

De la traite des noirs à la traite des êtres humains La modernité d'une vieille notion

Bénédicte LAVAUD-LEGENDRE

*Chargée de recherches Comptrasec CNRS-UMR 5114
Université Bordeaux IV*

Résumé. – L'expression « traite des êtres humains » est aujourd'hui passée dans le langage courant. De nombreuses conventions internationales et textes de droit interne définissent en ce début de XXI^e siècle cette pratique comme recouvrant les actes commis préalablement à l'exploitation d'une personne. Or, l'approche historique montre que le terme de « traite » a été initialement appliqué dans trois contextes différents : la traite des esclaves – juridiquement qualifiée de telle au début du XIX^e –, la traite des femmes ou traite des blanches – expression recensée près d'un siècle plus tard – avant de ressurgir à la fin du XX^e siècle sous la forme de traite des êtres humains. Ce travail vise à mettre en lumière l'unité sous-jacente aux divers emplois de la notion afin d'en analyser le sens contemporain. Cette perspective historique fait émerger une définition de la notion d'exploitation, notion centrale mais pour le moins incertaine dans l'infraction contemporaine de la traite des êtres humains.

Mots-clés : Esclavage, traite des noirs, traite des blanches, traite des êtres humains, exploitation, commerce, consentement de la victime, vulnérabilité, consentement, ordre public

L'expression « traite des êtres humains » est aujourd'hui passée dans le langage courant. De nombreuses conventions internationales¹ et textes de

1 Protocole additionnel à la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée et visant à prévenir, réprimer et punir la traite des personnes en particulier des femmes et des enfants, 15 novembre 2000, *Recueil des traités*, vol. 2225, n° 39574 ; le texte sera appelé Protocole de Palerme. Convention du Conseil de l'Europe consacrée à la lutte contre la traite des êtres humains, Varsovie, 16 mai 2005, *Série des Traités du Conseil de l'Europe*, n° 197. Le texte de la Convention et son rapport explicatif sont disponibles à l'adresse : www.coe.int/t/dghl/monitoring/trafficking/Docs/Convntn/default_fr.asp ; Convention sur la prévention et l'élimination de la traite des femmes et des enfants aux fins de prostitution, adoptée en 2002 par les États membres de l'Association sud asiatique de

[p. 285-308 B. LAVAUD-LEGENDRE *Arch. phil. droit* 54 (2011)

droit interne² définissent en ce début de XXI^e siècle cette pratique comme recouvrant les actes commis préalablement à l'exploitation³ d'une personne. Or, l'approche historique montre que le terme de « traite » a été initialement appliqué dans trois contextes différents : la traite des esclaves – juridiquement qualifiée de telle au début du XIX^e –, la traite des femmes ou traite des blanches – expression recensée près d'un siècle plus tard – avant de ressurgir à la fin du XX^e siècle sous la forme de traite des êtres humains. Ce travail vise à mettre en lumière l'unité sous-jacente aux divers emplois de la notion afin d'en analyser le sens contemporain.

Le terme « traite » vient du latin *trahere* transporter, d'où faire venir, puis faire venir aux fins de commerce.

L'expression traite des esclaves apparaît en 1814 dans le premier Traité de Paris unissant la France et la Grande-Bretagne⁴, puis dans la Déclaration du Congrès de Vienne du 8 février 1815⁵ qui constitue la première prohibition internationale⁶. Cette Déclaration a été renouvelée dans un texte signé à Vérone le 28 novembre 1822 par l'Autriche, la France, la Grande-Bretagne et la Russie. Elle considère le Commerce des Nègres comme « un fléau qui a trop longtemps désolé l'Afrique, dégradé l'Europe et affligé l'humanité »⁷.

Au cours du XIX^e siècle, les traités bilatéraux conclus entre la France et la Grande-Bretagne notamment⁸ ne comprenaient aucune définition de la traite

coopération régionale ; Protocole à la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples, relatif aux droits des femmes en Afrique (2003).

2 Article 225-4-1 du Code pénal français issu de la loi du 18 mars 2003.

3 Selon l'article 3 a) du Protocole de Palerme, « L'exploitation comprend, au minimum, l'exploitation de la prostitution d'autrui ou d'autres formes d'exploitation sexuelle, le travail ou les services forcés, l'esclavage ou les pratiques analogues à l'esclavage, la servitude ou le prélèvement d'organes ».

4 Traité du 30 mai 1814. Article additionnel, accessible à l'adresse : www.gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k93785p/f27.

5 Annexe n° 15 de l'Acte final du Congrès de Vienne intitulée : « La déclaration des puissances sur l'abolition de la traite des nègres », 8 février 1815 (p. 302 de l'acte final). Le texte fut signé par l'Autriche, la France, la Grande-Bretagne, le Portugal, la Prusse et la Suède, www.gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k91227n/f311.

6 La Déclaration du Congrès de Vienne fut suivie le 20 novembre 1815 d'un second traité de Paris comprenant un article additionnel rappelant les obligations du Congrès de Vienne : « Les Hautes Parties Contractantes, désirant sincèrement donner suite aux mesures dont elles se sont occupées au Congrès de Vienne, relativement à l'abolition complète et universelle de la traite des nègres d'Afrique, et ayant déjà, chacune dans ses États, défendu sans restriction à leurs colonies et sujets, toute participation quelconque à ce trafic, s'engagent à réunir de nouveau leurs efforts pour assurer le succès final des principes qu'elles ont proclamés dans la déclaration du 8 février 1815, et à concerter, sans perte de temps, par leurs ministres aux cours de Paris et de Londres, les mesures les plus efficaces pour obtenir l'abolition entière et définitive d'un commerce aussi odieux et aussi hautement réprouvé par les lois de la religion et de la nature ». Le texte est disponible à l'adresse : www.mjp.univ-perp.fr.

7 Nations unies, *La répression de l'esclavage*, ST/SOA/4, 1951, § 15.

8 Traités de 1831 et 1833. Ces textes visaient principalement à définir de concert les mesures pouvant être appliquées en mer pour réprimer la traite des esclaves et à établir sur la base de la réciprocité les droits de visite, de fouille et de capture des navires soupçonnés de se

autre que la référence au commerce. Il en est de même avec l'Acte général de la conférence de Berlin du 26 février 1885⁹ et l'Acte général de Bruxelles de 1890¹⁰ qui répriment tant l'esclavage que la traite des esclaves¹¹ mais ne précisent pas davantage le sens du terme « traite ».

C'est donc avec la Convention de la Société des Nations de 1926¹² qu'apparaît la première définition des actes matériels constitutifs de la traite, à savoir « tout acte de capture, d'acquisition ou de cession d'un individu en vue de le réduire en esclavage, tout acte d'acquisition d'un esclave en vue de le vendre ou de l'échanger, tout acte de cession par vente ou échange d'un esclave acquis en vue d'être vendu ou échangé, ainsi qu'en général tout acte de commerce ou de transport d'esclaves »¹³.

Peuvent donc être distingués les actes accomplis, du but en vertu duquel ils sont commis.

Les actes prohibés sont la capture, l'acquisition ou la cession d'un individu, ou, ainsi que le précise le texte, « en général, tout acte de commerce ou de transport d'esclaves ». Les buts visés sont la réduction en esclavage, la vente ou l'échange.

livrer à la traite des esclaves. Traité de Londres 1941, Traité entre la France et la Grande Bretagne 1945, Traité de Washington 1862... Voir, Nations unies, *La répression de l'esclavage*, préc., § 17-26.

9 Article 9 : « Conformément aux principes du droit des gens, tels qu'ils sont reconnus par les Puissances signataires, la traite des esclaves étant interdite, les opérations qui, sur terre ou sur mer, fournissent des esclaves à la traite devant être également considérées comme interdites, les Puissances qui exerceront des droits de souveraineté ou une influence dans les territoires formant le bassin conventionnel du Congo, déclarent que ces territoires ne pourront servir ni de marché ni de voie de transit pour la traite des esclaves, de quelque race que ce soit. Chacune de ces puissances s'y engage à employer tous les moyens en son pouvoir pour mettre fin à ce commerce et pour punir ceux qui s'en occupent ». La Conférence de Berlin de 1885 réunit les représentants de 14 pays européens afin de régler pacifiquement les litiges relatifs aux conquêtes coloniales en Afrique. Le texte est disponible à l'adresse : www.mjp.univ-perp.fr.

10 www.gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k96082f/f528. L'acte général de Bruxelles visait à « mettre un terme aux crimes et aux dévastations qu'engendre la traite des esclaves africains, protéger efficacement les populations aborigènes de l'Afrique et assurer à ce vaste continent les bienfaits de la paix et de la civilisation ».

11 Ces textes ont précisé les modalités de la coopération internationale et des organisations internationales ont été créées afin de favoriser l'abolition de l'esclavage.

12 Convention relative à l'esclavage de la Société des Nations, 25 septembre 1926, disponible à l'adresse, www2.ohchr.org/french/law/esclavage/htm.

13 Cette définition sera très largement reprise à l'article 7 de la Convention supplémentaire des Nations unies relative à l'abolition de l'esclavage, de la traite des esclaves et des institutions et pratiques analogues à l'esclavage du 7 septembre 1956 : « tout acte de capture, d'acquisition ou de cession d'une personne en vue de la réduire en esclavage, tout acte d'acquisition d'un esclave en vue de le vendre ou de l'échanger, tout acte de cession par vente ou échange d'une personne acquise en vue d'être vendue ou échangée, ainsi qu'en général tout acte de commerce ou de transport d'esclaves, quel que soit le moyen de transport employé ».

De son côté, l'expression « traite des blanches » apparut à la fin du XIX^e siècle.

Ce sont tout d'abord des militants qui se sont saisis de la question¹⁴, avec l'organisation par la National Vigilance Association de Londres¹⁵ d'un premier congrès international de lutte contre la traite des blanches en 1899¹⁶. Puis, une Conférence sur la traite des blanches, tenue à Paris du 15 au 25 juillet 1902 entre les souverains et chefs d'États de Suisse, Royaume-Uni, Allemagne, Belgique, Danemark, Espagne, France, Italie, Pays-Bas, Portugal, Russie, Suède et Norvège donna lieu à un Arrangement du 18 mai 1904¹⁷. Ce texte affirme dans le préambule viser à « assurer aux femmes et filles mineures, une protection efficace contre le trafic criminel connu sous le nom de “traite des blanches” ».

C'est, quelques années après, la Convention internationale relative à la répression de la traite des blanches signée à Paris le 4 mai 1910, qui fournit des éléments de définition plus conséquents : « Doit être puni quiconque pour satisfaire les passions d'autrui a, par fraude, ou à l'aide de violence, menaces, abus d'autorité, ou tout autre moyen de contrainte, embauché, entraîné ou détourné, même avec son consentement, une femme ou fille mineure, en vue de la débauche alors même que les divers actes qui sont les éléments constitutifs de l'infraction auraient été accomplis dans des pays différents¹⁸ ».

La Convention internationale relative à la traite des femmes et des enfants conclue à Genève le 30 septembre 1921¹⁹ reprit implicitement cette définition. Quant à la Convention de la société des Nations du 11 octobre 1933²⁰, elle modifia le terme « mineure » par « majeure ». Ce changement avait une portée considérable puisqu'il signifiait que l'infraction était caractérisée alors même que la femme recrutée en vue de la prostitution n'avait pas été contrainte et qu'elle consentait donc à cette forme de commerce.

On retrouve donc certains des éléments recensés en matière de traite des esclaves : un comportement (« embaucher, entraîner ou détourner une femme

14 Sur le rôle des organisations privées dans la place de la traite dans le débat politique, A. Corbin, *Les filles de noce. Misère sexuelle et prostitution aux XIXe et XXe siècles*. Paris, Éditions Aubier Montaigne, 1978, p. 410 ; M. Darley, « Le statut de la victime dans la lutte contre la traite des femmes », *Critique internationale*, 2006/1, n° 30, p. 103-122 ; M. Constant, « Combats contre la traite des femmes à la Société des Nations (1920-1940) », *Relations internationales* 2007/3 (n° 131) p. 39-47.

15 Voir également l'Union internationale des amies de la jeune fille (association abolitionniste créée à Genève en 1877), l'Œuvre catholique internationale de la protection de la jeune fille, Jewish association for the protection of girls and women, alliance israélite, l'Association pour la répression de la traite des blanches et la préservation de la jeune fille.

16 A. Corbin, *Les filles de noce. Misère sexuelle et prostitution aux XIXe et XXe siècles*, préc., p. 410.

17 RS 03.311.31, texte disponible à l'adresse : www.admin.ch/ch/f/rs/i3/0.311.31.fr.pdf.

18 Article 2 de la Convention.

19 Société des Nations, *Recueil des traités*, Vol. IX, n° 269, accessible à l'adresse www.admin.ch/ch/f/rs/0_311_33/index.html

20 Société des Nations, *Recueil des traités*, Vol. CL, n° 3476, accessible à l'adresse www.admin.ch/ch/f/rs/i3/0.311.34.fr.pdf

majeure ou mineure ») et un but qui est ici « la débauche » « pour satisfaire les passions d'autrui ». Néanmoins – à l'exception de la Convention de 1933 sur laquelle on reviendra – la contrainte constitue un élément de l'infraction de traite des femmes, ce qui n'est pas le cas en matière de traite des esclaves.

Enfin, la Convention pour la répression de la traite des êtres humains et de l'exploitation de la prostitution d'autrui du 2 décembre 1949 reprend certains des éléments de la définition de 1910, mais elle distingue les actes commis au niveau interne qu'elle qualifie de proxénétisme²¹, des actes ayant une dimension transnationale qui sont alors qualifiés de traite²².

Après un relatif silence des textes entre 1949 et 2000²³, la notion réapparut en force dans le Protocole additionnel à la Convention contre la criminalité organisée, consacré à la traite, dit protocole de Palerme²⁴. Ce texte eut pour apport essentiel d'unifier les deux notions précédentes sous les termes de « traite des êtres humains » et de proposer une définition aujourd'hui reconnue par les 143 États parties. Depuis, de nombreux textes internationaux recourent à cette notion²⁵. L'analyse montrera néanmoins que subsistent certaines zones d'ombre portant notamment sur la définition de l'exploitation et sur les raisons d'être de l'incrimination.

Il sera ainsi démontré qu'il existe une certaine constance tant dans les éléments forts de la définition que dans les points plus fragiles, qui portent notamment sur la place de la contrainte dans l'incrimination et la raison d'être de la prohibition. Avant de procéder à une analyse critique de la définition du Protocole de Palerme (II), il conviendra de dégager, malgré la dualité historique entre traite des esclaves et traite des blanches, la définition sous-jacente (I).

21 L'article 1 définit le proxénétisme comme le fait pour satisfaire les passions d'autrui d'embaucher, entraîner ou détourner en vue de la prostitution une autre personne, même consentante ; ou encore d'exploiter la prostitution d'une autre personne même consentante.

22 Voir l'article 17, texte disponible à l'adresse : www2.ohchr.org/french/law/exploitation.htm

23 Silence relatif, puisqu'en fait, au sortir de la Seconde guerre mondiale, un certain nombre de textes rappelèrent la prohibition de la traite, mais sans revenir sur la définition de ce comportement : Convention supplémentaire des Nations unies relative à l'abolition de l'esclavage, de la traite des esclaves et des institutions et pratiques analogues à l'esclavage du 7 septembre 1956 ; Article 8, 1° du Pacte international relatif aux droits civils et politiques de 1966.

Il est également à noter que la Déclaration universelle des droits de l'homme et du citoyen de 1948 rappela le principe de la prohibition de la traite à son article 4.

24 15 novembre 2000, *Recueil des traités*, vol. 2225, n° 39574.

25 Voir *supra*.

[p. 285-308

I. – LA DUALITÉ HISTORIQUE DE LA NOTION DE TRAITE

La construction de la notion de traite met en évidence de manière constante l'articulation entre les actes accomplis – à savoir le recrutement d'une personne – et le but visé – la réduction en esclavage ou l'exploitation de la prostitution. L'indissociabilité entre le recrutement et le but constitue l'élément central de l'infraction (A). Au-delà, les divergences constatées entre traite des esclaves et traite des femmes apparaissent, à cette étape de l'analyse, secondaires (B).

A. – *La constante indissociabilité entre recrutement et but visé*

La distinction entre le recrutement (1) et le but visé (2) n'est pas explicite dans les premiers textes se référant à la traite, même s'ils se révèlent être, dès 1814, des éléments essentiels de la définition.

1. Le recrutement

La référence à une forme de recrutement apparaît tant dans les textes visant la traite des esclaves que la traite des femmes, même si le vocabulaire qualifiant cet acte diffère. Les premières conventions visant la « traite des esclaves » associent ce terme au commerce, terme qui n'apparaît pas explicitement en matière de traite des femmes.

Le Traité du 30 mai 1814 unissant la France à la Grande-Bretagne associe la traite au fait de soumettre l'esclave à « un genre de commerce », impliquant notamment de l'« importer » ou de le « vendre »²⁶. Ce texte assimile donc l'esclave à une chose, objet d'un droit réel. Sans définir davantage la traite, la déclaration du Congrès de Vienne du 8 février 1815 affirmait : « le commerce²⁷ connu sous le nom de traite des Nègres d'Afrique a été envisagé, par les hommes justes et éclairés de tous les temps, comme répugnant aux principes d'humanité et de morale universelle²⁸ ». De même, le second traité de Paris du 20 novembre 1815 affirmait la volonté des États d'unir leurs efforts pour

26 « Sa majesté très chrétienne, partageant tous les sentimens de sa Majesté britannique relativement à un genre de commerce que repoussent et les principes de la justice naturelle et les lumières des temps où nous vivons, s'engage à unir, au futur congrès, tous ses efforts à ceux de S. M. Britannique, pour faire prononcer par toutes les Puissances de la Chrétienté, l'abolition de la traite des noirs, de telle sorte que ladite traite cesse universellement [...] dans un délai de cinq ans, et qu'en outre, pendant la durée de ce délai, aucun trafiquant d'esclaves n'en puisse importer ni vendre ailleurs que dans les colonies de l'État dont il est sujet ».

27 Nous soulignons.

28 Voir Annexe 15, préc.

obtenir « l'abolition entière et définitive d'un *commerce aussi odieux*²⁹ et aussi hautement réprouvé par les lois de la religion et de la nature³⁰ ».

Les pays signataires de l'Acte général de la Conférence de Berlin du 26 février 1885³¹ déclarent que les territoires concernés par la Convention ne pourront servir « ni de marché, ni de voie de transit pour la traite des esclaves, de quelque race que ce soit. Chacune de ces puissances s'y engage à employer tous les moyens en son pouvoir pour mettre fin à ce *commerce*³² et pour punir ceux qui s'en occupent ».

Le terme commerce recouvre l'exercice d'un pouvoir sur l'esclave (acquisition ou vente) et une utilisation permettant d'en tirer profit. Néanmoins, la seule référence au commerce se révèle trop imprécise pour fonder une qualification pénale.

La Convention de la Société des Nations relative à l'esclavage de 1926 pose la première définition pénalement exploitable de la traite³³.

Le « recrutement » de la personne est désormais caractérisé par la capture, l'acquisition, la cession, ou tout acte de commerce ou de transport d'esclaves.

L'idée de recrutement apparaît également en matière de traite des femmes, même si les comportements ciblés sont moins violents qu'en matière d'esclavage. La Convention internationale relative à la répression de la traite des blanches signée à Paris le 4 mai 1910 affirme que doit être puni le fait, pour satisfaire les passions d'autrui, d'embaucher, entraîner ou détourner, même avec son consentement, une femme ou fille mineure, en vue de la débauche³⁴. L'article 2 incrimine le fait d'exercer en vue de la débauche des contraintes pesant sur le consentement : « fraude, violences, menaces, abus d'autorité ou tout autre moyen de contrainte ».

On observe donc un glissement entre la capture, l'acquisition ou la cession d'une part, et le fait d'embaucher, entraîner ou détourner d'autre part. La première catégorie d'actes est plus violente ; la seconde plus subtile. Pourtant, dans l'un et l'autre cas, l'auteur recrute une personne dans un but précis : esclavage ou débauche pour satisfaire les passions d'autrui. L'acte est donc comparable, même si ses modalités varient.

Ainsi le premier élément de définition de la notion de traite qui ressort des textes analysés est le fait de recruter une personne, que ce soit par la violence

29 Nous soulignons.

30 Voir article additionnel, préc.

31 Préc.

32 Nous soulignons.

33 Article 1 2° : « Tout acte de capture, d'acquisition ou de cession d'un individu en vue de le réduire en esclavage, tout acte d'acquisition d'un esclave en vue de le vendre ou de l'échanger, tout acte de cession par vente ou échange d'un esclave acquis en vue d'être vendu ou échangé, ainsi qu'en général tout acte de commerce ou de transport d'esclaves ».

34 Cette définition sera reprise ultérieurement. Voir *infra*.

[p. 285-308

B. LAVAUD-LEGENDRÉ

Arch. phil. droit 54 (2011)

ou par la séduction, afin qu'elle soit soumise à la puissance d'un individu. Mais cette définition n'est pas suffisante : le but en vue duquel une personne est soumise à la puissance de ce tiers doit être précisé.

2. Le but visé

Avant la Convention de la Société des Nations de 1926, la distinction entre l'acte prohibé et le but recherché n'apparaissait pas expressément comme un élément constitutif de la traite, ou plus précisément, elle découlait de la référence au « commerce ». Interdire le commerce revenait à interdire la cession, l'acquisition ou la transmission d'un esclave. Le but implicite était l'exercice d'un droit de propriété, c'est-à-dire d'un droit réel sur la personne de l'esclave³⁵.

Avec la Convention de 1926, la distinction entre les actes accomplis et le but recherché devient explicite. Le texte dissocie les actes de capture, acquisition, échange ou cession d'un individu, du but recherché, à savoir : réduire cet individu en esclavage, le vendre ou l'échanger.

Cette distinction permet de dissocier les pratiques relevant de l'esclavage de celles relevant de la traite. Ainsi, le fait d'acquérir un esclave – comportement qui se distingue du fait d'acquérir un individu en vue de le réduire en esclavage, de le vendre ou de l'échanger – ne recouvre pas l'articulation entre un acte et un but. Elle constitue donc une pratique esclavagiste et non des faits de traite. Cette pratique n'est d'ailleurs pas visée par la Convention de 1926. Les signataires disent vouloir « prévenir et réprimer la traite des esclaves » et « poursuivre la suppression complète de l'esclavage sous toutes ses formes » (article 1 – 2°). Mais les modalités de la suppression de l'esclavage restent indéterminées. La Convention de 1926 dont l'apport est considérable reste imprécise quant aux modalités de la suppression annoncée de l'esclavage, ce qui peut s'expliquer par le fait que la voie pénale n'était pas la seule option retenue pour venir à bout de la pratique de l'esclavage.

La distinction entre l'acte et le but apparaît également dans le cadre de la traite des femmes : « doit être puni le fait, pour satisfaire les passions d'autrui d'embaucher, [...] une femme ou fille mineure, en vue de la débauche³⁶ ». En revanche, le critère de la « débauche pour satisfaire les passions d'autrui » est, à la différence du critère défini en matière de traite des esclaves, un critère moral.

35 Ce point sera confirmé par la Convention de 1926 qui définit l'esclavage comme l'état ou la condition d'un individu sur lequel s'exercent les attributs du droit de propriété ou certains d'entre eux.

36 Convention internationale relative à la répression de la traite des blanches signée à Paris le 4 mai 1910, préc.

Cette formulation sera reprise³⁷ jusqu'à la Convention pour la répression de la traite des êtres humains et de l'exploitation de la prostitution d'autrui du 2 décembre 1949 qui retient également cette distinction.

La définition du proxénétisme en 1949 est la même que celle de la traite dans la Convention de 1910. L'acte principal est le fait d'embaucher, entraîner ou détourner et le but est de « satisfaire les passions d'autrui ». Le texte remplace en revanche la référence à la « débauche » par la « prostitution ». Cette substitution renvoie à un critère plus objectif, moins empreint d'une appréciation morale ; il se révèle donc plus conforme au principe de la légalité des délits et des peines³⁸. La traite n'est pas explicitement définie – ce qui laisse penser que les définitions antérieures sont implicitement reprises – mais le terme semble viser des actes revêtant une dimension transnationale, ainsi que cela sera développé ultérieurement.

La définition de la traite comme recrutement dans un but spécifique soulève la question du rôle de l'auteur dans l'exploitation de l'esclave ou de la femme prostituée. La référence au commerce montre qu'il peut servir d'intermédiaire entre la personne exploitée et celui auquel elle est destinée. L'article 9 de l'Acte général de la Conférence de Berlin du 26 février 1885³⁹ affirme en ce sens : « la traite des esclaves étant interdite, les opérations qui, sur terre ou sur mer, fournissent des esclaves à la traite devant être également considérées comme interdites... ».

Néanmoins, il n'est pas exclu que ce soit celui qui recrute qui emploie l'esclave. La Convention des Nations unies relative à l'esclavage du 25 septembre 1926 – reprise dans la Convention supplémentaire du 7 septembre 1956 – vise la capture, l'acquisition ou l'échange d'un individu en vue de le réduire en esclavage. Mais il s'agit du seul cas dans lequel une telle situation peut être envisagée. Dans tous les autres cas, l'auteur de la traite sert d'intermédiaire.

En matière de traite des femmes, la qualité d'intermédiaire de l'auteur est indissociable de l'infraction : le fait de recruter une personne, prostituée en l'occurrence, pour satisfaire ses propres passions, n'est pas au sens des textes

37 Convention internationale pour la suppression de la traite des femmes et des enfants, 30 septembre 1921, préc. Convention relative à la répression de la traite des femmes majeures du 11 octobre 1933 – Société des Nations, préc.

38 Sur les implications du principe de la légalité des délits et des peines en matière d'incrimination, voir not. Cons. Const. 19-20 janv. 1981 *D.* 1982 p. 441, note A. Dekeuwer, *JCP* 1981 II 19701, note C. Franck, L. Favoreu et L. Philip ; D. Mayer, « Vers un contrôle du législateur par le juge pénal », *D.* 2001 p. 1643 ; A. Giudicelli, « Le principe de la légalité en droit pénal français », *RSC* 2007 p. 509 ; Sur le caractère relatif et contingent de la référence juridique à un critère moral, voir notre ouvrage, *Où sont passées les bonnes mœurs ?*, PUF, 2005.

39 Préc.

précités constitutif de traite : les textes renvoient au but de « satisfaire les passions d'autrui »⁴⁰.

Ainsi, deux éléments permanents caractérisent la notion de traite, un acte de recrutement et un but illicite susceptible de prendre jusqu'à la fin du XX^e siècle deux formes : l'esclavage ou la prostitution. Au-delà de cette constante, certains éléments de la définition varient selon les contextes.

B. – *Les variations entre les formes de traite*

La dimension ou non transnationale de l'acte (1) et la place de la contrainte dans l'incrimination (2) sont des éléments de divergence entre les différentes références à la traite. Si le premier point ne semble pas avoir de conséquences importantes quant à l'analyse notionnelle, le second soulève des enjeux politiques majeurs quant aux raisons d'être de l'incrimination.

1. La dimension transnationale de la traite

Les textes analysés se distinguent sur la dimension ou non transnationale de la traite. Le premier Traité de Paris, puis l'acte final du Congrès de Vienne⁴¹ et la Déclaration de Vérone du 28 novembre 1822⁴² ne font pas de la dimension transnationale un élément de la traite. Le recrutement d'une personne en vue de la transmettre à un tiers qui la destine à l'esclavage au sein d'un même pays, voire d'une même région est répréhensible.

À l'inverse, en matière de traite des femmes, l'Arrangement du 18 mai 1904⁴³ affirme à son article 1 : « Chacun des gouvernements contractants s'engage à établir ou à désigner une autorité chargée de centraliser tous les renseignements sur l'embauchage des femmes et filles en vue de la débauche à l'étranger⁴⁴ ». De même, la Convention internationale relative à la répression de la traite des blanches signée à Paris le 4 mai 1910 et la Convention de la Société des Nations de 1933 font de la dimension transnationale des actes un élément de l'infraction – instaurant donc une tolérance à l'égard de cette pratique au sein des colonies⁴⁵ -.

40 Convention internationale relative à la répression de la traite des blanches signée à Paris le 4 mai 1910, préc. ; Convention internationale pour la suppression de la traite des femmes et des enfants signée à Genève le 30 septembre 1921, préc. ; Convention relative à la répression de la traite des femmes majeures signée à Genève le 11 octobre 1933, préc. ; Convention pour la répression de la traite des êtres humains et de l'exploitation de la prostitution d'autrui, 2 décembre 1949, www2.ohchr.org/french/law/exploitation.htm.

41 Annexe n° 15 de l'Acte final du Congrès de Vienne, préc.

42 Nations unies, *La répression de l'esclavage*, préc., § 15.

43 Préc.

44 Nous soulignons.

45 Il était à cet égard explicitement mentionné dans le Traité de Paris du 30 mai 1814 (préc.) que la traite cesserait dans un délai de cinq ans, et « qu'en outre, pendant la durée de ce délai, aucun trafiquant d'esclaves n'en puisse importer ni vendre ailleurs que dans les

La Convention des Nations unies du 2 décembre 1949 prohibe le commerce de prostituée au sein d'un même pays au travers de l'interdiction du proxénétisme, défini à l'article 1 comme le fait pour satisfaire les passions d'autrui d'embaucher, entraîner ou détourner en vue de la prostitution une autre personne, même consentante⁴⁶. En revanche, strictement, la traite implique le franchissement des frontières. L'article 17 affirme en effet : « En ce qui concerne l'immigration et l'émigration⁴⁷ », les parties s'engagent à combattre la traite des personnes de l'un ou de l'autre sexe aux fins de prostitution. En 1949, la traite à des fins de prostitution n'était rien d'autre qu'une forme de proxénétisme transnational.

Quelle que soit l'option retenue, le caractère transnational de la traite ne constitue donc pas un élément substantiel de la définition, mais un élément contingent. Suivant les époques, ce point fait l'objet de variations qui n'affectent pas le contenu même de la notion.

Si on peut à première vue dresser le même constat pour le consentement, l'analyse montre que cette question revêt une dimension beaucoup plus centrale dans la caractérisation des faits.

2. La place de la contrainte dans les incriminations

La contrainte n'apparaît pas dans les textes consacrés à l'esclavage, alors que jusqu'en 1933, c'est un élément constitutif de la traite des femmes⁴⁸. Le fait de savoir si l'esclave consentait ou non à sa condition n'avait vraisemblablement pas de sens – la question ne se posant pas –, mais il ressortait en revanche que certaines femmes pouvaient manifester leur volonté de se prostituer.

Cette différence montre que le statut juridique des esclaves n'est en rien comparable à celui des femmes prostituées et objets de traite. Le statut d'esclave est marqué par l'exclusion d'une dimension fondamentale de la société⁴⁹. Dans la société occidentale du XVIII^e en tout cas, l'esclave ne peut

colonies de l'État dont il est sujet ». La souplesse à l'égard de la traite pratiquée au sein même des colonies pouvait donc déjà être relevée.

46 Ces termes sont, on l'a vu, ceux de la définition de la traite dans la Convention de 1910, à ceci près que la dimension inter ou transnationale est effacée.

47 Article 17.

48 L'Arrangement du 18 mai 1904 affirme en préambule la volonté « d'assurer aux femmes majeures, abusées ou contraintes, comme aux femmes et filles mineures, une protection efficace contre le trafic criminel connu sous le nom de traite des blanches ». La Convention du 4 mai 1910 fait explicitement de la contrainte un élément constitutif de la traite commise sur les femmes majeures. L'article 2 vise en effet l'usage de « fraude, violences, menaces, abus d'autorité ou tout autre moyen de contrainte ». L'article 1 affirme que doit être puni le fait, « pour satisfaire les passions d'autrui d'embaucher, entraîner ou détourner, même avec son consentement, une femme ou fille mineure, en vue de la débauche ». Néanmoins, le contexte est totalement différent puisqu'il s'agit précisément d'une femme mineure, dont le consentement n'a pas, de ce fait, de valeur juridique.

49 Selon A. Testart, l'esclave est un « dépendant, dont le statut juridique est marqué par l'exclusion d'une dimension considérée comme fondamentale par la société et dont on

exprimer de volonté. Il est assimilé à une chose : son maître peut exercer sur lui les attributs du droit de propriété ou certains d'entre eux⁵⁰. À l'inverse, la prostituée est – juridiquement au moins – une citoyenne susceptible d'exercer des droits et des devoirs et d'exprimer une volonté.

Néanmoins, on ne peut déduire trop hâtivement de cette distinction que la prohibition de la traite des blanches protégerait la liberté individuelle des femmes concernées – au travers de la sanction de la violation du consentement – quand la traite des esclaves se rattacherait à la protection de l'intégrité physique.

L'approche historique révèle que ce sont en fait la moralité et la santé publiques qui sont les valeurs réellement protégées par la Convention du 4 mai 1910. Alain Corbin⁵¹ montre que l'attention consacrée à cette question au début du XX^e siècle au niveau associatif⁵² et politique⁵³ s'explique moins par une évolution de la criminalité et la multiplication des enlèvements de jeunes femmes, que par le contexte social et politique⁵⁴.

À compter de la fin du XIX^e, les rabatteurs ont en effet fortement orienté les prostituées françaises vers l'étranger plutôt que vers les maisons closes. Cette évolution s'explique par la remise en cause du système réglementariste français, mais également par un vaste mouvement d'émigration, l'accroissement de la mobilité, et les discriminations subies par les jeunes filles juives⁵⁵.

Or, pour comprendre la place de la contrainte dans l'incrimination de traite, il convient de revenir sur les attaques subies par le régime réglementariste. La traite était en effet un enjeu important d'affrontement entre les abolitionnistes (rattachés au mouvement des radicaux) et les réglementaristes (réputés conservateurs).

Les abolitionnistes défendaient la possibilité pour les femmes de disposer librement de leur corps et de leur beauté, de la même façon que l'homme a le libre usage de son cerveau et de ses bras⁵⁶. Ils ne pouvaient donc tolérer le

peut tirer profit ». Le consentement de l'esclave à son statut n'est pas un élément de la définition. « L'esclavage comme institution », dans *L'esclave, la dette et le pouvoir*, Éditions Errance, 2001, p. 25.

50 En ce sens, voir l'article 1 de la Convention de 1926 consacrée à l'esclavage : « L'esclavage est l'état ou condition d'un individu sur lequel s'exercent les attributs du droit de propriété ou certains d'entre eux ».

51 A. Corbin, préc.

52 National Vigilance Association de Londres, Union internationale des amies de la jeune fille (association abolitionniste créée à Genève en 1877), Œuvre catholique internationale de la protection de la jeune fille, Jewish association for the protection of girls and women, alliance israélite, Association pour la répression de la traite des blanches et la préservation de la jeune fille.

53 Conférence sur la traite des blanches, tenue à Paris du 15 au 25 juillet 1902 ; Comité spécial d'experts de la Société des nations ayant supervisé une enquête internationale sur la traite des femmes et des enfants entre 1924 et 1927.

54 Voir not., A. Corbin, préc., p.418

55 Sur l'analyse des causes du développement de la traite des blanches, A. Corbin, p. 412-413 et p. 331-332.

56 Voir Y. Guyot, *La prostitution*, Paris, 1882.

principe même de la traite – que la femme y consente ou non –, car cette pratique légitimait le fait de tirer profit de la prostitution. Autoriser la traite en l'absence de contrainte, c'était céder à l'idéologie réglementariste qui avait pour résultat l'exclusion sociale (en raison de l'enfermement dans les maisons closes) et la marginalisation des prostituées (écartées du droit commun⁵⁷). À la fin du XIX^e et au début du XX^e siècle, le régime réglementariste français semble avoir été effectivement très largement attentatoire aux libertés individuelles⁵⁸.

En encourageant, lors du Congrès de Paris, une définition restrictive de la traite visant les femmes majeures, abusées ou contraintes, et les filles mineures, les réglementaristes « sauvèrent » le système en place. Toutes les formes d'embauche de prostituées majeures et consentantes restaient légales⁵⁹. Une définition plus extensive de la traite aurait remis en cause la légalité des maisons closes.

Aussi en 1902, la définition de la traite des blanches – et notamment la place centrale de la contrainte dans l'incrimination – ne peut être interprétée comme protectrice des libertés individuelles. Cette définition visait la survie du réglementarisme, et donc la protection de la moralité et de la santé publiques, au travers de la lutte contre les maladies vénériennes (syphilis notamment), mais en aucune manière la protection des libertés des prostituées. La Convention de 1910 a hérité des acquis de la Conférence de Paris et a donc consacré une vision restrictive de la traite laissant perdurer le réglementarisme⁶⁰.

C'est avec la Convention de 1933 que fut amorcée une évolution allant dans le sens de l'abolitionnisme : « Doit être puni quiconque, pour satisfaire les passions d'autrui, a embauché, entraîné ou détourné, *même avec son consentement*, une femme ou fille *majeure* en vue de la débauche dans un autre pays [...] »⁶¹. Néanmoins, cette évolution ne fut que partielle dans la mesure

57 L'idéologie dénoncée consistait à vouloir assurer une prophylaxie sanitaire et morale de la société française – voir la Société française de prophylaxie sanitaire et morale, A. Corbin p. 393. « Visiblement, le système est suscité par l'anxiété qu'inspire aux classes dirigeantes la menace biologique et morale exercée par les classes laborieuses ; malgré l'universalité théorique des règlements, seule la prostitution populaire est sévèrement contrôlée » Corbin, préc. p. 166.

58 Sur les abus de la police des mœurs dans le contexte réglementariste du XIX^e, voir A. Corbin, préc.

59 Un document du cabinet du préfet du 22 novembre 1902 indique à propos de la Conférence de Paris : « On peut donc dire que la conférence internationale n'a point du tout réprimé le commerce abject et immoral qualifié du nom de traite des blanches, mais qu'elle a indiqué les conditions que devaient remplir les traitants pour n'avoir rien à craindre ». Cité par A. Corbin, préc. p. 432.

60 « Doit être puni quiconque pour satisfaire les passions d'autrui a, par fraude, ou à l'aide de violence, menaces, abus d'autorité, ou tout autre moyen de contrainte, embauché, entraîné ou détourné, même avec son consentement, une femme ou fille mineure, en vue de la débauche alors même que les divers actes qui sont les éléments constitutifs de l'infraction auraient été accomplis dans des pays différents ».

61 Nous soulignons.

où, à cette date, les faits n'étaient répréhensibles que s'ils avaient une dimension transnationale⁶². Le texte consacrait donc une nouvelle fois le commerce des prostituées au sein d'un même État.

Ce n'est donc qu'avec la Convention des Nations Unies du 2 décembre 1949 que les principes abolitionnistes furent réellement consacrés.

Ce texte, organisé autour de la notion de proxénétisme, écarte la contrainte des critères de l'incrimination⁶³. C'est donc tout profit tiré de la prostitution qui est désormais prohibé et ce sans aucune référence à l'exercice d'une quelconque contrainte. L'intervention de tout tiers dans les rapports sexuels individuels, qu'il s'agisse de l'État ou de recruteurs, est devenue illégale. La liberté individuelle de la femme prostituée constitue donc à cette date la première des valeurs protégées.

Ce détour historique montre que le fait d'ériger la violation du consentement en élément de l'infraction ne suffit pas à prouver que l'incrimination se justifie par la protection de la liberté individuelle.

Ces éléments permettent de réfléchir aux valeurs sous-jacentes au Protocole de Palerme de 2000. Ce texte unifie la définition de la traite. La notion s'applique désormais à une pluralité de comportements allant de la prostitution au trafic d'organes en passant par l'exploitation sexuelle ou domestique.

II. – L'UNIFICATION DE LA NOTION DE TRAITE DANS LE PROTOCOLE DE PALERME

La définition de la traite retenue dans le Protocole de Palerme s'inscrit dans une continuité historique. Elle désigne le recrutement en vue de l'exploitation⁶⁴ et la violation du consentement. Néanmoins, l'absence de définition de la notion d'exploitation (A) et l'incertitude sur les valeurs protégées par l'incrimination (B) révèlent certaines imprécisions faisant obstacle à une meilleure lisibilité du texte.

62 Sur ce point, E. Decaux, *Les formes contemporaines de l'esclavage*, Les livres de poche de l'académie de droit international de La Haye, 2009, p. 151.

63 Article 1er : « Les parties à la présente Convention conviennent de punir toute personne qui, pour satisfaire les passions d'autrui : embauche, entraîne ou détourne en vue de la prostitution une autre personne, même consentante ; exploite la prostitution d'une autre personne, même consentante ».

64 Le Protocole de Palerme est un protocole additionnel à la Convention contre la criminalité transnationale organisée. Il limite donc nécessairement la traite à sa dimension transnationale – sur ce point voir l'article 3 de la Convention mère qui définit le critère de la transnationalité.

A. – *Le recours à la notion d'exploitation comme but du recrutement*

Le Protocole de Palerme est clairement marqué par une objectivisation des éléments constitutifs de la traite (1) à savoir le recrutement et le but visé, donc l'exploitation. Néanmoins, le terme « exploitation » mérite d'être précisé puisque le texte du Protocole ne le définit pas explicitement (2).

1. L'objectivisation des éléments constitutifs de la traite

Les actes incriminés antérieurement au Protocole de Palerme étaient désignés, on l'a vu, par les termes « commerce⁶⁵ », « capture, acquisition ou cession⁶⁶ », « embaucher, entraîner ou détourner⁶⁷ ». Ces derniers éléments matériels comprenaient une dimension relative, dépendant partiellement de la personnalité de la victime. Quel comportement recouvre le fait d'entraîner une personne quand cette dernière résiste : proposer, encourager, suggérer, inciter ? Autant d'actions difficiles à prouver. La définition du Protocole de Palerme qualifie l'acte principal de la traite comme le « recrutement, transport, transfert, hébergement ou accueil » d'une personne. Par leur dimension objective, ces actes semblent plus adaptés au principe de la légalité criminelle.

Le texte définit donc un *continuum* allant du recrutement à l'hébergement ou l'accueil, en passant par le transport ou le transfert, lorsque ces actes visent l'exploitation. La définition retenue n'implique pas nécessairement que la personne soit exploitée par un tiers⁶⁸, l'ensemble des actes visés peut donc être le fait d'une seule et même personne. À l'inverse, un seul des actes définis peut suffire à caractériser la traite, l'auteur servant alors d'intermédiaire entre la personne exploitée et celui qui l'exploite.

L'emploi du terme « exploitation » constitue l'un des apports essentiels du Protocole puisqu'il permet notamment l'harmonisation des deux types de traite étudiés précédemment : traite des esclaves et traite des femmes. Ce terme, remplaçant notamment les termes « pour satisfaire les passions d'autrui », permet la même objectivisation que celle analysée en matière de recrutement.

65 Premier Traité de Paris du 30 mai 1814 ; Déclaration des puissances sur l'abolition de la traite des nègres du 8 février 1815, Annexe n° 15 de l'Acte final du Congrès de Vienne préc. ; second traité de Paris du 20 novembre 1815 préc. ; Déclaration de Vérone du 28 novembre 1822 préc.

66 Convention relative à l'esclavage de la Société des Nations, 25 septembre 1926, préc.

67 Convention internationale relative à la suppression de la traite des blanches, 4 mai 1910.

68 L'évolution du Code pénal français est sur ce point intéressante. Si initialement l'article 225-4-1 du Code pénal incriminait le fait de « recruter une personne [...] en vue de la mettre à la disposition d'un tiers », conformément donc à la définition qui ressortait majoritairement des textes antérieurs, le Code pénal français a été modifié avec la loi du 20 novembre 2007. Le texte vise désormais le fait de mettre « à sa disposition ou à la disposition d'un tiers »... Le droit français s'est ainsi mis en conformité avec la conception plus extensive du Protocole de Palerme.

Le choix d'un terme unique montre que la forme d'exploitation est sans influence sur la caractérisation de l'infraction : la traite sanctionne les actes antérieurs ou préparatoires à celle-ci. Les formes d'exploitation prohibées sont limitativement énumérées⁶⁹. Elles peuvent être diverses : exploitation de la prostitution d'autrui ou d'autres formes d'exploitation sexuelle, travail ou services forcés, esclavage ou pratiques analogues à l'esclavage, servitude ou prélèvement d'organes.

Le sens premier du terme semble indiquer que c'est le fait de tirer profit d'une des activités visées qui caractérise la substance de l'exploitation, quelle qu'en soit la forme. Néanmoins, cet élément ne suffit à définir précisément la notion d'exploitation si l'on s'écarte de l'énumération retenue dans le Protocole.

2. La dimension centrale de l'exploitation

La référence à l'exploitation soulève une nouvelle difficulté théorique liée à son absence de définition⁷⁰. En effet, le Protocole de Palerme illustre les formes d'exploitation sans en caractériser la substance⁷¹. Le terme est défini par la nature des actes commis et non par le franchissement d'un seuil de gravité⁷².

Le point commun entre des pratiques aussi diverses que la prostitution, le proxénétisme, le travail forcé, l'esclavage ou le don d'organes pourrait être une utilisation de l'être humain dans un but de profit. Mais cette définition pose une difficulté en ce qu'elle ne fournit pas de critère explicite de distinction entre exploitation et relation employeur/salarié dans le cadre d'un contrat de travail. En effet, l'employeur tire profit du travail de son salarié, tout comme finalement l'exploitant tire profit de la personne qu'il exploite. Le contrat de travail peut se définir comme la « convention par laquelle une personne qualifiée de travailleur, s'engage à accomplir des actes matériels, généralement de nature professionnelle, au profit d'une autre personne, dénommée employeur, en se plaçant dans une situation de subordination, moyennant une rémunération en argent appelée salaire⁷³ ». Or, on ne peut exclure qu'une personne exploitée s'engage à « accomplir des actes matériels [...] moyennant une rémunération en argent appelée salaire ». Ce n'est pas fondamentalement

69 Article 3 du Protocole : « L'exploitation comprend, au minimum... ».

70 Sur l'imprécision de la notion d'exploitation, voir J. Vernier, *La traite et l'exploitation des êtres humains en France*, La Documentation française, 2010, p. 86 et s.

71 L'article 2 3° de la Directive du Parlement européen 2011/36/UE du 5 avril 2011 élargit les comportements incriminés en incluant dans l'exploitation la mendicité, l'exploitation d'activités criminelles ou le prélèvement d'organes.

72 Dans le langage courant, le terme « exploitation » peut renvoyer à un excès. Le troisième sens du terme « exploitation » recensé dans le dictionnaire culturel *Robert*, sous la direction d'Alain Rey, est « action d'abuser de quelqu'un à son profit ».

73 Durand et Vitu, *Traité de droit du travail*, T. II, Dalloz, 1950, n° 127 ; repris dans Soc. 13/11/1996, B. Civ. V n° 386 ; RDSS 1997, p. 847 J.-C. Dosdat.

le contenu de la prestation ou le *quantum* de la rémunération qui fait l'exploitation, mais plutôt la nature du lien qui unit exploitant et exploité⁷⁴.

Pour analyser ce lien, la référence à l'objet du contrat de travail est précieuse. Cet objet se définit comme la force de travail. Or, faire de la force de travail l'objet du contrat implique nécessairement de dissocier cette force de travail du sujet, ce qui sauvegarde la liberté du travail⁷⁵. C'est cette liberté du travail qui limite la « désubjectivation⁷⁶ » du salarié et rend possible la souscription d'un contrat. La négation du sujet rendrait impossible le consentement au contrat de travail. La mise à disposition de la force de travail au profit de l'employeur se traduit juridiquement par la subordination du salarié. Le lien de subordination désigne en effet, le pouvoir de l'employeur de donner des ordres, d'en contrôler l'exécution et d'en sanctionner le résultat⁷⁷. Or, par définition, et tel est l'objet du contrat de travail, cette subordination est strictement encadrée, ce qui diminue la part de la personne susceptible d'être qualifiée de force de travail⁷⁸.

C'est donc l'encadrement juridique de la relation employeur/salarié dans le contrat de travail qui constitue le critère discriminant entre exploitation et contrat de travail. L'exploitation désignerait alors une relation de subordination entre une personne dont la force de travail est mise à la disposition d'un tiers qui en tire profit, alors même que c'est ce dernier qui fixe seul les limites de cette subordination. À l'inverse, dans le contrat de travail, l'ensemble des mesures encadrant le contrat, et notamment celles protégeant le consentement du salarié, assurent un équilibre entre la subordination inhérente à la relation de travail et d'autre part, la part inaliénable des libertés reconnues comme telles dans les sociétés démocratiques⁷⁹. Cette définition de l'exploitation

74 On retiendra en ce sens l'affirmation du BIT qui précise à propos du travail forcé qu'il se définit « par la nature de la relation entre un individu et un "employeur" et non pas par le type d'activité exercée aussi dures et dangereuses que puissent être les conditions de travail ». *Une alliance mondiale contre le travail forcé, Rapport global 2005*, § 16.

75 Sur ce point, voir T. Revet, « L'objet du contrat de travail », *Droit social* 1992, p. 859 et s.

76 Suivant l'expression de T. Revet, préc.

77 J.-F. Cesaro, « Tenter sa chance ou travailler : qualifications, télé-réalité et contrats spéciaux », *D.* 2009 p. 2116.

78 En ce sens, voir également A. Supiot, *Critique du droit du travail*, PUF « Quadrige », 2e éd. 2007, p. 63 et s.

79 J. Rivéro, « Les libertés publiques dans l'entreprise », *Droit social*, 1982, p. 423.

Il existe en réalité d'autres situations dans lesquelles la force de travail peut être mise à la disposition d'un tiers. Ainsi, dans les relations familiales, la solidarité ou l'obligation alimentaire peuvent justifier que dans une certaine mesure la force de travail soit mise à la disposition d'un tiers. Sur ce point, voir la circulaire « Reconnaissance d'un contrat de travail au profit de l'aidant familial », *JCP* 2006, soc. N° 7, Act. 58 ; K. Garcia, « Le droit du travail et la famille », *Droit social* 2009, p. 12.

permet de poser de manière nouvelle la place faite au consentement de la personne exploitée.

De même que la qualification de la relation de travail par les parties intéressées ne suffit pas à fonder l'existence d'un contrat de travail⁸⁰, l'éventuel accord de la personne exploitée ne devrait suffire à écarter la qualification d'exploitation. Si l'exploitation désigne une situation de subordination dépourvue de toute légitimité juridique rendant possible l'usage de la force de travail d'une personne par un tiers qui en tire profit, un tel comportement porterait alors *ipso facto*, et sans qu'elle ait à être davantage prouvée, une atteinte irréversible à la liberté individuelle. Le consentement à cette subordination doit être considéré comme secondaire. On sait toute la fragilité du consentement⁸¹ et l'ensemble des facteurs susceptibles de le fragiliser : vulnérabilité d'ordre physique, psychologique, économique... Exiger que soit prouvée l'absence de consentement pour caractériser l'exploitation revient à rendre relative la protection de la liberté individuelle. Quant à l'origine de cette subordination (physique, psychologique ou sociale), elle devrait simplement être de nature à faciliter la preuve du lien et non être considérée comme nécessaire à sa caractérisation.

Cette définition peut s'appliquer à la notion d'exploitation telle que mise en œuvre dans la Convention de Palerme. Dans les régimes abolitionnistes, le fait de tirer profit de la prostitution d'autrui est nécessairement une forme d'exploitation : la prostitution ne peut faire l'objet d'un contrat de travail. Dans les régimes réglementaristes⁸², c'est le profit tiré de l'activité d'une prostituée hors de tout contrat de travail qui qualifie l'exploitation. En matière d'exploitation sexuelle, l'absence d'encadrement du lien de subordination par un contrat de travail cumulée avec la réalisation d'un profit par l'exploitant constituera l'élément discriminant. L'esclavage exclut également d'être exercé dans le cadre d'un contrat de travail puisqu'il repose précisément sur la mise à disposition de toute la personne du salarié⁸³. Quant au travail forcé, il désigne la contrainte ou la menace d'une peine comme à l'origine du lien de sub-

De même, dans les congrégations religieuses, les personnes peuvent exercer une activité, assimilable à un travail au profit de la communauté. Sur ce point, voir B. Ines, « Engagement religieux ; existence d'un contrat de travail », *D.* 2010 p. 377.

80 « L'existence d'une relation de travail ne dépend ni de la volonté exprimée par les parties, ni de la dénomination qu'elles ont donnée à leur convention, mais des conditions de fait dans lesquelles est exercée l'activité des travailleurs ». *Les grands arrêts de droit du travail*, G. Lyon-Caen et alii, Dalloz, 4e éd., 2008, n° 3.

81 M. Marzano, *Je consens donc je suis*, PUF, 2006.

82 Allemagne, Pays-Bas, Suisse, Hongrie, Grèce, Autriche notamment.

83 Le fait que toute la personne de l'esclave soit mise à disposition de celui qui l'utilise en fait une forme particulièrement grave d'exploitation. Sur la distinction entre esclavage et travail forcé, voir F. Massias, « L'esclavage contemporain, les réponses du droit », *Droit et cultures*, n° 39, 2001, p. 101 et s. part. 106.

ordination⁸⁴. C'est enfin avec la question du prélèvement d'organes que l'application de la définition proposée est peut-être la plus discutable. Il est exclu que le prélèvement d'organes puisse faire l'objet d'un contrat de travail. Néanmoins, cet acte peut être juridiquement fondé s'il est pratiqué dans les conditions définies par le Code de la santé publique⁸⁵. C'est donc non pas l'existence d'un contrat de travail qui constituera le critère discriminant entre exploitation et prélèvement légal, mais bien le respect ou non du cadre juridique, ayant une fonction légitimante. On constate néanmoins que cet exemple est aux frontières de la notion d'exploitation, ainsi que cela a déjà été souligné par la doctrine⁸⁶.

Cette définition ne laisse aucune place au consentement de la victime. L'exploitation constitue en elle-même une violation suffisante des droits protégés pour être en tant que telle répréhensible. Cette approche va au-delà de la position de certains auteurs⁸⁷, souhaitant réserver le terme « exploitation » à des atteintes particulièrement graves aux libertés fondamentales, mais elle n'exclut pas qu'au sein de la loi une gradation puisse être retenue entre une forme « simple » d'exploitation et une forme aggravée.

Cette conception de l'exploitation apparaît compatible avec le Protocole de Palerme même s'il n'incrimine le recrutement d'une personne que lorsqu'il vise l'une des formes d'exploitation définie à l'article 3, car cela n'exclut pas l'existence d'autres formes d'exploitation.

Par ailleurs, les éléments de contrainte sont définis dans le Protocole comme devant être exercés au moment du « recrutement, transport, transfert, hébergement ou accueil » de la personne. Rien n'empêche donc de dire que l'exploitation peut être caractérisée en l'absence de contrainte.

En revanche, cette définition ne permet pas à elle seule de définir les valeurs protégées par le texte. Cette question doit donc être abordée de manière spécifique.

B. – *L'incertitude sur les valeurs protégées par l'incrimination*

Historiquement, le fondement de la prohibition de la traite des esclaves était explicite. Les textes renvoyaient aux « principes de la justice naturel-

84 Convention n° 29 de l'OIT.

85 Articles L. 1231-1 et s. du CSP.

86 E. Decaux, préc. ; en ce sens, voir également : GRETA, *Rapport concernant la mise en œuvre de la Convention du Conseil de l'Europe sur la lutte contre la traite des êtres humains par Chypre*, 1^{er} cycle d'évaluation, Strasbourg, 12 septembre 2011, GRETA (2011)8, § 39.

87 En ce sens, J. Vernier, préc. p. 89.

[p. 285-308

B. LAVAUD-LEGENDRE

Arch. phil. droit 54 (2011)

le⁸⁸ », aux « principes d'humanité et de morale universelle⁸⁹ », à un commerce « hautement réprouvé par les lois de la religion et de la nature⁹⁰ », à un fléau ayant « affligé l'humanité⁹¹ », aux « principes du droit des gens tels que reconnus par les puissances signataires⁹² ».

En matière de traite des blanches, le fondement n'est pas formulé dans les textes. Une réelle ambiguïté entre la protection « sanitaire et morale » et la protection des libertés individuelles a été identifiée.

La place de la contrainte dans le protocole de Palerme donne à croire que la prohibition se justifie par la violation de la volonté individuelle. Pourtant, cette approche se discute. On peut défendre que la traite vise à éviter les faits d'exploitation, c'est-à-dire l'utilisation illégitime de la force de travail par un tiers et ce, sans qu'aucune référence à la violation de la volonté individuelle n'ait à être prouvée. Dans ce cas, la référence à la contrainte au stade du recrutement aurait pour seul but de prouver l'intention criminelle de l'auteur.

Ce seraient alors un consensus discutabile entre les pays réglementaristes, abolitionnistes ou prohibitionnistes (1) et une recherche d'équilibre entre protection des libertés et répression (2) qui expliqueraient la place actuelle du consentement, plus qu'une analyse des valeurs devant être protégées.

1. La discutabile recherche de consensus autour du consentement de la victime

C'est en matière de traite à des fins d'exploitation sexuelle que la question de la contrainte et donc du consentement de la victime est le plus sujette à débat. De même, historiquement, c'est avec la traite des blanches et non la traite des esclaves que la contrainte est devenue une condition de l'infraction.

En France, l'opposition entre réglementaristes et abolitionnistes s'est particulièrement cristallisée durant la première moitié du XX^e siècle autour de la question du consentement à la traite⁹³. C'est probablement cette opposition qui fut à l'origine des débats ayant précédé l'élaboration du Protocole de Palerme sur la question du consentement⁹⁴. Définir la traite comme le « recrutement, transport, transfert, hébergement, accueil » d'une personne, *même avec son consentement* « en vue de son exploitation » aurait pu situer le Protocole du côté abolitionniste, puisque cela revenait à sanctionner toute

88 Premier Traité de Paris, préc.

89 Congrès de Vienne de 1815, préc.

90 Congrès de Vienne de 1815, Second Traité de Paris, préc.

91 Déclaration de Vérone, 28/11/1822, préc.

92 Acte général de la Conférence de Berlin du 26 février 1885, préc.

93 Voir *supra*.

94 La rapporteuse spéciale de l'ONU sur les violences à l'encontre des femmes (E / C N . 4 / 2 0 0 0 / 6 8 § 1 3 , [www.unhcr.ch/Huridocda/Huridoca.nsf/0/5ff1ab0e37d8877e802568be0054cfb2/\\$FILE/G0011335.pdf](http://www.unhcr.ch/Huridocda/Huridoca.nsf/0/5ff1ab0e37d8877e802568be0054cfb2/$FILE/G0011335.pdf)) et la Haute commissaire aux droits de l'homme ont défendu une définition de la traite incluant l'usage de contraintes. À l'inverse, le groupe de travail sur les formes contemporaines d'esclavage (E/CN.4/SUB.2/RES/2000/19) était favorable à une définition plus large n'incluant pas la contrainte parmi les éléments constitutifs de la traite.

forme de commerce de la prostitution. Pourtant, si l'on applique avec rigueur la définition proposée de l'exploitation, on peut croire qu'il n'en est rien.

L'exploitation implique, selon l'option retenue, l'utilisation de la force de travail dans le cadre d'un lien de subordination et hors de tout cadre légitime. De ce fait, cette définition n'est pas incompatible avec un régime réglementariste qui pourrait sanctionner la traite lorsque la personne, même consentante, est embauchée, en vue de la prostitution par exemple, hors de tout cadre juridiquement défini. À l'inverse, le fait de tirer profit de la prostitution dans le cadre d'un contrat de travail ne constituerait pas une forme d'exploitation et les faits de traite ne pourraient être caractérisés. L'interdiction du recrutement d'une personne consentante en vue de son exploitation ne serait donc pas incompatible avec le réglementarisme.

Le choix des rédacteurs du Protocole de Palerme de remplacer les termes « en vue de la débauche » ou « en vue de la prostitution » par l'expression « en vue de l'exploitation » aurait donc pu permettre d'écarter la contrainte des éléments constitutifs de la traite. Cela aurait impliqué que le Protocole précise la définition de l'exploitation. Un tel choix aurait en revanche probablement soulevé des difficultés plus importantes en termes répressifs.

2. La recherche d'équilibre entre protection des libertés et répression

En termes répressifs, l'exercice de moyens de contrainte comme condition de la traite est discutable. Le propre des réseaux criminels est précisément d'user de moyens de pression qui ne laissent pas de traces physiques. La preuve de l'exercice d'une contrainte risque donc d'être difficile à établir.

En outre, en amont, on peut contester sur le plan théorique la place de la contrainte comme élément constitutif de la traite. Cette infraction se présente comme un délit-obstacle ou à tout le moins une infraction formelle⁹⁵. Elle est donc consommée très en amont sur *l'iter criminis*, soit bien avant la réalisation du résultat prohibé ou l'atteinte à la valeur juridiquement protégée. Ce type d'infraction est rattaché à la conception subjective de l'infraction, puisqu'il permet de sanctionner une intention⁹⁶. En l'espèce, la valeur protégée par la traite est la libre disposition de son corps et de sa force de travail par la personne, et en amont la liberté individuelle⁹⁷. Le résultat matériel que l'infraction de traite vise à éviter est l'exploitation de la personne.

95 Sur cette notion, voir P. Conte, *Droit pénal général*, Éditions Masson/Armand Colin, 6e éd., 2002, § 323 ; Y. Mayaud, *Droit pénal général*, PUF-Droit, 3e éd., 2010, § 192-193 ; voir également, J.-F. Seuvic, « de la traite des êtres humains », *RSC* 2003 p. 833.

96 P. Conte, préc. § 53 et 72.

97 J. Rivero, « Les libertés publiques dans l'entreprise », *Droit social* 1982, p. 421.

En ce sens, la preuve de la contrainte ne devrait pas avoir à être apportée en matière de traite des êtres humains. Le seul fait d'incriminer le recrutement d'une personne en vue de son exploitation devrait être considéré comme de nature à empêcher le résultat prohibé, l'exploitation. Telle est d'ailleurs l'option du droit français qui va plus loin que la définition du protocole de Palerme en considérant qu'il y a traite en l'absence de contrainte, la contrainte constituant une circonstance aggravante de l'infraction⁹⁸.

Mais d'un autre côté, le fait d'écarter l'exercice de la contrainte des faits incriminés pourrait rendre plus difficile la caractérisation de l'infraction. En effet, plus la consommation de l'infraction intervient en amont sur *l'iter criminis*, plus il est nécessaire que des éléments permettent de prouver l'intention criminelle de l'auteur. Si le texte d'incrimination n'exige pas la preuve de suffisamment d'éléments matériels, on risque une appréciation relative et aléatoire de cette intention. Et se livrer à une appréciation relative comprend le risque de ne pas permettre aux poursuites d'aboutir à une condamnation du fait de l'absence de preuves. Il est donc nécessaire, dans la mesure où l'on se situe dans le cadre d'une infraction-obstacle, que les éléments révélant l'intention criminelle de l'auteur soient suffisamment caractérisés pour fonder une condamnation pénale. Il faut être à même de prouver, avant l'exploitation elle-même, que le recrutement vise directement cette exploitation future. C'est en ce sens que la preuve de la contrainte ayant pesé sur la victime peut créer un faisceau d'indices prouvant les intentions d'exploitation de l'auteur. Écarter la contrainte des éléments constitutifs de l'infraction implique une réelle exigence des autorités de poursuite dans la caractérisation du but visé⁹⁹.

Ce constat ne saurait faire oublier les difficultés liées à la caractérisation des éléments de contrainte définis par le Protocole. La vulnérabilité peut être innée, acquise, permanente, provisoire, relative au sujet... En l'absence de

98 Cf Art. 225-4-1 et s. du Code pénal. Mais on peut alors précisément s'étonner de l'absence d'incrimination explicite par le droit pénal français des faits qualifiés de tels par le Protocole : travail ou services forcés, esclavage ou pratiques analogues à l'esclavage, servitude ou prélèvement d'organes. C'est au prix d'une interprétation extensive que la jurisprudence s'est attachée à sanctionner une partie de ces actes sous les qualifications générales de travail non rétribué (art. 225-13 du Code pénal) ou de conditions de travail et d'hébergement contraires à la dignité (art. 225-14 du Code pénal – Crim. 13/01/2009 dans un cas d'esclavage domestique qualifié de travail forcé et de ce fait de contraire à la dignité). Sur ce point : F. Massias, « L'arrêt Siliadin : l'esclavage domestique demande une incrimination spécifique ». *RSC* 2006 p. 139.

99 On notera sur ce point que le droit français qui écarte la contrainte des éléments de l'infraction, rajoute d'un autre côté l'exigence que l'auteur des faits ait tiré un profit de l'infraction : « en échange d'une rémunération ou de tout autre avantage, ou d'une promesse de rémunération ou d'avantage ».

précision, elle reste délicate à prouver. En outre, l'abus renvoie à un contenu tout aussi incertain¹⁰⁰.

Cette difficulté ressort avec évidence de l'arrêt *Siliadin c. France*¹⁰¹, ayant donné lieu à une condamnation de la France par la Cour européenne des droits de l'homme. La Cour d'appel de Versailles relaxa les prévenus des faits de soumission à des conditions de travail et d'hébergement contraires à la dignité. Une jeune fille malienne recrutée à l'âge de quinze ans dans son pays, emmenée en France et dépossédée de ses papiers, exerçait les fonctions d'employée de maison. Elle ne bénéficiait d'aucune des garanties du droit du travail, commençait sa journée à 7 h 30 pour la finir aux alentours de 22 h ; dormait dans la chambre du dernier né de la famille, n'avait ni temps de pause, ni jours de repos, ne bénéficiait d'aucun salaire, et avait pour seule liberté la possibilité de bénéficier d'autorisations exceptionnelles pour se rendre à la messe.

Malgré ces éléments, la Cour d'appel de Versailles a retenu dans un arrêt du 15 mai 2003 que ces éléments ne suffisaient pas à démontrer la vulnérabilité ; « l'état de vulnérabilité ou de dépendance n'était pas établi, la jeune fille, en dépit de son jeune âge, en usant la possibilité d'aller et venir à sa guise, de contacter sa famille à tout moment, de quitter le foyer des B. pour un temps long, d'y revenir sans contrainte, ayant démontré une forme d'indépendance indéniable, sa vulnérabilité ne pouvant résulter de sa seule extranéité¹⁰² ».

Cette affaire montre bien les incertitudes que suscite le critère de l'abus de vulnérabilité – même s'il n'était pas employé en l'espèce à propos de faits de traite. Mais au-delà, les mêmes arguments auraient pu être invoqués pour écarter la contrainte. On voit donc la marge d'appréciation et d'incertitude que suscitent les critères posés par le Protocole dans la caractérisation des faits de traite.

On relève donc entre la traite des noirs et la traite des êtres humains une réelle continuité dans les actes incriminés. Néanmoins, certains aspects de la prohibition sont restés au fil des textes relativement flous, et notamment la raison d'être de l'interdit. Cette question semble aujourd'hui centrale dans la construction d'un arsenal juridique cohérent de lutte contre la traite. Elle est à l'origine non seulement d'une réelle ambiguïté dans les textes de droit interne. En effet, certaines mesures de protection sont octroyées, en droit interne, non

100 En ce sens, R. Malpani, « Criminalizing human trafficking and protecting the victims », dans *Forced labour, Coercion and exploitation in private economy*, sous la direction de B. Andrees et P. Belser, International Labour office, 2009, p. 129 et s.

101 CEDH *Siliadin*, 26/10/2005, Requête n° 73316/01, Dalloz, 2006, p. 346, note Roets ; *R.S.C.*, 2006, p. 139, note Massias ; *R.T.D.Civ.*, 2005, p. 740, note Marguénaud.

102 Extrait de l'arrêt de la CEDH, préc. § 40.

pas simplement en fonction de la gravité des actes subis et de la nécessaire reconstruction de la personne – les mesures se justifiant alors par la protection des droits fondamentaux –, mais au regard de sa volonté de cesser la prostitution – ce qui implique alors que la protection vise une sorte de reclassement moral.

Ces points de divergence se retrouvent dans la manière dont la loi est appliquée en France. En effet, chaque préfecture ou service de police, devant l'ambiguïté des textes, complète les mesures légales par des critères portant notamment sur le reclassement de la personne, sa rupture avec le milieu de la prostitution ou la preuve d'une contrainte dès le départ du pays d'origine – ce qui impliquerait que les actes d'exploitation subis par une personne ayant eu initialement la volonté de migrer seraient moins graves que ceux subis par une personne ayant initialement fait l'objet d'une contrainte ou d'une tromperie sur le but de sa migration. Dans cette dernière hypothèse, la protection des frontières, voire de la morale dans le cas de la prostitution, devient centrale dans la raison d'être de l'incrimination de la traite. En effet, seule la personne qui ignorait qu'elle allait être exploitée à l'issue de son parcours relève du Protocole. En revanche, le fait de recruter une personne afin de la soumettre aux pires formes d'exploitation n'entre pas dans la qualification de traite en l'absence de toute contrainte ou tromperie, c'est-à-dire si la personne avait conscience dès le début de ce qui l'attendait.

On peut croire pourtant que ce qui doit justifier la prohibition de la traite, c'est le résultat recherché par l'auteur dès le recrutement, à savoir, comme en matière d'esclavage, l'utilisation, l'instrumentalisation du corps ou de la force de travail d'autrui hors de tout cadre légitime. Dans ce contexte, l'incrimination des actes intervenus avant l'exploitation devrait avoir pour objet d'empêcher l'exploitation elle-même dont on sait les formes dramatiques qu'elle peut prendre, et ce qu'il y ait ou non contrainte. Toute autre option nous semble viser à empêcher la prostitution ou à protéger les frontières. Or, ces objectifs doivent être abordés de manière distincte de l'essentielle protection des droits fondamentaux qui nous semble devoir rester centrale dans le Protocole. On peut ainsi regretter que ce texte n'ait pas mieux défini la raison d'être de la prohibition des faits de traite en définissant notamment ce qu'il faut entendre par « exploitation », ce qui aurait permis de supprimer l'exigence d'une contrainte.

bxll@wanadoo.fr
