

Cours de droit de la nationalité et condition des étrangers

On a parlé lors de la révolution d'un syndrome du mois de janvier. Les grandes révoltes sociales de la Tunisie indépendante, soldée par la révolution du 14 janvier 2011, ont toutes eu lieu en janvier. Janvier 1969, des émeutes mettent fin à la politique « socialiste » des coopératives, 26 janvier 1978 une grève générale lancée par l'UGTT dans un contexte de crise économique et politique se solde par une centaine de victimes et près d'un millier d'arrestation (jeudi noir), janvier 1980 les événements de Gafsa à l'issue d'une tentative de déclencher une insurrection populaire par un groupe issu de l'immigration tunisienne en Libye ; janvier 1984, les émeutes du pain, janvier 2011, la révolution du jasmin.

Le syndrome de janvier pourrait trouver ses racines dans le code de la nationalité tunisienne promulgué le 26 janvier 1956. Sa date de promulgation peut expliquer qu'elle soit, du moins dans l'inconscient collectif, un moment propice à la refondation du vivre ensemble.

I. Définition

Il est particulièrement difficile de définir le concept de nationalité, d'autant que les définitions données par le droit sont des « non-définitions ». La nationalité est généralement définie par les auteurs de droit international privé comme étant « l'appartenance juridique d'une personne à une population constitutive d'un Etat ». Or l'Etat est défini par le droit international public notamment par sa population, celle-ci étant composée de l'ensemble de ses nationaux. Le résultat de ces deux définitions est que « chaque discipline renvoie ainsi à l'autre le soin de compléter la définition qu'elle ébauche, et le résultat est une tautologie : la nationalité est l'appartenance à l'ensemble des nationaux d'un Etat » (Mayer, n°836)

Comment sortir de l'impasse de cette non définition ? Une première solution : rechercher un critère objectif qui permette de rattacher un individu à un Etat, dont il serait par voie de conséquence le national.

Ce critère pourrait être l'appartenance de fait qui rend compte d'une réalité physique liée à l'habitation et d'une réalité psychologique, le sentiment d'appartenance. Celui-ci étant considéré comme plus important, car « une nationalité, comme le disait Hauriou, c'est une mentalité » (Hauriou). Or pour que ce critère soit valable, il faudrait dire que le droit est le reflet de l'appartenance de fait, ce qui n'est pas le cas. Il n'y a pas toujours adéquation entre nationalité de fait et nationalité de droit. Ce n'est pas parce que l'on se sent tunisien qu'on est tunisien. Force est de constater que la nationalité est « strictement fonction des critères d'attribution que le législateur a plus ou moins arbitrairement retenus » (Mayer n°837)

L'étude des critères retenus dans les droits positifs sont multiples : naissance sur le territoire, lien de filiation avec un national, décision de l'Etat, etc. la seule règle certaine est qu' « il appartient à chaque Etat de déterminer par sa législation quels sont ses nationaux ». Parce que ces critères sont multiples, ils ne permettent pas d'établir une définition.

On peut tenter de sortir de l'impasse en s'attachant aux effets de l'appartenance à la population constitutive d'un Etat qui est la distinction entre étrangers et nationaux.

La différence avec les nationaux se trouve dans la privation de certains droits, qui peut aller de pair d'ailleurs avec la dispense de certaines obligations. Or on ne peut établir de catégories d'obligations qui soit attribuée aux nationaux et déniée aux étrangers par tous les ordres juridiques. On ne peut non plus définir le national comme celui auquel l'Etat confère la plénitude des droits. Le fait d'être un national entraîne normalement des privilèges, mais il ne consiste pas en une supériorité de traitement par rapport aux étrangers.

Face à l'impossibilité ou à la difficulté de trouver une définition juridique satisfaisante du concept de nationalité, nous allons interroger la philosophie politique. Celle-ci définit la nation comme étant à l'origine, un concept désignant 'un groupe de personnes unies par les liens du sang, de la langue et de

la culture qui, le plus souvent, mais pas nécessairement, partagent le même sol'. Depuis le 18^{ème} siècle, plus précisément avec la révolution française, le concept connaît une transformation radicale dans la mesure où il devient étroitement lié au concept d'Etat nation. Le concept de nation obéit, depuis, à deux logiques, l'une moderne, l'autre romantique.

La conception moderne qui a servi à l'élaboration du projet révolutionnaire français définit la nation 'non par l'histoire, mais au contraire par la libre adhésion aux principes d'une communauté politique'. Parce que la nationalité est fondée sur un choix libre, tout citoyen peut renier sa nationalité, renier les principes auxquels il a publiquement adhéré, tout comme il peut la perdre ou en être déchu en cas 'd'infraction grave ou de trahison des principes sur lesquels repose la communauté nationale'.

La conception romantique élaborée par l'école allemande au 19^{ème} siècle repose sur la notion d'identité nationale forgée par une histoire commune et met l'accent sur la différence, sur l'idée de « nation-génie » ou « d'âme collective ».

C'est à partir de ces deux définitions que je vous propose d'interroger le concept de nation tunisienne. La nationalité tunisienne a éclos au 19^{ème} siècle autour d'un projet politique : le mouvement réformateur d'inspiration démocratique qui s'est matérialisé lors de l'indépendance par la consécration des valeurs républicaines : démocratie, liberté et égalité. Un détour par l'histoire de la nationalité et de la condition des étrangers devrait pouvoir nous permettre de dégager les principes sur lesquels reposent la nationalité tunisienne.

Mon point de vue étant celui d'une privatiste, certains éléments ne seront pas examinés. La tunisianité ou l'exception tunisienne relève d'autres particularités : dès le 8^{ème} siècle, avec la dynastie des aghlabites, la Tunisie -ifriqya- établit son autonomie par rapport à Dar al Islam, puis devenue au 15^{ème} siècle une province ottomane elle réalise aussi son autonomie par rapport à la 'sublime porte'. Aujourd'hui elle ouvre la voie de la transition démocratique au monde arabe.

II. Développement historique

C'est en remportant une victoire sur les tribus berbères peuplant la Tunisie menés par leur reine 'Kahena' que les arabes finirent de conquérir la Tunisie au VII^{ème} siècle¹. Les historiens disent de 'Kahena' qu'elle était juive, qu'elle « appartenait à l'une de ces tribus berbères judaïsées sous la domination romaine, et (que) sa religion devait être constituée par un mélange de survivances païennes (polythéistes) et d'emprunts au judaïsme »², d'autres qu'elle était chrétienne. Mais ce qui est sûr, c'est que les arabes trouvèrent sur le territoire conquis une population qui se partageait entre le paganisme (polythéisme), le christianisme et le judaïsme. Les païens eurent à choisir entre la conversion à l'islam et la mort, les chrétiens et les juifs entre la conversion et le paiement d'un tribut. Beaucoup se convertirent à l'islam, la majorité de la population devint musulmane, mais d'autres, parmi les chrétiens et les juifs, ont préféré garder leur religion, mais ils abandonnèrent aussi peu à peu leur langue (le berbère, latin ou punique) au profit de la langue arabe. Devenues minoritaires, les communautés juives et chrétiennes furent soumises au statut de dhimmi régissant les gens du livre ou ahl el kitab. En échange de l'impôt de capitation (la jezya), elles obtenaient en terre d'islam sécurité et protection quant à leur personne et à leurs biens. Ce statut de protégé avait pour fondement un verset coranique : « Combattez ceux qui ne croient pas en Dieu ni au jour dernier, ni n'interdisent ce qu'interdisent Dieu et son Envoyé, et qui, parmi ceux qui ont reçu l'Écriture, ne suivent pas la religion du Vrai – et cela jusqu'à ce qu'ils paient d'un seul mouvement une capitation en signe d'humilité » (Verset 29, sourate IX, *Le repentir ou la dénonciation*)

I. Avant le protectorat

1. Le statut de dhimmi

Le statut de dhimmi fut généralement un statut de protection accompagné de discriminations diverses, au paiement de la jezya, juifs et chrétiens furent soumis à un certain nombre d'interdits. Ce statut applicable dans tous les pays d'islam fut mis en œuvre en Tunisie de manière relativement

¹ H.Djait, « la conquête arabe et l'émirat », in Histoire de la Tunisie, le Moyen âge, STD (non daté).

² P.Sebag, p. 44.

souple, et les dhimmis y bénéficièrent d'une relative tolérance, sauf durant le XII et XIII^{ème} siècle. Sous la dynastie des Almohades, juifs et chrétiens furent sommés de se convertir sous peine de mort. La dynastie préconisait en effet, un islam intégriste, adeptes du tawhid, les muyahiddun ont condamné toutes les écoles de l'islam sunnite et considéraient les gens du livre comme des hérétiques contre lesquels il fallait mener la guerre sainte. Les chrétiens se convertirent en masse et, l'on date de cette époque, la quasi disparition, en Tunisie, des chrétiens. Les juifs acceptèrent aussi la conversion ou, plus précisément, firent semblant de professer l'islam et, se remirent à pratiquer leur religion d'origine, sous la dynastie hafside (XIII-XIV^{ème} siècle) qui rétablit le statut de dhimmi dont ils continuèrent à jouir lorsque la Tunisie devint une province de l'empire ottoman. Jusqu'à la fin du XIX^{ème} siècle, jusqu'au pacte fondamental de 1857 et la constitution de 1861, les juifs eurent le statut de dhimmi. Les chrétiens, installés en Tunisie depuis l'époque hafside qui a vu l'arrivée de quelques commerçants génois et vénitiens, ont vu leur nombre s'accroître au XIX^{ème} siècle. Des sujets maltais, sardes et siciliens en particulier immigrèrent en premier en Tunisie, suivis à partir du milieu du XIX^{ème} siècle, par les français et les italiens. Ceux-ci relevaient d'un autre régime, celui d'al Aman, réservé aux non musulmans ne vivant pas en terre d'islam qui donnera naissance aux traités de capitulations signés par l'empire Ottoman avec les puissances occidentales. Ressortissants ou protégés de ces puissances, les chrétiens relevaient de leur propre justice rendue par les consuls qui leur appliquaient leur propre loi.

Quant aux juifs, certains d'entre eux, ayant immigré en Tunisie, durant cette époque ont pu bénéficier du régime capitulaire, étant soit protégés soit ressortissants des puissances occidentales. Seule la communauté juive, placée sous l'autorité du Bey, avait le statut de dhimmi.

2. Le statut des juifs de Tunisie au XIX^{ème} siècle

En quoi consistait exactement ce statut de dhimmi étendu à tous les juifs sujets du Bey ? Ils bénéficiaient de la liberté d'exercer leur religion et comme tels, ils étaient soumis au pouvoir de leur autorité religieuse (le rabbinat), dans tout ce qui a trait au culte et donc en matière de mariage, divorce, successions et plus généralement en matière de statut personnel. Dans toutes les autres matières, civiles, commerciales, pénales ils relevaient de la même loi, la loi islamique et de la même justice, la justice cadhiale, que les musulmans. Quant aux règles discriminatoires, elles étaient nombreuses et « vexantes »³.

Des discriminations d'ordre vestimentaire, d'abord : Appelées « ghyiâr » en orient, terme qui sera plus tard utilisé pour désigner l'altérité (al-ghayriyya), elles furent appelées en Tunisie, shekla dérivé du verbe shakkala, le tout renvoyant à la forme, à la manière aussi de mélanger les couleurs, de faire ou de défaire quelque chose⁴. Ainsi, les juifs qui s'habillaient de la même manière que les musulmans (jibba, sarwal et barnous) ne pouvaient pas, comme les musulmans, porter la chéchia rouge enveloppée d'un turban blanc. Ils devaient porter un bonnet noir enveloppé d'un foulard de couleur sombre, violet, bleu foncé ou noir. Quant aux femmes juives, elles furent probablement aussi contraintes à une tenue vestimentaire, à porter des chaussures dépareillées, l'une blanche et l'autre noire⁵, comme le zunnar, ceinture portée au dessus du vêtement par les hommes et les femmes. Le non respect de ces obligations vestimentaires destinées à tracer une frontière entre musulmans et non musulmans, comme le voile une frontière entre les sexes, était puni par une peine corporelle, des coups de bâton sur la plante des pieds⁶.

Les juifs de Tunisie comprenaient en partie les juifs livournais dits grana (qui étaient, pour beaucoup, des juifs originaires d'Espagne ayant fui l'inquisition en passant par Livourne) comme en atteste le traité conclu le 10 juillet 1810 entre la régence de Tunis et le Grand duché de Toscane et ce, dans son article 2 qui disposait que : « Les juifs dits grana ou livournais, établis depuis longtemps ou depuis plusieurs années à Tunis, seront toujours regardés et considérés comme sujets du pays sans exception

³ P.Sebag, p. 90.

⁴ Mohamed Tahar Mansouri, « Du voile et du Zunnâr », éd. L'or du temps, Collection Palimpseste, « Lectures historiques », Tunis, 2007, p. 126

⁵ Ibid.

⁶ P.Sebag, p.

d'aucune sorte, et soumis aux mêmes droits que paient ou paieront les indigènes. Et les juifs qui y viendront à l'avenir ne seront considérés comme sujets toscans que s'ils y viennent en passant avec leur passeport. Mais s'ils manifestent au moment de leur arrivée à Tunis l'intention de s'y fixer et d'y commercer pour un certain temps, ou si, après deux ans de séjour, ils s'y établissent, ou y fixent leur domicile avec leur famille, ils seront alors compris parmi les autres juifs dits grana et les sujets tunisiens » La disposition fut néanmoins amendée dans un traité additionnel liant les mêmes parties et signé en 1846 et permettant à tous les juifs venus de Toscane après 1822 de conserver leur qualité de toscans, alors que les juifs livournais étaient maintenus sous l'autorité du Bey.

En 1823, sous le règne du bey Mahmud b. Muhammed, alors que plusieurs juifs ayant voyagé en Europe se mirent à s'habiller à l'Européenne, il leur fut interdit de porter le chapeau rond, au profit de la seule calotte noire⁷, (noire pour les juifs de Tunisie, blanche pour les juifs originaires de Livourne, les granas)⁸. Comme la décision fut prise à l'égard de tous les juifs, y compris les juifs protégés par une puissance étrangère, elle suscita de vives protestations de la part du consul anglais, amenant les autorités tunisiennes à mettre fin à ce qui était devenue « l'affaire du chapeau », en n'imposant plus la calotte qu'aux seuls juifs autochtones.

A ces discriminations d'ordre vestimentaire s'ajoutaient des discriminations fiscales. En plus du paiement de la jezya qui assurait aux finances beylicales, une recette représentant aux alentours de 2, 25°/° de la recette globale, ils payaient des droits de douane plus élevés que ceux des musulmans pour leur marchandise importée, 10°/°, au lieu des 3°/° que devaient ces derniers⁹. A ces impôts ordinaires, s'ajoutaient des contributions extraordinaires exigés des Beys dès qu'il fallait renflouer les caisses de l'Etat et que les juifs devaient payer sur le champs. Sous le règne de Hammuda b. Ali (1782-1814), on leur interdit de posséder des immeubles, interdiction qui dura jusqu'à la promulgation du Pacte fondamental.

Les juifs étaient aussi interdits d'occuper des emplois publics et de faire le service militaire.

En matière pénale, la peine de mort était prévue en cas d'atteintes portées au prestige de l'islam, comme le blasphème du Coran ou du prophète, ou de fréquentation d'une femme musulmane. En 1824, un jeune juif fut accusé d'avoir des relations intimes avec une musulmane. Pour échapper à la peine de mort, il se fit musulman, mais l'on considéra sa conversion tardive et sans effet, il fut exécuté et la femme mise dans un sac et noyée. Le même sort atteignit un juif qui, en état d'ébriété, échangea quelques plaisanteries avec une vieille femme musulmane. Enfin, les juifs furent parfois réquisitionnés pour fournir la main d'œuvre de travaux publics, sans qu'un salaire ne leur soit nécessairement versé.

L'affaire Batou Sfez, en 1857, contribuera à accélérer l'extinction du statut de dhimmi par des autorités qui, pour avoir vu l'Algérie tomber sous la domination française en 1830, prirent conscience de leur retard sur les puissances européennes et de la nécessité des réformes dont l'une des premières mesures fut l'abolition de l'esclavage en 1849. Batou Sfez, à la suite d'une altercation avec un musulman, fut accusé d'avoir maudit la religion musulmane. Il fut condamné à mort et exécuté, nonobstant l'intervention de représentants des puissances étrangères pour un jugement plus clément dans une affaire qui avait profondément ému la communauté juive. A la suite de cette affaire, le Bey fut pressé par les puissances occidentales de mettre en œuvre les réformes à l'instar des tanzimat opérées par l'empire ottoman. C'est ainsi que fut promulgué le pacte fondamental en 1857 et, à sa suite la constitution du 21 avril 1861. Les deux premiers textes comprennent les premières règles régissant la nationalité tunisienne et la condition des étrangers, en même temps qu'elles mettent fin au système de la dhimma, en assurant l'égalité de tous les sujets de la régence.

3. La fin du système de la dhimma

- *La proclamation de l'égalité devant la loi des sujets du royaume tunisien dans le pacte fondamental de 1857 et la constitution de 1861*

⁷ P.Sebag, *op.cit.*, p.90.

⁸ *Ibid*, p.91.

⁹ *Ibid*.

La constitution de 1861 proclame dans son article 86 que « tous les sujets du royaume tunisien, à quelque religion qu'ils appartiennent, ont droit à une sécurité complète quant à leur personnes, leurs biens et leur honneur, ainsi qu'il est dit à l'article premier du Pacte fondamental » Ce droit à la sécurité quant à la personne et aux biens y avait été proclamé en ces termes, « Une complète sécurité est garantie formellement à tous nos sujets, à tous les habitants de nos Etats, quelles que soient leur religion, leur nationalité ou leur race. Cette sécurité s'étendra à leur personne respectée, à leurs biens sacrés et à leur réputation honorée »

Le Pacte et la constitution assurent leur liberté religieuse. Dans l'article 4 du premier texte, il est consacré en ces termes : « Nos sujets israélites ne subiront aucune contrainte pour changer de religion et ne seront pas empêchés dans l'exercice de leur culte » et dans le second : « les tunisiens non musulmans qui changeront de religion continueront à être sujets tunisiens et soumis à la juridiction du pays » Le domaine réservé aux juridictions rabbiniques est maintenu, le pacte fondamental le rappelle en ces termes : « Pour les mariages et les actes y relatifs, la puissance paternelle, la tutelle des orphelins, les testaments, les successions etc..., nos sujets non musulmans continueront à être soumis aux décisions de leurs juges religieux, qui seront nommés par nous, sur la proposition de leurs notables » (explication du Pacte fondamental, chap.1)

L'égalité devant la loi est accordée dans l'article 8 du Pacte : « Tous nos sujets musulmans ou autres, seront soumis également aux règlements et usages dans ce pays. Aucun d'eux ne jouira à cet égard de privilège sur un autre » et l'article 88 de la constitution de 1861 : « Tous les sujets du royaume, à quelque religion qu'ils appartiennent, sont égaux devant la loi, dont les dispositions sont applicables à tous indistinctement, sans avoir égard ni à leur rang, ni à leur position ». L'égalité proclamée met fin aux discriminations fiscales et en particulier à l'impôt de Jezya. Celui-ci aurait cependant déjà été aboli, aux alentours de 1856, quand un nouvel impôt, la majba fut instauré et appliqué à l'égard de tous les sujets tunisiens.

On met fin à l'interdiction qui était faite aux juifs tunisiens de posséder un immeuble, « Tous nos sujets, quelle que soit leur religion, pourront posséder des biens immeubles et ils en auront la disposition pleine et entière » (explication du Pacte fondamental, chapitre III) Elle découle du principe de l'égalité devant la loi proclamé dans l'article 88 de la constitution et des articles 93, 95 et 96 qui posent les mêmes règles pour « tout sujet tunisien, sans distinction de religion qui est propriétaire de biens immeubles dans le royaume » (article 95)

Le pacte garantit que les juifs seront jugés en matière pénale avec équité, en proclamant dans son article 4 que « lorsque le tribunal criminel aura à se prononcer sur la pénalité encourue par un sujet israélite, il sera adjoint au dit tribunal des assesseurs également israélites » Si la règle n'est pas reprise expressément dans la constitution de 1861 qui se contente de prévoir des tribunaux de police correctionnelle et des tribunaux civils et criminels ainsi qu'une possibilité de recours contre les arrêts de ces dernières juridiction devant le tribunal de révision, elle découle de l'accès égal de tous les fonctions, y compris la fonction publique dont étaient exclus les juifs et donc en particulier à celle de la magistrature. L'article 78 de la constitution dispose à cet effet que « tout sujet tunisien qui n'aura pas été condamné à une peine infamante, pourra arriver à tous les emplois du pays, s'il en est capable... »

Le pacte et la constitution furent suivies de décisions mettant fin aux diverses discriminations auxquelles étaient assujettis les juifs de Tunisie. Un Décret en date du 15 septembre 1858 accorde expressément aux juifs le droit de se coiffer d'une chéchia rouge, comme les musulmans. Les juifs enlevèrent la calotte, mais continuèrent à s'envelopper la tête d'un turban bleu foncé¹⁰. Le même Décret leur accorde expressément le droit d'être propriétaire d'immeubles à la ville, comme à la campagne et plus tard, ils furent autorisés à s'établir en dehors de la hara de Tunis. La jézya ayant été déjà abolie, ne restaient plus que les droits de douane qui devinrent identiques pour tous les tunisiens.

4. L'émergence d'un droit de la nationalité et la réglementation du statut des étrangers

¹⁰ P.Sebag, p. 119.

En même temps qu'apparaît l'ébauche d'un droit de la nationalité est réglementée la condition des étrangers

a. le droit de la nationalité

La constitution de 1861 est le premier texte qui ait régi la nationalité tunisienne. Ses dispositions sont embryonnaires et découlent des articles 92 et 93 de la constitution. On institue un service militaire obligatoire à tout tunisien « né dans le royaume » ; c'est donc la naissance en Tunisie qui donne la nationalité tunisienne. Celle-ci est perpétuelle, elle ne se perd pas. Contrairement à la définition moderne de la nationalité, la nationalité ne se base pas sur une libre adhésion, elle n'a pas un caractère contractuel, puisque l'allégeance est perpétuelle.

Mais elle s'en rapproche à d'autres niveaux. Dans la mesure où la constitution de 1861 donne essentiellement une définition abstraite et universelle des droits, elle dessine une conception moderne de la nation construite autour d'un principe politique universel et abstrait : les individus – masculins- doivent être égaux devant la loi. La souveraineté appartient au corps politique formé par ses citoyens (sujets) libres et égaux. L'article 9 de la constitution de 1861 dispose à cet égard : 'Tout prince, à son avènement au trône, doit prêter serment, en invoquant le nom de Dieu, de ne rien faire qui soit contraire aux principes du Pacte fondamental et aux lois qui en découlent, et de défendre l'intégrité du territoire tunisien' Il en est de même des ministres et de tout fonctionnaire de l'Etat : 'Le chef de l'Etat devra faire prêter serment à tous les fonctionnaires, civils et militaires. Le serment est conçu en ces termes : 'Je jure par le nom de Dieu d'obéir aux lois qui découlent du Pacte fondamental et de remplir fidèlement tous mes devoirs envers le chef de l'Etat' (article 10)

Les dispositions lapidaires relatives à la nationalité (la naissance en Tunisie), ne permettent pas de distinguer clairement entre tunisiens et étrangers dont on réglemente cependant la condition.

b. La réglementation de la condition des étrangers

Le chapitre XIII et dernier de la constitution de 1861 est intitulé « des droits et devoirs des sujets étrangers établis dans le royaume » Il leur ait accordé la liberté d'exercer leur religion et ce dans les articles 105 et 106 qui disposent respectivement : « Une liberté complète est assurée à tous les étrangers établis dans l'Etat tunisien quant à l'exercice de leurs cultes » ; « Aucun d'eux ne sera molesté au sujet de ses croyances, et ils seront libres d'y persévérer ou de les changer à leur gré. Leur changement de religion ne pourra changer ni leur nationalité, ni la juridiction dont ils relèvent »

La constitution leur accorde la sécurité quant à leurs personnes et leurs biens (articles 107 et 109), le droit d'exercer le commerce, d'importer des biens ou des marchandises dans les mêmes conditions que les tunisiens, en payant les mêmes droits. En revanche, la constitution leur interdit de posséder des biens immobiliers et ce, dans l'article 113 du code qui dispose : « L'article 11 du Pacte fondamental avait accordé aux sujets étrangers la faculté de posséder des biens immeubles à des conditions à établir ; mais quoique tout ce qui résulte du pacte fondamental soit obligatoire, en considérant l'état de l'intérieur du pays, il a été reconnu impossible d'autoriser les sujets étrangers à y posséder, par crainte des conséquences. Aussi une loi spéciale désignera les localités de la capitale et ses environs, et des villes de la côte et leurs environs, où les étrangers pourront résider....)

La sauvegarde de la souveraineté tunisienne par l'interdiction pour les étrangers de posséder des immeubles s'est accompagné de leur soumission aux tribunaux tunisiens, au lieu et place des tribunaux consulaires dont ils relevaient et ce, conformément à l'article 114 de la constitution de 1861. Celui-ci dispose que : « Les créatures de Dieu devant être égales devant la loi, sans distinction, soit à cause de leur religion ou de leur rang, les sujets étrangers établis dans nos Etats, et qui sont appelés à jouir des mêmes droits et avantages que nos propres sujets, devront être soumis, comme ceux-ci, à la juridiction des divers tribunaux que nous avons institué à cet effet. Les plus grandes garanties sont données à tous, soit par le choix des juges, soit par la précision des codes d'après lesquels les magistrats doivent juger, soit par les divers degrés de juridiction, et pourtant, afin de donner une sécurité plus grande, nous avons établi dans le code civil et criminel que les consuls ou leurs délégués seront présents devant tous nos tribunaux dans les causes ou procès de leurs administrés »

La constitution de 1861, première charte des droits en Tunisie, a été suspendue trois ans après sa promulgation. Les réformes politiques et administratives entreprises ont entraîné une augmentation des dépenses publiques qui a conduit au doublement du taux de l'impôt personnel, la majba, suite notamment à l'emprunt fait par l'Etat sur la place financière de Paris. Déjà très impopulaire, la majba qui a vu son taux doubler a conduit à la révolte de la population sous la conduite de Ali Ben Ghedahoum. Le peuple demandait non seulement le retour de l'impôt à son taux ancien, mais aussi l'abrogation de la constitution « dont le chroniqueur Ahmed Ibn Abi Dhiaf affirme qu'elle n'a jamais été bien expliquée au peuple » L'hostilité à l'égard de la constitution était nourrie de l'hostilité à l'égard d'un pouvoir que l'on estimait corrompu, à la solde des puissances étrangères. Une escadre internationale mouille dans les eaux de Tunis, prête à intervenir pour protéger ses ressortissants. Inquiets par celle-ci, surpris par l'ampleur de la révolte, le pouvoir fait machine arrière, un Décret en date du 19 avril 1864 suspend le doublement du taux de la majba, et le Conseil suprême suspend la constitution le 1^{er} mai 1864. Suspendue, la constitution de 1861, restera néanmoins « une référence mémorable dans la conscience des éléments réformateurs » L'esprit qui a présidé à son élaboration sera repris par le mouvement de libération nationale mené par Bourguiba, héritier spirituel de Kheireddine qui fut le véritable artisan des réformes bien qu'il ne fut nommé premier ministre qu'en 1873.

c. La suspension de la constitution de 1861

La constitution suspendue, les étrangers continuèrent à relever des tribunaux consulaires de leur nation. Les juifs tunisiens, malgré l'amélioration de leur condition suite à la promulgation du Pacte fondamental notamment, continuaient à subir l'arbitraire de l'administration et de la justice. Ils étaient généralement plus sévèrement punis que les musulmans et, lorsqu'ils portaient plainte contre des agressions, celles-ci n'étaient pas suivies d'effets. Pour se mettre à l'abri de cet arbitraire, « de nombreux juifs, appartenant pour la plupart à la classe fortunée, se sont efforcés d'obtenir des patentes de protection des puissances européennes... »¹¹. Devenus protégés d'une puissance capitulaire, les juifs continuaient à relever de leurs propres tribunaux religieux, les tribunaux rabbiniques, mais ils relevaient des tribunaux consulaires pour les affaires civiles et commerciales et, en matière pénale, s'ils étaient jugés par les tribunaux tunisiens ils avaient le droit, comme tous les ressortissants des puissances capitulaires, d'être représentés par les consuls de la nation dont ils avaient obtenu la protection.

Un Décret pris en juillet 1866 considère en ces termes que ces patentes de protection ne sont pas reconnues par les autorités tunisiennes: « Nous avons appris que plusieurs de nos sujets se prévalent aujourd'hui de la protection des nations étrangères dont les consulats leur auraient délivré des patentes à cet effet. Il est porté à la connaissance des consuls que nous ne reconnaissons aucune protection accordée aux tunisiens, et que nous continuerons à considérer et à traiter ceux qui sont munis d'une patente comme nos propres sujets »

Le Décret n'empêcha pas les patentes de protection de continuer à être accordées par les puissances étrangères qui y trouvaient leur intérêt, selon la devise 'diviser pour mieux régner'. Cette stratégie de dépeuplement ou de dénationalisation, qualifiée par Elyas Sanbar de véritable « rafle »¹² des minorités religieuses, continuée sous le protectorat contribuera à rompre définitivement l'équilibre qui existait, malgré les discriminations, entre les communautés juive et musulmane. Un statut intermédiaire naît, entre étranger et national, le statut de protégé.

II. Le protectorat

Le traité du Bardo (1881) place la Tunisie sous protectorat français. Les autorités tunisiennes gardent, selon le traité, toutes leurs prérogatives sur le plan interne, mais perdent l'exercice de la souveraineté sur le plan international, l'article 6 du Traité du Bardo disposant que la France assure « la protection des intérêts tunisiens et des nationaux de la régence à l'étranger » et que le Bey ne peut plus conclure

¹¹ P.Sebag, p. 129.

¹² F.Mardam-Bey et E.Sanbar, *être arabe, entretiens avec C.Kantcheff*, Actes Sud, Sindbad, 2005, p.26-27.

de convention internationale « sans en avoir donné connaissance au gouvernement français et sans s'être préalablement entendu avec lui ». Un droit d'ingérence dans les affaires intérieures sera néanmoins accordé dans la Convention de la Marsa (1883), conformément à son article 1 qui dispose que : « Afin de faciliter au gouvernement français l'accomplissement de son protectorat, son altesse le Bey de Tunis s'engage à procéder aux réformes administratives, judiciaires et financières que le gouvernement français jugera utiles » Le Bey, s'il conserve son pouvoir législatif, l'initiative des lois appartient à la France. Le résident général français obtient expressément par le Décret du 10 novembre 1884 le droit « d'approuver au nom du gouvernement français la promulgation et la mise en exécution, en Tunisie, de tous les Décrets rendus par son Altesse le Bey »

Conformément à ces dispositions, les autorités tunisiennes perdent tout pouvoir de décision relativement à la condition des étrangers en Tunisie. A la suite de traités conclus avec la France, les anciennes puissances capitulaires, si elles acceptent de renoncer à leur privilèges consulaires, c'est à la condition que leurs ressortissants, dont la condition est réglémentée dans les traités eux-mêmes, soient jugés par les tribunaux français. C'est ce que leur accorda le Décret Beylical du 5 mai 1883 : « Les nationaux des puissances amies dont les tribunaux consulaires seraient supprimés deviendraient justiciables des tribunaux français » L'installation des tribunaux français de Tunisie mettra ainsi fin aux juridictions consulaires. Leur compétence est étendue puisqu'elles connaissent de tous les litiges mettant en cause un ressortissant des anciennes puissances consulaires, un français et pour tous les litiges mixtes c'est-à-dire avec un tunisien.

Quant à la nationalité, si le Bey conserve son pouvoir en la matière, il devra prendre en considération les dispositions françaises relatives à l'octroi de la nationalité française en Tunisie.

1. Nationalité française en Tunisie : La politique de dépeuplement ou de dénationalisation

Durant le protectorat, plusieurs mesures ont été prises pour faciliter l'octroi de la nationalité française des tunisiens ou des étrangers¹³.

Un premier Décret présidentiel, promulgué le 28 février 1899, règlementa les conditions de naturalisation française des étrangers et des tunisiens. Ceux là pouvaient obtenir leur naturalisation française au terme d'une résidence de trois ans en Tunisie, réduite à une année, s'ils avaient épousé une française ou rendu des services exceptionnels à la France. Pour les tunisiens, il fallait remplir l'une des conditions suivantes : avoir servi pendant 3 ans au sein des armées de terre ou de mer ; avoir rempli des fonctions ou emplois civils rétribués par le Trésor français ; avoir rendu des services exceptionnels à la France. Ce Décret ne fut pas suivi de beaucoup de naturalisations par des tunisiens, notamment des juifs qui pouvaient difficilement remplir ces critères, n'étant admis ni au service militaire, ni à la fonction publique. Aussi fut il modifié une première fois par un Décret présidentiel en date du 3 octobre 1910.

Celui-ci maintient les règles relatives à la naturalisation des étrangers et modifie celles des tunisiens qui ne peuvent remplir la condition de service militaire. Ceux-ci pourront néanmoins obtenir leur naturalisation s'ils remplissent l'une des conditions suivantes ; a. Avoir obtenu l'un des diplômes suivants : licence es lettres, licence es sciences, doctorat en droit, doctorat en médecine, doctorat en pharmacie, diplôme de fin d'études délivré par l'école centrale des arts et manufactures, par l'école des ponts et chaussées, par l'école supérieure des mines, l'institut national agronomique, les écoles nationales d'agriculture de Grignon, Montpellier et Rennes, l'école nationale des Eaux et forêts, l'école des hautes études commerciales et les écoles supérieures de commerce reconnues par l'Etat ; ou encore un prix ou une médaille dans les concours annuels de l'école nationale des beaux arts, du conservatoire de musique et de l'école nationale des arts décoratifs.

b/ Avoir épousé une française, en cas d'existence d'enfants nés de ce mariage et pourvu que celui-ci n'ait pas été dissous par la répudiation.

¹³ R. Jambu-Merlin, « La nationalité en Tunisie d'après la Convention franco-tunisienne sur la situation des personnes », *R.T.D.* 1955 (?), p.143 et svts.

c/ Avoir rendu en Tunisie, pendant plus de dix ans, des services importants aux intérêts de la France.

d/ Avoir rendu à la France des services exceptionnels.

Le Décret ajoute que la nationalité française obtenue par le tunisien peut être étendue à l'épouse si elle le demande, à ses enfants mineurs, sans faculté de répudiation.

Peu de naturalisations ont été enregistrées depuis la promulgation de ce Décret, les conditions de diplôme exigées, en particulier, ne pouvaient que rarement être remplies, tout comme les délais impartis pour en bénéficier concernant les services rendus. Pris, essentiellement pour faciliter l'accès à la nationalité française des juifs tunisiens que beaucoup d'entre eux réclamaient, Paul Sébag écrit à cet égard : « En soumettant la naturalisation des israélites tunisiens à des conditions difficiles et en ne la permettant que dans un nombre restreint de cas, le gouvernement français a certainement tenu compte de l'opinion de la population française de Tunisie, qui n'était sans doute pas désireuse de voir les juifs accéder largement à la nationalité française et lui faire ainsi concurrence dans de nombreux secteurs d'activité qui lui étaient jusque là réservés. Il a tenu compte aussi de l'opinion de la population musulmane qui aurait certainement vu d'un mauvais œil les juifs accéder largement à la nationalité française et partager les privilèges des colonisateurs »¹⁴.

Si l'on excepte la loi française prise durant la première guerre mondiale de 1914-18 (loi du 5 août 1914 qui accorda la nationalité française à tous ceux qui s'engageraient dans les armées françaises), c'est la loi française du 20 décembre 1923 qui interviendra pour faciliter la naturalisation française pour les étrangers et les tunisiens. Celle-ci l'octroyait par le jus soli, à toutes les personnes nées en Tunisie de parents étrangers dont l'un d'eux y est lui-même né, dès lors qu'elles ne déclinaient pas la nationalité française dans l'année suivant leur majorité. Ainsi, les personnes nées en Tunisie de parents étrangers sont étrangers à la première génération, français avec la possibilité de décliner la nationalité française à la deuxième génération, français de droit à la troisième génération¹⁵. Un régime spécial était accordé aux italiens. Etaient exclus de ces règles, les enfants de parents italiens, les conventions franco italienne du 28 septembre 1896 permettant aux italiens de conserver leur nationalité d'origine. Mais la loi a permis l'accès à la nationalité française de nombreux étrangers, maltais, grecs ou espagnols¹⁶. (affaire de 1923 portée devant la CPJI, conflit entre Angleterre et France suite à cette disposition, à voir)

Cette loi avait pour objectif une politique de peuplement et visait très précisément à contrer le « péril italien ». Peu de français s'étaient installés en Tunisie alors que l'immigration italienne était importante, de plus ceux-ci avaient plus d'enfants que les français.

La loi facilitait aussi l'accès à la nationalité française par voie de naturalisation des étrangers. Pour ces derniers, la règle était la suivante : « Peuvent être naturalisés après l'âge de 21 ans accomplis, les étrangers qui justifient de trois années continues de résidence, soit en Tunisie, soit en France, soit en Algérie, soit dans les colonies ou les pays de protectorat français, et en dernier lieu en Tunisie. Ce délai est réduit à une année en faveur de ceux qui ont rendu à la France des services exceptionnels » (Article 3).

De même la loi de 1923 a facilité la naturalisation française des tunisiens. Ceux-ci étaient soumis à la même condition d'âge que pour les étrangers et s'ils remplissent les conditions suivantes :

a/ Avoir été admis à contracter, et avoir accompli, un engagement volontaire dans les armées de terre et de mer, suivant les conditions prévues par la loi du 13 avril 1910

b/ Avoir obtenu l'un des diplômes que la loi énumère, parmi lesquels figurent le baccalauréat d'études secondaires... » Auparavant il était nécessaire d'avoir un diplôme universitaire (licence)

¹⁴ P. Sebag, op.cit., p. 162-163.

¹⁵ P. Sebag

¹⁶ P. Sebag, *Histoire des juifs de Tunisie, des origines à nos jours*, Histoire et perspectives Méditerranéennes, L'Harmattan, 1991, p. 181.

c/ Avoir épousé, soit une française, soit une étrangère justiciable des tribunaux français du protectorat, en cas d'existence d'enfants issus de ce mariage, et pourvu que celui-ci n'ait pas été dissous par la répudiation.

d/ Avoir rendu à la France des services importants (Auparavant, ces services devaient être « exceptionnels »)

La femme et les enfants du naturalisé le suivaient dans sa nationalité, l'article 5 de la loi susvisée disposant que : « La femme majeure ou mineure, mariée à un étranger ou à un sujet tunisien qui se fait naturaliser français, et les enfants majeurs de l'étranger ou du sujet tunisien naturalisé peuvent, s'ils le demandent, obtenir la qualité de français, sans autres conditions, par le Décret qui confère cette qualité au mari, au père ou à la mère » Quant à l'article 6 de la loi, il disposait que : « Deviennent français les enfants mineurs d'un père ou d'une mère survivante, étrangers ou tunisiens, qui se font naturaliser français »

La loi a atteint son objectif, du moins dans un premier temps où le nombre de naturalisations d'étrangers et de tunisiens, juifs et musulmans, fut assez important. Mais le nombre de français ayant augmenté, l'administration française a été moins portée à favoriser la naturalisation, le « péril italien » étant écarté. Par ailleurs les naturalisations volontaires se sont faites moins nombreuses pour plusieurs raisons. D'une part, le mouvement national a condamné la naturalisation des tunisiens musulmans en l'assimilant à une apostasie. Il y eut plusieurs émeutes où la population refusa aux familles d'un naturalisé que celui-ci soit enterré dans un cimetière musulman. Quant aux juifs tunisiens, Paul Sebag explique leur moindre empressement à se faire naturaliser français par plusieurs facteurs : « Les traditionnalistes combattaient la naturalisation parce qu'elle signifiait l'abandon du statut personnel mosaïque et l'adoption du statut personnel défini par le code civil français, et qu'elle leur paraissait devoir accélérer la déjudaïsation de la population juive. Les sionistes la combattaient parce que pour eux, les juifs au lieu de se fondre dans une nation, quelle qu'elle fût, devaient s'employer à la création d'un Etat juif. Les communistes la combattaient parce que, pour eux, les tunisiens israélites devaient lier leur sort à celui des tunisiens musulmans »¹⁷

2. La nationalité tunisienne

Des Décrets Beylicaux du 19 juin 1914 et du 8 novembre 1921 ont fixé la nationalité tunisienne et n'ont pas mis fin au principe d'allégeance perpétuelle prévu par l'article 92 de la constitution du 26 avril 1861 qui disposait que: « Tout tunisien qui se sera expatrié, pour quelque motif que ce soit, quelle qu'ait été, du reste, la durée de son absence, qu'il se soit fait naturaliser à l'étranger ou non, redeviendra sujet tunisien dès qu'il rentrera dans le royaume de Tunis »

Le Décret de 1914 accordait la nationalité tunisienne selon son article premier à tout « individu résidant en Tunisie qui ne jouit pas de la qualité de citoyen ou sujet français ou étranger en vertu des traités ou conventions liant le gouvernement tunisien »

La nationalité tunisienne était donc déterminée par référence aux législations étrangères : celui qui n'a pas la nationalité étrangère est présumé tunisien.

Selon l'article 2 du Décret la nationalité tunisienne était accordée à tout individu « né en Tunisie ou à l'étranger d'un père tunisien, ou, si le père est inconnu, d'une mère tunisienne, antérieurement ou postérieurement à la promulgation du présent Décret et qui est résident en Tunisie ou à l'étranger ». Dans cette hypothèse, il importe peu que la personne possède aussi la nationalité étrangère.

Le Décret de 1921 introduit le jus soli par la double naissance en Tunisie conformément à son article premier qui dispose : « Est tunisien à l'exception des citoyens, sujets ou ressortissants de la puissance protectrice autres que nos sujets, tout individu né sur le territoire de notre royaume, de parents dont l'un y est né lui-même, sous réserve des dispositions des conventions ou traités liant le gouvernement tunisien »

¹⁷ P.Sebag, *op.cit.*, p.183.

Quant à l'article 2, il abroge le Décret de 1914 en ce qu'il a de contraire aux dispositions du Décret de 1921. En conséquence, devait être considéré comme abrogé l'article premier du Décret de 1914 qui posait une présomption de nationalité tunisienne aux personnes dépourvues de nationalité étrangères.

Cependant le jus soli posé dans le Décret de 1921 avait peu de chances d'être mis en œuvre, la loi de 1923 attribuant la nationalité française aux personnes nées en Tunisie d'un parent qui y est lui-même né et si un droit de répudier la nationalité française était possible, elle disparaissait avec la troisième génération.

Enfin, il faut préciser que la nationalité tunisienne ne pouvait s'acquérir par voie de naturalisation ou par le mariage, ni d'aucune autre manière. En réalité et, malgré les dispositions du Décret de 1921, la nationalité tunisienne était attribuée par le jus sanguinis, uniquement et, les dispositions de la constitution de 1861 étant toujours applicables, celle-ci était perpétuelle.

III. De l'autonomie interne à l'indépendance

Les conventions franco-tunisienne de 1955 ont attribué l'autonomie interne à la Tunisie.

L'une de ces conventions, relative à la condition des personnes, reconnaît le droit pour la Tunisie de légiférer en toute indépendance en matière de nationalité. L'article 7 de la Convention dispose à cet égard que : « La Tunisie pourra fixer librement sa législation sur la nationalité, sous réserve des dispositions prévues dans les articles suivants » Les articles qui suivent règlent notamment les conflits entre la nationalité française et tunisienne. L'article 8§a comporte l'engagement de la Tunisie de ne pas prendre de dispositions conduisant à accorder la nationalité tunisienne à des français d'origine. En revanche, elle autorise dans l'article 8§c qu'un français puisse devenir tunisien par voie de naturalisation. L'article 8§b al.1 qui dispose que : le gouvernement tunisien « s'engage à ne pas revendiquer comme ressortissants les nationaux tunisiens qui ont acquis ou acquerront la nationalité française par naturalisation individuelle » implique la reconnaissance par la Tunisie de la double nationalité. Enfin, les règles suivantes permettent l'abrogation par étapes des dispositions de la loi de 1923 et notamment celle permettant l'accès à la nationalité française par la triple naissance en Tunisie de parents étrangers (article 12) tout en maintenant la possibilité pour la France de naturaliser les étrangers résidant en Tunisie (article 11).

Le code de la nationalité fut promulgué durant cette période en janvier 1956. Code moderne, inspiré de la réglementation française de 1945, il a été entièrement refondu après l'indépendance, en 1966. Quant à la loi de 1968 relative à la condition des étrangers elle dispose dans son article premier : « Sont considérées comme étrangers au sens de la présente loi toutes les personnes qui ne sont pas de nationalité tunisienne, soit qu'elles aient une nationalité étrangère, soit qu'elles n'aient pas de nationalité ». Comme ailleurs, la distinction des nationaux et des étrangers découle des dispositions applicables à la nationalité du for : c'est en déterminant qui est tunisien que l'on désigne par défaut, les étrangers.

Nous étudierons donc d'abord le droit de la nationalité (Partie 1) puis la condition des étrangers (Partie 2)

Première partie : le droit de la nationalité

Nous traiterons du droit de la nationalité tunisienne (Chapitre 2) après avoir examiné les règles de la théorie générale de la nationalité (Chapitre 1)

Chapitre 1 : La théorie générale

Chaque Etat est compétent pour déterminer, selon les critères qu'il estime appropriés, quels sont ses nationaux (section 1), en conséquence, d'inévitables conflits de nationalité vont naître (Section 2)

Section 1 : La compétence internationale en matière de nationalité

La nationalité relève de la compétence exclusive des Etats ou « domaine réservé » (§1) avec néanmoins quelques limites (§2)

§1. Compétence exclusive des Etats ou « domaine réservé »

La règle a été posée dans l'avis n°4 du 7 février 1923 rendu par la CPJI, dans l'affaire des Décrets de nationalité en Tunisie et au Maroc et dans l'avis n°7 sur l'interprétation du traité des minorités du 28 juin 1919 entre la Pologne et les puissances alliées ; La règle est en général respectée par les Etats, aucun législateur ne s'occupe de réglementer la nationalité des Etats voisins.

On ne peut non plus, sans violer cette règle, décider à titre principal de la qualité d'étranger et ce quand bien même c'est fait par application des règles de l'Etat étranger. Un refus de reconnaissance de la décision étrangère qui aurait statué sur la qualité de tunisien est prévue dans l'article 8 du Code Tunisien de Droit International Privé. De même un refus de reconnaissance devrait s'attacher à la décision étrangère qui aurait statué sur la qualité de national d'un Etat tiers.

En revanche, à titre incident, il est possible de déterminer, par application des règles de l'Etat étranger si un individu a ou n'a pas sa nationalité. Ainsi, dans un conflit en matière civile (successions, filiation, capacité etc.), des juges étrangers peuvent être amenés à statuer sur la qualité d'une personne, établir une filiation et partant la qualité d'héritier. Une fois établie cette qualité, la question de savoir si la filiation établie à l'égard d'un tunisien lui octroie sa nationalité peut se poser à titre incident. La doctrine considère qu'une telle décision qui statue à titre incident en matière de nationalité peut être reconnue, à la condition toutefois qu'elle applique les règles du droit de la nationalité de l'Etat intéressé¹⁸. Il n'y a ici aucune atteinte à la souveraineté de l'Etat dont la nationalité est en cause ni à sa compétence exclusive¹⁹. Dans la mesure où le juge se contente de constater l'existence ou l'absence de nationalité étrangère, il ne décide pas au lieu et place de l'Etat étranger²⁰.

Il n'y a donc pas de conflits de lois possibles en matière de nationalité puisque aucun choix ne doit être fait entre plusieurs lois concurrentes. C'est la loi de l'Etat dont la nationalité est en cause qui est immédiatement désignée, non par une règle de conflit de lois, mais par une règle de droit international public. Il est vrai qu'un individu pourra se voir octroyer plusieurs nationalités et qu'un conflit de nationalité naisse, mais il ne s'agit pas ici d'un conflit de lois en matière de nationalité.

§2. Limites à l'utilisation de la compétence exclusive

Celles-ci ne peuvent être prévues que par des conventions internationales ou des règles générales du droit international public. L'article premier de la convention de la Haye du 12 avril 1930 (non ratifié par la Tunisie), après avoir posé le principe de l'attribution de compétence à l'Etat dont la nationalité est en cause, et réservé le rôle de traités, rappelle la nécessité d'un accord du droit de la nationalité avec « les coutumes internationales et les principes du droit généralement reconnus en matière de nationalité »

Le contenu de la coutume internationale est incertain, mais deux principes semblent la constituer qui ne font pas l'unanimité.

Le premier a été dégagé dans l'affaire Nottebohm rendu le 6 avril 1955 il implique la concordance du lien juridique de nationalité avec le rattachement effectif de l'individu à l'Etat : la nationalité y étant définie comme étant « un lien juridique ayant pour fondement un fait social d'attachement, une solidarité effective d'existence, d'intérêts et de sentiments, jointe à une réciprocité de droits et de devoirs » (arrêt Nottebohm, rapports de la CIJ 1955, p. 23). En conséquence, Nottebohm, sujet allemand établi au Guatemala et qui avait obtenu une naturalisation au Lichtenstein (perdant de ce fait la nationalité originelle, allemande) alors qu'aucun rattachement réel ne le justifiait, ne pouvait bénéficier de la protection diplomatique que le Lichtenstein lui offrait dans son différend avec le Guatemala » Mais une sentence arbitrale a été rendue en sens contraire, trois ans plus tard par la Commission de conciliation italo-américaine dans l'affaire flegenheimer (20 septembre 1958, Ann.Suisse, 1961, 155.) Elle décide que « la théorie de la nationalité effective...manque de fondement assez sûr pour pouvoir l'emporter sur une nationalité qui s'appuie sur un droit étatique »

¹⁸ P.Mayer, V.Heuzé, *Droit international privé*, 9^{ème} éd., n°846, p.627 ; M.-L.Niboyet, G.de Geouffre de la Pradelle, *Droit international privé*, LGDJ, 2007, n°783, p.555.

¹⁹ *Contra*, N.Gara, « Les cas de compétence internationale exclusive des juridictions tunisiennes, approche critique de l'article 8 du code de DIP », Mélanges en l'honneur du professeur M.L.Hachem, *La passion du droit*, p.330 et s., spéc. P. 333-334.

²⁰ M.-L.Niboyet, G.de Geouffre de la Pradelle, *op.cit.*

Le principe de l'effectivité est cependant en général respecté par les Etats, même si on peut douter de sa qualité de principe général de droit public.

Le second principe est celui qui obligerait l'Etat annexant à accorder sa nationalité aux nationaux de l'Etat cédant, afin d'éviter l'apatridie. La pratique internationale est dans ce sens.

Section 2 : Les conflits de nationalité

Il peut y avoir soit un cumul de nationalité (§1), soit absence de nationalité ou apatridie (§2)

§1 : Le cumul de nationalité

Le cumul de nationalités est une situation fréquente. Ainsi par exemple un enfant dont les père et mère n'ont pas la même nationalité, peut - dans la mesure à tout le moins que le droit de la nationalité soit égalitaire et permette à l'homme comme à la femme de donner leur nationalité à leurs enfants - avoir une double nationalité. Une autre cause fréquente de la double nationalité c'est que plusieurs pays accordent la nationalité par la filiation, le jus sanguinis, et par le jus soli, la naissance ou la résidence. De même, le mariage avec un étranger conduira souvent à une situation de double nationalité, dans la mesure où les époux pourront acquérir la nationalité de l'autre, tout en conservant leur nationalité originelle. Les femmes mariées conservent, après en avoir été longtemps privées, leur nationalité quand elles épousent un étranger et elles peuvent, dans la plupart des systèmes juridiques accéder facilement à la nationalité de leur mari. La double ou pluri nationalité est en général ressentie comme un avantage, encore qu'elle puisse aussi avoir des inconvénients, dans la mesure où on acquiert avec les droits liés à la nationalité, des obligations, comme le service militaire. Nous examinerons d'abord les solutions qui y sont apportées (A), puis les réductions apportées aux hypothèses de cumul (B)

A/ Solutions

L'attitude à l'égard du cumul de nationalités sera différente selon l'organe saisi. Ainsi, une juridiction internationale, face à un Etat qui se prétend compétent à l'égard d'un national, retiendra cette nationalité et n'aura pas à rechercher si l'individu a ou non une autre nationalité, sauf s'il constate que la nationalité dont se prévaut l'Etat à l'égard de l'individu est ineffective et ce, par application de la jurisprudence Nottebohm. Dans ce cas, elle considérera que cette nationalité est inopposable à l'autre Etat dont l'individu est aussi le national.

En revanche, si deux Etats veulent exercer leur protection diplomatique à l'égard d'un même individu, il y a ici un véritable conflit résolu par application de l'article 4 de la Convention de la Haye du 12 avril 1930. Celui-ci dispose que : « Un Etat ne peut exercer sa protection diplomatique au profit d'un de ses nationaux à l'encontre d'un Etat dont celui-ci est aussi le national »

Devant les juridictions étatiques, deux situations peuvent se poser. La première est celle de l'existence de conventions bilatérales signées, par exemple, entre la Tunisie et le Maroc. Dès lors que le juge tunisien constatera que la personne a la nationalité marocaine, il lui appliquera le bénéfice de cette convention, sans rechercher si l'individu a une autre nationalité et quand bien même celle-ci serait plus effective.

La deuxième est prévue par le code de droit international privé, dans l'article 39. Lors de l'application de la loi nationale, en particulier pour résoudre une question de statut personnel, le juge tunisien pourra se trouver devant deux situations.

La personne a deux nationalités étrangères, comme le juge ne pourra appliquer que l'une d'elles, il appliquera la nationalité la plus effective. La solution est généralement admise en droit comparé et elle est conforme à l'article 5 de la Convention de la Haye de 1930, encore que sa formulation générale ne donne pas directement la solution d'appliquer la nationalité la plus effective, mais se contente de prescrire que : « Dans un Etat tiers, l'individu possédant plusieurs nationalités devra être traité comme s'il n'en avait qu'une »

Comment se mesure l'effectivité de la nationalité ? Il faut rechercher avec quel Etat l'individu a les liens les plus étroits en utilisant des critères tels que la résidence habituelle, le centre de ses activités,

ses liens familiaux, la langue habituellement pratiquée, le comportement (droit de vote, service militaire..) Certains révèlent une « nationalité effective d'allégeance », d'autres « une nationalité effective de proximité ».

La personne a aussi la nationalité du for, la nationalité tunisienne, alors celle-ci l'emporte. La règle est elle aussi largement admise et reconnue par l'article 3 de la Convention de la Haye du 12 avril 1930 : « Un individu possédant deux ou plusieurs nationalités pourra être considéré par chacun des Etats dont il a la nationalité comme son ressortissant »

Certains effets du cumul, comme l'obligation militaire, est généralement réglée par voie conventionnelle, de manière à ce que la personne ne fasse son service que dans l'un des Etats dont elle possède la nationalité.

B. Réduction des hypothèses du cumul

La Convention de la Haye du 12 avril 1930 pose le principe que tout individu possédant deux nationalités acquises sans manifestation de volonté de sa part puisse renoncer à l'une d'elles. La renonciation est subordonnée à une autorisation de l'Etat qui n'est invité à l'accorder que si l'individu a sa résidence habituelle et principale à l'étranger (article 6).

Le code tunisien de la nationalité prévoit la possibilité de perte de la nationalité pour celui qui acquiert une autre nationalité à la suite d'une manifestation de sa volonté. Article 30 alinéa 2 : 'En cas d'acquisition volontaire d'une nationalité étrangère par un tunisien, la perte de la nationalité tunisienne ne peut être prononcée que par Décret'

La Convention des Nations Unies du 20 février 1957 sur la nationalité de la femme mariée (adhésion le 24/1/1968) exclut tout effet automatique du mariage sur la nationalité de la femme.

§2.L'apatridie

Celui qui ne possède pas de nationalité parce qu'aucun Etat ne le considère comme son ressortissant bénéficie d'une protection internationale (A) et des mesures sont prises sur le plan international et interne pour réduire les cas d'apatridie (B).

A. La protection internationale

Il faut distinguer entre réfugié et apatride. Le réfugié peut être apatride, comme il peut ne pas l'être. Le réfugié qu'il soit ou non apatride est, selon la définition donnée par la Convention de Genève du 28 juillet 1951 et du protocole de New York du 31 janvier 1967 (ratifiés par la Tunisie), celui qui « craignant avec raison d'être persécuté 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 ou qui, si elle n'a pas de nationalité et se trouve hors du pays dans lequel elle avait sa résidence habituelle ne peut, ou en raison de ladite crainte, ne veut y retourner» La définition qu'en donne la Convention de L'Unité Africaine de 1969 'Convention régissant les aspects propres aux problèmes des réfugiés en Afrique' est plus large. Elle ajoute à la définition donnée par la Convention de Genève celle-ci : Article 1.2 : 'Le terme 'réfugié s'applique également à toute personne qui, du fait d'une agression, d'une occupation extérieure, d'une domination étrangère ou d'événements troublant gravement l'ordre public dans une partie ou dans la totalité de son pays d'origine ou du pays dont elle a la nationalité, est obligée de quitter sa résidence habituelle pour chercher refuge dans un autre endroit à l'extérieur de son pays d'origine ou du pays dont elle a la nationalité' Le réfugié apatride bénéficie comme les autres réfugiés d'une protection internationale assurée par le Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés (HCR)

La Convention relative au statut des apatrides, (ratifiée par la loi du 9/5/1969, JORT n°19 du 13 mai 1969, p.580, non publiée), le soumet, concernant son statut personnel, à la loi du pays de son domicile et, à défaut de celle du pays de sa résidence avec néanmoins le respect des « droits précédemment acquis par l'apatride et découlant du statut personnel, et notamment ceux qui résultent du mariage » Les mêmes dispositions s'appliquent pour les réfugiés non apatrides, conformément aux dispositions de la Convention de Genève de 1951.

B. Prévention de l'apatridie

Deux conventions internationales, la Convention de la Haye de 1930 (non ratifiée par la Tunisie) et la Convention du 20 août 1961 sur la réduction des cas d'apatridie (entrée en vigueur en 1975, ratifiée par la Tunisie, loi du 21 mars 2000, JORT n°24 du 24/3/2000, p.679, publiée par D. du 18/9/2000, JORT n°78 du 29/9/2000) posent un certain nombre de règles dont le but est l'élimination de l'apatridie. Certains de ces règles ont été reprises en droit tunisien comme l'octroi de la nationalité tunisienne à l'enfant trouvé en Tunisie et ce, conformément à son article 1 qui dispose : « Tout Etat contractant accorde sa nationalité à l'individu né sur son territoire et qui, autrement serait apatride » et son article 2 : 'L'enfant trouvé sur le territoire d'un Etat contractant est, jusqu'à preuve du contraire, réputé né sur ce territoire de parents possédant la nationalité de cet Etat'.

Chapitre 2 : Le droit tunisien de la nationalité

Il n'y a aucune discrimination religieuse dans le code de la nationalité, la religion n'entre pas en considération dans l'octroi de la nationalité tunisienne. En revanche, des discriminations entre les sexes persistent encore. Nous examinerons successivement, les règles substantielles (Section 1), la perte, déchéance et retrait de la nationalité tunisienne (Section 2), le contentieux de la nationalité (Section 3) et sa preuve (Section 4)

Section 1 : Les règles substantielles déterminant l'octroi de la nationalité tunisienne

La nationalité tunisienne est soit attribuée soit elle peut être acquise. L'attribution de la nationalité signifie son octroi à l'individu dès sa naissance, en fonction de critères attribués en se plaçant au moment de celle-ci, elle est dite nationalité d'origine (§1). L'acquisition de la nationalité se dit de la nationalité octroyée de manière non rétroactive à un individu né non tunisien (§2).

§1 : L'attribution de la nationalité tunisienne

Elle se fait soit en raison de la filiation ou jus sanguinis (A), soit en raison du jus soli c'est-à-dire de la naissance en Tunisie (B). L'établissement de la filiation répond à des règles précises (C)

A. La filiation ou jus sanguinis

L'article 6 du Code de la nationalité, avant sa réforme par la loi du 1^{er} décembre 2010 était inégalitaire. Il considérait que : 'est tunisien, l'enfant né d'un père tunisien'. Le code distinguait entre le père et la mère et discriminait entre les deux. L'enfant né d'une mère tunisienne n'était tunisien que s'il remplissait deux conditions énumérées dans l'article 6 : Soit le père était inconnu ou n'avait pas de nationalité ou dont la nationalité était inconnue. Soit l'enfant était né en Tunisie d'un père étranger. Dans les deux cas, le sang de la mère n'était pas à lui seul suffisamment important pour l'attribution de la nationalité tunisienne. Il lui fallait être renforcé par le jus soli, la naissance en Tunisie et si dans le premier cas l'enfant était tunisien malgré l'absence de ce lien, c'était pour éviter que l'enfant ne soit apatride. Il y avait donc une inégalité flagrante entre le père et la mère que tous les systèmes juridiques ont connus, mais que peu à peu ils avaient réformé. Ainsi, en France, c'est une réforme introduite en 1973 qui a rétabli l'égalité. La ratification par la Tunisie de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes (CEDAW) ne l'a pas conduit à réaliser cette égalité puisqu'elle avait fait une réserve à l'article 9 de la convention qui proclame l'égalité de l'homme et de la femme dans la nationalité. La réserve a été levée et la loi du premier décembre 2010 établit l'égalité entre les hommes et les femmes. Il est désormais ainsi rédigé : 'Est tunisien, l'enfant né d'un père tunisien ou d'une mère tunisienne'

B. La naissance en Tunisie, le jus soli

Le jus soli n'est retenu que pour faire échec à l'apatridie (2) et lorsqu'il révèle un lien d'une certaine intensité avec la Tunisie (1)

1. Selon l'article 7 du Code de la nationalité, « Est tunisien, l'enfant né en Tunisie et dont le père et le grand père y sont eux-mêmes nés » Sont exclus de cette règle les enfants des agents du corps diplomatique et consulaire, selon un principe généralement admis par tous les systèmes juridiques. Les agents du corps diplomatique et consulaire ne s'installant ailleurs que pour des motifs

professionnels. Ce n'est donc qu'à la troisième génération qu'est attribuée la nationalité tunisienne en raison de la naissance en Tunisie. Et sur ce point, l'inégalité entre les hommes et les femmes est maintenue, la loi de 2010 ne l'ayant pas remise en cause, la lignée maternelle n'est ici pas prise en compte et maintient l'inégalité dans le droit de la nationalité. Une faculté de répudiation avait été accordée aux enfants nés avant l'entrée en vigueur du code. Ceux-ci pouvaient, une année avant leur majorité, répudier la nationalité tunisienne. La répudiation prenait effet lors de la déclaration et n'avait donc pas d'effet rétroactif. Perdaient toutefois leur faculté de répudiation, le mineur « qui contracte un engagement dans l'armée ou celui qui, sans opposer son extranéité, participe aux opérations de recrutement »

2. Réduction des cas d'apatridie : L'article 8 du code de la nationalité octroie la nationalité tunisienne à « l'enfant né en Tunisie de parents apatrides résidant en Tunisie depuis 5 ans au moins » et l'article 9 à « l'enfant né en Tunisie de parents inconnus » Toutefois, « il sera réputé n'avoir jamais été tunisien si, au cours de sa minorité, sa filiation est établie à l'égard d'un étranger et s'il a, conformément à la loi nationale de cet étranger, la nationalité de celui-ci » Enfin, l'enfant nouveau né trouvé en Tunisie est assimilé par une présomption simple comme un enfant né en Tunisie.

C. Etablissement de la filiation

L'enfant à qui est attribuée la nationalité par le jus sanguinis ou le jus soli est considéré comme tunisien dès la naissance même si les conditions requises par le code n'ont été établies que postérieurement à la naissance, sous réserve des droits acquis par les tiers et de la validité des actes passés par l'intéressé sur le fondement de la nationalité apparente possédée par l'enfant.

Le moment auquel se situe l'établissement de la filiation n'a pas de conséquence majeure, sauf à donner les précisions suivantes. La filiation établie après la naissance, durant la minorité ou à la majorité de l'enfant, donne la nationalité tunisienne avec effet rétroactif : l'enfant est 'réputé avoir été tunisien dès sa naissance' (article 11). Cette rétroactivité ne remet cependant pas en cause ni la validité des actes passés par l'intéressé sur le fondement de sa nationalité apparente ni les droits des tiers. Pour l'enfant né en Tunisie de parents inconnus, la règle posée dans l'article 9 signifie que si sa filiation est établie à l'égard d'un étranger durant sa minorité, il est réputé n'avoir jamais été tunisien. Après la majorité, la nationalité tunisienne ne peut être remise en cause.

§2 : L'acquisition de la nationalité tunisienne

La nationalité tunisienne peut s'acquérir soit par bienfait de la loi (A), soit par voie de naturalisation (B)

A. Acquisition par bienfait de la loi

Nous examinerons d'abord les hypothèses (a), puis la procédure (b) et les effets (c)

a/ Hypothèses

Avant la réforme de 2010, il y avait trois hypothèses d'acquisition de la nationalité par le bienfait de la loi : L'enfant né à l'étranger d'une mère tunisienne et d'un père étranger ; l'étrangère mariée à un tunisien et l'enfant étranger adopté par un tunisien. La première a été abrogée. 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 pouvait acquérir la nationalité tunisienne s'il en faisait la demande l'année précédant sa majorité, à l'âge de 17 ans et, avant cet âge, si ses père et mère en faisaient une déclaration conjointe. En somme, le consentement du père étranger était 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 nationalité tunisienne à l'accord d'une personne étrangère, le père. Et s'il refusait de donner son accord, l'enfant ne pouvait acquérir la nationalité tunisienne de la mère. Il est vrai cependant que, depuis 2002, une exception avait été introduite : en cas de décès du père, de sa disparition ou de son incapacité légale, la déclaration unilatérale de la mère suffisait (article 12 alinéa

3 tel que modifié par la loi du 21 janvier 2002)²¹. Mais il s'agissait toujours d'hypothèses exceptionnelles ce qui entretenait l'idée que la femme n'attirait pas à elle, que seul l'époux et le père attirait la famille et octroyait sa nationalité à ses enfants. Il s'agissait dans ces hypothèses d'une nationalité acquise par bienfait de la loi qui ne produisait ses effets qu'à la date de son obtention. L'enfant n'était donc pas considéré tunisien à la naissance. L'article 12 a été abrogé par la loi de 2010, l'enfant né d'un père ou d'une mère tunisienne ayant automatiquement la nationalité tunisienne. La loi de 2010 a néanmoins prévu des mesures transitoires pour les enfants nés à l'étranger d'une mère tunisienne et d'un père étranger et qui ont atteint l'âge de la majorité à la date de la promulgation de la loi de 2010. Ils peuvent obtenir la nationalité tunisienne par bienfait de la loi et ont un délai d'un an à partir de la date d'entrée en vigueur de la loi pour le faire.

Il ne reste plus dès lors, si l'on excepte ces dispositions transitoires, que deux hypothèses d'acquisition par bienfait de la loi : l'étrangère mariée à un tunisien (1) et l'enfant étranger adopté par un tunisien (2)

1/ L'étrangère mariée à un tunisien

Celle-ci acquiert la nationalité tunisienne au moment de la célébration du mariage, quand elle perd sa nationalité d'origine par le mariage avec un étranger. C'est donc une solution apportée à l'éventuelle apatridie de la femme. Les systèmes juridiques qui font perdre à la femme sa nationalité d'origine par le mariage avec un étranger sont cependant aujourd'hui rares, alors qu'auparavant, pratiquement tous faisaient perdre à la femme sa nationalité d'origine par le mariage avec un étranger. La femme devait suivre son mari et l'unité de nationalité s'opérait autour de la nationalité du mari. Dans la mesure où la femme garde sa nationalité d'origine, elle peut aussi réclamer la nationalité tunisienne, si le ménage réside en Tunisie depuis au moins 2 ans. La Tunisie a ainsi repris les principes énoncés dans la Convention sur la nationalité de la femme mariée de 1957 (ratifiée par la Tunisie en 1967, loi du 21/11/1967, JORT n°49 du 21-24 novembre 1967, p.1441. Publication : Décret du 4/5/1968, JORT n°19 du 7-10 mai 1968.)

Le mariage doit cependant être valide quant à la forme et au fond. Quant à la forme, l'article 29 dispose que : « le mariage ne produit effet quant à la nationalité que s'il est célébré en l'une des formes admises soit par la loi tunisienne, soit par la loi du pays où il a été célébré ». Si le mariage est annulé, la femme peut perdre la nationalité tunisienne.

2/ L'étranger mineur adopté par un tunisien

Conformément à l'article 18, il acquiert la nationalité tunisienne à compter de la date du jugement d'adoption, à condition toutefois de ne pas être marié. Il n'y a en revanche aucune disposition concernant la nationalité de l'enfant tunisien adopté par un étranger. La pratique actuelle ne donne pas la nationalité tunisienne à l'enfant adopté par un étranger. Celui-ci acquiert la nationalité étrangère de ses parents adoptifs, mais il n'a pas la nationalité tunisienne, ce qui est une anomalie. Pupille de l'Etat tunisien, l'enfant doit pouvoir être considéré tunisien et ne perd pas cette nationalité s'il est adopté par un étranger.

b/ La procédure

L'acquisition de la nationalité tunisienne est soumise à une déclaration préalable qui doit satisfaire aux conditions posées par l'article 39 du Code de la nationalité. A savoir, être dressée sur papier timbré en double exemplaire, comporter une élection de domicile, une signature légalisée sauf si la déclaration est faite par acte authentique (établie par un officier public), être accompagnée de toutes pièces justificatives et notamment des pièces d'état civil. Elle doit être déposée au ministère de la justice ou lui être adressée par lettre recommandée avec accusé de réception. Le ministère de la justice, s'il constate que l'intéressé remplit les conditions posées par la loi, il enregistre la déclaration. A défaut, il refuse de l'enregistrer et la décision de refus qui doit être motivée est notifiée à l'intéressé

²¹ Une réserve a été formulée par la Tunisie à l'égard des dispositions de la CEDAW (Convention de Copenhague sur la non discrimination à l'égard des femmes) 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.

qui peut se pourvoir devant le tribunal de première instance. Celui-ci décidera de la validité ou de la nullité de la déclaration.

c/ Les effets

La nationalité tunisienne, acquise par le bienfait de la loi, n'est pas rétroactive. L'individu acquiert la nationalité tunisienne à la date à laquelle la déclaration est enregistrée. L'adopté étranger l'acquiert à la date du jugement d'adoption.

Elle n'est pas non plus automatique. Dans les deux hypothèses de l'enfant né d'une tunisienne (dispositions transitoires) et de l'étrangère mariée à un tunisien, le président de la République « peut s'opposer, par décret, à l'acquisition de la nationalité tunisienne » Le Décret doit intervenir deux ans au plus à partir de la déclaration. Si celle-ci a fait l'objet d'un refus d'enregistrement, le Décret doit intervenir 2 ans au plus à partir du jour où la décision judiciaire qui en a admis la validité est passée en force de chose jugée. En cas d'opposition du président de la république, l'intéressé est réputé n'avoir jamais acquis la nationalité tunisienne.

La femme étrangère dont le mariage avec un tunisien est annulé par une décision tunisienne passée en force de chose jugée ou par une décision étrangère rendue exécutoire en Tunisie est réputée n'avoir jamais acquis la nationalité tunisienne.

Dans ce dernier cas, comme dans celui de l'opposition du président de la République, il ne sera cependant pas possible de remettre en cause la validité des actes antérieurement passés en qualité de tunisien et ce, conformément à l'article 17 qui dispose que : « Lorsque la validité des actes, passés antérieurement à la décision constatant la nullité du mariage ou au Décret d'opposition était subordonnée à l'acquisition par l'intéressé de la nationalité tunisienne, cette validité ne peut être contestée pour le motif que celui-ci n'a pu acquérir cette qualité »

B. La naturalisation

Pour pouvoir être naturalisé, il faut obéir à plusieurs conditions énumérées dans les articles 20 et suivants du Code de la nationalité tunisienne (a) la naturalisation sera suivie d'effets (c) après le respect de la procédure (b).

a/ Conditions

Une condition de résidence (1) et des conditions attachées à la personne même de la personne qui demande la naturalisation (2)

1. La résidence en Tunisie

L'étranger qui veut se naturaliser tunisien doit justifier d'une résidence habituelle en Tunisie, de 5 ans au moins. Sont cependant exempts de cette condition un certain nombre d'étrangers nommément désignés dans l'article 21 du code de la nationalité. A savoir, l'étranger qui justifie que sa nationalité d'origine était la nationalité tunisienne et celui qui a rendu des services exceptionnels à la Tunisie ou celui dont la naturalisation présente pour la Tunisie un intérêt exceptionnel dont doit rendre compte le ministre de la justice. Enfin, l'étranger marié à une tunisienne, si le ménage réside en Tunisie au moment de la demande. On constate ici une inégalité entre les hommes et les femmes. La femme étrangère du tunisien peut obtenir plus facilement la nationalité tunisienne, contrairement à l'époux étranger de la tunisienne, la naturalisation étant une procédure plus longue et plus compliquée que l'acquisition par bienfait de la loi, même si on le dispense de la condition de résidence.

2. Les conditions attachées à la personne

Un étranger qui a fait l'objet d'un arrêté d'expulsion ou d'assignation à résidence ne peut être naturalisé, sauf si l'arrêté a été annulé. La durée de l'assignation à résidence ne sera pas prise en considération pour le calcul de la résidence en Tunisie.

L'étranger doit être majeur, sain d'esprit et son état de santé ne doit « être ni une charge, ni un danger pour la collectivité. Il doit être de bonne vie et mœurs et n'avoir pas fait l'objet d'une condamnation supérieure à un an d'emprisonnement « non effacée par la réhabilitation, pour une infraction de droit

commun » Prononcées à l'étranger, ces condamnations pourront ne pas être prises en considération (article 23)

Enfin, il faut que l'étranger « justifie d'une connaissance suffisante, selon sa condition, de la langue arabe » (article 23)

b. la procédure

La demande de naturalisation doit être établie dans les mêmes formes et conditions que la déclaration de nationalité pour l'obtention de la nationalité tunisienne par le bienfait de la loi. Lorsque le ministère de la justice reçoit la demande, il procède à une enquête dont la durée ne doit pas excéder les 6 mois à compter du jour de la réception de la demande. Le ministre de la justice déclare la demande irrecevable, si les conditions prévues par la loi ne sont pas remplies. Il notifie la décision motivée à l'intéressé. Quand la demande est recevable, le ministre de la justice la soumet au président de la république. Celui-ci possède en revanche, un pouvoir discrétionnaire : « Il décide s'il y a lieu d'accorder ou de rejeter la naturalisation sollicitée » et ses décisions « ne sont pas motivées » Il peut aussi prononcer « l'ajournement de la demande, en imposant un délai ou des conditions. Ce délai une fois expiré, ou ces conditions réalisées, il appartient au postulant, s'il le juge opportun, de formuler une nouvelle demande » (article 45)

c/ Effets de la naturalisation

Comme l'acquisition par le bienfait de la loi, la naturalisation n'a d'effets qu'à compter du jour de l'acquisition (Décret). La nationalité tunisienne est étendue de plein droit aux enfants mineurs du naturalisé, sauf dispositions contraires du Décret de naturalisation.

L'étranger naturalisé n'obtient cependant pas tous les droits attachés à la qualité de tunisien. Pendant un délai de 5 ans à partir du Décret de naturalisation, il est soumis à un certain nombre d'incapacités. Il ne peut ainsi être investi de fonctions ou de mandats électifs pour l'exercice desquels la qualité de tunisien est nécessaire ; il ne peut être électeur ni occuper un « emploi vacant des cadres tunisiens », c'est-à-dire être fonctionnaire de l'Etat tunisien. Cependant, sur rapport motivé du ministre de la justice, l'étranger naturalisé peut être relevé de tout ou partie de ces incapacités. La levée de ces incapacités est soit faite par le Décret de naturalisation ou par un Décret ultérieur.

Section 2. Perte, déchéance et retrait de la nationalité tunisienne

§1 : La perte de la nationalité tunisienne

Il y a deux cas de perte de la nationalité tunisienne. La première est prévue quand le tunisien acquiert volontairement une nationalité étrangère. Elle peut être étendue à la femme et aux enfants mineurs non mariés de l'intéressé si ceux-ci ont eux-mêmes une autre nationalité. Elle n'est cependant étendue aux enfants mineurs que si elle l'est également à la femme (article 31). La perte de la nationalité tunisienne sanctionne ici un défaut de loyalisme envers la Tunisie. Elle est prononcée par Décret et les intéressés sont libérés de leur allégeance envers la Tunisie à la date du Décret. C'est une simple éventualité, l'obtention d'une nationalité étrangère ne fait pas perdre automatiquement la nationalité tunisienne. Avant la réforme de l'article 30 du code de la nationalité par la loi n°75-79 du 14 novembre 1975, l'obtention d'une nationalité étrangère faisait automatiquement perdre la nationalité tunisienne. Ce n'est plus le cas aujourd'hui et c'est ce qui explique la formulation négative de l'article 30 : « la perte de la nationalité tunisienne *ne peut être* prononcée que par Décret. En cas d'acquisition volontaire d'une nationalité étrangère par un tunisien, la perte de la nationalité tunisienne *ne peut être* prononcée que par Décret »

Le deuxième cas est celui du « tunisien qui, remplissant un emploi dans un service public étranger ou dans une armée étrangère, le conserve, passé le délai d'un mois après l'injonction de le résilier qui lui aura été faite par le gouvernement tunisien, à moins qu'il ne soit établi qu'il a été dans l'impossibilité de le faire. Dans ce dernier cas, le délai d'un mois court seulement du jour où la cause de l'impossibilité a disparu » (Article 32). Dans ce cas, la perte de la nationalité tunisienne s'explique en raison du refus d'obtempérer à une injonction du gouvernement.

§2. La déchéance de la nationalité tunisienne

Elle s'applique à ceux qui ont acquis la nationalité tunisienne et sanctionne soit une indignité, soit un défaut de loyalisme à l'égard de la Tunisie.

Défaut de loyalisme : Se rend coupable de défaut de loyalisme celui qui a acquis la nationalité tunisienne et « est condamné pour un acte qualifié de crime ou de délit contre la sûreté intérieure ou extérieure de l'Etat » ou « s'il se livre, au profit d'un Etat étranger, à des actes incompatibles avec la qualité de tunisien et préjudiciables aux intérêts de la Tunisie ». Dans cette hypothèse, il n'y a aucune condamnation judiciaire et l'appréciation de la déloyauté envers la Tunisie est soumise à la discrétion de l'administration.

L'indignité est quant à elle constituée par « la condamnation en Tunisie ou à l'étranger pour un acte qualifié de crime par la loi tunisienne et ayant entraîné une condamnation à une peine d'au moins 5 années d'emprisonnement » Une condamnation à l'étranger pour un acte qui n'est pas qualifié de crime par la loi tunisienne ne peut ainsi entraîner une cause de déchéance de la nationalité tunisienne.

Dans toutes ces hypothèses, la déchéance n'est encourue que si les faits se sont produits dans le délai de dix ans à compter de la date d'acquisition de la nationalité tunisienne. Elle ne peut être prononcée que dans un délai de 5 ans à compter de la perpétration de ces faits.

La déchéance peut être étendue à la femme et aux enfants mineurs (Elle n'est étendue aux enfants mineurs que si elle est étendue à la femme) non mariés de l'intéressé à condition qu'ils aient une autre nationalité et ce, afin d'éviter l'apatridie. En revanche, l'intéressé pourrait le devenir, s'il est déchu de la nationalité tunisienne et n'a pas conservé sa nationalité d'origine.

§3 : Retrait de la nationalité tunisienne

Le retrait ne s'applique qu'à la nationalité tunisienne obtenue par voie de naturalisation chaque fois qu'il « apparaît, postérieurement au Décret de naturalisation, que l'intéressé ne remplissait pas les conditions requises par la loi pour pouvoir être naturalisé » (article 36) C'est le cas, notamment, lorsque l'étranger a fait une fausse déclaration, employé des manœuvres frauduleuses ou présenté sciemment une pièce contenant une assertion mensongère ou erronée dans le but d'obtenir la naturalisation.

Le retrait est fait par Décret et doit intervenir dans un délai de deux ans à partir de la date de publication du Décret de naturalisation. Dans le cas de fraude, le Décret de retrait doit intervenir dans le délai de deux ans à partir de la découverte de la fraude.

Le Décret portant retrait de la nationalité tunisienne n'est pas rétroactif. La validité des actes accomplis antérieurement à sa date en sa qualité de tunisien ne peut être remise en cause.

A l'exception de la perte pour obtention volontaire d'une nationalité étrangère, sauf en ce qui concerne l'extension de la perte à la femme et aux enfants, les décisions de perte, déchéance et retrait de la nationalité tunisienne sont préalablement notifiées à l'intéressé par le ministre de la justice. S'il n'a pas de résidence connue, la mesure envisagée est publiée au journal officiel. L'intéressé possède un délai d'un mois à partir de la date de notification ou de publication au journal officiel pour présenter toutes pièces permettant d'être opposées à la décision. La décision ne pourra intervenir qu'après un délai d'un mois.

Les Décrets de naturalisation, perte, déchéance et retrait sont publiés au journal officiel et prennent effet à la date de leur signature. Ils ne portent pas atteinte à la validité des actes passés par l'intéressé, ni aux droits acquis par les tiers, antérieurement à la publication du Décret sur le fondement de l'extranéité de l'intéressé, dans le cas de naturalisation, ou de sa nationalité tunisienne dans les autres cas.

Section 3 : Le contentieux de la nationalité

Les règles du Code de la nationalité ne traitent que du contentieux de la nationalité tunisienne et ce n'est que de manière accessoire qu'ils se préoccupent de nationalité étrangère.

La nature du contentieux - qui est de constater le lien qui existe entre un individu et un Etat – explique que dans tout contentieux de la nationalité, le ministère public est partie au procès (articles 51 à 55).

Une copie de la requête (acte procédural à l'origine de la contestation) doit obligatoirement être déposée au ministère de la justice et aucune décision au fond ne peut intervenir avant l'expiration du délai de 30 jours à dater dudit dépôt. L'exercice des voies de recours est soumis aux mêmes formalités.

Une copie des jugements réglant une contestation en matière de nationalité doit être adressée au ministre de la justice et ce, dans les deux mois de leur prononcé et par le soin des greffiers des tribunaux.

Elle a une autorité erga omnes et ce, conformément à l'article 57 qui dispose : « Les décisions, rendues en matière de nationalité... ont, à l'égard de tous, par dérogation à l'article 481 du Code des obligations et des contrats, l'autorité de chose jugée »

Le tribunal de première instance est exclusivement compétent pour connaître du contentieux de la nationalité. L'action est portée devant le tribunal du lieu de résidence de celui dont la nationalité est en cause. S'il n'a pas de résidence en Tunisie, l'action est portée devant le tribunal du lieu de résidence du demandeur.

§1. L'action déclaratoire ou négatoire de nationalité tunisienne. §2. La contestation incidente de la nationalité tunisienne ou étrangère

§1. L'action déclaratoire ou négatoire de nationalité tunisienne

Par ailleurs, la nationalité caractérisant l'intéressé de façon permanente et conditionnant son état civil, elle doit pouvoir être constatée à tout moment – d'où l'admission d'une action déclaratoire ou négatoire de nationalité – et la décision s'impose à tous.

Toute personne peut saisir le tribunal de première instance d'une action dont l'objet principal et direct est de faire juger qu'il a ou n'a pas la nationalité tunisienne (article 51, alinéa 1) Le tribunal compétent territorialement est celui de son lieu de résidence. La personne assigne le procureur de la République qui sera défendeur à l'action et ce, conformément à l'article 51 qui dispose que : « Le procureur de la République près le dit tribunal est obligatoirement partie au procès... »

De même, le ministère public (par la voie du procureur de la république) peut « intenter contre tout individu une action dont l'objet principal et direct est d'établir si le défendeur a ou n'a pas la nationalité tunisienne » Dans ce cas, la personne a la qualité de défendeur. Dans les deux hypothèses, les tiers intéressés peuvent intervenir dans l'instance.

§2. La contestation incidente de la nationalité tunisienne ou étrangère

Lorsque la solution d'un litige (privé, pénal ou administratif) dépend de la possession par un individu d'une nationalité déterminée, les parties peuvent soulever l'exception de nationalité. L'exception de nationalité est d'ordre public, elle doit être soulevée d'office par le juge (article 49). Le juge doit surseoir à statuer sur le fond jusqu'à ce que la question soit tranchée. Si c'est le tribunal de première instance qui est saisi de l'exception, il tranche lui-même sur la question de nationalité. Si c'est une autre juridiction, il s'agit d'une question préjudicielle qui doit être portée devant le tribunal de première instance. Lorsque l'exception est soulevée devant une juridiction répressive, « celle-ci doit renvoyer à se pourvoir dans un délai de trente jours, soit la partie qui soulève l'exception de nationalité, soit le ministère public si la nationalité tunisienne est en cause et dès lors que la partie qui invoque la nationalité tunisienne possède un certificat de nationalité tunisienne ». Les parties devant le tribunal de première instance sont : le ministère public, l'intéressé, la partie qui invoque l'exception de nationalité.

Section 4 : La preuve de la nationalité

Nous examinerons d'abord la preuve de la nationalité tunisienne puis celle de la nationalité étrangère.

§1. Preuve de la nationalité tunisienne

Conformément à l'article 59, « la charge de la preuve en matière de nationalité, incombe à celui qui, par voie d'action ou par voie d'exception, prétend avoir ou non la nationalité tunisienne »

Celui qui possède un certificat de nationalité tunisienne est présumé tunisien jusqu'à preuve contraire, rapportée par celui qui la conteste. Le certificat de nationalité est délivré par le ministre de la justice à toute personne justifiant qu'elle a cette nationalité. Les autorités consulaires et diplomatiques représentant la Tunisie à l'étranger peuvent aussi délivrer ces certificats, mais seulement lorsque la nationalité tunisienne a été attribuée (articles 6 à 10) Le certificat indique la disposition légale en vertu de laquelle l'intéressé a la qualité de tunisien et les documents ayant permis de l'établir. En cas de refus de délivrance, l'intéressé peut intenter une action devant le tribunal de première instance. Le silence gardé par l'administration dans le délai d'un mois à compter de la demande, équivaut à un refus. Il fait foi jusqu'à preuve contraire.

Les procédés de preuve sont ceux du droit commun : preuve libre pour les faits juridiques 'purs' (résidence), preuve réglementée pour les faits d'état civil (naissance, filiation) et les actes juridiques (mariage, adoption)

L'existence d'une déclaration de nationalité se prouve par la production d'une copie enregistrée de la déclaration de nationalité, celle d'un Décret d'acquisition ou de perte, déchéance ou retrait, par une ampliation du Décret ou un exemplaire du JORT.

§2. Preuve de la nationalité étrangère

Aucune disposition du code de la nationalité ne traite de la question, même si celle-ci se pose dès lors qu'il y a exception d'extranéité.

En la matière, seul le droit du pays dont la nationalité est en cause s'applique. Seront applicables, l'ensemble des règles et décisions étrangères, les décisions administratives (Décret de naturalisation) et les jugements déclaratifs de nationalité, d'autant que ceux-ci ont en général un effet *erga omnes*. Pour l'application des règles, « il faut prouver l'existence des faits visés par son présupposé (par exemple : naissance et résidence dans le pays étranger)

Le code ne donne aucune indication, mais l'idéal serait que le juge tunisien parvienne à la même conclusion qu'un juge étranger, ce qui suppose qu'il utilise les mêmes règles que lui relativement à la charge de la preuve et aux procédés de preuve.

IIème partie : la condition des étrangers en Tunisie

Depuis la révolution du 14 janvier 2011 et la chute du régime destourien de Ben Ali, la Tunisie a vu des milliers de Tunisiens (25 000 selon les estimations actuelles) migrer de manière irrégulière en traversant le canal de Sicile vers l'île italienne de Lampedusa. En même temps, la Tunisie accueille un important flux de réfugiés d'origine nationale diverse (150 000), en provenance de la Libye voisine, en guerre civile depuis la mi février 2011. Les conditions économiques difficiles après la révolution qui a vu plusieurs entreprises cesser leurs activités, l'augmentation du taux de chômage en conséquence et le lent rétablissement de la sécurité du pays ajoutées à la mobilisation des forces de l'ordre à la frontière Sud sont parmi les principales causes de cette émigration irrégulière sans précédent vers l'Italie.

Ces circonstances rendent difficiles la transition démocratique qui a vu se succéder en l'espace de deux mois, trois gouvernements. Les réformes politiques d'ores et déjà engagées se sont attelées de manière prioritaire à améliorer l'état des libertés publiques. Et quoique l'immigration ne constitue pas actuellement une priorité, certaines de ces réformes ne manqueront pas de toucher la condition des étrangers en Tunisie. Ceux-ci, notamment les résidents de longue durée en Tunisie, époux ou épouses de tunisiens ou simplement travaillant en Tunisie ont, sinon participé à la libération de la Tunisie du moins ils ont soutenu le peuple tunisien dans sa lutte contre la dictature.

Or, les conditions d'entrée, de séjour et de travail des étrangers sont, dans la réglementation actuelle, particulièrement restrictives et procèdent d'une politique législative de fermeture à l'immigration. Le passé colonial explique sans aucun doute cette politique législative, matérialisée par une réglementation (1968) prise au lendemain de l'indépendance (1956). Les contraintes du

développement, un taux de chômage élevé expliquent le maintien de cette politique législative qui n'a été assouplie que dans deux domaines clés pour l'économie tunisienne, l'investissement étranger et le tourisme.

L'amélioration de la condition des étrangers est dès lors nécessaire d'autant qu'elle souffre dans la réglementation actuelle de sa non-conformité au droit international des droits de l'homme. Ainsi le Pacte sur les droits économiques, sociaux et culturels du 19 décembre 1966 consacre un certain nombre de droits (droit au travail, à la sécurité sociale, à l'éducation...) destinés à assurer une vie décente, et précise son article 2 que ces droits sont exercés sans discrimination de nationalité. Le Pacte sur les droits civils et politiques interdit la discrimination dans l'exercice des droits fondamentaux des individus, et régit l'expulsion des étrangers. Sous l'égide de l'OIT ont été conclues des conventions qui imposent aux Etats contractants des obligations profitant aussi bien aux étrangers qu'aux nationaux, et des conventions propres aux travailleurs migrants (par ex la conv. 118 : égalité de traitement des nationaux et des non nationaux en matière de sécurité sociale). L'ensemble de ces droits ont été regroupés dans la Convention internationale sur les droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille de 1990, non ratifiée par la Tunisie.

Nous examinerons successivement, l'entrée et la sortie de Tunisie (chapitre 1), le séjour (Chapitre 2) et l'intégration des étrangers (Chapitre 3)

Chapitre 1. L'entrée et la sortie de Tunisie

S'il y a un droit pour les nationaux d'entrer dans leur propre pays, ce droit n'existe pas pour les étrangers. Il est universellement admis que les étrangers n'ont pas un droit d'entrée sur le territoire d'un Etat dont ils ne sont pas les ressortissants et qu'il revient à chaque Etat de déterminer de manière souveraine les conditions d'entrée des étrangers sur son territoire, dont le non respect est passible de sanctions pénale et administrative. Un étranger ne peut donc entrer dans un pays qui n'est pas le sien contre le gré des autorités de ce pays²². Ce sont ces principes et règles qui sont actuellement en vigueur en Tunisie, dans la loi de 1968 relative à la condition des étrangers et la loi de 1975 telle que modifiée, notamment en 2004 et relative aux passeports et documents de voyage.

En revanche, le droit de sortir d'un pays est garanti pour les nationaux comme pour les étrangers. Nous examinerons d'abord les conditions d'entrée et de sortie du territoire tunisien (Section 1), puis nous examinerons l'infraction d'aide à l'entrée et à la sortie irrégulière du territoire tunisien ajoutée par la loi de 2004 portant réforme de la loi de 1975 relative au passeport (Section 2)

Section 1. Les conditions d'entrée et de sortie

L'entrée (§1) et la sortie des étrangers (§2) est strictement réglementée

§1. La réglementation de l'entrée

Un certain nombre de documents sont exigés pour entrer en Tunisie (A), mais cette entrée peut être refusée (B), même en cas de possession de ces documents

A. Les documents exigés

Tout étranger qui veut entrer en Tunisie doit être muni d'un passeport « en cours de validité, délivré par les autorités compétentes du pays dont il est le ressortissant » (loi de 1968)

L'étranger doit aussi être muni d'un visa d'entrée dont la demande est faite auprès des autorités diplomatiques ou consulaires tunisiennes à l'étranger et doit comporter des justificatifs de ressources pour la durée du séjour envisagé ainsi que les raisons du séjour.

L'octroi du visa est soumis à l'appréciation discrétionnaire de l'administration, son refus n'est pas motivé. Sont exemptés de visa, les ressortissants d'Etats ayant conclu des Conventions bilatérales ou régionales avec l'Etat tunisien. Plusieurs Conventions ont été signées par la Tunisie exemptant du visa l'étranger qui est ainsi autorisé à entrer sur simple présentation du passeport ou, éventuellement d'une simple carte d'identité en cours de validité. Cette dispense de passeport, généralement octroyée

²² J.Robert § J.Dufar, *Droits de l'homme et libertés fondamentales*, Montchrestien, 1999, 7^{ème} éd., 471

pour favoriser le tourisme ne permet que des séjours pendant une durée n'excédant pas les trois mois (article 7 loi du 8 mars 1968).

Les Conventions d'établissement prévoient la libre circulation des personnes entre les Etats signataires. Ainsi, sont exemptés de l'exigence du visa, les ressortissants des pays maghrébins (Libye, Algérie, Maroc). Sont pareillement exemptés de la formalité du visa les étrangers ressortissants des pays formant l'Union Européenne.

Les ressortissants des pays appartenant à la Communauté des Etats du Sahara et du Sahel (CEN-SAD) créée en 1998²³ pourraient aussi obtenir une exemption de visa. La Convention CEN-SAD, ratifiée par la Tunisie²⁴, mais non publiée, a notamment pour objectif de « garantir à la fois la liberté de circulation des personnes et des capitaux entre Etats membres et la liberté de résider, de travailler, d'acquérir des biens ou de mener une activité économique dans tel ou tel Etat membre »²⁵.

Les refus de visas ne sont pas motivés et l'administration dispose d'un large pouvoir discrétionnaire pour apprécier s'il y a lieu ou non de délivrer les visas. De *lege ferenda*, un recours devant les juridictions administratives tunisiennes contre les décisions de refus de visas devrait être autorisé et un « délai de distance » accordé, à l'instar de ce qui est admis dans certains ordres juridiques étrangers. Ce recours devrait pouvoir annuler toute décision dans laquelle est constatée une erreur manifeste d'appréciation des faits ou une atteinte disproportionnée à la vie familiale de l'intéressé (conjoint de tunisien, parent d'un enfant tunisien..).

B. Le refus d'entrée : le refoulement

L'entrée est refusée à tout étranger non muni des documents exigés ou dont l'authenticité est douteuse. En cas d'entrée irrégulière, l'étranger s'expose à des sanctions pénales prévues par les articles 23²⁶ et 24 de la loi de 1968²⁷ et à une mesure de refoulement, dont les frais ne pourront, en aucun cas, être imputés au budget de l'Etat tunisien.

Mais même en cas de possession de tous les documents nécessaires, l'étranger peut être refoulé. Le refoulement n'est cependant pas réglementé, or ceci s'avère nécessaire afin de sauvegarder les droits fondamentaux de l'étranger et pour éviter toute décision arbitraire et non fondée sur de réelles considérations d'ordre public. De nombreux abus avaient en effet été commis sous l'ancien régime qui usait fréquemment du refus d'entrée sur le territoire tunisien des défenseurs des droits de l'homme et des journalistes ayant publié des articles critiques du régime en place. Un délai devrait aussi être accordé à l'étranger avant l'exécution de la mesure afin que celui-ci puisse prévenir les personnes chez lesquelles il devait se rendre, son consulat ou un avocat de son choix.

Si l'étranger expulsé est dans l'impossibilité de quitter la Tunisie, la loi de 1968 prévoit son assignation à résidence. L'étranger doit, dans ce cas, se présenter régulièrement au Poste de Police ou de la Garde Nationale du lieu de sa résidence en attendant qu'il lui soit possible de quitter le pays.

§ 2. La sortie de Tunisie

²³ Les 18 Etats membres sont : le Burkina Faso, la Libye, le Mali, le Niger, le Soudan, le Tchad, Djibouti, l'Erythrée, la Gambie, la République Centrafricaine et le Sénégal, l'Egypte, le Maroc, le Nigeria, la Somalie, le Bénin, le Togo et la Tunisie

²⁴ Décret n°2003-1808 du 25 août 2003 (Journal officiel de la République tunisienne du 29 août 2003, n°69).

²⁵ Texte cité par H.Boubakri et S.Mazella, « La Tunisie entre transit et immigration : politiques migratoires et conditions d'accueil des migrants africains », Revue autre part, pp. 149-165, spécialement p. 151, note 5 ; La Convention n'a pas été publiée.

²⁶ L'Article 23 de la loi de 1968 dispose : « - Est passible d'un emprisonnement d'un mois à un an et d'une amende de 6 à 120 dinars: 1. l'étranger qui entre en Tunisie ou en sort sans se conformer aux conditions prévues aux articles 4 et 5 de la présente loi et aux textes pris pour son application; 2. l'étranger qui ne sollicite pas dans le délai légal un visa de séjour et une carte de séjour ou leur renouvellement à l'expiration de la durée de leur validité; 3. l'étranger qui continue de séjourner en Tunisie après le rejet de sa demande tendant à obtenir un visa et une carte de séjour ou après le refus de les renouveler ou l'expiration de la durée de leur validité ou le retrait de sa carte de séjour ».

²⁷ L'article 24 de la loi de 1968 dispose : « Est passible d'un emprisonnement de 6 mois à 3 ans et d'une amende de 20 à 240 dinars l'étranger qui présente des documents falsifiés ou donne de faux renseignements dans le but de cacher son identité, sa profession ou sa nationalité, sans préjudice de l'application des sanctions prévues à cet effet par le Code Pénal ». Les peines prévues par le code pénal (Article 193) sont celles de l'usage de faux passeport.

La sortie comme le retour des étrangers peuvent être soit volontaires (A), soit forcés (B)

A. La sortie et le retour volontaires

Tout étranger qui réside en Tunisie en séjour temporaire ou ordinaire, obtient un visa de sortie de Tunisie. Or l'exigence du visa de sortie est peu compatible avec le droit accordé dans les conventions internationales de sortir de tout pays y compris le sien et devrait être abrogée. En France, le Conseil d'Etat dans sa décision du 22 mai 1992 (GISTI, Rec.669), a considéré que l'autorisation préalable de sortie instituée à certaines catégories d'étrangers constitue une restriction à la liberté fondamentale d'aller et venir, laquelle n'est pas limitée au territoire national mais comporte également le droit de le quitter. Le conseil constitutionnel français a, quant à lui, donné à la liberté de quitter le territoire français pour les étrangers, une nature constitutionnelle²⁸.

Un visa de retour est délivré aux étrangers résidant en séjour ordinaire. Sa validité ne peut dépasser un an et il doit mentionner le délai de son utilisation. Perd le droit de séjour ordinaire, l'étranger qui réside à l'étranger pendant plus de six mois ou qui ne retourne pas en Tunisie pendant le délai fixé par le visa de retour.

C. La sortie et le retour forcés

La sortie de Tunisie peut être forcée. L'expulsion est prévue pour tout étranger en situation irrégulière sans préjudice des sanctions pénales prévues par l'article 23 de la loi de 1968. L'étranger relaxé ne devrait cependant pas pouvoir faire l'objet d'une mesure d'expulsion : les jugements des tribunaux répressifs ont en principe autorité sur les décisions administratives en ce qui concerne la constatation des faits matériels et la déclaration de culpabilité. L'expulsion peut être également prise à l'encontre « de tout étranger dont la présence sur le territoire tunisien constitue une menace pour l'ordre public » (article 18 de la loi de 1968)

Aucun recours n'est donné à l'étranger en cas d'expulsion et l'arrêté, pris par le ministre de l'intérieur n'est pas motivé. Aucun texte ne prévoit que certains étrangers ne sont pas expulsables, comme les conjoints de tunisiens, les enfants mineurs ou les femmes enceintes contrairement aux stipulations du droit international des droits de l'homme.

Le retour forcé. La Tunisie a accepté, dans la convention signée en 1998 avec l'Italie, de réadmettre les étrangers non ressortissants des pays formant l'Union du Maghreb Arabe (Mauritaniens, Marocains, Algériens et Libyens) entrés de manière irrégulière en Italie à partir du territoire tunisien. Le sort des étrangers réadmis, selon une procédure relativement rapide et des moyens de preuve allégés (visas tunisiens sur le passeport, tickets de transport ou d'hébergement tunisiens etc.), n'est pas clair. Si la convention fait état d'une aide italienne pour la construction et la gestion de centres de rétention destinés à recueillir les étrangers réadmis, peu d'informations filtrent sur leur existence et les conditions de rétention. En tout état de cause, aucune information ne nous ait parvenue, depuis le 14 janvier 2011, de l'existence de centres de rétention. Le sort de l'accord Tuniso Italien de 1998, non publié, n'est par ailleurs pas clair. Le premier ministre de l'actuel gouvernement provisoire, Monsieur Beji Caied Essebsi, a déclaré le 1^{er} Avril 2011, que la Tunisie réadmettrait les migrants dès lors que leur nationalité tunisienne serait prouvée. Est-ce à dire que la Tunisie n'acceptera pas de réadmettre les étrangers non ressortissants de l'UMA ? C'est très probable, car la Tunisie accueille déjà un flot important de réfugiés en provenance de la Libye. Sa situation économique et politique ne devrait, en effet, pas permettre la réadmission d'étrangers conformément à l'accord, mais cela signifierait que la Tunisie ne l'appliquera pas, du moins sur ce point.

Section 2. L'aide à l'entrée ou à la sortie irrégulière du territoire tunisien

Selon les lois n°68-7 du 8 mars 1968 relative à la condition des étrangers en Tunisie (article 4)²⁹ et n°75-40 du 14 mai 1975 relative aux passeports et documents de voyage (article 34)³⁰, le

²⁸ Considérant n°103 et 104, décision n°93-325 DC du 12-13 août 1993, *Maîtrise de l'immigration*, in L.Favoreu et L.Philip, *Les grandes décisions du Conseil Constitutionnel*, n°42, 13^{ème} éd ; dalloz, 2005

²⁹ Journal officiel de la République tunisienne (ci après, JORT), 8-12 mars 1968

³⁰ JORT, 20 mai 1975, p.1069

franchissement des frontières est irrégulier quand l'entrée ou la sortie du territoire tunisien se fait soit par des points de frontières (maritimes, aériens et terrestres) autres que ceux officiels, soit sans passeport ou document équivalent de voyage et sans visas pour les étrangers qui y sont tenus soit avec un passeport ou document équivalent falsifié³¹.

Depuis la fin du siècle dernier, Tunisie connaît, à l'instar des autres pays du Maghreb, un important flux de migrations en direction de L'Europe. Migrations irrégulières de nationaux et d'étrangers, ces derniers, en provenance des autres pays du Maghreb ou d'Afrique Subsaharienne, transitent par son territoire avant d'atteindre leur destination finale, l'Europe³².

Ces migrations irrégulières se sont accompagnées de l'émergence de passeurs, agissant isolément ou structurés en réseaux, organisant le passage illégal des frontières. Et, c'est afin de lutter contre ceux-ci, que la loi de 2004³³, improprement intitulée loi « portant réforme de la loi de 1975 sur les passeports et documents de voyage », a été promulguée.

Elle incrimine et punit sévèrement l'aide apportée à ceux qui entrent ou sortent « clandestinement » des frontières tunisiennes, transformant totalement la physionomie de l'infraction prévue par l'article 25 de la loi n°68-7 du 8 mars 1968 relative à la condition des étrangers en Tunisie. Celle-ci punit d'un emprisonnement de 1 mois à 1 an d'emprisonnement et d'une amende de 6 à 120 dinars, « toute personne qui, sciemment, aide directement ou indirectement ou tente de faciliter l'entrée, la sortie, la circulation ou le séjour irrégulier d'un étranger en Tunisie »

La notion d'aide voit son champ s'élargir dans la mesure où elle est définie d'une manière bien plus large que dans la loi de 1968. Tout le processus est incriminé, il va du renseignement à la conception, ou à l'organisation par un quelconque moyen, même à titre bénévole, de l'entrée ou la sortie clandestine d'une personne du territoire tunisien, par voie terrestre, maritime ou aérienne, soit des points de passage soit d'autres points (article 38). Sont pareillement constitutifs d'aide à l'entrée ou à la sortie clandestine, l'hébergement des personnes entrées ou sorties clandestinement de Tunisie ou de leurs complices, leur dissimulation ou la facilitation de leur fuite ou l'empêchement de leur découverte ou leur punition, la fourniture d'un moyen de transport (article 39), le transport en connaissance de cause (article 40), ou la participation à une entente ou à une organisation visant à l'aide à l'entrée ou à la sortie irrégulière du territoire tunisien (article 41)

Les peines prévues sont sans commune mesure avec celles prévues auparavant, dans la loi de 1968. L'aide à l'entrée ou à la sortie clandestine est constitutive selon les cas, d'un délit puni de 3 ou 4 ans de prison ainsi que de peines d'amende. Elle peut aussi être constitutive de crime puni de 6 à 20 ans de prison et d'une amende pouvant aller jusqu'à 60 mille dinars³⁴. La répression est d'autant plus sévère

³¹ Cette définition du franchissement illégal des frontières correspond à celle donnée dans le protocole contre le trafic illicite de migrants par terre, air et mer additionnel à la Convention des nations unies contre la criminalité transnationale organisée qui entend par illégalité, « le franchissement des frontières alors que les conditions nécessaires à l'entrée légale dans l'Etat ne sont pas satisfaites » et par « document de voyage ou d'identité frauduleux » tout « document de voyage ou d'identité qui a été contrefait ou modifié de manière substantielle par quiconque autre qu'une personne ou une autorité légalement habilitée à établir ou à délivrer un document de voyage ou d'identité au nom d'un Etat ou qui a été délivré ou obtenu de manière irrégulière moyennant fausse déclaration, corruption ou contrainte, ou de toute autre manière illégale, ou qui est utilisé par une personne autre que le titulaire légitime » (article 3 b et c)

³² Hassen Boubakri, « La Tunisia nel contesto euro-maghrebino, controllo dei movimenti migratori e diritti dei migranti », in cura Paolo Cultita e Fulvio Vassalo Paleologo, *ed. scientifiche italiane*, 2006; « Migrations de transit entre la Tunisie, la Libye et l'Afrique Subsaharienne : étude à partir du cas du grand Tunis », Rapport pour le conseil de l'Europe, Conférence régionale, *Les migrants dans les pays de transit : partage des responsabilités en matière de gestion et de protection*, Strasbourg, septembre 2004 ; H.Boubakri et S.Mazella, « La Tunisie entre transit et immigration : politique migratoire et conditions d'accueil des migrants africains à Tunis », in *Migrations entre les deux rives du Sahara, Autrepart*, 2005, Lahlou Mehdi, « Les migrations irrégulières entre le Maghreb et l'union européenne : évolutions récentes », Institut Universitaire Européen Robert Shuman, Florence, juin 2004 : www.iue.it/RASCAS/Publications

³³ 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.

³⁴ Les peines les plus sévères, 15 ou 20 ans de prison, ne sont prononçables que dans la mesure où l'aide a provoqué une incapacité physique au migrant ou entraîné sa mort (article 44) Quant aux peines d'amende les plus importantes, elles sont

que les peines ne se confondent pas, Ainsi si une personne héberge puis fournit un moyen de transport, elle sera punie pour chacune des infractions séparément³⁵.

Et l'on ne manquera pas de remarquer que le franchissement irrégulier des frontières est désormais affublé d'un qualificatif péjoratif « la clandestinité », destiné à légitimer une loi que les premiers commentateurs ont, à juste titre, qualifiée de loi d'exception³⁶. Entorses multiples faites aux principes fondamentaux du droit pénal³⁷ et dont on ne trouve l'équivalent que dans les dispositions du code pénal relatives aux atteintes à la sûreté intérieure ou extérieure de l'Etat³⁸ ou dans celles de la loi n°2003-75 du 10 décembre 2003, relative au soutien des efforts internationaux de lutte contre le terrorisme et à la répression du blanchiment d'argent³⁹.

Enfin, incriminée dans la loi de 1968, uniquement quand l'auteur principal était étranger, l'infraction d'aide, dans la loi de 2004, voit son domaine s'élargir à l'aide apportée aux tunisiens qui entrent ou sortent illégalement du territoire national. Et, l'on constatera que ce n'est pas tant l'aide à l'immigration irrégulière en Tunisie, que l'aide au transit qui est aujourd'hui incriminée, la loi de 2004 excluant l'aide au séjour « clandestin » de son domaine d'application. Si l'absence d'incrimination de l'aide au séjour irrégulier dans la loi de 2004 est révélatrice de ce que la Tunisie ne se perçoit pas comme terre d'immigration, mais de transit, l'extension de l'incrimination de l'aide au franchissement « clandestin » des frontières par les tunisiens fustige tout autant le transit que l'émigration irrégulière. Il faut cependant préciser que la loi de 2004 ne peut recevoir la qualification générale de loi réprimant le trafic illicite de migrants, dès lors que l'aide à l'entrée des nationaux constitue une infraction. Le tunisien, quand bien même il entrerait ou retournerait au pays de manière illégale, ne peut, en effet être considéré comme migrant.

Une telle qualification légitimerait l'« extranéisation » des nationaux opérée par la loi de 2004, dans la remise en cause du droit des nationaux de rentrer dans leur pays, garanti par les normes fondamentales de l'ordre juridique tunisien, les traités internationaux régulièrement ratifiés. Cette remise en cause de la liberté de déplacement international des tunisiens non seulement elle s'étend aux étrangers, dans la mesure où l'aide à l'entrée comme à la sortie clandestine est constitutif de l'infraction, mais encore à la liberté de circulation à l'intérieur du territoire tunisien. Au contrôle du mouvement des personnes aux frontières (§1) s'ajoute celui du contrôle du mouvement à l'intérieur du territoire (§2)

§1/ Le contrôle du mouvement des personnes aux frontières

L'extension de l'incrimination de l'aide à l'entrée « clandestine » des tunisiens porte atteinte au droit des nationaux d'entrer dans leur propre pays (A) tout comme l'incrimination de l'aide à la sortie « clandestine » porte atteinte au droit de sortir de tout pays y compris le sien (B).

A/ L'extension de l'incrimination de l'aide à l'entrée clandestine des tunisiens et le droit des nationaux d'entrer dans leur propre pays

Les nationaux bénéficient du droit d'entrer dans leur propre pays. Ce droit est garanti dans les instruments internationaux relatifs aux droits humains fondamentaux et plus spécialement par le § 2 de l'article 13 de la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme qui énonce que « toute personne a le droit...de revenir dans son pays », et par le § 4 de l'article 12 du Pacte International sur les droits civils et politiques (ci-après PIDCP) en ces termes : « nul ne peut être arbitrairement privé du droit

prononcées contre les personnes morales, s'il est établi qu'elles ont tiré profit de l'infraction (article 51). Sont donc visées les entreprises qui emploient des migrants en situation irrégulière.

³⁵ Ce qui est contraire à l'article 55 du code pénal tunisien qui prévoit que « lorsque plusieurs infractions accomplies dans le même but et se rattachant les unes aux autres de façon à constituer un ensemble indivisible, elles sont considérées comme constituant une infraction unique qui entraîne la peine la plus grave des infractions », Sur cette question, voir Souhayma Ben Achour, « Le cadre juridique des migrations clandestines en droit tunisien : les mesures répressives », en voie de publication.

³⁶ Souhayma Ben Achour, *Ibid*

³⁷ *Ibid*

³⁸ Titre premier du Code Pénal, articles 60 à 80

³⁹ JORT, 12/12/2003, n°99, p. 3592 et svts

d'entrer dans son propre pays », pacte ratifié par la Tunisie⁴⁰. Ce droit était pareillement garanti dans la constitution tunisienne de 1959 dont l'article 11 disposait que : « Aucun citoyen ne peut être banni du territoire national ni empêché d'y retourner »

Aucune limite ne devrait ainsi pouvoir être apportée au droit pour le tunisien d'entrer dans son propre pays. Il est vrai cependant que l'entrée des nationaux est soumise à la présentation d'un document de voyage, c'est-à-dire dans les hypothèses normales à la présentation d'un passeport ou le cas échéant d'un laissez passer délivré par les autorités consulaires ou diplomatiques tunisiennes établies à l'étranger.

La délivrance du passeport est, selon la loi n°75-40 du 14 mai 1975 relative aux passeports et aux documents de voyage⁴¹, un droit. Il est bien clair que ces règles faisant du passeport un droit doivent être étendues aux laissez passer délivrés à l'étranger au ressortissant tunisien démuné de passeport, afin d'assurer au tunisien un droit de retour dans son pays. Or si l'on s'en réfère à l'article 21 de la loi de 1975 relative aux passeports et documents de voyage, la délivrance d'un laissez passer demeure une simple faculté, celui-ci disposant qu' « il *peut être* délivré un laissez passer de type A valable pour le retour en Tunisie.. » (c'est nous qui soulignons) Or ce droit de retour est non seulement inscrit dans la constitution qui interdit le bannissement du territoire national, mais aussi dans le protocole contre le trafic illicite de migrants par terre, mer et air additionnel à la convention des nations unies contre la criminalité organisée. En le ratifiant⁴², la Tunisie s'est en effet engagée à faciliter le retour des nationaux victimes d'un tel trafic (article 18). Mais ce n'est que par la signature d'accords bilatéraux de réadmission dont celui conclu avec l'Italie⁴³ et la France en 2008, que la Tunisie s'est engagée à délivrer des laissez passer aux fins de réadmission des tunisiens entrés illégalement en Italie.

Or ce n'est bien entendu qu'à la condition de l'effectivité du droit à l'obtention d'un document de voyage que l'on peut concevoir que l'entrée des tunisiens, et ce, conformément à l'article 35 de la loi de 1975, « sans être muni d'un document de voyage officiel » puisse, « sauf en cas de force majeure et dans des cas particuliers » être érigée en infraction pénale. Et que l'on peut considérer, dès lors que les peines sont légères (de 15 jours à 6 mois d'emprisonnement et d'une peine d'amende de 20 à 120 dinars ou de l'une de ces deux peines seulement), qu'il n'y a pas de réelle atteinte au droit d'entrer ou de retourner au pays.

Mais peut on aller plus loin, et faire de l'aide à l'entrée « clandestine » des tunisiens sur le territoire national un délit ou un crime, sans atteindre ce droit de plein fouet ?

Le protocole contre « le trafic illicite de migrants » n'incrimine que l'aide à « l'entrée illégale » d'une personne qui n'est ni un ressortissant, ni un résident permanent de l'Etat. Et, en Europe et plus particulièrement en France, l'article L622-1 du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile (CESEDA) n'incrimine que l'aide à l'entrée d'un étranger en France.

L'incrimination de l'aide à l'entrée des tunisiens en Tunisie paraît ainsi difficilement justifiable eu égard au droit fondamental des nationaux d'entrer ou de retourner dans leur propre pays et à l'objectif de la loi qui est de dissuader l'émigration irrégulière, en punissant ceux qui y apportent leur aide.

B/ L'incrimination de l'aide à la sortie clandestine et le droit de quitter n'importe quel pays y compris le sien

Le droit de sortir d'un pays, commun aux étrangers et aux nationaux, a une configuration différente de celui de l'entrée. Garanti par les conventions internationales régulièrement ratifiées par la Tunisie,

⁴⁰ Ce droit est garanti aussi par la Convention des nations unies sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et de leur famille, non ratifiée par la Tunisie et dont l'article 8.2 déclare que : « les travailleurs migrants et les membres de leur famille ont le droit à tout moment de rentrer et de demeurer dans leur Etat d'origine »

⁴¹ JORT du 20/05/1975, 1069

⁴² Décret n°2003-777, JORT, n°28 du 8 avril 2003, p.871, Décret de publication n°2004-1400 du 22 juin 2004, JORT n°52 du 29 juin 2004, p.1699

⁴³ Non publié en Tunisie, l'accord a été publié à la Gazzetta ufficiale n°11 du 15 janvier 2000. IL est entré en vigueur le 23 septembre 1999.

comme le PIDCP, il peut cependant, selon celui-ci, être l'objet de restrictions prévues par la loi, « nécessaires pour protéger la sécurité nationale, l'ordre public, la santé ou la moralité publiques, ou les droits et libertés d'autrui, et compatibles avec les autres droits reconnus par le présent pacte »⁴⁴

Le droit de quitter n'importe quel pays y compris le sien reste cependant tout autant conditionné par les exigences du droit interne (passeport pour les nationaux et les étrangers et visa de sortie pour les étrangers) que par celles des Etats de destination⁴⁵. Dès lors que les pays de destination exigent un visa d'entrée sur leur territoire, le passeport ne suffit pas pour quitter le territoire d'un Etat. Ce n'est donc pas tant les dispositions du droit interne tunisien qui sont un obstacle à l'exercice de la liberté de quitter un pays, y compris le sien, que celles des Etats étrangers exigeant une autorisation d'entrée sur leur territoire.

Mais si les exigences de la coopération internationale imposent qu'un national, notamment, puisse être privé de son droit de sortie pour non obtention du visa exigé par les autorités du pays de destination, peut-on pousser cet impératif jusqu'à faire de l'aide à la sortie « clandestine » une infraction pénale ?

Le protocole contre le trafic illicite de migrants ne permet d'incriminer que l'entrée illégale d'étrangers non résidents permanents à l'exclusion de la sortie illégale, tout comme c'est le cas de la législation des pays d'immigration, par exemple celle de la France.

En incriminant l'aide à la sortie « clandestine » des nationaux comme des étrangers, la loi tunisienne se révèle être une loi tendant à la répression de l'aide à l'émigration irrégulière en Europe, principale destination des tunisiens et des étrangers, qui institue un visa d'entrée, le visa Schengen, sur le territoire des pays formant l'union. Répression que certains députés, comme les commentateurs de la loi ont fustigé, considérant que la Tunisie se faisait ainsi la gardienne des frontières extérieures de l'Europe⁴⁶ ou, qu'en la matière, c'est l'Europe⁴⁷ et pour certains⁴⁸, plus précisément l'Italie, qui dicte sa politique à la Tunisie.

Sans aucun doute ! La loi de 2004 consacre sur le plan interne la coopération policière et judiciaire entamée avec l'Union européenne en matière de lutte contre les migrations irrégulières. Cf l'accord de réadmission signé avec l'Italie, imposant la réadmission des nationaux et des étrangers (autres que les ressortissants des pays de l'union du Maghreb arabe), entrés illégalement sur le territoire de l'Italie par la Tunisie. Dans le cadre du dialogue informel 5+5 dont la Tunisie fait partie, plusieurs mesures de coopération policière et judiciaire ont été prises avec l'union européenne. Mesures qui ont notamment abouti à la création de la conférence des ministres de l'intérieur des pays du bassin de la méditerranée occidentale (CIMO).

La CIMO a créé, en 2004, un système d'alerte rapide à l'instar de celui qui a été créé au sein de l'union européenne dans le cadre du Centre d'information, de réflexions et d'échanges en matière de franchissement des frontières et d'immigration (CIREFI) Ce système dont l'objectif est de transmettre immédiatement les informations relatives à la migration clandestine et aux filières de passeurs permet à ses membres, parmi lesquels figurent la Tunisie, le Maroc, l'Algérie de « contacter directement un point de contact européen (Espagne, France, Italie, Malte, Portugal) et de lui fournir des données à caractère opérationnel relatives aux flux migratoires transitant par leur territoire »⁴⁹.

⁴⁴ Le même principe et les mêmes limites sont consacrées par d'autres instruments internationaux non ratifiés par la Tunisie, comme la Convention des nations unies sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille et ce, dans son article 8 qui dispose : « Les travailleurs migrants et les membres de leur famille sont libres de quitter tout Etat y compris leur Etat d'origine. Ce droit ne peut faire l'objet que de restrictions prévues par la loi, nécessaires à la protection de la sécurité nationale, de l'ordre public, de la santé ou de la moralité publiques, ou des droits et libertés d'autrui et compatibles avec les autres droits reconnus par la présente Convention »

⁴⁵ J.Rivero, *Les libertés publiques*, p.124

⁴⁶ JORT, les débats à la chambre des députés, 27/1/2004, n°19.

⁴⁷ H.Boubakri, « la tunisia nel contesto... » précité, L.Chédly, « Migrations clandestines vers l'Europe et droits de l'homme (ou les insuffisances de la seule approche sécuritaire) », en cours de publication

⁴⁸ Souhayma Ben Achour, art.précité

⁴⁹ *Ibid*

Les échanges d'information doivent ainsi permettre « le démantèlement des filières d'immigration clandestine » ainsi que « la neutralisation des passeurs que ces filières utilisent ». Ils ont été accompagnés de mesures de coopération directe entre services de police aux frontières et officiers de liaison européens « détachés sur la rive sud méditerranéenne »⁵⁰.

Tenue d'apporter son concours à la politique d'immigration européenne, la Tunisie peut aussi justifier par l'atteinte à son ordre public les limites ainsi apportées à la liberté de sortir du territoire tunisien, qu'on peut dès lors considérer comme légitimes car conformes au PIDCP qui prévoit la réserve de l'ordre public.

Mais comment légitimer le contrôle du mouvement des personnes à l'intérieur du territoire ?

§2. Le contrôle du mouvement des personnes à l'intérieur du territoire

L'article 10 de la constitution tunisienne de 1959 consacrait le droit pour le citoyen de circuler librement à l'intérieur du territoire. Ce droit n'a cependant jamais été accordé à l'étranger. En même temps que la négation de ce droit est confirmée, on assiste à sa négation pour les tunisiens eux mêmes. Isoler (A) et dénoncer (B) les personnes en situation irrégulière sont les deux modalités permettant de contrôler ce mouvement.

A/ L'isolement des personnes entrées ou sorties « clandestinement » du territoire tunisien

En punissant tout le processus d'aide aux personnes en situation irrégulière, la loi de 2004 cherche très certainement à isoler les personnes entrées ou sorties « clandestinement » du territoire. Un examen rapide des différentes dispositions incriminant l'aide à l'entrée ou à la sortie clandestine permet de le démontrer. L'article 38 de la loi punit de trois ans d'emprisonnement et d'une amende de huit mille dinars le renseignement, la conception, la facilitation, l'aide, l'entremise ou l'organisation par un quelconque moyen, même à titre bénévole, à l'entrée ou à la sortie clandestine d'une personne du territoire tunisien.

L'article 39 punit de quatre ans d'emprisonnement et de dix mille dinars d'amende quiconque aura affecté un lieu à leur hébergement, ou les aura cachés ou aura œuvré à leur assurer la fuite ou empêcher leur découverte ou leur punition ainsi que celui qui aura fourni un moyen de transport, de quelque nature qu'il soit, dans le but de commettre les infractions prévues au présent chapitre ou d'aider à les commettre.

Quant à l'article 40, il punit de cinq ans d'emprisonnement et de douze mille dinars d'amende, quiconque aura sciemment transporté une ou plusieurs personnes dans le but de les faire entrer dans le territoire tunisien ou de les en faire sortir clandestinement par quelque moyen que ce soit.

L'auteur de l'infraction, « quiconque », peut être une personne agissant seule ou en filière organisée. La participation à une entente ou à une organisation visant à perpétrer ces différents actes, comme sa direction ou la simple adhésion ou coopération ou assistance par quelque moyen que ce soit à l'intérieur ou à l'extérieur du pays est punie plus sévèrement (six ans d'emprisonnement et vingt mille dinars d'amende) par l'article 41 qui considère que « L'entente ou l'organisation est constituée par le simple accord, concertation et résolution entre deux ou plusieurs personnes pour commettre les actes prévus aux articles 38, 39 et 40 du présent chapitre ». La peine est de dix ans d'emprisonnement et de trente mille dinars d'amende lorsque l'infraction visée dans les articles 38, 39, 40 est commise dans le cadre d'une organisation ou d'une entente.

Peuvent ainsi tomber sous le coup de la loi non seulement les passeurs agissant seuls ou en réseaux organisés, mais encore des organisations humanitaires qui prendraient soin des « clandestins », des personnes qui, en raison d'un lien familial ou à titre amical fournissent une aide matérielle à la personne en situation irrégulière. Ainsi, la loi de 2004 permet d'étendre la répression aux associations humanitaires apportant un soutien et une aide matérielle aux personnes entrées ou sorties de manière irrégulière, l'aide apportée pouvant être bénévole.

⁵⁰ *Ibid*

Ainsi que l'ont souligné les commentateurs de la réforme en 1994 de l'article 21 de l'ordonnance française de 1945, l'incrimination de l'aide ou du renseignement, même à titre bénévole, est de nature à couper l'étranger en situation irrégulière de tout contact humain et à le placer en dehors de la société humaine, « mis au banc de l'humanité »⁵¹. Les commentateurs de l'ordonnance française de 1945 n'ont pas manqué de relever que « cette rupture du lien social, ce rejet du cercle humain, cette situation de paria caractérisent l'atteinte à la dignité humaine, aussi bien du côté de l'étranger (du migrant) irrémédiablement seul et rejeté que du côté des autres individus empêchés de l'assister : il implique une sorte de mort sociale »⁵². De même, dans sa décision en date du 30 octobre 1995, le tribunal de grande instance de Toulouse a considéré que « sanctionner toutes les aides aux étrangers en séjour irrégulier conduirait cette population à vivre en dehors de tout contact humain et affectif, et qu'une telle exigence serait contraire au principe de dignité humaine »⁵³.

Il faut rappeler qu'en Tunisie, l'atteinte à la dignité humaine n'est pas limitée à l'étranger, mais s'étend également au national retourné de manière illégale au pays ou souhaitant le quitter de la même manière. L'héberger chez soi ou accepter de le transporter ou l'informer de ses droits, sachant qu'il est entré de manière « clandestine » ou qu'il compte sortir de la Tunisie de la même manière, expose aujourd'hui à des poursuites pénales, les faits pouvant être qualifiés d'aide ou de facilitation à « l'entrée ou à la sortie clandestine ».

Dans sa volonté de sévir à l'encontre des migrations irrégulières, le législateur tunisien est certainement allé trop loin, alors que le protocole contre le trafic illicite de migrants ne permet d'incriminer que l'aide « afin d'en tirer, directement ou indirectement, un avantage financier ou un autre avantage matériel ».

Isoler les personnes, empêcher les liens sociaux, ne facilite certes pas le déplacement des personnes, mais les oblige à se cantonner dans un endroit, à vivre dans la clandestinité. La circulation à l'intérieur du territoire ne peut, dans ces conditions être libre ! Elle l'est d'autant moins que le législateur a consacré un devoir de signalement, même à ceux tenus par le secret professionnel.

B/ L'obligation de dénonciation des personnes entrées ou sorties « clandestinement » du territoire tunisien

L'article 45 de la loi de 2004 punit de trois mois d'emprisonnement et de cinq cents dinars d'amende, 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 au présent chapitre. Sont exceptés des dispositions de l'alinéa précédent, les ascendants, descendants, frères et sœurs et le conjoint.

En autorisant la levée du secret professionnel pour les personnes qui y sont tenues (médecins, avocats, sages femmes..), la loi de 2004 use de l'exception autorisée par l'article 254 du Code pénal qui fait du manquement au secret professionnel, une infraction pénale sauf dans « les cas où la loi les oblige ou les autorise à se porter dénonciateurs »

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 ainsi qu'elle a été comprise par les premiers commentateurs de la loi de 2004, dont madame Souhayma Ben Achour qui écrit qu'une telle disposition « permet la violation du secret professionnel

⁵¹ M.Reydellet, « les délits d'aide à l'étranger en situation irrégulière, article 21 de l'ordonnance du 22 novembre 1945), D. 1998, p.148 et s. Voir aussi, B.Mercuzot, « l'article 21 de l'ordonnance n°45-2658 du 2 novembre 1945 : un défi aux fondements du droit », D.1995, chr. p.249 et s.

⁵² M.Reydellet, précité.

⁵³ TGI, Toulouse, 30/10/1995, D.1996, D.1996, J.101, note D.Mayer et J.-F.Chassaing

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 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 »⁵⁴.

Sans avoir institué un devoir de signalement identique à celui de la loi de 2004, les dispositions de l'article 21 de l'ordonnance française de 1945, codifiées dans l'article L.622-1 du CESEDA qui incriminent : « toute personne qui aura, par aide directe ou indirecte, facilité ou tenté de faciliter l'entrée, la circulation ou le séjour irréguliers d'un étranger en France » avaient été interprétées par la doctrine comme l'instituant. Monsieur Reydellet écrit à ce propos : « Après avoir isolé le « sans papiers » en lui refusant tout aide, la seule attitude à tenir est de le dénoncer »⁵⁵. Et madame D. Lochak de constater que « la dénonciation des étrangers en situation irrégulière devient ... une pratique courante, spontanément suivie par les fonctionnaires ou encouragée par les supérieurs hiérarchiques. Progressivement, les simples citoyens eux-mêmes cèdent à la tentation de la délation »⁵⁶

L'obligation de délation n'est certes pas nouvelle dans la législation tunisienne. Selon les dispositions des articles 21 à 22 de la loi de 1968 relative à la condition des étrangers en Tunisie, toute personne qui loge un étranger, à quelque titre que ce soit, même à titre gracieux, est tenue d'en informer les autorités dans un délai maximum de 48 heures. Sont soustraits à cette obligation, les tunisiens qui logent provisoirement des ascendants, descendants ou collatéraux de leurs épouses de nationalité étrangère et qui ne résident pas en Tunisie (on notera que le logement de proches d'époux étrangers de tunisiennes n'est pas exempt de l'obligation d'information) L'obligation s'applique également aux hôteliers et aux personnes qui louent un local à usage d'habitation à un étranger.

La loi de 2004 généralise le devoir de signalement à toutes les personnes (exceptés les proches parents) dès lors qu'elles ont connaissance de la situation d'irrégularité. Fait également nouveau, la délation s'étend aux nationaux et n'est plus limitée aux seuls étrangers en situation irrégulière.

Enfin, l'encouragement à la délation résulte aussi de l'article 46 de la loi qui exempte des peines prévues « celui, parmi les membres d'une organisation ou parmi les participants à une entente, qui aura pris l'initiative de signaler aux autorités compétentes, avant qu'elles ne s'en rendent compte d'elles mêmes, les renseignements ou informations qui auraient permis de dévoiler les infractions prévues au présent chapitre avant leur commission, d'éviter leur perpétration, de limiter leurs effets, ou de découvrir ou d'arrêter certains ou l'ensemble de leurs auteurs »

On retrouve les mêmes dispositions dans la loi n°2003 du 10 décembre 2003 relative au soutien des efforts internationaux de lutte contre le terrorisme et à la répression du blanchiment d'argent s'agissant du devoir de signalement, même à ceux tenus au secret professionnel (article 22) et s'agissant de l'exemption des peines des membres d'une organisation terroriste dénonçant les faits avant leur perpétration.

Cette généralisation de la dénonciation et de la levée du secret professionnel est certainement dangereuse pour l'ordre démocratique. Ainsi que l'écrit madame Lochak, « la légitimité de la dénonciation repose, il faut le redire, sur une idée de proportionnalité. Si l'on ne peut admettre, dans une société démocratique, que les lois soient systématiquement bafouées, en sens inverse, à vouloir traquer toutes les illégalités et instaurer une transparence intégrale en éradiquant le secret qui entoure les comportements individuels, on se dirige inéluctablement vers une société policière, voire totalitaire. La dénonciation est parfois une obligation civique. Mais elle n'est assurément pas l'idéal de

⁵⁴ Article précité

⁵⁵ M.Reydellet, article précité, p. 152.

⁵⁶ D.Lochak, « la dénonciation, stade suprême ou perversion de la démocratie ? », in *l'Etat de droit, Mélanges G.Braibant*, 1996, 451-471, spéc.p. 466

l'Etat de droit, et l'expérience a montré qu'elle pouvait au contraire signer la dégénérescence de la démocratie »⁵⁷

La loi de 2004, ainsi d'ailleurs que l'ont remarqué certains députés qui ne sont cependant pas allés jusqu'à voter contre, la loi ayant été adoptée à l'unanimité, transforme la Tunisie en une « une vaste prison » pour les tunisiens et certains étrangers, particulièrement les subsahariens⁵⁸. Ces derniers y sont « pris » comme dans une nasse et les tunisiens, retenus contre leur gré, dans leur propre pays. Interdits de sortie, ils peuvent, s'ils quittent de manière irrégulière le territoire tunisien, être contraints d'y retourner. En revanche, leur retour volontaire sera gravement compromis, en raison de l'arsenal répressif qui entoure l'aide au retour illicite. Une réforme de la loi de 2004 s'avère dès lors nécessaire pour la mettre en accord avec le droit international des droits de l'homme.

Chapitre 2. Le séjour en Tunisie

Nous verrons successivement, les types de permis de séjour (Section 1), et l'exercice d'une activité économique en Tunisie (Section 2)

Section 1. Les types de permis de séjour

Aucune formalité n'est exigée des étrangers de moins de 16 ans résidant en Tunisie et de ceux dont le séjour ne dépasse pas trois mois ou 6 mois non consécutifs dans l'année. Tous les autres étrangers doivent solliciter une carte de séjour.

La carte de séjour, délivrée par la direction générale de la Sûreté Nationale, mentionne l'identité complète de l'étranger, sa profession et le lieu de sa résidence. En cas de changement de lieu de résidence, l'étranger doit en avertir les autorités.

La délivrance de la carte de séjour est subordonnée à l'obtention préalable d'un visa de séjour. La carte de séjour délivrée est en principe temporaire, elle est accordée à tous ceux qui ne remplissent pas les conditions d'octroi de la carte de séjour ordinaire ou qui « n'ont pas l'intention de se fixer définitivement en Tunisie » (article 12 Décret 1968).

§1. La carte de séjour temporaire

La carte de séjour temporaire est délivrée aux étrangers titulaires du visa de séjour temporaire. Afin d'obtenir le visa de séjour temporaire, l'intéressé doit en faire la demande auprès des autorités tunisiennes et « préciser les raisons de son séjour ». En outre, le visa ne lui sera accordé que s'il prouve « qu'il est entré légalement en Tunisie et qu'il y dispose de ressources ». L'étranger auquel le visa de séjour temporaire est refusé, doit quitter le territoire tunisien, dans le délai imparti par la décision de refus, faute de quoi il s'expose à une mesure d'expulsion et à des sanctions pénales prévues par l'article 23 de la loi de 1968. La durée de validité du visa de séjour temporaire est la même que la durée de validité des documents qui ont servi pour le délivrer. Elle ne peut être supérieure à un an, sauf dans des cas exceptionnels où les autorités sont autorisées à accorder un séjour temporaire de 2 ans, renouvelable et dans le cas où il s'agit d'un « homme d'affaire » ou investisseur résident en Tunisie depuis un an, à qui il peut être accordé un visa temporaire de 5 ans.

Une carte de séjour temporaire est alors délivrée dont la validité ne dépasse pas la durée de validité du visa. Elle ne peut être renouvelée que si son titulaire a obtenu un nouveau visa de séjour. Elle peut lui être retirée « s'il a commis des actes qui sont de nature à nuire à l'ordre public » ou si « les raisons qui ont motivé l'octroi du visa et de la carte de séjour venaient à disparaître » (article 33 Décret loi de 1968). Une mesure d'expulsion ou d'interdiction du territoire ou encore l'exercice non autorisé d'une activité professionnelle constituent aussi des motifs de retrait.

L'étranger qui s'est vu retirer sa carte de séjour temporaire doit quitter le territoire tunisien dans un délai de 8 jours.

⁵⁷ D.Lochak, article précité, p.467.

⁵⁸ JORT, les débats à la chambre des députés, 27/1/2004, n°19, p. 786 à 802 et spécialement p.790 (en arabe)

Les décisions de l'administration de refus de délivrer le visa et la carte de séjour temporaire ou de retrait de la carte de séjour temporaire peuvent s'appuyer soit sur l'absence d'une des conditions requises pour son obtention soit si la présence de l'étranger en Tunisie comporte une menace pour l'ordre public. Un recours pour excès de pouvoir devant la jurisprudence administrative devrait être possible. Un contrôle minimum exercé d'une manière assez étendue par le biais du contrôle de « l'erreur manifeste d'appréciation » devrait pouvoir être exercé par le juge administratif, quoique qu'il n'y ait pas de jurisprudence sur la question, probablement en raison du délai court imparti à l'étranger de quitter le territoire tunisien. Ce délai, fixé d'une manière discrétionnaire par l'administration lors du refus du visa de séjour temporaire et limité à 8 jours en cas de retrait de la carte de séjour ne donnent en effet pas le temps à l'étranger d'introduire un recours.

§2. La carte de séjour ordinaire

Elle est accordée à la demande de l'étranger qui a soit reçu un visa préalable de séjour ordinaire soit qui est né et réside en Tunisie de manière continue ou a rendu des services appréciables à la Tunisie. Le visa de séjour ordinaire préalable peut être accordé aux étrangers résidant en Tunisie en séjour temporaire depuis cinq ans sans interruption, aux étrangères mariées à des tunisiens et aux étrangers ayant des enfants tunisiens. L'étranger qui s'est vu refuser le visa de séjour ordinaire peut néanmoins obtenir un visa de séjour provisoire ou temporaire.

La durée de validité de la carte de séjour ordinaire est de deux ans, renouvelable. Elle peut être retirée à l'étranger si les raisons qui ont motivé sa délivrance ont disparu ou si un arrêté d'expulsion a été pris à son encontre. L'étranger qui s'est vu retirer sa carte de séjour ordinaire doit quitter le Territoire Tunisien dans un délai de 8 jours, sous peine des sanctions.

Des cartes de séjour ordinaires 'longue durée' devraient être accordées à certains étrangers, notamment ceux bénéficiant d'un regroupement familial. D'ores et déjà certains étrangers, ressortissants d'Etats ayant conclu une convention avec la Tunisie, bénéficient d'une carte de séjour 'longue durée' de dix années. C'est le cas des français dans les hypothèses prévues par la Convention Tuniso Française de 1988⁵⁹.

Section 2. L'exercice d'une activité économique en Tunisie

Certaines activités professionnelles sont interdites aux étrangers, d'autres sont soumises à autorisation préalable (§1) et l'exercice d'une activité salariée est étroitement contrôlée (§2). Nous les examinerons avant de voir les conditions de travail (§3)

§1. Les professions interdites ou soumises à autorisation

La fonction publique comme le secteur public et nationalisé sont réservés aux nationaux⁶⁰. Le recrutement de personnel de nationalité étrangère peut se faire par voie contractuelle et pour une durée déterminée et est régi par les dispositions du contrat et les conventions internationales de coopération technique ou administrative⁶¹.

La plupart des professions libérales sont aussi réservées aux nationaux. Ainsi par exemple, il faut être tunisien depuis 5 ans au moins et résider en Tunisie pour exercer la profession d'avocat⁶², être de nationalité tunisienne pour exercer les professions d'architecte⁶³ ou de médecin et de médecin

⁵⁹ Décret n°2004-819 du 29 mars 2004 porte 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. L'accord a été également modifié par l'accord de gestion concertée des migrations conclu en 2008. L'accord n'a cependant pas été publié, du moins en Tunisie.

⁶⁰ Loi n°83-112 du 12 décembre 1983 portant statut général des personnels d'Etat, des collectivités publiques locales et des établissements publics à caractère administratif et loi n°85-78 du 5 août 1985 portant statut des agents des offices, établissements publics à caractère industriel et commercial et des sociétés dont le capital appartient directement et entièrement à l'Etat et aux collectivités publiques.

⁶¹ Article 108 de la loi du 12/12/1983

⁶² Loi n°89-87 du 7 septembre 1989 portant organisation de la profession d'avocat telle que modifiée par la loi n°2006-29 du 15/5/2006, *JORT*, n°41 du 23/5/2006.

⁶³ Loi n°74-46 du 22 mai 1974 portant organisation de la profession d'architecte en Tunisie

dentiste⁶⁴. Cependant, concernant ces deux dernières professions, des autorisations peuvent être accordées aux étrangers. Pour les architectes, cette autorisation peut être accordée par le ministre de l'équipement et de l'habitat après avis du conseil de l'ordre des architectes, aux étrangers qui le demandent et sont ressortissants d'Etats ayant conclu des conventions d'établissement avec la Tunisie. Pour l'exercice de la profession de médecin et médecin dentiste, des autorisations peuvent être données pour l'exercice libéral de la profession ou dans les hôpitaux publics. L'autorisation, accordée par le ministre de la santé publique après avis du conseil de l'ordre des médecins, « est temporaire et révocable » (article 2 de la loi du 13 mars 1991 relative à l'exercice et à l'organisation des professions de médecin et de médecin dentiste)

Quant à l'exercice d'une activité commerciale par un étranger, elle est soumise à autorisation préalable du ministre de l'économie (Décret loi de 1961). Une fois celle-ci obtenue, une carte de séjour temporaire peut être octroyée. Certaines activités commerciales sont interdites aux étrangers, sauf dérogations spéciales, comme celui d'agent d'immeuble, commissionnaire, courtier, agent commercial, agent général ou spécial des entreprises d'assurance, concessionnaire, représentant général, agent général ou de vente quelle que soit la dénomination sous laquelle s'exerce cette activité, voyageur, placier, représentant de commerce. D'autres activités sont interdites aux étrangers, comme les intermédiaires en bourse⁶⁵, l'activité d'études et d'entreprises de télécommunications⁶⁶, les chauffeurs de taxi et de louage⁶⁷.

§2. L'exercice d'une activité salariée

Nous examinerons les conditions de droit commun (A), la sanction du travail irrégulier (B), enfin le régime spécial (C)

A. Les conditions de droit commun

Tout étranger, qui veut exercer en Tunisie un travail salarié de quelque nature qu'il soit, doit être muni d'un contrat de travail et d'une carte de séjour portant la mention " autorisé à exercer un travail salarié en Tunisie ".

L'étranger doit donc posséder une autorisation de séjour, celle-ci ne lui étant accordée que s'il a été autorisé à travailler en Tunisie. La délivrance du séjour suppose donc que soient vérifiées deux séries de conditions, les unes relatives au séjour, les autres au travail. Les conditions relatives au travail sont les suivantes : Le respect de la préférence nationale (l'inexistence de compétences tunisiennes dans les spécialités concernées par le recrutement), une durée n'excédant pas une année renouvelable une seule fois. Le contrat de travail comme son renouvellement doivent être préalablement visés par le ministère de l'emploi. Le refus de visa n'est pas motivé. La carte de séjour délivrée est une carte de séjour temporaire d'une validité d'un an. Elle peut, si le contrat de travail a été renouvelé et a obtenu le visa du ministère être renouvelée pour la même durée. Le travailleur étranger dont la carte de séjour arrive à expiration doit en demander le renouvellement. Il ne peut l'obtenir que dans la mesure du renouvellement de son contrat et de l'obtention de l'autorisation de travailler. Il perd donc son séjour, dès lors qu'il perd son travail. La carte de séjour lui est retirée quand les raisons de son octroi disparaissent. Même dans le cas d'une perte involontaire du travail, comme un licenciement abusif, l'étranger perd son séjour.

B. La sanction de l'irrégularité

Les situations de travail irrégulier, sont d'autant plus fréquentes que les conditions de travail des étrangers sont particulièrement restrictives. L'étranger en situation régulière « bénéficie des mêmes droits et est soumis aux mêmes obligations résultant des relations de travail et applicables au travailleur tunisien ». Doivent normalement être considérés comme réguliers, les travailleurs

⁶⁴ Loi n°91-21 du 13 mars 1991 relative à l'exercice et à l'organisation des professions de médecin et de médecin dentiste

⁶⁵ Décret n°99-2478 du 1^{er} novembre 1999 portant statut des intermédiaires en bourse, JORT 1999, n°93, p.2442.

⁶⁶ Décret n°98-268 du 2 février 1998 fixant les conditions et les modalités d'octroi et le retrait d'agrément pour l'exercice d'activités dans le domaine d'études et d'entreprises de télécommunications, JORT 1998, n°12, p.315 (Article 4)

⁶⁷ Décret n°98-2554 du 28 décembre 1998 réglementant les transports publics de personnes par voiture de taxi, de louage et le transport public rural, JORT 1999, n°3, p.82.

étrangers ressortissants de pays ayant conclu des Conventions d'établissement avec la Tunisie, dont notamment les marocains et les français. La Convention d'établissement entre la République Tunisienne et le Royaume du Maroc ratifiée par la loi n°66-35 du 3/5/1966 dispense de la carte de séjour les ressortissants de chacun des Etats signataires. L'article premier de la Convention dispose que « Les ressortissants de chacune des deux parties contractantes porteurs de passeports en cours de validité, pourront librement entrer sur le territoire de l'autre, y circuler, y séjourner, s'y établir et en sortir à tout moment sans être soumis à des conditions autres que celles appliquées aux nationaux, conformément aux règlements relatifs à l'ordre public »^{68 69}

Le droit à l'emploi est garanti: « Les ressortissants de chacun des deux pays jouiront sur le territoire de l'autre du droit de travailler...ainsi que d'exercer tous les métiers industriels, commerciaux, agricoles et toute autre profession réglementée » Il est accordé « au même titre que les nationaux et avec les mêmes droits et devoirs »⁷⁰

L'accord avec la France de 1988, prévoit aussi, au titre de la réciprocité, que certains ressortissants français auront le droit d'exercer une activité professionnelle salariée, sans que la situation de l'emploi puisse leur être opposée.

Ces Conventions ne sont cependant pas toujours appliquées par la jurisprudence tunisienne. Concernant la Convention Tuniso - Marocaine de 1973 qui fait bénéficier les marocains du principe du traitement national en matière de travail, la Cour de cassation a, dans un premier arrêt, rendu le 8 Octobre 1999⁷¹, considéré que ce principe n'était applicable qu'autant que le travailleur répondait aux conditions posées par le Code du travail et relatif à l'emploi de la main d'œuvre étrangère, ce qui est un refus d'appliquer la dite Convention. Dans une décision rendue le 7 février 2005⁷², aucune référence à la Convention n'a été faite, alors que le migrant avait la nationalité marocaine.

De même, dans un arrêt rendu le 27 décembre 1999⁷³, la Cour de cassation a refusé d'appliquer la Convention Tuniso-Française du 17 mars 1988 au motif de l'absence de la condition de réciprocité exigée par l'article 32 de la Constitution. L'absence de la condition de réciprocité ayant été présumée de la non publication au JORT (journal officiel) de ladite Convention, selon cet attendu de la Cour : « rien ne prouve sa ratification par l'autre partie et par conséquent son application, ce qui expliquerait sa non publication au JORT » Cette solution ne devrait pas cependant pas pouvoir être réitérée du moins dans les rapports avec la France, la convention de 1988 telle que révisée en 2004 ayant été publiée au Journal officiel de la république tunisienne.

L'attitude de la jurisprudence tunisienne n'en reste pas moins préoccupante, une partie importante des étrangers installés en Tunisie (les marocains notamment) se trouvent ainsi, exclue de la régularité, du fait de la non effectivité des Conventions internationales. Considérée comme irrégulière, elle encourt les sanctions prévues pour le travail irrégulier. Sanctions dont le domaine a, dans un premier temps, été étendu par la jurisprudence tunisienne. Quoique la règle n'ait pas été posée dans le code du travail, le contrat de travail irrégulier, c'est-à-dire établi sans les conditions de séjour et d'autorisation prévues par le code du travail, a été sanctionné par la jurisprudence tunisienne, au nom de l'ordre public social, par la nullité absolue.

La cour de cassation tunisienne a décidé dans deux arrêts, rendus respectivement le 21 avril 1994⁷⁴ en date du 2 février 1998⁷⁵, confirmés dans un autre rendu le 7 février 2005 (précité) que le contrat

⁶⁸La liberté de séjour est cependant subordonnée à l'immatriculation auprès des consulats de leur nation et à la délivrance d'une carte d'identité par le pays hôte

⁶⁹ La Convention Tuniso-Algérienne du 26 juillet 1963 comprend la même disposition.

⁷⁰ La Convention Tuniso - Algérienne, elle est muette sur le principe d'égalité de traitement avec les nationaux. Il en résulte que les dispositions du code du travail relatives à l'emploi de main d'œuvre étrangère devraient continuer à s'appliquer aux ressortissants algériens et libyens à l'exclusion des ressortissants marocains.

⁷¹ Arrêt n°71941 du 8/10/1999, publié in mémoire précité de A.Hakim

⁷² Arrêt n°6587 du 7 février 2005, publié in annexes mémoire précité, « la condition des travailleurs étrangers en Tunisie, régime de droit commun », faculté des sciences juridiques de Tunis, 2005-2006

⁷³ Arrêt n°73767, *Ibid*

⁷⁴ Arrêt n°31873, du 21 avril 1994, n°31873, *RJL*, 1994, p.65

⁷⁵ Arrêt n° 59828 du 2 février 1998, Bulletin civil de la Cour de Cassation (2^{ème} partie), p.440

de travail irrégulier est nul d'une nullité absolue. Elle a ainsi annulé dans les deux premiers arrêts, le contrat de travail d'un étranger dont la nationalité n'était pas précisée, pour défaut d'obtention du visa du ministre de l'emploi (1994) ou parce que la carte de séjour de l'intéressé qui a obtenu ce visa, ne comportait pas la mention « autorisé à travailler » (1998). Dans le troisième arrêt, elle a annulé le contrat de travail de l'étranger (de nationalité marocaine) faute pour celui-ci d'avoir prouvé la régularité de sa situation.

Les décisions de la Cour de cassation étaient particulièrement sévères dans la mesure où contrairement au droit commun, la nullité du contrat de travail de l'étranger a été qualifiée de nullité absolue, d'ordre public entraînant la non application des droits fondamentaux du travail. Dans les trois espèces, le travailleur étranger n'a pu bénéficier de l'indemnité due pour licenciement abusif. Elle est de plus critiquable car contraire aux Conventions internationales régulièrement ratifiées par la Tunisie. Conformément à l'article 32 de la constitution tunisienne les traités dûment ratifiés ont « une autorité supérieure à celle des lois ». Il en résulte notamment que l'interprète, le juge en l'occurrence, doit interpréter les lois, en cas de lacune ou d'obscurité, conformément aux traités internationaux. La Tunisie a ratifié les Conventions OIT mettant en œuvre les quatre catégories des principes et droits au travail et qui sont la liberté d'association et la reconnaissance effective du droit de négociation collective, l'élimination de toute forme de travail forcé ou obligatoire, l'abolition effective du travail des enfants, l'élimination de la discrimination en matière d'emploi et de profession et s'est engagée, en tant que membre de l'OIT à les respecter, promouvoir et réaliser.

Ces droits, conformément à la déclaration de l'OIT, relative aux principes et droits fondamentaux au travail et son suivi, adoptée en 1998, sont des droits universels applicables à tous les individus dans tous les Etats, quelque soit leur niveau de développement économique. Ils s'appliquent donc à tous les travailleurs migrants sans distinction, que leur séjour soit temporaire ou permanent, qu'ils soient en situation régulière ou irrégulière. Outre ces droits fondamentaux, d'autres droits sont expressément accordés par les Conventions OIT ratifiées par la Tunisie dont on citera la Convention n°95 sur la protection du salaire et qui s'applique à tous les travailleurs, sans conditions.

Un arrêt rendu par la Cour de cassation le premier décembre 2007⁷⁶ a heureusement mis fin à cette jurisprudence. Il s'agissait en l'espèce d'un travailleur de nationalité Belge, employé sans le respect des conditions exigées par le code du travail par une entreprise tunisienne qui l'a par la suite licencié. La Cour confirme l'arrêt d'appel qui lui a octroyé tous les droits garantis par le code du travail aux travailleurs tunisiens, l'indemnité de préavis, celle relative au licenciement abusif, le paiement des congés payés échus et non payés etc. La Cour se base sur les dispositions du code du travail relatives à l'emploi d'une main d'œuvre étrangère qui ne prévoient pas la sanction de la nullité en cas d'emploi irrégulier et justifie le paiement des indemnités par référence à l'article 325 du code des obligations et des contrats (COC)⁷⁷, et à l'article 77 du COC qui dispose que : « Ce qui a été payé pour une cause contraire à la loi, à l'ordre public ou aux bonnes mœurs, peut être répété ». Elle considère dès lors que l'emploi d'un travailleur étranger « sans le respect des dispositions relatives à l'emploi d'une main d'œuvre étrangère entraîne comme conséquence l'indemnisation de celui-ci en contrepartie du travail fourni, conformément au contrat établi entre les deux parties » La Haute Cour aligne ainsi les travailleurs étrangers en situation irrégulière sur la solution adoptée en la matière au contrat de travail des tunisiens, frappé de nullité. Et, quoique se basant sur les articles précités du code des obligations et des contrats, elle semble tirer de la seule circonstance qu'une prestation de travail a été fournie la justification de la garantie des droits fondamentaux au travail.

La décision est importante, elle est non seulement conforme aux conventions internationales régulièrement ratifiées par la Tunisie, mais elle est aussi de nature à dissuader de l'emploi irrégulier de travailleurs étrangers. Pourvus de leurs droits fondamentaux au travail, ils s'exposent moins à l'irrégularité, les migrants en situation irrégulière étant employés précisément quand ils sont privés

⁷⁶ Arrêt n°13014, Bull.civ. 2007, T.1, p.367.

⁷⁷ L'article 325 du Code des obligations et des contrats dispose que : « L'obligation nulle de plein droit ne peut produire aucun effet, sauf la répétition de ce qui a été payé sans indûment en exécution de cette obligation. L'obligation est nulle de plein droit : 1/Lorsqu'elle manque d'une des conditions substantielles de sa formation ; 2/ lorsque la loi en édicte la nullité dans un cas déterminé »

de leurs droits. Il faut maintenant attendre de voir si cette jurisprudence sera étendue aux travailleurs étrangers de toutes les nationalités.

C. Le régime spécial

Les entreprises non résidentes ou off shore, créées dans le cadre du code des investissements, sont autorisées à employer des étrangers dans certains secteurs et échappent ainsi au régime de droit commun prévu par le code du travail. Généralement le nombre d'étrangers admis est de quatre (4) et vise des personnes hautement qualifiées appelées « agents d'encadrement et de maîtrise ». C'est le cas pour les entreprises totalement exportatrices, conformément à l'article 18 du Code d'incitations aux investissements⁷⁸ et des sociétés établies dans les zones franches économiques dites aussi parcs d'activité économiques⁷⁹.

Ces entreprises peuvent, dans la limite de quatre salariés, recruter des étrangers sans que la situation de l'emploi ne leur soit opposable, après avoir au préalable obtenu le visa du ministère de l'emploi. Elles peuvent recruter plus de quatre étrangers sur la présentation au ministère de l'emploi d'un programme de tunisification (formation de tunisiens en vue du remplacement des salariés étrangers par ceux-ci).

La carte de séjour octroyée est une carte de séjour temporaire dont la durée peut être supérieure à un an. Aucune durée n'est fixée au contrat de travail, mais le code des investissements précise que le contrat de travail est renouvelable. Ces « agents de maîtrise » étrangers peuvent donc bénéficier d'une carte de séjour temporaire valable pour deux années et renouvelable. L'octroi d'une telle carte de séjour est en effet prévu, à titre « exceptionnel », par le Décret de 1968 (article 17).

§3. Les conditions de travail

Nous examinerons successivement le droit au transfert d'une partie du salaire (A) le droit à la sécurité sociale (B) enfin, le droit syndical (C)

A. Le droit au transfert d'une partie du salaire

Conformément à l'article 9 de l'avis de change n°15 du ministre de l'économie et des finances relatif au transfert au titre d'économies sur salaires, de dividendes, de jetons de présence, d'abonnements, de cotisations et frais bancaires (Journal Officiel de la République Tunisienne n°61 du 25 septembre 1990, p.1384), les transferts de salaire peuvent être effectués auprès d'un intermédiaire agréé qui assure la délivrance des devises au bénéficiaire du transfert. Quant à la circulaire de la Banque Centrale n°90-24 du 20 décembre 1990 adressée aux intermédiaires agréés et ayant pour objet les transferts au titre d'économies sur salaires, de dividendes, de jetons de présence, d'abonnements, de cotisations et frais bancaires⁸⁰, le transfert ne peut excéder 50% du salaire de base net d'impôt. La totalité du salaire correspondant au congé annuel passé à l'étranger peut cependant être transférée et le salarié peut bénéficier d'un cumul de transfert à la condition toutefois d'en faire la demande dans un délai maximum d'un mois à compter de la date d'expiration du contrat de travail. Passé ce délai, le transfert n'est permis que sur autorisation préalable de la Banque centrale.

B. Le droit à la sécurité sociale

Les étrangers bénéficient du droit à la protection sociale au même titre que les nationaux, les employeurs doivent affilier à la sécurité sociale et immatriculer leurs salariés, sans distinction de nationalité. Les étrangers bénéficient de la plupart des branches de sécurité sociale telles que les indemnités de maladie, les pensions de vieillesse d'invalidité et de survie et les rentes d'accident de

⁷⁸ Voir le Décret n°94-79 du 17 janvier 1994, fixant les modalités de recrutement des agents d'encadrement et de maîtrise de nationalité étrangère par les entreprises totalement exportatrices, JORT n° du 25/01/1994.

⁷⁹ Article 24 de la Loi n° 92-81, du 03/08/1992, relative aux zones franches économiques telle que modifiée et complétée par la Loi n° 94-14 du 31/01/1994 et la Loi n° 2001-76 du 17/07/2001.

⁸⁰ J.O.R.T, n°41 du 5 juillet 1991

travail et de maladie professionnelles. Les étrangers sont néanmoins exclus des prestations ou des fractions de prestations fournies exclusivement par les pouvoirs publics⁸¹.

C. Le droit syndical

Le droit syndical est garanti par l'article 8 de la Constitution de 1959, aujourd'hui abrogée. L'adhésion des travailleurs étrangers aux syndicats légalement constitués est libre. Seules l'administration ou la direction du syndicat sont subordonnées à la condition de nationalité tunisienne. L'article 251 du Code du travail dispose en effet que : « Les membres de tout syndicat professionnel, chargés de l'administration ou de la direction de ce syndicat, doivent être de nationalité tunisienne, originaire ou acquise depuis au moins cinq ans... » (alinéa premier)

A titre exceptionnel, des étrangers peuvent être désignés ou élus à un poste d'administration ou de direction du syndicat. Pour ce faire, conformément à l'article 251 alinéa 2, il faut avoir obtenu au préalable l'agrément du ministère concerné (affaires sociales) « 15 jours au moins avant la constitution ou le renouvellement du Conseil d'administration par voie d'élection ou autrement. Cet agrément n'est accordé qu'après avis des secrétaires d'Etat concernés »

Cependant, alors que le code du travail ne pose pas de condition relative à la nationalité pour l'éligibilité aux commissions paritaires consultatives, cette condition est posée dans l'article 41 de la Convention collective cadre relatif à l'élection des membres de ces commissions. Il dispose en effet : « Sont éligibles...les travailleurs de nationalité tunisienne... »

Ces règles ne sont dans l'ensemble pas conformes au droit international des droits de l'homme et en particulier au Pacte International relatif aux droits économiques, sociaux et culturels qui garantit le droit syndical sans discrimination fondée sur l'origine nationale ni aux Conventions de l'OIT ratifiées par l'Etat tunisien. Une liberté syndicale complète doit dès lors être accordée aux travailleurs étrangers ; comme les travailleurs tunisiens, ils ont en effet le droit de s'organiser et de défendre leurs intérêts.

Chapitre 3. Intégration des étrangers

La question de la jouissance des droits par les étrangers, même si elle intéresse surtout ceux qui se trouvent sur le territoire, se pose indépendamment de tout séjour ; on peut hériter dans un pays ou prétendre y percevoir des droits d'auteur sans y séjourner.

Si les droits inhérents à la personne humaine sont garantis, il faut néanmoins distinguer entre les droits politiques et les droits civils. En ce qui concerne les droits politiques entendus stricto sensu, par opposition aux libertés publiques, ceux-ci dérivent de l'appartenance à la société politique. Alors qu'à l'indépendance, tunisiens et tunisiennes obtiennent la jouissance de leurs droits politiques, le refus aux étrangers de ces droits traduit ce que leur statut a de plus spécifique.

Concernant la jouissance des droits civils, certains de ceux-ci peuvent aussi être accordés exclusivement aux nationaux. Mais l'exclusion des étrangers de certains de ces droits n'est pas inhérente à la distinction entre étrangers et nationaux. Le refus de jouissance d'un droit peut à cet égard tomber par l'effet d'un traité accordant la jouissance des mêmes droits que les tunisiens aux ressortissants de l'autre pays signataire. De tels traités assurent la réciprocité de traitement pour les tunisiens à l'étranger. Enfin, un grand nombre de droits subjectifs relevant du droit privé sont accordés aux étrangers au titre de liberté publique.

Nous examinerons successivement les droits civils et sociaux (Section 1), puis les droits civiques et politiques (Section 2)

Section 1. Les droits civils et sociaux

⁸¹ Ainsi les étrangers sont exclus de la prise en charge par l'Etat de la contribution patronale au régime légal de sécurité sociale pour les investissements créés par les entreprises établies dans les zones d'encouragement au développement régional pour certaines activités et des projets d'infrastructure et d'équipements collectifs tels que prévus par l'article 26 du Code d'incitations aux investissements. De même en est il de la prise en charge par l'Etat de la contribution patronale au régime légal de sécurité sociale pour les nouveaux promoteurs.

Dans chaque domaine, il y a eu des évolutions tout le long du siècle dernier : en droit public, le régime des libertés publiques traditionnelles s'est précisé à l'égard des étrangers, tandis que la catégorie nouvelle des droits sociaux leur a été ouvert. S'agissant des droits privés, un véritable renversement du principe s'est opéré de sorte que leur refus de jouissance par les étrangers est devenu l'exception. Ces droits ont néanmoins besoin d'être précisés, il en est ainsi du droit au regroupement familial (§1) de l'accès à l'enseignement public des étrangers (§2) du droit à la santé (§3) et au logement (§4)

§1. Le droit au regroupement familial

Ce droit dérive de celui de fonder une famille, garanti par les instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme.

Les mesures réglementant le droit d'entrée et de séjour des membres de famille d'étrangers autorisés à résider en Tunisie ou d'étrangers conjoints de tunisiens doivent, dès lors garantir le droit au regroupement familial.

A. Le regroupement familial des étrangers admis au séjour en Tunisie, seul un texte ancien, l'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 Tunisie⁸² règle la question. Le texte reconnaît implicitement le droit pour les étrangers de se faire suivre par leur famille, conjoints et enfants mineurs. Les conditions, au nombre de deux, sont les suivantes. La première est relative à l'exigence d'un certificat d'hébergement portant sa signature et la signature de son employeur et dont une mention sera faite dans le visa du contrat de travail. Or cette condition a besoin d'être précisée. S'agit-il de la simple exigence de posséder un logement ou de l'exigence d'un certificat d'hébergement auquel cas, sa forme et les autorités habilitées à la délivrer ainsi que sa fonction doivent être réglementées. La deuxième condition est négative et peu justifiable eu égard au droit international des droits de l'homme : les membres de la famille ne doivent pas eux-mêmes être titulaires d'un contrat de travail.

Une refonte de ce texte est nécessaire et c'est en particulier à la loi régissant la condition des étrangers de préciser les conditions du regroupement familial, celles relatives aux ressources, au logement etc.

Des questions restent aussi en suspens, comme celle de savoir si un étranger polygame peut regrouper toutes ses épouses en Tunisie ou seulement l'une d'entre elles. La polygamie est en effet interdite en Tunisie et passible de sanctions pénales. Permettre à plus d'une épouse de rejoindre leur mari en Tunisie est de nature à banaliser l'union polygamique auprès de l'opinion publique tunisienne et donc est susceptible de heurter l'ordre public tunisien. Permettre à une seule d'entre elles de rejoindre l'époux installé en Tunisie peut en revanche heurter le principe d'égalité entre les hommes et les femmes et renforcer l'inégalité attachée à l'union en autorisant le mari à choisir celle qu'il préfère. C'est cette solution, au demeurant, qui est actuellement en vigueur en Europe. En tout état de cause, ces incertitudes doivent être levées et une réforme du regroupement familial au titre de conjoint de tunisien est tout aussi nécessaire.

B. Le regroupement familial au titre de conjoint de tunisien

En effet, la loi de 1968 et son Décret d'application octroie un séjour ordinaire à l'épouse étrangère d'un tunisien ou à l'étranger ayant un enfant tunisien. Seule l'épouse étrangère du tunisien peut se voir accorder un séjour ordinaire, à l'exclusion du mari étranger de la tunisienne. Il est vrai que le mari étranger de la tunisienne peut obtenir un séjour au titre de parent d'un enfant tunisien. Depuis la réforme de l'article 6 du code de la nationalité en décembre 2010, il n'y a plus de différence entre les hommes et les femmes dans l'attribution de la nationalité tunisienne par le jus sanguinis⁸³, mais encore faut-il que le couple ait des enfants.

⁸² Journal Officiel de la Tunisie du 10 août 1932, p.1881

⁸³ Article 6 nouveau : « Est tunisien l'enfant né d'un père tunisien ou d'une mère tunisienne », loi n°2010-55 du 1^{er} décembre 2010, modifiant certaines dispositions du code de la nationalité tunisienne, JORT, n°97 du 3/12/2010, p.3276.

L'extension du droit au regroupement familial aux époux étrangers des tunisiennes devrait aussi s'accompagner de l'allègement des conditions régissant le regroupement familial au titre de conjoint de tunisien. Ainsi, l'épouse étrangère d'un tunisien 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 d'annulation de son mariage et, éventuellement de divorce. Parce que ces règles rendent le séjour en Tunisie précaire, le divorce ne devrait pas ipso facto entraîner un retrait du séjour, en particulier quand le divorce intervient après une résidence de longue durée en Tunisie.

Enfin, ce séjour accordé de plein droit, devrait, nonobstant le silence des textes, ouvrir le droit à l'exercice d'une activité salariée.

§2. L'accès à l'enseignement public des étrangers

Celui-ci est réglementé de manière opaque. Alors qu'aucun texte de loi ne l'exige, des circulaires ou de simples notes administratives, exigent au préalable l'autorisation de l'autorité de tutelle que ce soit pour l'enseignement primaire, secondaire ou universitaire. Ainsi par exemple, le guide des élèves du premier cycle de l'enseignement de base (cycle primaire) publié par le ministre de l'éducation (Direction générale du premier cycle de l'enseignement de base) exige pour l'inscription des enfants étrangers 1/ que leurs parents résident en Tunisie 2/ qu'ils présentent une demande écrite au directeur régional de l'enseignement accompagné de tous documents justifiant de leur identité et de leur lieu de résidence. Le texte précise que les parents doivent directement s'adresser à la direction régionale de l'enseignement, autorité administrative de référence.

La même procédure (demande écrite faite au ministère de tutelle) et la même exigence de séjour en Tunisie sont exigées pour le deuxième cycle de l'enseignement de base, l'enseignement secondaire et l'enseignement supérieur⁸⁴.

§3. Le droit à la santé

Ce droit est, en revanche, accordé dans les mêmes conditions que pour les nationaux. Toutefois les soins et l'hospitalisation à titre gratuit ou à tarif réduit dans les structures sanitaires publiques sont réservés aux nationaux indigents, à leur conjoint et à leurs enfants légalement à charge⁸⁵.

§4. Le logement

Le droit au maintien sur les lieux institué par la loi du 18 février 1976 relative aux rapports entre bailleurs et locataires de locaux à usage d'habitation, de profession ou d'administration publique bénéficie à tout locataire, quelle que soit sa nationalité⁸⁶.

Le droit à la priorité à l'achat au profit des locataires ne bénéficie cependant qu'aux nationaux⁸⁷.

L'achat d'un logement par les étrangers obéit à des conditions particulières. Les étrangers, selon la loi du 12 mai 1964 ne peuvent acquérir la propriété d'une terre agricole, sauf à titre exceptionnel, par voie de Décret et à la condition d'y résider (loi du 22 septembre 1969).

Les étrangers peuvent acquérir un immeuble non agricole à la condition d'obtenir l'autorisation du gouverneur (Décret du 4 juin 1957 et Décret loi du 21 septembre 1977). En sont dispensés les ressortissants de pays ayant conclu avec la Tunisie des Conventions bilatérales, tels que la France⁸⁸, l'Italie⁸⁹, le Maroc (9 du décembre 1964), la Libye (4 juin 1964) et l'Algérie (26 juillet 1961). Deux circulaires en date, respectivement de 1994 et 1995, ont suspendu l'application des Conventions avec

⁸⁴ Voir la circulaire du ministre de l'enseignement n°05-08 du 5 février 2005 relative à l'inscription des étudiants étrangers.

⁸⁵ Loi n°91-63 du 29 juillet 1991 relative à l'organisation sanitaire (Journal Officiel de la République Tunisienne n°55 du 6 août 1991, p. 1390.

⁸⁶ J. O. R. T., n°13 du 20 février 1976, p.456.

⁸⁷ Loi n°78-39 du 7/6/1978, portant attribution d'un droit de priorité à l'achat au profit des locataires, JORT n°42 des 6 et 9 juin 1978, p.1681

⁸⁸ Echange de lettres du 20 octobre 1997, ratifié par la loi n°98.104 du 18 octobre 1998

⁸⁹ Echange de lettres en juillet 1999, ratifié par la loi n°2000-5 du 24 janvier 2000

les pays du Maghreb, l'autorisation du gouverneur demeure exigée pour les ressortissants libyens, marocains et algériens⁹⁰.

Section 2. Participation civique et politique

S'il est admis que l'étranger est exclu de la participation à la vie politique (§1), le droit à la participation civique devrait leur être accordé (§2)

§1. L'exclusion de l'étranger des droits politiques

Un étranger ne peut fonder un parti politique ni y adhérer. Les fondateurs doivent être exclusivement de nationalité tunisienne depuis au moins 10 ans et les adhérents depuis 5 ans au moins⁹¹. Un projet de loi est en cours pour refondre la loi sur les partis politiques, il ne devrait pas toucher à l'exigence de nationalité tunisienne, mais abolira probablement toute référence à la date de son acquisition et permettre aux tunisiens ayant la double nationalité l'accès à ce droit.

Pour être électeur ou éligible, il faut avoir la nationalité tunisienne. Il fallait pour être éligible à la chambre des députés et des conseillers être né de père ou de mère tunisienne' et le président de la République devait être 'tunisien, jouissant exclusivement de la nationalité tunisienne, de religion musulmane, de père, de mère, de grands-pères paternel et maternel tunisiens, demeurés tous de nationalité tunisienne sans discontinuité'. Le code électoral réservait quant à lui, la qualité d'électeur aux seuls citoyens tunisiens 'âgés de 20 ans accomplis, possédant la nationalité tunisienne depuis 5 ans au moins, jouissant de leurs droits civils et politiques et n'étant dans aucun cas d'incapacité prévue par la loi » Aujourd'hui, l'ensemble de ces textes, y compris le code électoral ont été abrogés. Dans le projet de Décret loi sur l'élection de l'assemblée constituante, l'exigence de la nationalité tunisienne est maintenue pour être électeur ou éligible ; en revanche a été supprimé l'exigence d'avoir exclusivement la nationalité tunisienne, ce qui permet aux binationaux de participer aux élections, de même que l'exigence d'être tunisien depuis 5 ans au moins. Il suffit, selon le projet de loi d'être tunisien (e) et d'avoir l'âge de 18 ans pour être électeur ; peu importe donc le mode d'acquisition de la nationalité, par voie de filiation, par le jus soli ou par voie de naturalisation. Les étrangers naturalisés tunisiens obtiennent ainsi le droit d'être électeur, contrairement aux dispositions du code de la nationalité qui les prive pendant 5 ans des droits civiques. Dans la mesure où le projet de Décret loi est retenu, il faudra en conséquence, modifier les dispositions du code de la nationalité (article 26).

En revanche, pour être éligible, il faut être tunisien (e) né de père ou de mère tunisienne. Donc seule la nationalité attribuée en raison de la filiation, à l'exclusion de celle attribuée par le jus soli (triple naissance en Tunisie : il faut être né en Tunisie, de père et grand père eux-mêmes nés en Tunisie) permet d'être investi de fonctions ou mandats électifs.

La règle ne souffre d'aucune exception, en particulier la clause d'assimilation de l'étranger aux nationaux qui figure dans certaines conventions d'établissement ne s'applique pas aux droits politiques. C'est dans ce sens que se prononce notamment, l'article 4 de la Convention d'établissement entre la république tunisienne et le Royaume du Maroc dispose que : « A l'exclusion des droits politiques, les ressortissants de chacun des deux pays, pourront bénéficier dans le pays de l'autre, des libertés publiques sur la base de la réciprocité au même titre que les nationaux conformément aux lois qui les régissent ». Il en est de même dans la Convention Tuniso - Algérienne du 26 juillet 1963 qui dispose dans son article 3 que « Chacune des parties s'engage à faire bénéficier les nationaux de l'autre partie des dispositions applicables à ses propres nationaux en matière de libertés publiques à l'exclusion de l'exercice des droits politiques et des droits civiques »

L'incapacité politique des étrangers est étendue à l'exercice des emplois publics, civils et militaires, ainsi que de toutes les fonctions de souveraineté. Il en est ainsi des fonctions judiciaires, pour être juge ou auxiliaire de justice, il faut être tunisien. Les fonctions administratives, sont elles aussi

⁹⁰ Voir sur cette question, M.K.Charfeddine, « L'étranger propriétaire d'immeubles en Tunisie » in *L'étranger dans tous ses états*, ss la dir. De F.Horchani et S.Bostangi, p.23

⁹¹ Article 7 de la loi n°88-32 du 3 mai 1988 organisant les partis politiques, J.O.R.T. n°31 du 6 mai 1988, p.703.

réservées aux nationaux⁹², un étranger ne peut être fonctionnaire. Le recrutement de personnel de nationalité étrangère peut néanmoins, comme nous l'avons vu, se faire par voie contractuelle (article 108 de la loi du 12/12/1983) ; un étranger peut donc avoir accès à des emplois dans la fonction publique, comme non titulaire.

§2. Les droits civiques

Le droit international des droits de l'homme impose le respect de la personne humaine, et par conséquent la jouissance des libertés publiques fondamentales, indépendamment de toute nationalité : liberté de pensée, d'opinion, de religion, de circulation, d'accès à la justice pour la défense des droits reconnus... mais l'exercice des libertés publiques peut être limité pour des raisons d'ordre public, tant à l'égard des nationaux que des étrangers et l'ordre public peut être interprété de manière plus sévère pour les étrangers que pour les nationaux, ceux là étant généralement tenus à une obligation de réserve. C'est le cas actuellement pour le droit d'association (§1) et la liberté de presse (§2)

§1.Le droit d'association

Le droit individuel d'association des étrangers est reconnu par l'actuelle loi relative aux associations⁹³ ; aucune exigence de nationalité tunisienne n'est exigée pour la constitution d'associations ou leur direction. Son exercice collectif est cependant soumis à autorisation, le texte définissant comme étrangères, les associations dont la moitié au moins du comité directeur est composé de membres étrangers. Un texte spécial régit l'installation des organisations non gouvernementales internationales ou régionales en Tunisie⁹⁴. Associations étrangères et ONG internationales et régionales sont soumises à autorisation préalable. Ces textes sont en voie d'être abrogés, un projet de Décret loi sur les associations devrait être, après son vote par le Haut conseil de réalisation des objectifs de la révolution et des réformes politiques être soumis au président de la République par interim, Monsieur Fouad M'bazaa. Le projet a pour objectif d'aligner la loi sur les associations sur le droit international des droits de l'homme. En conséquence, les associations de siège étranger comme celles de siège tunisien mais comportant une majorité d'étrangers, devraient être soumises à un même régime garant de la liberté d'association.

§2. La liberté de presse

Le code de la presse prévoit la possibilité pour « le ministre de l'intérieur, sur avis du secrétaire d'Etat auprès du premier ministre, chargé de l'information » d'interdire la publication, l'introduction et la circulation en Tunisie des œuvres paraissant à l'étranger ou de provenance étrangères ('éditées par une entreprise dont le siège est en Tunisie, mais dont le capital est en totalité ou en partie étranger'). Le code devrait aussi être révisé pour le rendre conforme au droit international des droits de l'homme. Seuls des impératifs touchant à l'ordre et à la sécurité publics devrait pouvoir limiter l'exercice de la liberté d'opinion des étrangers, comme des tunisiens.

Quand au contrôle des entreprises de communication par les étrangers il reste soumis à autorisation préalable. En effet, dès lors que la participation d'étrangers résidents ou non en Tunisie dépasse 50°/° du capital, l'approbation de la commission supérieure d'investissement est nécessaire, de même qu'il faut une autorisation d'exploiter des services de communication audiovisuelle.

⁹² Loi n°83-112 du 12 décembre 1983 portant statut général des personnels d'Etat, des collectivités publiques locales et des établissements publics à caractère administratif et loi n°85-78 du 5 août 1985 portant statut des agents des offices, établissements publics à caractère industriel et commercial et des sociétés dont le capital appartient directement et entièrement à l'Etat et aux collectivités publiques.

⁹³ Loi n°59-154 du 7 novembre 1959 relative aux associations, telle que modifiée par les lois organiques du 12 août 1988 et 2 avril 1992 ; voir le Recueil des textes relatifs à l'organisation politique et aux libertés publiques, Publications de l'imprimerie officielle, Tunis 2002.

⁹⁴ Loi organique n°93-80 du 26 juillet 1993, relative à l'installation des organisations non gouvernementales en Tunisie, JORT n°56 du 30/7/1993.