail) du travail des étrangers, sauf quand elles sont ressortissantes de pays ayant conclu des conventions d'établissement avec la Tunisie<sup>19</sup>. Immigrées en situation régulière, les femmes se voient reconnaître le droit au traitement national en matière de droit du travail et bénéficient du principe de non discrimination garanti notamment par le code du travail<sup>20</sup>. En revanche, certains droits sont marqués par leur aspect inégalitaire. Il en est ainsi du droit au

<sup>17</sup> K. Meziou, « Aspects juridiques du regroupement familial en Europe, (à propos de la directive européenne 2003/86) », colloque organisé par l'Unité de recherches en droit international privé, faculté des sciences juridiques, politiques et sociales, Tunis 2006, sous presse.

<sup>18</sup> A. Mezghani, « Remarques conclusives », in *Polygamie et répudiation dans les relations internationales*, op.cit., p. 111.

<sup>19</sup> C'est le cas notamment des Marocaines et des Algériennes. Cependant, ces conventions ne sont en pratique pas appliquées. Voir sur cette question, Ben Jémia M., « Migration internationale et droit en Tunisie », in *Projet : "La migration de main d'oeuvre pour l'intégration et le développement dans l'EUROMED, l'Afrique orientale et occidentale"*, 2005, Bureau de l'OIT à Alger pour les Pays du Maghreb.

<sup>20</sup> Le principe de non discrimination est inscrit dans l'article 5 bis du code du travail qui dispose que : « Il ne peut être fait de discrimination entre l'homme et la femme dans l'application des dispositions du présent code et des textes pris pour son application ». Dans la mesure où elles sont recrutées dans la fonction publique, par voie contractuelle qui est le seul mode de recrutement des étrangers à cette fonction, le code de la fonction publique réitère le principe de non discrimination en

regroupement familial encore traversé de dispositions discriminatoires. Le droit semble encore rétif à l'idée que la femme soit la propre actrice de sa migration et que ce n'est plus elle qui suit, qu'elle peut aussi être suivie par sa famille, son époux et ses enfants.

La reconnaissance du droit au regroupement familial sans discrimination de sexe est parmi les droits fondamentaux accordés aux migrants. Il est le signe aussi que le droit reconnaît le rôle actif de la femme dans la migration, celle-ci n'est pas seulement considérée membre de la famille du migrant, elle ne suit pas son époux, mais celui-ci la suit. Elle devient par là initiatrice de la migration de la famille et non plus, membre passive. Ce droit, garanti par les conventions bilatérales (A), n'est cependant pas toujours reconnu en droit interne qui rend plus difficile le regroupement au titre d'époux étranger de ressortissante tunisienne (B)

### **A. La reconnaissance du droit au regroupement familial sans discrimination de sexe : les conventions bilatérales**

Les conventions bilatérales, ratifiées avec les deux pays avec lesquels existent les plus grands flux migratoires, la France et l'Italie, garantissent ce droit à égalité entre les hommes et les femmes. Ainsi, conformément au dernier avenant apporté à l'accord signé avec la France en 1988<sup>21</sup>, le regroupement familial est accordé sans précision de genre. Il est, conformément aux articles 3, 4 et 5 du traité, accordé aux conjoints et enfants mineurs des ressortissants tunisiens résidents en France et y travaillant ainsi qu'aux conjoints et enfants mineurs des ressortissants français résidant en Tunisie et y travaillant<sup>22</sup>. Il est de même attribué aux conjoints français de Tunisiens et aux conjoints tunisiens de Français ainsi qu'aux père et mère français d'enfants tunisiens et réciproquement.

Quant à l'accord de 1995 signé avec l'Italie<sup>23</sup>, silencieux sur le regroupement au titre de conjoints de ressortissants tunisiens ou italiens, il prévoit néanmoins que chacun des Etats accorde aux travailleurs régulièrement admis sur son territoire pour y exercer une activité de travail (à l'exception des saisonniers et d'autres travailleurs dont le contrat est à temps déterminé) un permis de séjour de 2 ans, renouvelable une première fois 4 ans et ensuite pour des périodes successives de 8 ans<sup>24</sup>. Le Tunisien comme la Tunisienne travaillant régulièrement en Italie pourront y attirer leur famille, comme les Italien(ne)s pourront le faire en Tunisie.

(Contd.) \_\_\_\_\_

ces termes : « Sous réserve des dispositions spéciales commandées par la nature des fonctions et qui peuvent être prises à ce sujet, aucune distinction n'est faite entre les deux sexes pour l'application de la présente loi » (Article 11).

<sup>21</sup> Décret n°2004-819 du 29 mars 2004 portant publication de l'avenant à l'accord du 17 mars 1988, tel que modifié par l'avenant du 19 décembre 1991, entre le gouvernement de la République Tunisienne et le gouvernement de la République Française en matière de séjour et de travail, JORT du 2 avril 2004, n°27.

<sup>22</sup> Il donne le droit, aux membres de la famille admis au titre de regroupement familial, d'exercer une activité professionnelle salariée ou non salariée dans le cadre de la législation en vigueur, sans que la situation de l'emploi ne puisse leur être opposée.

<sup>23</sup> Décret n°96-639 du 15/4/1996, portant publication d'un échange de lettres en date du 3 mai 1995, entre les gouvernements tunisien et italien, relatives aux conditions de séjour et de travail des ressortissants des deux pays, JORT n°34 du 26/4/1995, p.797 et svts.

<sup>24</sup> L'accord précise aussi que : Le permis de séjour ne peut être retiré du fait que le travailleur est en situation de chômage. Les membres de la famille du travailleur (conjoint et enfants mineurs à charge non mariés) ont droit au regroupement familial et au séjour pour la même durée accordée au travailleur, à la condition que celui-ci possède des ressources suffisantes. Après un an de séjour régulier les membres de la famille ont un droit au permis de travail. Chacun des Etats garantit aux ressortissants de l'autre l'égalité de traitement avec les travailleurs nationaux en matière de condition de travail et d'accès à l'emploi.

## **B. Le regroupement familial au titre d'époux étranger de la Tunisienne : les discriminations maintenues en droit commun**

Le droit commun, applicable à défaut de conventions bilatérales contraires, discrimine l'époux étranger de la Tunisienne en matière de séjour au titre de conjoint (a), soumet son séjour au titre de père étranger d'un enfant tunisien à son bon vouloir (b), lui donne un accès plus difficile à la nationalité tunisienne (c)

### *a. Les discriminations quant à l'octroi d'un séjour de plein droit*

L'article 18 de la loi de 1968<sup>25</sup> relatif à la condition des étrangers permet que soit accordé un séjour ordinaire à quatre catégories d'étrangers énumérés de manière limitative, les autres obéissant au droit commun du séjour temporaire. Le séjour ordinaire est de deux années renouvelables, le temporaire a une durée maximum de une année. Ce dernier peut être exceptionnellement accordé dans les mêmes conditions que le séjour ordinaire (2 ans renouvelables), à d'autres étrangers ou catégories d'étrangers, les hommes d'affaires pouvant, comme nous l'avons vu, obtenir un séjour plus long.

Les quatre catégories d'étrangers qui peuvent se voir octroyer un séjour ordinaire sont les suivantes : 1. les étrangers ayant résidé de manière discontinue en Tunisie durant 5 années ; 2. les épouses étrangères de Tunisiens ; 3. les étrangers parents d'un enfant tunisien et enfin 4. les étrangers ayant rendu des services exceptionnels à la Tunisie.

Ainsi, en droit commun, seule l'épouse étrangère peut se voir accorder un séjour ordinaire, à l'exclusion du mari étranger. Celle-ci peut obtenir un séjour ordinaire de 2 ans, renouvelable qui peut néanmoins lui être retiré, « « si les raisons qui ont motivé sa délivrance ont disparu... » , donc en cas de divorce. Ce séjour accordé de plein droit, à défaut de précisions dans les textes, et de conventions internationales contraires, n'ouvre pas droit à l'exercice d'une activité salariée.

### *b. Le séjour au titre de père étranger d'un Tunisien : le consentement nécessaire du père étranger à l'accès de l'enfant à la nationalité tunisienne de sa mère*

La loi de 1968 accorde ce droit au parent d'un enfant tunisien, la convention bilatérale franco-tunisienne de 1988 « au ressortissant français qui est père ou mère d'un enfant tunisien résident en Tunisie, à la condition qu'il exerce même partiellement, l'autorité parentale à l'égard de cet enfant ou qu'il subviennne effectivement à ses besoins » . Si celle-ci est plus restrictive quant aux conditions de regroupement familial au titre de parent d'un enfant tunisien, la loi tunisienne n'exigeant pas la résidence de l'enfant en Tunisie et l'exercice effectif d'une autorité parentale sur l'enfant, elle précise néanmoins que ce regroupement peut être fait au profit du père étranger (français).

Si être mère d'un enfant tunisien est aisé, la nationalité s'octroie jure sanguinis aux enfants nés d'un père tunisien, il est plus compliqué d'être père étranger d'enfants tunisiens. Les enfants de la Tunisienne, jusqu'à une date récente, n'obtenaient pas automatiquement sa nationalité s'ils étaient nés à l'étranger d'un père étranger, ils pouvaient seulement demander leur naturalisation. Depuis la révision de l'article 12 du code de la nationalité en 1993, l'enfant né à l'étranger d'une mère tunisienne et d'un père étranger peut acquérir la nationalité tunisienne s'il en fait la demande l'année précédant sa majorité, à l'âge de 19 ans et, avant cet âge, si ses père et mère en font une déclaration conjointe. En somme, le consentement du père étranger est nécessaire pour permettre aux Tunisiennes de donner leur nationalité à leurs enfants, celles-ci devant se soumettre à la toute puissance de la volonté du mari et père. Logique patriarcale produisant le paradoxe de soumettre l'accès de la

---

<sup>25</sup> Loi n°68-7 du 8 mars 1968 relative à la condition des étrangers en Tunisie et le Décret n°68-198 du 22 juin 1968 réglementant l'entrée et le séjour des étrangers en Tunisie, JORT du 8-10 mars 1968, p.251

nationalité tunisienne à l'accord d'une personne étrangère, le père. Et s'il refuse de donner son accord, l'enfant ne peut acquérir la nationalité tunisienne de la mère.

Il est vrai cependant que, depuis 2002, une exception a été introduite : en cas de décès du père, de sa disparition ou de son incapacité légale, la déclaration unilatérale de la mère suffit (article 12 alinéa 3 tel que modifié par la loi du 21 janvier 2002)<sup>26</sup>. Mais il s'agit toujours d'hypothèses exceptionnelles ce qui entretient l'idée que la femme n'attire pas à elle, que seul l'époux et le père attire la famille et octroie sa nationalité à ses enfants. Il s'agit dans ces hypothèses d'une nationalité acquise par bienfait de la loi qui ne produit ses effets qu'à la date de son obtention. L'enfant n'est donc pas considéré tunisien à la naissance. Les seules hypothèses où les enfants ont dès la naissance, la nationalité de la mère, c'est quand le père est inconnu, n'a pas de nationalité ou est de nationalité inconnue (article 6-1 du code de la nationalité) ou, s'il est né en Tunisie, d'un père étranger et d'une mère tunisienne (article 6-3 du code de la nationalité).

### *c. Un accès inégal à la nationalité tunisienne*

L'article 13 du code de la nationalité prévoit que la femme étrangère mariée à un Tunisien acquiert la nationalité tunisienne au moment de la célébration du mariage, lorsque, en vertu de sa loi nationale, elle perd sa nationalité d'origine par le mariage avec un étranger. Si en vertu de sa loi nationale, elle conserve sa nationalité d'origine, elle peut réclamer la nationalité tunisienne par « bienfait de la loi », si le ménage réside en Tunisie depuis 2 ans. En revanche, le mari étranger de la Tunisienne n'obtient la nationalité tunisienne que par voie de naturalisation. Il lui faut, pour l'obtenir, répondre aux conditions exigées pour la naturalisation, mais il pourra cependant être naturalisé sans la condition de résidence en Tunisie, qui est de 5 ans au moins.

Le droit renvoie ainsi l'image de femmes qui restent au pays. Les hommes migrent, épousent des étrangères avec lesquelles ils peuvent aisément se réinstaller en Tunisie, mais non les femmes, compromettant ainsi leur retour en Tunisie.

## **III. Les femmes actrices vulnérables de la migration : une protection insuffisante**

Les migrantes en situation irrégulière (A), en transit (B) ou demandeuses d'asile (C) sont particulièrement vulnérables à toutes sortes de discriminations contre lesquelles le droit ne les protège pas, ou du moins pas suffisamment.

### **A. Les migrantes en situation irrégulière**

Il n'y a pas de dispositions particulières relatives à l'emploi irrégulier de migrantes en Tunisie. Elles obéissent aux dispositions prévues par le code du travail qui sont particulièrement rigoureuses. Les migrantes s'exposent à des sanctions pénales et à une mesure de refoulement. En revanche, elles devraient pouvoir bénéficier de leurs droits fondamentaux au travail, l'irrégularité de leur contrat de travail leur ouvrant le droit au bénéfice de l'indemnité de licenciement et autres garanties fondamentales octroyées par le code du travail. Dans son arrêt rendu le 1<sup>er</sup> décembre 2007<sup>27</sup>, la Cour de cassation a en effet mis fin à sa jurisprudence antérieure sanctionnant par la nullité absolue le contrat de travail irrégulier des étrangers les privant ainsi de leurs droits fondamentaux au travail<sup>28</sup>. Le revirement est d'autant plus important que les femmes « sont particulièrement vulnérables à

<sup>26</sup> Une réserve a été formulée par la Tunisie à l'égard des dispositions de la CEDAW relatives à la nationalité (article 9 § 2) selon laquelle cet article ne doit pas entrer en contradiction avec le Code de la nationalité. La réserve n'a toujours pas été levée.

<sup>27</sup> Arrêt n°13014 du 1/12/2007, Bulletin Civil, 2007, T.1, p.367

<sup>28</sup> Arrêt n°59828 du 2/2/1998, Bulletin civil de la Cour de cassation, 1998, p.98

l'exploitation et à la violence du fait de leur statut d'immigrées en situation irrégulière, ce qui accentue leur exclusion et augmente les risques d'exploitation » (déclaration n°26 du Comité de la CEDAW concernant les travailleuses migrantes, 2005).

Elles ne pourraient, non plus, du fait de l'irrégularité de leur situation, porter plainte pour violences sexuelles y compris le harcèlement sexuel<sup>29</sup> incriminé depuis la loi du 20 août 2004. Elles le pourraient d'autant moins que les dispositions y relatives sont dissuasives. Car après avoir incriminé le harcèlement, toujours difficile à prouver, le législateur précise (article 226 quater) qu'une réparation est due à la « victime » de « dénonciation calomnieuse » donc au prétendu harceleur, ce qui est de nature à dissuader plus d'une, qu'elle soit ou non immigrée, en situation régulière ou irrégulière.

## B. Les migrantes en transit

Les dispositions de la loi de 2004<sup>30</sup> incriminent l'aide à l'entrée ou à la sortie du territoire tunisien. Elles ne comportent aucune disposition spécifique aux migrantes en transit. Cette loi au caractère exclusivement sécuritaire, conduit à isoler le migrant en transit, ce qui peut particulièrement nuire aux femmes.

L'isolement du migrant en transit résulte de l'incrimination de tout le processus d'aide aux personnes en situation irrégulière, à savoir « le renseignement, la conception, la facilitation, l'aide, l'entremise ou l'organisation par un quelconque moyen » (article 38), y compris l'hébergement (article 39) et le transport (article 40). L'incrimination de l'aide « même à titre bénévole » (article 38) isole d'autant plus le migrant qu'elle peut conduire à incriminer des organisations humanitaires qui prendraient soin des personnes en transit, ou des personnes qui, en raison d'un lien familial ou à titre amical fournissent une aide matérielle à la personne en situation irrégulière.

L'obligation de délation instituée par l'article 45 de la dite loi est de nature à aggraver la situation de la migrante en transit en Tunisie. Celui-ci incrimine en effet « alors même qu'il est tenu au secret professionnel, quiconque se sera sciemment abstenu de signaler immédiatement aux autorités compétentes les informations, renseignements et actes dont il a eu connaissance, relativement à la commission des infractions prévues. Sont exceptés des dispositions de l'alinéa précédent, les ascendants, descendants, frères et sœurs et le conjoint » .

La généralité des termes utilisés qui imposent le signalement « d'informations, renseignements et actes...relativement à la commission des infractions prévues » autorise à étendre le devoir de signalement non pas seulement aux passeurs, mais aux personnes en situation irrégulière elles-mêmes. Dès lors que la situation d'irrégularité parvient à la connaissance du citoyen, il doit la signaler aux autorités car il s'agit d'une information qui peut être rattachée à la commission de l'infraction d'aide à l'entrée ou à la sortie clandestine du territoire tunisien.

Et c'est à juste titre que Souhayma Ben Achour écrit qu'une telle disposition « *permet la violation du secret professionnel lorsque le professionnel de santé ou l'avocat a eu connaissance de l'une des infractions visées par la loi. Indirectement, l'article 45 empêche l'immigré d'avoir recours aux services d'un médecin, d'une sage-femme ou d'un avocat. Bien évidemment, rien n'empêche le médecin de soigner le clandestin malade, rien n'empêche le pharmacien de lui délivrer un*

<sup>29</sup> L'article 224ter du code pénal ajouté par la loi du 24 août 2004 dispose : « Est puni d'un an d'emprisonnement et d'une amende de trois mille dinars celui qui commet le harcèlement sexuel. Est considéré comme harcèlement sexuel toute persistance dans la gêne d'autrui par la répétition d'actes, de gestes ou de paroles susceptibles de porter atteinte à sa dignité ou d'affecter sa pudeur et ce, dans le but de l'amener à se soumettre à ses propres désirs sexuels ou aux désirs sexuels d'autrui, ou en exerçant sur lui des pressions de nature à affaiblir sa volonté de résister à ses désirs. La peine est portée au double lorsque l'infraction est commise à l'encontre d'un enfant ou d'autres personnes particulièrement exposées du fait d'une carence mentale ou physique qui les empêche de résister à l'auteur du harcèlement ».

<sup>30</sup> Loi organique n°2004-6 du 3 février 2004, modifiant et complétant la loi n°75-40 du 14 mai 1975, relative aux passeports et documents de voyage, JORT du 6 février 2004, n°11, p.252 et s.

*médicament, rien n'empêche l'avocat de défendre ses intérêts juridiques. Mais en obligeant le médecin, le pharmacien ou l'avocat à signaler, sous peine de sanction pénale, les infractions visées, la loi de 2004 empêche indirectement le clandestin d'avoir recours à leurs services »<sup>31</sup>.*

De telles dispositions rendent particulièrement vulnérables les migrantes en transit aux violences sexuelles et physiques que pourraient exercer sur elles, non seulement les passeurs eux-mêmes, mais encore tout autre individu. Contraintes à la clandestinité, les migrantes se retrouvent dénuées même du droit à recourir à la justice pour porter plainte contre les violences qu'elles pourraient subir. On peut d'ailleurs se demander à quel point ces dispositions ne heurtent pas le protocole additionnel à la convention des Nations Unies sur la criminalité organisée et visant à prévenir, réprimer et punir la traite des personnes en particulier des femmes et des enfants<sup>32</sup>, dit le protocole de Palerme. Victimes de traite, alors qu'elles sont en transit et en situation irrégulière, comment pourraient-elles réagir et être protégées, conformément au protocole, quand tout concorde à les confiner à la clandestinité.

Une protection particulière devrait alors leur être accordée. Des mesures spécifiques sanctionnant la traite des êtres humains devraient être prises à l'instar de celles prises en Europe dans la décision cadre du 19 juillet 2002 relative à la lutte contre la traite des êtres humains<sup>33</sup>. Celle-ci exige des Etats membres d'incriminer les actes suivants : « Le recrutement, le transport, le transfert, l'hébergement, l'accueil ultérieur d'une personne, y compris la passation ou le transfert du contrôle exercé sur elle : a.lorsqu'il est fait usage de la contrainte, de la force ou de menaces y compris l'enlèvement, ou b.lorsqu'il est fait usage de la tromperie ou de la fraude, ou c.lorsqu'il y a abus d'autorité ou d'une situation de vulnérabilité, de manière telle que la personne n'a en fait pas d'autre choix véritable et acceptable que de se soumettre à cet abus ou, d.lorsqu'il y a offre ou acceptation de paiements ou d'avantages pour obtenir le consentement d'une personne ayant autorité sur une autre, à des fins d'exploitation du travail ou des services de cette personne y compris sous la forme, au minimum, de travail ou de services forcés ou obligatoires, d'esclavage ou de servitude, ou à des fins d'exploitation de la prostitution d'autrui et d'autres formes d'exploitation sexuelle, y compris pour la pornographie » . Cette décision cadre a été complétée par la directive du conseil du 29 avril 2004 relative au titre de séjour délivré aux ressortissants de pays tiers qui sont victimes de la traite des êtres humains ou ont fait l'objet d'une aide à l'immigration clandestine et qui coopèrent avec les autorités compétentes<sup>34</sup> ainsi que par la Convention du conseil de l'Europe du 16 mai 2005 sur la lutte contre la traite des êtres humains<sup>35</sup> qui incrimine aussi le fait d'utiliser les services faisant l'objet d'exploitation. Ces différentes mesures transposées dans plusieurs Etats membres dont la France<sup>36</sup>, la Belgique<sup>37</sup> et l'Espagne<sup>38</sup> distinguent entre le trafic illicite de migrants et la traite des êtres humains, celle-ci impliquant

<sup>31</sup> Souhayma Ben Achour, « Le cadre juridique des migrations clandestines en droit tunisien : les mesures répressives », en voie de publication.

<sup>32</sup> Loi n° 2003-6 du 21 janvier 2003 (JORT, n°7 du 24 janvier 2003, p.195). Ratification par le décret n° 2003-777 (JORT n°28, du 8 avril 2003, p. 871). Publication par le décret n° 2004-1400, du 22 juin 2004 (JORT, n° 52 du 29 juin 2004, p. 1699).

<sup>33</sup> JOCE L.203/1 du 1.8.2002.

<sup>34</sup> JOCE, n° L 261 du 06/08/2004 p. 0019 – 0023 ;  
<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32004L0081:FR:HTML>

<sup>35</sup> Voir le texte de la convention, in <http://conventions.coe.int/Treaty/fr/Treaties/Html/197.htm>

<sup>36</sup> Loi n°2003-239 du 18 mars 2003 a ajouté une section au code pénal intitulée 'De la traite des êtres humains' : articles 225-4-1 à 225-4-9

<sup>37</sup> Loi du 10 août 2005 modifiant diverses dispositions en vue de renforcer la lutte contre la traite et le trafic des êtres humains et contre les pratiques des marchands de sommeil ; voir sur cette loi, M.-A.Beernaert et P.Le Cocq, in Revue de Droit Pénal et de Criminologie, avril 2006, p. 335 et suivants.

<sup>38</sup> Un article 318bis a été introduit dans le code pénal par la loi 4/2000, modifié par la loi 11/2003 ; voir sur cette question, Daniel Hernandez Calero, "Trafico ilegal e inmigracion clandestina de personas", Revista de Derecho Migratorio y extranjería, julio 2009, n°21, p. 21 et suivants.

nécessairement l'exploitation des victimes en vue de certaines activités alors que cet élément est absent de la notion de trafic<sup>39</sup>.

Outre ces mesures qui permettraient la protection des femmes migrantes victimes de traite, notamment en leur donnant la possibilité de régulariser leur situation en cas de dénonciation des auteurs de l'infraction, la Tunisie pourrait aussi s'inspirer de la recommandation n°26 du Comité de la CEDAW concernant les travailleuses migrantes qui pose ainsi la responsabilité des pays de transit et ce, dans l'article 25 : « *Les États parties par lesquels les femmes migrantes transitent devraient prendre toutes les mesures appropriées pour que leur territoire ne soit pas utilisé pour faciliter la violation des droits des travailleuses migrantes. Les mesures à mettre en œuvre seraient notamment les suivantes :*

*a) Formation, surveillance et supervision des agents de l'État : les États parties devraient veiller à ce que la police des frontières et les fonctionnaires de l'immigration soient correctement formés, supervisés et surveillés en ce qui concerne la sensibilisation aux comportements sexistes et les pratiques non discriminatoires lorsqu'ils ont à faire à des femmes migrantes [art. 2 d)] ; b) Protection contre les violations des droits humains des travailleuses migrantes dans le cadre de leur juridiction : les États parties devraient prendre activement des mesures visant à prévenir et punir toutes les violations des droits de l'homme des migrants commises par les autorités publiques ou des acteurs privés dans le cadre de leur juridiction. Ils devraient fournir des services et une assistance aux femmes abandonnées par un agent de placement ou un accompagnateur, s'efforcer par tous les moyens de retrouver la trace de ceux qui se sont rendus coupables de ces actes et les poursuivre en justice [art. 2 c) et e)] ».*

Ces dispositions qui pourraient être prises de *lege ferenda* doivent également s'accompagner de mesures particulières en matière de droit d'asile.

### C. Les femmes réfugiées

La Tunisie a ratifié la Convention de Genève du 26 juin 1951<sup>40</sup> relative au statut des réfugiés et son protocole additionnel du 16 décembre 1966<sup>41</sup>. Elle a également ratifié la Convention de l'Organisation de l'Unité Africaine (UA) régissant les aspects propres aux problèmes des réfugiés en Afrique du 10 septembre 1969<sup>42</sup>, la Convention relative au statut des apatrides<sup>43</sup> et la Convention sur la réduction des cas d'apatridie<sup>44</sup>. Il n'existe cependant pas de réglementation interne sur l'asile. Les seules dispositions qui existent sont celles de la Constitution qui interdit l'extradition des réfugiés politiques (article 17) et de la loi de 1975 (telle que modifiée en 2004) sur les passeports qui interdit l'expulsion ou le refoulement de réfugiés, conformément à la Convention de Genève.

Le Haut Commissariat des Nations Unies pour les Réfugiés (UNHCR), représenté à Tunis depuis 1963, instruit les demandes d'asile, en collaboration avec les autorités publiques tunisiennes. Il ne semble cependant pas que le statut de réfugié ait été accordé à des femmes pour des motifs ou des types de persécution subies ou craints tenant au genre ou au sexe, quoique les conventions de Genève

<sup>39</sup> Anne Weyembergh, "La lutte contre la traite et le trafic d'êtres humains", Revue Internationale de droit pénal, Vol.77, p. 211 et suivants.

<sup>40</sup> Décret du 2 juin 1955 portant publication de la Convention de Genève du 28 juillet 1951 sur le statut des réfugiés, signée le 11 septembre 1952 à New York, Journal officiel tunisien du 14 juin 1955.

<sup>41</sup> Loi n°68-26 du 27 juillet 1968 portant ratification de la convention, Journal Officiel de la République Tunisienne n°31 du 26-30 juillet 1968, p.862.

<sup>42</sup> Loi de ratification n°89-77 du 2 septembre 1989, Journal Officiel de la République Tunisienne n°60 du 5-8 septembre 1989, p.1341.

<sup>43</sup> Loi n°69-27 du 9 mai 1969 ; Journal Officiel de la République Tunisienne n°19 du 13 mai 1969, p.580

<sup>44</sup> Loi n° 2000-33 du 21 mars 2000 ; Journal Officiel de la République Tunisienne n°24 du 24 mars 2000, p.67.

ou de l'Union Africaine ne l'excluent pas expressément. Les deux conventions reprennent la même définition du réfugié défini comme « toute personne qui, craignant avec raison d'être persécutée du fait de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un certain groupe social ou de ses opinions politiques, se trouve hors du pays dont elle a la nationalité et qui ne peut ou, du fait de cette crainte, ne veut se réclamer de la protection de ce pays » (article 1 de la convention de Genève et article 1.1 de la Convention de l'UA). La référence au « groupe social » devrait pouvoir fonder une demande d'asile sur la base de persécutions de types sexistes, comme les viols de guerre, harcèlement sexuel, mutilations génitales etc.

Mais comme pour le transit, l'intégration de considérations de genre en matière d'asile et dans l'ensemble du droit tunisien de l'immigration achoppe à la politique sécuritaire de l'Etat tunisien en la matière qui semble craindre que toute mesure de protection des migrantes en situation irrégulière, en transit ou demanderesse d'asile ne soit perçu comme un « appel d'air »<sup>45</sup>.

---

<sup>45</sup> Hassen Boubakri, « Compréhension des migrations irrégulières et des flux mixtes en Afrique du Nord, Regard à partir de la Tunisie », *UNHCR*, 2010, distribution interne, publication prochaine.