

# La lutte contre le trafic de personnes dans un monde globalisé

Lorenzo Picotti\*

Sommaire: 1. Introduction: la globalisation et le trafic de personnes – 2. La notion juridique d’"esclavage" dans la Convention internationale de 1926 et la distinction avec les "pratiques analogues" définies par la Convention de 1956 – 3. Aperçus sur l'évolution de la jurisprudence pénale italienne en matière de délits d’"esclavage" – 4. La traite des êtres humains comme un délit nouveau et autonome – 4.1. Les éléments constitutifs des normes pénales incriminant la traite: 4.1.1. Conduites ; 4.1.2. Moyens ; 4.1.3. Buts – 5. La distinction entre le trafic des êtres humains et l'introduction clandestine des migrants – 6. La répression de la traite, garantie du « droit inviolable » à la liberté personnelle

## 1. Introduction: la globalisation et le trafic de personnes

La globalisation des marchés et des relations économiques et sociales, qui depuis quelques années est devenue de plus en plus frappante, a subi une accélération après la chute du Mur de Berlin et de la Courtine de Fer, c'est-à-dire depuis la fin de la division de l'Europe entre deux "blocs" opposés, prêts, en ce temps-là, à la guerre froide, et désormais ouverts aux échanges et à la circulation de personnes, marchandises, services et capitaux. Cette rapide ouverture des marchés a même impliqué des grands pays de l'extrême Orient, tels que la Chine et l'Inde, lesquels étaient longtemps restés, pour des raisons différentes, en marge de ce développement.

Celui-ci, comme d'ailleurs tous les autres changements structurels de ces vingt dernières années dans l'économie mondiale et dans les rapports entre les États, a été favorisé par l'essor des nouvelles technologies, notamment dans le domaine des transports et des communication à distance (du réseau d'Internet aux systèmes satellitaires, de la télévision à la téléphonie mobile), qui a rendu le monde entier 'plus petit' et à portée de main de chaque association ou individu.

De nombreuses populations pauvres ont ainsi été mises en contact avec l'expansion et l'offre de biens et services des économies les mieux développées. La perspective d'un travail ou, en tout cas, d'une source de revenus meilleurs que ceux qui étaient offerts dans leur pays d'origine, a conduit ces populations à des migrations de masse.

Ces conditions, qui favorisent l'exploitation massive de fortes inégalités économiques, sociales et culturelles à l'encontre des sujets les plus vulnérables, ont aussi ouvert la voie au **trafic de travailleurs migrants**. L'organisation de l'immigration clandestine s'accompagne d'une véritable **traite des êtres humains** (y compris femmes et enfants), laquelle constitue une forme d'esclavage moderne, les migrants étant réduits ou destinés à être réduits en "esclavage" par l'usage de la violence, de la tromperie, de la contrainte et de l'abus de leur position de vulnérabilité<sup>1</sup>.

Nous savons que des organisations criminelles chevronnées sont impliquées dans ces phénomènes et qu'elles agissent au niveau transnational, le plus souvent en concomitance avec d'autres activités illicites. Elles exploitent la faiblesse ou la complaisance des États issus de transformations politiques récentes ou dont les structures administratives sont fortement fragilisées par la corruption et l'infiltration de la criminalité. Mais d'autres acteurs, tels que des entreprises privées intervenant dans le domaine du mariage ou du recrutement de main-d'œuvre ou encore des membres d'une armée en

---

\* Membre du Comité Scientifique AIDP.

<sup>1</sup> V. au site : [http://ec.europa.eu/justice\\_home/doc\\_centre/crime/trafficking/wai/doc\\_crime\\_human\\_trafficking\\_fr.htm](http://ec.europa.eu/justice_home/doc_centre/crime/trafficking/wai/doc_crime_human_trafficking_fr.htm) les « opinions » et les « rapports » du « Groupe d'experts sur la traite des être humains » qui a travaillé pour le compte de la Commission européenne de 2004 à 2007 ; en italien une partie de ces travaux a été publiée par COSTELLA P., ORFANO I., ROSI E. (éd.), *Rapporto del Gruppo di Esperti sulla tratta degli esseri umani*, Rome 2005.

mission de paix<sup>2</sup>, prennent également part à l'organisation et à l'exploitation du trafic d'êtres humains.

Au cours de ces dernières années, les institutions internationales ont intensifié leurs efforts pour prévenir et réprimer ces délits qui représentent non seulement une atteinte sévère à la liberté de la personne, mais aussi, en raison de leur dimension de masse, une menace à la paix et à la justice de la société. Dans certaines conditions ils deviennent de véritables crimes contre l'humanité relevant de la compétence des Cours pénales internationales, notamment de la Cour permanente instituée par le Statut de Rome.

Faisant application des sources supranationales les plus récentes, de nombreux États ont introduit dans leur ordre juridique des nouvelles normes, certaines ayant une nature administrative (concernant notamment les flux migratoires)<sup>3</sup>, d'autres constituant, outre les incriminations relatives à l'exploitation sexuelle de femmes et d'enfants<sup>4</sup>, des infractions pénales plus sévères que les délits traditionnels d'esclavage et de traite.

L'objet de ce rapport est d'étudier les problèmes juridiques spécifiques soulevés par ces normes récentes. Nous verrons ainsi que la notion originaire d'"esclavage", fondée sur un *status* juridique précis (par. 2), a évolué pour comprendre les formes modernes d'asservissement d'êtres humains (migrants, femmes, enfants) à d'autres êtres humains, la jurisprudence accompagnant cette évolution (par. 3).

Fondée sur les nouvelles sources supranationales régissant la matière, la distinction entre les infractions relevant de la traite des êtres humains (*Trafficking in Human Beings*) (par. 4) et celles relatives à l'introduction clandestine de migrants (par. 5) pourra ensuite être analysée avant de terminer cette étude par quelques observations sur les valeurs juridiques à protéger dans ce domaine (par. 6).

## **2. La notion juridique d'"esclavage" dans la Convention internationale de 1926 et sa distinction des "pratiques analogues" à l'esclavage définies dans la Convention de 1956**

La Convention internationale de Genève du 25 septembre 1926 définit l'"esclavage" comme "*l'état ou condition d'un individu sur lequel s'exercent les attributs du droit de propriété ou certains d'entre eux*". Une telle définition avait comme point de départ une situation juridique dans laquelle les esclaves étaient "enregistrés" ou au moins identifiés formellement, afin de garantir l'investissement de ceux qui les achetaient ou en faisaient commerce.

Innovante et représentant le précédent le plus direct de l'actuelle législation internationale contre la traite des êtres humains, la Convention des Nations Unies du 2 décembre 1949 visant au combat du trafic de personnes – notamment femmes et enfants – aux fins de l'exploitation de la prostitution d'autrui (« traite des blanches »), prévoyait à l'art. 6 l'abolition de tout règlement et mesure de

<sup>2</sup> Cf. OBOKATA T., *Trafficking of Human Beings from a Human Rights Perspective. Towards a Holistic Approach*, Leiden (NL), 2006, p. 32 aussi avec citation des sources.

<sup>3</sup> Pour un coup d'œil comparatif sur ces réformes (spéc. France, Allemagne, Italie, Pays Bas, Espagne et Grande Bretagne) voir GUILD E., MINDERHOUD P. (éd.), *Immigration and Criminal Law in the European Union. The Legal Measures and Social Consequences of Criminal Law in Member States on Trafficking and Smuggling in Human Beings*, Leiden-Boston, 2006.

<sup>4</sup> Pour le cas spécifique du trafic de femmes destinées à la prostitution v. ASKOLA H., *Legal Responses to Trafficking in Women for Sexual Exploitation in the European Union*, Oxford-Portland Oregon, 2007, soulignant le paradoxe qui consiste à promouvoir, d'un côté, la libre circulation des personnes, des informations, des biens et des capitaux comme facteur pour le développement économique et social, et à considérer, de l'autre côté, l'immigration du tiers monde et des États de l'Europe de l'Est comme une menace pour l'Europe du *Welfare*, et réfléchissant sur la distinction entre une "bonne" et une "mauvaise" migration (p. 68, avec d'autres références).

contrôle par registres spéciaux sur les personnes qui se livraient ou étaient soupçonnées de se livrer à la prostitution.

Dans la Convention supplémentaire de Genève du 7 septembre 1956, l'art. 1 définit quant à lui les "*institutions et pratiques analogues à l'esclavage*". Il dresse une liste des différentes "*servitudes*", comme celle "pour dettes" (lett. a) ou le servage (lett. b), ainsi que des "*institutions ou pratiques*" concernant soit une femme obligée au mariage, ou cédée à un tiers ou transmise par succession (lett. c), soit la remise d'un enfant ou d'un adolescent de moins de dix-huit ans par ses parents ou son tuteur à un tiers en vue de l'exploitation de sa personne ou de son travail (lett. d).

Ainsi, on a commencé à réprimer la traite des personnes indépendamment de la catégorie des victimes (esclaves ou prostituées) et à assimiler à l'esclavage quelques-unes des "*institutions ou pratiques analogues*", bien que celles-ci soient *dépourvues* de la connotation juridique qui caractérise la première ("*attributs du droit de propriété*") et qu'elles s'entendent au sens large afin d'embrasser de simples situations de fait.

Depuis le nouveau millénaire, de nombreuses années après les premières dispositions répressives et l'abolition formelle de l'esclavage, la lutte contre la traite des êtres humains s'inscrit dans une perspective plus complexe, indépendante de l'exercice des "*droits de propriété*" qui caractérisait la notion originare d'"esclavage" ou du contrôle formel des prostituées. La répression pénale a été étendue à toutes les situations "de fait" entrant dans la catégorie plus large des "*conditions analogues*" ou de la "*servitude*", de façon à intégrer toutes les phases qui précèdent ou qui sont indispensables à l'exploitation (du travail, sexuelle ou d'autre nature) et qui comprennent le trafic d'êtres humains.

Partagée par tous, la nouvelle notion de « traite » des êtres humains constitue ainsi le point de départ du Protocole additionnel à la Convention des Nations Unies du 15 novembre 2000 contre la criminalité organisée transnationale, entré en vigueur le 9 septembre 2003, de la décision cadre de l'Union Européenne du 19 juillet 2002 et de la Convention du Conseil de l'Europe du 16 Mai 2005 (en vigueur au 1<sup>er</sup> février 2008). Sa définition a acquis une réelle autonomie et vise une pluralité de conduites, de moyens de réalisation et de buts spécifiques poursuivis par l'auteur. Ces éléments ne sont plus nécessairement en connexion avec l'état d'esclave ou de prostituée ou avec l'état de servitude (actuel ou futur) de la victime, car ils visent à frapper toutes les hypothèses d'exploitation, indépendamment des finalités recherchées, qui caractérisent la situation actuelle.

### **3. Aperçus sur l'évolution de la jurisprudence pénale italienne en matière de délits d'"esclavage"**

Le souci d'éviter d'importantes difficultés d'interprétation et d'application ainsi que la nécessité évidente d'adapter le cadre normatif et culturel, qui remontait au siècle dernier, **aux nouvelles formes d'esclavage** de l'époque contemporaine, ont progressivement expliqué l'extension juridique de la notion d'"esclavage". Les nouvelles formes d'esclavage se développent en effet de façon de plus en plus préoccupante dans beaucoup de pays, dont l'Italie que je prendrai ici comme exemple.

Au-delà des problèmes humains et sociaux que tout le monde peut observer, causés par les phénomènes économiques et politiques mentionnés dans l'introduction, de forts contrastes ont émergé au niveau juridique entre les principes de légalité et de précision, qui doivent innover le droit pénal (art. 7 de la Convention Européenne sur les droits de l'homme; art. 15 du Pacte international sur les droits civils et politiques; art. 49 de la Charte internationale des droits fondamentaux de l'Union Européenne; art. 25, comma 2, de la Constitution italienne), et la nécessité que les textes législatifs en vigueur soient néanmoins interprétés – conformément aux principes constitutionnels –

en termes compatibles avec les phénomènes *réels* à combattre. La conciliation de ces deux impératifs constitue la seule façon de garantir une précision effective dans l'application pratique de la norme.

À cette fin, la formulation autoritaire adoptée en Italie par le législateur fasciste, figurant expressément dans le Rapport du Ministère sur le projet de code pénal du 1930, qui visait à rendre effective la Convention de Genève de 1926, dut être abandonnée. Le droit de la personne à sa propre liberté était défini comme un pouvoir de l'Etat, la liberté étant « *entendue non pas comme une notion abstraite d'un bien naturel existant préalablement à la constitution de la société juridique, mais comme l'ensemble des conditions nécessaires au déroulement des activités admises afin d'une libre expression de la personnalité humaine* »<sup>5</sup>.

De la même façon, la notion d'"esclavage" était liée du point de vue idéologique à une "condition juridique" – ou "état de droit" – entendue comme "*situation de sujétion totale, mise en œuvre selon le droit*". Cette situation constituait le dénominateur commun des normes d'incrimination introduites dans le Code, comme la "réduction en esclavage" (art. 600 cod. pén. it., pour laquelle était établie une peine de 5 à 15 ans de réclusion), la "traite et commerce d'esclaves" (art. 601 cod. pén. it., pour laquelle était établie une peine de 5 à 20 ans de réclusion) et la "vente et achat d'esclaves" (art. 602 cod. pén. it., pour laquelle était établie une peine moins sévère, de 3 à 12 ans de réclusion, concernant les conduites relatives à de simples individus au lieu d'une activité organisée et habituelle). Même l'"entrée en possession" d'un esclave ou le "maintien" dans la condition d'esclavage étaient punis.

La prostitution, au contraire, était réglementée par la loi, et exercée dans des "maisons closes" où les prostituées étaient enregistrées et devaient se soumettre aux contrôles policiers et sanitaires. Dans ce cadre, le droit pénal sanctionnait moins sévèrement la traite des femmes incapables et des mineurs « à fin de prostitution » (art. 535 cod. pén. it.), la traite des femmes majeures n'étant punie que si elle était pratiquée via l'utilisation de la force, des menaces ou de la tromperie (art. 536 cod. pén. it.).

Tout asservissement "de fait" au pouvoir d'autrui était en revanche compris dans le délit de "sujétion psychologique" (« *plagio* » ex art. 603 cod. pén. it., qui se limitait à punir "*Quiconque soumet une personne à son propre pouvoir, de façon à la réduire dans un état total de sujétion*"). Cette infraction a par la suite été déclarée inconstitutionnelle par la Cour constitutionnelle italienne en raison de son manque de précision (jugement du 8 juin 1981, n° 96). L'imprécision de la formulation normative résultait du fait qu'elle décrivait une situation de sujétion uniquement *psychologique*, bien difficile à dépister et à prouver dans la réalité sociale (au point que cet article a été très rarement appliqué et a reçu bien peu d'attention, sauf dans l'affaire Braibanti)<sup>6</sup>.

Ce jugement de la Cour constitutionnelle a mis en marche une évolution déterminante qui a permis à la jurisprudence de tenir compte des nouveaux phénomènes en train d'émerger dans la réalité sociale italienne et même au niveau mondial, ainsi que nous l'avons déjà précisé.

En effet, à la lumière des pactes internationaux, le contenu des notions d'"esclavage" et de "pratiques analogues" à l'esclavage fut reconnu comme constituant les éléments des normes d'incrimination nationales (contenus dans les articles 600, 601 e 602 cod. pén. it.). L'élargissement

<sup>5</sup> *Relazione ministeriale sul progetto del codice penale*, vol. II, p. 364, cité par APRILE S., *I delitti contro la personalità individuale. Schiavitù e sfruttamento sessuale di minori*, en MARINUCCI G., DOLCINI E. (éd.), *Trattato di diritto penale. Parte speciale*, vol. VI, Padova 2006, p. 5 e note 1; pour une analyse critique du système du Chapitre III du Titre XII cf. MONACO L., *Nota introduttiva*, en CRESPI A., FORTI G., ZUCALÀ G. (éd.), *Commentario breve al codice penale*, 5<sup>ème</sup> éd., Padova 2008, p. 1648 s.

<sup>6</sup> Cour de Cassation, 30.9.1971, Braibanti, en *Cass. pen. Mass. ann.*, 1972, p. 1683. Sur le délit de « plagio » cf. FLICK G.M., *La tutela della personalità nel delitto di plagio*, Milano 1972.

au domaine plus large des “pratiques” et des “institutions” analogues à l’esclavage a été rendu possible grâce à l’art. 1 de la Convention supplémentaire de 1956, qui ne fournissait pas une liste ayant un caractère péremptoire, mais qui comprenait toute hypothèse dans laquelle le sujet passif était “réduit en maîtrise exclusive de l’agent, lequel en fait matériellement usage, en tire avantage ou profit, comme autrefois – d’après les connaissances historique, confluées dans le patrimoine actuel socio-culturel des membres de la collectivité – le patron exerçait sa maîtrise sur l’esclave”<sup>7</sup>.

Bien que les faits aient été commis dans un ordre juridique (celui de la Yougoslavie) où l’esclavage *secundum jus* n’existait pas<sup>8</sup>, les juges italiens ont ainsi retenu une “condition analogue à l’esclavage” dans le cas des “*minori argati*”, c’est-à-dire des enfants ou jeunes adultes au-dessus de 14 ans (et donc non imputables) achetés par un contrat de concession stipulé en forme solennelle entre leurs parents et des nomades slaves en Yougoslavie. De tels contrats visaient à asservir et à exploiter les enfants en Italie afin de commettre des infractions contre le patrimoine ou aux fins de mendicité.

L’exploitation des enfants *enlevés* à leurs parents, qui s’étaient *enfuis* de chez eux, ou qui avaient *disparu* a également pu être punie. Il en est de même de la traite et de l’exploitation des *prostituées* indépendamment des liens concernant leur mariage, leur cession ou leur transmission par succession ou de l’exploitation d’adultes ou d’enfants aux fins de “servitude” ou pour les besoins de la vente *ambulante* de marchandises (ceux qu’on appelle en Italie ‘*vù cumprà*’) ou des entreprises clandestines etc.

Des critiques ont cependant été avancées par la doctrine italienne la plus influente et des incertitudes ont émergé au sein même de la jurisprudence au sujet du risque de violation des principes constitutionnels de légalité et de précision qui impliquent l’interdiction de l’analogie<sup>9</sup>.

#### 4. La traite des êtres humains comme un délit nouveau et autonome

Par rapport à cette situation juridique de forte tension entre les exigences d’une protection pénale plus efficace contre les nouvelles forme d’esclavage d’un côté, et la nécessité de garantir le respect des principes essentiels du droit pénal de l’autre – et notamment le principe de stricte légalité d’où dérive l’exigence de précision de la norme d’incrimination et l’interdiction de son application par analogie *in malam partem* –, l’apport du Protocole des Nations Unies pour la répression du trafic d’êtres humains, additionnel à la Convention de 2000 contre la criminalité organisée transnationale, est fondamental.

En effet, l’art. 3 du Protocole rompt avec la perspective ancienne de répression de l’esclavage et des pratiques analogues et propose une définition tout à fait nouvelle et autonome de la traite des êtres humains qui englobe la traite aux fins de prostitution d’autrui.

La définition adoptée à l’issue des travaux préparatoires est le résultat d’un long travail qui a abouti à une formulation normative complexe. Même si celle-ci contient des éléments qui se prêtent encore à des interprétations différentes, elle représente une base explicite et solide, à laquelle les Etats membres doivent se conformer pour introduire des réformes législatives respectueuses des exigences de la légalité criminelle et des principes fondamentaux.

<sup>7</sup> Cour de Cassation, Sections unies, 20.11.1996, Ceric; en prospective analogue Cour de Cassation, Section. V, 16.12.1997, Hrustic, en *Cass. pen.*, 1999, p. 1137; Cour de Cassation, Section III, 19.5.1998, Matarazzo, en *Giust. pen.* 1999, II, p. 399.

<sup>8</sup> Cour de Cassation, Section 1.07.2002, Dimitrijevic, en *Guida dir.* 2002, n. 44, p. 79, qui a affirmé la responsabilité pour le délit de réduction en état d’esclavage de celui qui - après avoir acheté un mineur chez ses parents - l’avait utilisé comme « mendiant » dans la rue afin d’apitoyer les passants en raison d’une malformation importante de sa jambe gauche.

<sup>9</sup> V. MARINUCCI G., DOLCINI E., *Corso di diritto penale*, vol. I, 3<sup>ème</sup> éd., Milano, 2001, p. 183 et suivante.

L'effet d'impulsion et d'harmonisation est efficacement renforcé par le fait que la décision-cadre de l'Union Européenne 2002/629/JAI du 19 juillet 2002 (notamment l'art. 1) et la Convention du Conseil de l'Europe signée à Varsovie le 16 Mai 2005 (notamment l'art. 4), toutes les deux relatives à la lutte contre le trafic d'êtres humains, se sont conformées à cette nouvelle définition.

**4.1. Les éléments constitutifs des normes pénales incriminant la traite** – L'un des objectifs du protocole des Nations Unies était de proposer une définition générale de la traite et d'engager les Etats à prévoir des incriminations correspondantes afin d'intégrer cette réalité dans leurs ordres juridiques nationaux.

L'analyse rapide de la définition contenue dans l'art. 3 du Protocole, laquelle est littéralement reprise par l'art. 4 de la Convention du Conseil de l'Europe du 2005, conduit à distinguer 3 catégories d'éléments constitutifs : ceux qui décrivent les *conduites matérielles*, ceux qui précisent les *moyens* utilisés et ceux qui établissent les *fins* (ou buts) qui doivent ainsi être poursuivis.

**4.1.1. Conduites** – Avant tout, sont mentionnés le recrutement, le transport, le transfert, l'hébergement ou l'accueil de personnes. Ces actes peuvent s'inscrire dans un schéma plus global, les différentes phases étant fragmentées ou accomplies par plusieurs individus, ce qui se produit lorsqu'ils sont le fait d'un groupe organisé.

Comme je l'ai déjà indiqué, le transfert au-delà d'une frontière n'est pas un élément indispensable. Certes, le déracinement d'une personne de son milieu social et son transfert dans un milieu tout à fait différent, dans lequel elle peut se trouver isolée du point de vue de la langue, de la culture, des liens familiaux etc. a comme résultat une (plus grande) vulnérabilité et une condition qui rend son exploitation plus facile.

Mais en soi, c'est-à-dire à part les moyens et les buts dont il sera question plus avant, toute conduite décrite dans l'art. 1 se présente comme licite et dépourvue de capacité d'offense pour les droits des victimes.

**4.1.2. Moyens** – Les moyens de la conduite sont amplement décrits et représentent le critère objectif le plus important pour déterminer le contenu illicite du fait à punir, sauf dans le cas des enfants ou des jeunes adultes de moins de 18 ans pour lesquels il suffit que la conduite poursuive l'un des buts énumérés (cf. infra). En pratique, il existe en effet une sorte de présomption d'illicéité de la conduite lorsqu'elle tend à l'exploitation d'une victime de moins de 18 ans. A part cette hypothèse particulière, le délit de traite requiert un contenu déterminé car il doit nécessairement être accompli par les moyens décrits, lesquels s'inscrivent dans une gamme très ample et non homogène.

Brièvement, on peut distinguer 4 situations fondamentales: 1. la menace de recours ou le recours à la *force* ou à d'autres formes de contrainte, y compris l'enlèvement; 2. des moyens visant à *tromper* (fraude, tromperie); 3. l'*abus* d'un pouvoir ou de la position de vulnérabilité de la victime; 4. l'*achat* par l'offre ou l'acceptation de paiements ou d'avantages pour obtenir le consentement d'une personne ayant autorité sur une autre.

Nous avons déjà indiqué qu'il n'y a aucune homogénéité entre ces différentes situations, si ce n'est qu'elles ont toutes pour point commun de contraindre la volonté de la victime. La capacité d'autodétermination de la victime est fortement limitée, voire annulée, de telle façon que le consentement de la victime à l'exploitation, dont nous parlerons plus avant, est indifférent lorsque l'un des moyens énoncés est utilisé (art. 3, lettre b).

Quelques observations sur certains moyens : on a observé que la "*menace*" peut aussi être implicite, ce qui inclut l'effet d'intimidation résultant, par exemple, de la renommée criminelle de l'organisation.

Quant à la formule "*d'autres formes de contrainte*", qui soulève des doutes sur le respect du principe de précision, elle nécessite un examen attentif des conditions sociales et culturelles des personnes

impliquées car les victimes pourraient être impressionnées, par exemple, par des rites tribaux ou par des pratiques qui tireraient avantage de leurs croyances religieuses.

Dans ce cas, la catégorie de la contrainte exclut celle des *moyens frauduleux*, qui regroupe toutes les formes intentionnelles d'induction en erreur de la victime, au regard notamment de *conditions* de travail spécifiques ou bien de prostitution ou d'exploitation sexuelle etc. Évidemment, la limite entre les situations *valablement* acceptées d'exploitation du travail, d'exploitation sexuelle ou d'autre nature est ambiguë : la promesse d'un travail peut contenir une déformation seulement partielle des conditions de travail, par exemple par rapport à l'horaire de travail, au salaire, à la possibilité de repos et de libre mouvement, à la possibilité ou non d'accepter certaines missions etc.

À titre de principe, on ne peut effectivement refuser à la victime potentielle le droit d'accepter des conditions d'exploitation, si celles-ci sont clairement exposées et consciemment voulues, et si elles lui permettent d'échapper à des conditions encore plus mauvaises dans son pays d'origine.

Cela pose le problème, dans certains cas limites, de la détermination des hypothèses d'un véritable "*abus d'une position de vulnérabilité*" de la victime, laquelle se trouve toujours, par hypothèse, dans une position d'inégalité économique ou sociale. Les hypothèses, par exemple, d'esclavage pour dettes (*debt bondage*) pourraient se transformer en situation de simple migration illégale, si la dette, fixée proportionnellement au prix du transport, était due pour le prix de celui-ci.

Le même critère, qui fait état de l'existence pour la victime d'"alternatives acceptables" par rapport à l'abus, nous impose d'évaluer attentivement le contexte et, surtout, le type de rapport entre les parties.

Enfin, les hypothèses d'échange d'argent ou de rémunérations n'intègrent pas forcément une véritable opération d'achat-vente. Il suffit que la prestation envers la personne ayant autorité sur la victime ait une efficacité suffisante pour qu'elle conduise à l'"exploitation".

**4.1.3. Buts** – L'élément finaliste de l'"exploitation" qualifie d'une façon décisive l'illicéité de la conduite, et il est même suffisant dans le cas de victimes ayant moins que 18 ans. La traite doit viser à l'exploitation, constituée par l'atteinte spécifique des droits fondamentaux de la victime.

Une telle exploitation n'est pas limitée aux situations énumérées dans la deuxième partie de la lettre a de l'art. 3, qui prévoit "au minimum" l'exploitation de la prostitution d'autrui ou d'autres formes d'exploitation sexuelle, le travail ou les services forcés, l'esclavage et les pratiques analogues, la servitude et le prélèvement d'organes. En effet, d'autres buts d'exploitation peuvent être retenus, comme par exemple la mendicité ou d'autres activités illégales.

Il s'agit de buts qui ne peuvent pas être réduits, ainsi que certains l'ont affirmé, à une simple forme de qualification de l'*élément moral* du délit (dol spécial). C'est en effet le délit dans son ensemble qui est connoté par l'exigence de la relation moyen-but<sup>10</sup>, laquelle qualifie dès l'origine la conduite et les moyens répertoriés pour permettre l'exploitation de la victime. Une volonté subjective de l'agent, seulement supposée ou simplement intérieure à son âme, ne serait donc pas suffisante. L'*objet* de la finalité poursuivie (l'exploitation) doit pouvoir se projeter de façon externe dans la relation avec la victime, laquelle peut d'ailleurs y consentir (bien que d'une façon non valable, si les moyens décrits ont été utilisés ou s'il s'agit d'un mineur), ou pouvoir être « partagé » par d'autres participants ou par des tiers.

En pratique, la formulation finaliste contenue dans la définition que nous sommes en train d'examiner détermine certainement une *anticipation* du moment de la consommation à la réalisation des seules conduites décrites dans la première partie de la norme, avec les moyens évoqués. Mais

<sup>10</sup> Cf. PICOTTI L., *Il dolo specifico. Un'indagine sugli elementi finalistici delle fattispecie penali*, Milano 1993.

elle ne peut se limiter au seul élément moral car elle doit avant tout être prise en compte pour la description légale de l'infraction.

En effet, par la description des fins est précisé l'intérêt réel recherché par l'auteur et ses complices, le but devant être connu et partagé par tous les participants. Même si la commission de l'infraction ne requiert pas que le but poursuivi soit matériellement satisfait, celui-ci caractérise *objectivement* l'"acte" criminel dans un *rapport* conflictuel d'intérêts en ce qu'il lèse ou préjuge des droits fondamentaux de la victime.

C'est donc à la lumière de cette définition complexe du délit de traite que l'on peut résoudre les hypothèses les plus incertaines et ambiguës sans désagréger les seuls éléments de la formulation normative.

## 5. La distinction entre le trafic des êtres humains et l'introduction clandestine des migrants

Au niveau de la politique criminelle internationale, la distinction entre la traite (*Trafficking in Human Beings*) et l'introduction clandestine de migrants (*Smuggling of Migrants*) s'est imposée comme un choix stratégique fondamental.

Fondés sur les causes structurelles communes mentionnées dans l'introduction, les deux phénomènes sont dans leurs effets très proches l'un de l'autre. Outre la possible identité d'auteurs, ils se recoupent parfois, notamment dans la perception de l'opinion publique et même des victimes. Du point de vue juridique, la différence est cependant bien perceptible.

La répression de l'immigration clandestine se fait nécessairement en lien avec les disciplines administratives spécifiques régissant le flux transfrontalier des migrants et le contrôle des frontières. Le droit administratif établit ainsi les conditions, les procédures et les quotas des entrées légitimes, règles dont la violation est sanctionnée pénalement. La sanction pénale occupe une fonction simplement *accessoire* visant à garantir l'efficacité des prescriptions extra-pénales.

Il convient de noter, à propos de la violation des réglementations relatives aux flux migratoires, que les intérêts des migrants convergent avec ceux des personnes qui les aident à entrer illégalement sur un territoire. L'infraction implique un accord entre les parties et prend fin avec l'entrée sur le territoire de l'Etat de destination. En soi, le migrant n'est pas regardé comme la victime d'un délit qui porterait atteinte à ses droits fondamentaux.

Au contraire, dans le cas de la traite, la position de la victime joue un rôle prééminent, le délit étant commis à son encontre par l'usage de la force, de la contrainte, de la tromperie ou par abus de sa position de vulnérabilité. Par conséquent, le rapport entre les deux parties se caractérise en termes de *lésion des intérêts de la victime*, cette situation étant susceptible de se prolonger dans le temps. De plus, l'infraction n'implique pas nécessairement une entrée illégale dans un pays.

On peut donc se rallier à l'intention du législateur qui a souhaité mettre en évidence l'autonomie et la gravité des formes modernes d'asservissement et d'exploitation des personnes, que l'exploitation soit de nature sexuelle ou de toute autre nature. Souvent réalisées sur une grande échelle à l'encontre d'individus en position de vulnérabilité structurelle, et surtout à l'encontre de femmes et enfants<sup>11</sup>, de telles exploitations sont ainsi appréhendées dans ce qui fait leur spécificité.

<sup>11</sup> En Italie la loi 15.2.1996, n. 66, contre la violence sexuelle (dont la dernière modification a été portée par la loi n. 6.2.2006, n. 38 contre l'exploitation sexuelle des enfants et la pornographie infantile) a placé dans le Chapitre III, consacré aux délits "*contre la liberté individuelle*", mais dans sa Section II, qui suit celle dont on parle dans le texte, les délits de violence sexuelle (art. 609 *bis* et suivants cod. pén.it.), y compris ceux contre les mineurs (art. 609 *ter*, par. 1, nn. 1 e 5, et par. 2; art. 609 *quater*; art. 609 *quinquies* cod. pén.it.), qui antérieurement étaient compris parmi les délits « contre la morale publique et les bonnes mœurs » (Titre IX de la partie spéciale du Code pénal « Rocco »). Pour un commentaire v. CADOPPI A. (éd.), *Commentario delle norme contro la violenza*

## 6. La répression de la traite, garantie du « droit inviolable » à la liberté personnelle

La traite se définit donc comme un délit complexe, dont la structure se caractérise par un *type de rapport* interpersonnel impliquant ou supposant une limitation de l'autodétermination de la victime aux fins de son exploitation. On doit donc classer la traite parmi les délits de "coopération artificieuse" de la victime. De tels délits requièrent un comportement *actif de sa part*, la victime étant d'une certaine façon consentante, même si sa volonté est viciée par les moyens utilisés ou si elle a moins de 18 ans.

L' "exploitation" exige une action de la victime, dont les *prestations* de travail ou sexuelles ou d'autre nature – par exemple la servitude ou la mendicité – dépendent nécessairement d'un choix, même si celui-ci n'a pas été librement décidé.

En d'autres termes, il existe une "coopération" résultant d'un "artifice". Il s'agit cependant bien d'un acte exprimant une volonté humaine et non d'un acte qui serait le fruit d'un simple effet mécanique ou d'une conséquence "causale" de la conduite de l'agent, comme dans le cas d'un événement naturel. Pareille analyse reviendrait à adopter une perspective déterministe qui considérerait le délit de façon unilatérale, du seul point de vue du coupable, sans prendre en compte la dynamique du *rapport* avec la victime.

Grâce à ce *rapport* interpersonnel qui caractérise l'incrimination, il est possible de souligner la différence avec la simple relation de propriété exercée sur une 'chose' ou sur une 'marchandise', à laquelle correspond davantage la notion traditionnelle d' 'esclavage' entendue au sens strict.

Il semble donc impropre ou réductif de parler de "réification" de la victime, sa liberté de choix, bien que diminuée, demeurant à l'origine du délit, contrairement à la conception traditionnelle et obsolète de la traite des « esclaves ».

Dans l'hypothèse du prélèvement d'organes, où l'exploitation peut être conçue en termes simplement passifs, la *qualité humaine* de la victime demeure même si celle-ci est réduite à un instrument de satisfaction des besoins d'autrui. Même de ce point de vue, il est possible de saisir la différence avec l'aide à l'immigration (*Smuggling*), qui se distingue de l'outrage à la liberté d'autodétermination personnelle (outre les fins spécifiques susmentionnées) et qui consiste dans l'accomplissement d'activités visant à favoriser l'entrée d'étrangers en violation des dispositions applicables en la matière.

La volonté de renforcer la réponse pénale face aux nouvelles formes d'atteinte à la liberté personnelle, qui vont bien au-delà de formes traditionnelles d'esclavage, ne se traduit pas seulement par la consécration de nouvelles incriminations mais également par la mise en place de pénalités plus dissuasives. Faisant application des dispositions générales de la Convention contre la criminalité organisée, le Protocole prévoit notamment l'augmentation des peines de réclusion - qui doivent respecter un seuil minimum -, la responsabilité des personnes morales et des institutions, la confiscation (même « par équivalent ») des profits obtenus etc. Il faut aussi signaler l'innovation introduite par la Convention du Conseil de l'Europe du 2005 qui prévoit la possibilité d'incriminer le comportement de celui qui se contente « d'utiliser » les services et les prestations d'une victime de la traite (art. 19).

---

*sessuale e contro la pedofilia*, 4<sup>e</sup> éd., Padova 2006; et PICOTTI L., *I delitti di sfruttamento sessuale dei bambini, la pornografia virtuale e l'offesa dei beni giuridici*, en Bertolino M., Forti G. (éd.), *Scritti per Federico Stella*, Napoli 2007, vol. II, p. 1267; déjà PICOTTI L., *Profili generali di diritto penale sostanziale*, en CADOPPI A. (éd.), *La violenza sessuale a cinque anni dall'entrata in vigore della Legge n. 66/96. Profili giuridici e criminologici*, Padova 2001, p. 19 s.

Évidemment, lorsqu'on réalise les différentes formes d'exploitation qui représentent les buts de la traite, on appliquera les peines spécifiquement prévues : par exemple, en matière de prostitution ou de pornographie mettant en scène des enfants etc.

En conclusion, les sources internationales que nous venons d'examiner s'inscrivent dans un mouvement qui place la **personne** au centre de la protection pénale. La notion de « personnalité individuelle » ainsi que le « droit fondamental » à l'indépendance doivent protéger la personne contre tout pouvoir externe susceptible de la placer dans une condition de sujétion en entravant sa capacité à faire librement les choix fondamentaux concernant son existence.

Il est donc suffisant, pour léser ce droit inviolable, de «tirer profit» des conditions de vulnérabilité visant à l'exploitation du travail, sexuel ou d'autre nature, *indépendamment* de la privation effective de la liberté physique ou de mouvement, ou obtenue à l'aide de moyens de coercition.

Le contenu spécifique de l'infraction de traite se définit par la négation des prérogatives les plus fondamentales et intimes de la "personne", sa liberté et son autonomie **personnelles**, étant sacrifiées pour la rendre "utilisable" aux fins d'exploitation par l'agent ou par de tiers.

L'exigence d'adapter l'intervention pénale à l'évolution des phénomènes sociaux que l'on vise à combattre doit s'accompagner de la nécessité de protéger plus efficacement, au niveau international et européen, la "*liberté personnelle*" de tout être humain. Il s'agit là d'un "*droit inviolable*", en tant que "primordial" ou "fondamental" (voir art. 13 de la Constitution italienne), qui constitue un socle pour l'exercice des *différents* droits de liberté (morale, sexuelle, de mouvement, de domicile, de travail etc.), parmi lesquels trouve à s'exprimer la personnalité de chaque individu dans les rapports sociaux.

Le droit à la « liberté personnelle », qui n'a pas été institué par l'ordre juridique, doit cependant faire l'objet d'une obligation de "*reconnaissance*" et surtout de "*garantie*" effective de sa part (art. 2 de la Constitution italienne; artt. 1-4 de la Déclaration universelle des droits de l'homme; art. 3 de la Convention européenne des Droits de l'homme; art. 5 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne). Selon une conception démocratique de l'État de droit, il n'appartient pas, en effet, à celui-ci de créer – n'étant pas une autorité absolue et despotique – les droits relatifs à la liberté de l'homme, mais de les protéger *efficacement* contre toute violation ou limitation même de fait.

Il est donc important que tout ordre juridique, "en s'adaptant aux normes internationales" (art. 10, alinéa 1, Constitution italienne), s'engage à prendre des mesures effectives et à grande échelle qui tiennent compte de la globalité du problème et de la nécessité d'une coopération renforcée.

J'espère que cette conférence et notre association peuvent contribuer à cet engagement, non seulement en termes de réflexion et de confrontation, mais également par notre stimulation et notre motivation.