

PERSPECTIVES SUR LES MIGRATIONS DU TRAVAIL

2 F

**Aspects juridiques du trafic et de la traite
des travailleurs migrants**

Eduardo Geronimi



**SECTEUR DE LA PROTECTION SOCIALE
PROGRAMME DES MIGRATIONS INTERNATIONALES
BUREAU INTERNATIONAL DU TRAVAIL GENÈVE**

Table des matières

Préface	v
1. La migration irrégulière, le trafic et la traite.....	1
1.1 Introduction.....	1
1.2 Migration irrégulière.....	3
a) Définition.....	4
b) Facteurs d'expulsion et d'attraction.....	5
1.3 Différences conceptuelles entre le trafic et la traite des migrants.....	8
a) Causes du trafic et de la traite.....	10
b) Dynamique et mécanismes.....	11
2. Les Protocoles de Palerme.....	15
2.1 Introduction.....	15
2.2 Le Protocole contre le trafic des migrants.....	16
a) Composantes de l'infraction.....	16
b) Champ d'application spatial.....	17
c) Infractions connexes.....	17
d) Autres éléments de l'infraction pénale.....	18
e) Circonstances aggravantes.....	19
2.3 Le Protocole sur la traite des personnes.....	19
a) L'acte.....	20
i) Composantes de l'infraction	20
ii) Champ d'application spatial.....	22
b) Les moyens de contrainte	22
c) Les fins d'exploitation	22
2.4 Tentative et participation criminelle.....	23
a) La tentative.....	23
b) La participation criminelle.....	24
i) Responsabilité pénale des migrants objet de trafic.....	24
ii) Relations entre l'exploitation et le crime	26
3. L'exploitation du travail	28
3.1 Le travail forcé	28
a) Les Conventions de l'OIT sur le travail forcé.....	29
b) Formes de travail forcé pertinentes à la traite	30
c) Le travail et la servitude des enfants	31
d) Instruments de l'OIT sur le travail des enfants	32
3.2 Instruments de l'OIT sur les travailleurs migrants.....	33
4. Le consentement de la victime.....	36
4.1 Infractions contre les droits des travailleurs.....	38
4.2 Infractions relatives à la prostitution d'autrui.....	39
5. Conclusions.....	41
Bibliographie.....	43

*Traduit de l'espagnol
par
Agnès Broda*

Préface

L'un des objectifs stratégiques de toute politique de migration de main-d'œuvre est l'élimination de la migration irrégulière et, c'est pourquoi, le défi le plus important auquel devra faire face une politique d'emploi à l'étranger est la formulation, en accord avec les États de destination, de systèmes migratoires qui nuisent effectivement à la rentabilité du trafic et de la traite de migrants, sans préjudice de l'adoption d'autres types de mesures telles que des campagnes de prise de conscience publique ou des actions concertées contre les trafiquants.

En effet, durant les dernières décennies, et chaque fois plus, une partie importante des mouvements migratoires et de réfugiés est réalisée de manière irrégulière, et très souvent, au travers des mécanismes du trafic et de la traite des personnes. Ces phénomènes ont acquis une telle ampleur qu'ils sont devenus des affaires illicites très lucratives, surpassées seulement par le trafic d'armes et de stupéfiants. Les organisations criminelles transnationales, pour leur part, n'ont pas tardé à se substituer au trafic traditionnel de migrants, ainsi qu'à contrôler l'insertion des migrants dans les pays de destination dans des situations d'exploitation du travail ou sexuelle.

Cette étude, réalisée par le Programme des migrations internationales du BIT, a été préparée initialement pour sa présentation à la Conférence Hémisphérique sur les Migrations Internationales dans les Amériques : Droits de l'homme et Traite de Personnes, qui a eu lieu à Santiago du Chili, du 20 au 22 novembre 2002.

Le document identifie les différences conceptuelles entre trois phénomènes qui portent atteinte à une gestion ordonnée des migrations et qui maintiennent d'étroites relations entre eux : la migration irrégulière, le trafic et la traite des travailleurs migrants.

D'une perspective juridique, ce travail analyse la réponse normative internationale, concrétisée dans les Protocoles de Palerme contre le trafic et la traite des migrants, et dans les instruments pertinents de l'OIT et des Nations Unies, et souligne les différences des composantes de l'infraction pénale et les effets juridiques sur les travailleurs migrants objet du trafic ou victimes de la traite, en particulier leur responsabilité pénale et les effets du consentement des victimes.

Enfin, parmi les types d'exploitation dont peuvent être objet les victimes de la traite des personnes, l'étude analyse les formes et modalités les plus fréquentes d'exploitation du travail.

Genève, février 2003

Manolo I. Abella
Chef
Programme des migrations internationales

1. La migration irrégulière, le trafic et la traite¹

1.1. Introduction

L'un des grands flux migratoires de la fin du 20^{ème} siècle correspond aux secteurs les plus pauvres, sous-employés, sans emploi ou exclus des marchés du travail des pays d'origine qui vont occuper dans la société d'accueil des emplois dans le secteur informel, des emplois précaires ou qui sont refusés pour les travailleurs locaux (Mármora, 1997).

La migration de ces flux depuis les pays périphériques vers les pays centraux répond à un ensemble de facteurs macro-structurels tels que le déséquilibre entre les pays développés et en développement, les différences dans les salaires et les emplois et la segmentation des marchés du travail. Nonobstant, l'existence de ces facteurs n'est pas suffisante pour expliquer la propension des mouvements de personnes ni sa stabilité dans le temps. Les contacts à travers l'espace, les réseaux familiaux ou sociaux, et l'information et les intérêts qui se créent, deviennent des facteurs qui facilitent la concrétisation de la migration. Aussi, ces réseaux conditionnent-ils l'insertion sociale, occupationnelle et spatiale des migrants dans la société d'accueil.

La persistance des marchés du travail duels et la globalisation paraissent accentuer le nombre d'emplois précaires et que les travailleurs locaux sont réticents à occuper, la demande de main-d'œuvre étrangère faisant partie d'une tendance à long terme jusqu'à l'informalisation des emplois non qualifiés et peu rémunérés, préférant même les migrants irréguliers, disposés à travailler pour des salaires inférieurs, pour de courtes périodes pendant les pics de production, ou pour effectuer des travaux physiquement pénibles ou salissants (Stalker, 2000).

Parmi les droits humains fondamentaux des travailleurs migrants, on trouve le droit à la libre circulation, qui se concrétise dans le droit de toute personne de sortir de son pays. Ce principe a pour base juridique la Déclaration universelle des droits de l'homme². Postérieurement, grâce à son inclusion dans le Pacte international relatif aux droits civils et politiques (PIDCP)³, il fait partie du droit positif d'une centaine d'États, bien que le droit à la libre circulation, dans le sens strict, se limite aux personnes qui se trouvent légalement dans le territoire d'un État.

Ce droit n'a pas de corrélatif juridique, c'est-à-dire, le droit d'une personne de sortir de son pays n'entraîne pas automatiquement le droit à entrer dans un autre pays. En effet, le système westphalien des États se base sur la souveraineté territoriale, et c'est pourquoi, le droit international coutumier⁴ ne prévoit pas de limites pour les États en ce qui concerne l'admission et l'expulsion d'étrangers de son territoire : la norme sur la souveraineté

¹ Cette étude est basée en partie sur la thèse "Éléments pour un cadre juridique du trafic de migrants", Université de Buenos Aires/OIM, publication à venir.

² Art. 13 : «1. Toute personne a le droit de circuler librement et de choisir sa résidence à l'intérieur d'un État. 2. Toute personne a le droit de quitter tout pays, y compris le sien, et de revenir dans son pays. »

³ Art. 12: « 1. Quiconque se trouve légalement sur le territoire d'un État a le droit d'y circuler librement et d'y choisir librement sa résidence. 2. Toute personne est libre de quitter n'importe quel pays, y compris le sien. ... 4. Nul ne peut être arbitrairement privé du droit d'entrer dans son propre pays. »

⁴ N'inclut pas les accords internationaux bilatéraux ou multilatéraux d'admission des étrangers, ni les dispositions pertinentes des accords d'intégration régionale.

territoriale a plein pouvoir et comporte la liberté de l'État pour établir sa propre politique d'immigration, temporaire ou définitive, et pour ordonner à certains étrangers qu'ils abandonnent son territoire (Conforti, 1995).

Quand le manque de corrélation entre les droits de sortir d'un pays et d'entrer dans un autre se produit dans un cadre où existent de fortes pressions migratoires, d'importants facteurs d'attraction dans d'autres États et où les opportunités pour l'entrée légale sont très limitées ou restrictives, les flux migratoires se canaliseront jusqu'à la migration irrégulière : le migrant essaiera de s'introduire clandestinement, soit par ses propres moyens ou en ayant recours aux mécanismes du trafic ou de la traite des personnes.

Il est évident que si les États des pays développés appliquaient des politiques migratoires plus flexibles, il se produirait un accroissement des migrations du travail, puisque du point de vue de la demande de main-d'œuvre, les politiques migratoires restrictives constituent l'obstacle principal à ce qu'on puisse utiliser la migration internationale comme élément d'ajustement à une situation de pénurie de main-d'œuvre dans le marché du travail d'un pays déterminé, même quand la pénurie n'est pas un simple phénomène cyclique sinon qu'elle constitue un problème structurel qui persiste dans le temps (Abella, 1995).

Cette dialectique du refus juridique, d'une part, et l'existence d'importants facteurs économiques qui conduisent à l'immigration clandestine, d'autre part, expliquent la persistance, et l'amplification, du phénomène de la migration illégale (BIT, 1999).

Les États nations essayent actuellement de réguler les flux de main-d'œuvre en contradiction avec les sommations du capital, tant que le capitalisme définit les coûts de main-d'œuvre depuis la perspective du moindre coût global et non en accord avec les nécessités locales (Papastergiadis, 2000). De cette manière, la faute de cohérence entre les politiques migratoires et les réalités du marché du travail retombera en une augmentation de la migration clandestine : par exemple, entre 400 000 et 500 000 migrants irréguliers entrent dans l'Union européenne (UE) chaque année⁵, alors que ce sont entre 275 000 et 400 000 d'entre eux qui entrent aux États-Unis de manière clandestine⁶. Selon le BIT (1999), le trafic et la traite de main-d'œuvre, qui ne constituaient plus qu'un petit pourcentage des migrations clandestines, ont été particulièrement affectés par cette évolution et pourraient se convertir dans le futur en l'une des principales formes de migration dans des conditions abusives.

En dépit du fait que récemment les politiques migratoires de nombreux pays de l'Organisation pour la Coopération et le Développement Economiques (OCDE) aient été modifiées en vue de les adapter aux nécessités du marché du travail, celles-ci s'adressent en général seulement à des candidats à l'immigration qualifiés, et non aux migrants avec de faibles qualifications. La pression migratoire des migrants non qualifiés dans les régions les plus développées se canalise au travers de moyens clandestins, du fait de l'inexistence dans de nombreux pays de catégories migratoires qui prévoient son admission; une fois qu'ils se trouvent dans le territoire du pays récepteur, ces travailleurs restent confinés dans des emplois

⁵ OCDE (2000).

⁶ Les chiffres varient entre les estimations du Service d'immigration et de naturalisation (INS) des États-Unis (calculs pour octobre 1996), et certains média ("The link: legal and illegal immigration", dans *The New York Post*, 16/02/1997). L'INS calculait que la population étrangère en situation irrégulière était de 7 à 9 millions en 2000 (OCDE, 2001).

du secteur non structuré, dans le travail au noir ou sous la forme de conditions d'exploitation (Abella, 2002).

L'autre thème principal qui a été inclus dans le débat sur la migration dans les pays de l'OCDE est le rôle de l'immigration dans la mitigation des effets négatifs du vieillissement des populations (OCDE, 2000). Nonobstant, même si les politiques migratoires internationales peuvent agir sur les tendances de certains flux de population, elles ne pourront pas, d'elles-mêmes, modifier les causes structurelles qui définissent, en ultime instance, les principaux mouvements de population. De fait, il sera difficile de freiner avec des politiques sectorielles des processus générés comme conséquence de politiques globales (Mármora, 1999). C'est pourquoi, faisant partie des politiques publiques, les politiques migratoires devront être formulées conjointement aux politiques internes, externes, du travail, éducatives, économiques et sociales de l'État (Mármora, 1997), et avec l'attention à son implementation dans des contextes bilatéraux ou multilatéraux, ou en consensus régionaux ou globaux.

Pour générer un consensus social sur la politique migratoire, il conviendrait de tenir compte qu'un tel consensus sera facilité si les parties directement concernées par l'immigration de main-d'œuvre prennent part aux décisions, c'est-à-dire les travailleurs qui souvent y perdent par une pression à la baisse sur leurs salaires, les employeurs qui y gagnent de pouvoir faire appel à un réservoir de main-d'œuvre plus large, et les gouvernements qui doivent représenter les intérêts du reste de la société.

Un mécanisme tripartite comparable aux structures que l'OIT a adoptées pour formuler les politiques du travail fonctionnerait certainement dans le cas d'une politique nationale ou régionale de l'immigration, basée sur le dialogue social, dans lequel le tripartisme agit comme principe opératif dans la structuration de la prise de décisions de cet important domaine de la politique gouvernementale. En ce qui concerne les gouvernements, les ministères du travail devraient participer à l'élaboration et la mise en pratique des politiques migratoires, puisque la migration a, dans une large mesure, des effets importants sur le marché du travail (Diop, 2002).

L'approche tripartite en thèmes migratoires trouve sa base juridique dans la *Convention n° 143 de l'OIT sur les travailleurs migrants (1975)*. Le rôle attribué par la convention aux organisations d'employeurs et de travailleurs dans la lutte contre les migrations dans des conditions abusives n'est pas négligeable. En fait, cet instrument prévoit que les organisations d'employeurs et de travailleurs soient consultées à trois égards : a) en ce qui concerne les mesures visant à détecter s'il existe des migrations aux fins d'emploi dans lesquelles les migrants sont soumis à des conditions contrevenant aux instruments ou accords internationaux, multilatéraux ou bilatéraux, ou à la législation nationale ; b) en ce qui concerne les mesures nécessaires pour établir des contacts et des échanges systématiques d'informations avec les autres États Membres, et c) à propos de la législation et des autres mesures en vue de prévenir ou d'éliminer les conditions abusives. La convention prévoit en outre que les organisations de travailleurs et d'employeurs doivent avoir la possibilité de fournir leurs propres informations sur ces questions et de prendre des initiatives à cet effet.

1.2. Migration irrégulière

Au moment d'identifier les nouveaux défis que les pays centraux devaient affronter à la fin de la Guerre froide, ceux-ci présentaient la caractéristique commune de sa nature transnationale, par exemple, l'accroissement de la population mondiale et la sécurité

alimentaire, la dégradation de l'environnement, les pandémies, le délit transnational et le terrorisme, et la migration internationale et les flux de réfugiés (Smith, 1997).

En effet, durant les dernières années, et en particulier à partir de la chute du Mur de Berlin en 1989, le phénomène croissant des migrations irrégulières a commencé à être le motif d'une préoccupation spéciale surtout pour les pays de destination et de transit. Aux préjugés et images négatives de la migration dans de nombreuses sociétés d'accueil s'ajoute la crise dans la gouvernabilité des migrations internationales motivée du fait de l'absence ou de l'inefficacité de politiques relatives à l'immigration d'une grande partie des pays centraux et par la persistance de facteurs d'expulsion et d'attraction qui, dans une mesure chaque fois plus grande, accentuent le recours des migrants à des mécanismes migratoires irréguliers.

Même si le phénomène de la migration irrégulière concerne aussi les États de départ, en général, il est plus perçu comme un problème des États d'accueil ou de transit, parce que, dans peu de cas, il existe des restrictions pour la sortie des nationaux de leurs propres pays. Néanmoins, les États d'origine ne sont pas étrangers au phénomène, non seulement en ce qui concerne leurs obligations internationales sur la protection de leurs nationaux à l'étranger, sinon aussi pour les répercussions dans l'économie locale des envois de fonds faits par leurs migrants. Dans le même sens, l'Organisation Internationale pour les Migrations (OIM) (1999) considère que le trafic et la traite affectent tous les pays, tant d'origine que de transit et de destination, puisqu'ils créent des problèmes dans la gestion des migrations, vont à l'encontre de la migration ordonnée et des législations migratoires nationales, favorisent les mouvements migratoires irréguliers et, dans certains cas, rendent possible la présence d'organisations criminelles internationales.

a) Définition

Les migrations irrégulières peuvent se définir comme tout mouvement international qui a lieu en dehors du cadre réglementaire des pays d'envoi, de réception, des deux (Ghosh, 1998), ou de transit. Par définition, la migration irrégulière est le résultat de la législation promulguée pour contrôler les flux migratoires (Castles et Miller, 1998), et est une infraction contre la souveraineté de l'État.

De la perspective de l'État récepteur, l'irrégularité de la migration peut être déterminée par des causes imputables au travailleur migrant, ou par des causes qui ne lui sont pas imputables.

Cette distinction sera importante à l'heure de déterminer les coûts d'expulsion du travailleur migrant en situation irrégulière ou de sa famille. L'article 9, paragraphe 3, de la Convention No. 143 de l'OIT stipule que "en cas d'expulsion du travailleur ou de sa famille, ceux-ci ne devront pas en supporter le coût". Par conséquent, dans les cas des migrants en situation irrégulière pour des causes qui ne leur sont pas imputables, aucun frais ne sera à leur charge. Au contraire, dans l'hypothèse du migrant en situation irrégulière pour des causes qui lui sont imputables, celui-ci devra prendre en charge les frais de transport (mais pas ceux de l'expulsion).

Les cas les plus fréquents de migration irrégulière imputables au migrant sont :

- a) l'entrée dans un pays sans le visa ou la documentation exigés;
- b) l'entrée régulière mais en restant dans le pays une fois expiré le visa, le permis d'entrée ou de séjour;
- c) l'entrée régulière mais sans permis de travail, le migrant se convertissant en irrégulier s'il travaille;

ou d) l'entrée de requérants d'asile dont la demande a été refusée et qui n'ont pas quitté le pays.

Romagnoli (1999) examine l'irrégularité de la migration du point de vue de la législation migratoire et signale que les États déterminent les points spécialement habilités pour l'entrée ou la sortie de leurs territoires, puisque c'est dans cette instance que les autorités seront en condition de refuser ou d'admettre l'entrée d'un étranger. Dans ce cadre, est considérée irrégulière l'entrée d'un étranger : a) par un lieu non autorisé par le contrôle migratoire; b) par un lieu autorisé, mais en esquivant le contrôle migratoire, ou c) en utilisant une documentation falsifiée. En ce qui concerne le séjour, l'irrégularité sera déterminée : a) par l'entrée illégale; b) pour rester dans le pays une fois le délai autorisé expiré, ou c) quand, ayant reçu l'ordre de quitter le pays, il ne le fait pas dans le délai autorisé pour le faire.

En ce qui concerne les cas de migration irrégulière non imputables au travailleur migrant, certains exemples sont : a) le licenciement avant la fin établie dans son contrat; ou b) quand l'employeur n'accomplit pas les formalités nécessaires pour employer un travailleur étranger (BIT, 1999).

b) Facteurs d'expulsion et d'attraction

Les modalités que peut adopter la migration irrégulière seront déterminées par les facteurs qui en sont à l'origine. La dynamique, pour sa part, variera selon les cas : 1) le migrant essaiera d'entrer dans le pays de destination et de s'insérer dans le marché du travail par ses propres moyens, ou 2) en utilisant les mécanismes du trafic, ou 3) même de la traite des personnes.

Entre les facteurs d'expulsion des sociétés d'origine, on trouve l'oppression politique et ethnique, la violence interne, la guerre et les conflits armés, la violation systématique des droits humains, ou les dangers dus à la dégradation de l'environnement. Cependant, dans la majeure partie des cas, ce sont les facteurs économiques qui sont à l'origine de la pression migratoire.

L'intégration du marché mondial au moyen de la libéralisation du commerce et de la libre circulation des capitaux n'a pas encore produit d'effets en ce qui concerne la réduction des différences salariales entre les pays. Dans de nombreux pays en développement, spécialement les moins avancés, la pauvreté, le manque d'inversions, l'insuffisance des infrastructures et l'incapacité de se servir du commerce comme moteur d'accroissement économique, ont contribué à maintenir de nombreuses populations en marge de la globalisation, et à augmenter sa potentialité migratoire (Abella, 2002).

Les facteurs économiques peuvent se résumer dans des disparités globales économiques et démographiques, et la demande de l'économie souterraine des pays développés (Simon, 1995), la pauvreté, le chômage ou le sous-emploi, et la crise économique (dans le cas de la migration de survie) ou le manque d'opportunités pour améliorer le bien-être économique (migration de recherche d'opportunités). Ces facteurs interagissent avec deux autres conditions, la privation relative et la perception du futur de l'économie du pays d'origine, facteur d'importance puisque même le migrant économique peut réfréner ou retarder sa migration irrégulière s'il existe des perspectives de futur pour lui ou pour ses enfants. Un pessimisme économique produira l'effet inverse (Ghosh, 1998).

La distinction entre migration de survie et de recherche d'opportunités semble utile pour identifier les motivations et circonstances sous-jacentes qui sont à l'origine de ces deux types de mouvement. Dans le premier des cas, les grandes probabilités que les personnes soient appréhendées, punies ou même trompées par les trafiquants n'ont pas d'effets dissuasifs sur celles qui sont dans des situations désespérées. Dans le deuxième cas, il semble s'agir de personnes plus qualifiées et qui, bien que candidates à la migration irrégulière, évaluent mieux les risques des mécanismes du trafic et de la traite.

Quand les candidats plus qualifiés à la migration se voient dans une impasse sans sortie économique dans leur pays d'origine, où ils n'ont aucune chance de pouvoir utiliser leurs qualifications, ils peuvent être aussi motivés que les migrants économiques, produit de la frustration engendrée par la déqualification (ou perte des qualifications acquises) et le recul professionnel, encore qu'il est probable qu'une fois à l'étranger ils continueront à souffrir de la même déqualification, s'ils ne trouvent pas une insertion socioprofessionnelle adéquate et travaillent pour de longues périodes dans des travaux non qualifiés (Abella, 1997).

Dans les sociétés d'origine, les unités familiales développent des stratégies de survie pour assurer la maintenance et la reproduction sociale du groupe et de chacun de ses membres. Ces stratégies peuvent adopter la forme d'une division interne du travail par sexe et par âge plus adéquate à la subsistance du groupe, et d'une adéquation du comportement en matière de nuptialité, fécondité et migration. La raison que les familles ou communautés incorporent à leur stratégie de survie la migration de l'un de ses membres, sera de palier à la diminution ou la détérioration des niveaux de salaires perçus par le groupe familial dans son ensemble, qu'ils proviennent du travail, de rentes, de la retraite, d'intérêts ou de transferts, au moyen de l'augmentation du salaire familial par le biais d'envois de fonds que transfère le membre de la famille qui a émigré. En général, le candidat à l'émigration sera le plus apte à une insertion rapide dans le marché du travail de la société d'accueil. Il est fréquent que les familles ou communautés financent le départ d'un de ses membres, y compris en ayant recours au financement des trafiquants pour que le migrant, une fois dans son lieu de destination, et le tarif ayant été payé, fasse parvenir des envois de fonds à son pays d'origine.

Ce phénomène produit aussi des effets dans la structure de la communauté d'origine, chaque fois que l'accroissement du revenu absolu de ces familles provoque une augmentation de la nécessité relative des familles qui n'ont aucun membre qui a émigré, comme groupe de référence; ceci stimulera la migration d'un membre de ces autres familles.

Au moment d'évaluer la viabilité de la composante migratoire de la stratégie familiale de survie, ou de prendre la décision d'émigrer pour des autres causes, dans le choix du pays et de la ville de destination, et encore des services satisfaisants prêtés par un trafiquant en particulier, la concrétisation de la migration se verra conditionnée par les relations et les liens interpersonnels (de famille, amitié ou origine commune) entre le futur migrant et les autres migrants, ex-migrants et non migrants, tant dans la société d'origine que dans celle de destination. Ces réseaux de migrants, qui agissent dans les microstructures qui reproduisent le phénomène, facilitent la migration à travers les inter-échanges d'information et d'opportunités du travail. Le réseau migratoire se base sur la solidarité qui unit les membres d'un même groupe fondée à partir de liens de parenté, de provenance, d'ethnie ou de religion, et le grade de cohésion du groupe d'origine se constitue comme élément fondamental pour l'établissement du réseau et la réussite de la migration de ses membres (Simon, 1995).

Ainsi, chaque nouveau migrant ajoute au réseau un ensemble de personnes qui conservent des attaches sociales avec le lieu de destination et, c'est pourquoi, elles provoquent son expansion. Ceci entraînera une réduction des coûts et risques du déplacement, transformant la migration en une option plus accessible et sûre, y compris dans les cas de la migration irrégulière.

Une étude récente qui analyse la migration clandestine du Mexique aux États-Unis (Singer et Massey, 1998), établit un modèle théorique qui caractérise la traversée illégale de la frontière comme un processus social dans lequel le capital humain et social que le migrant possède est important, tout en définissant le premier comme les caractéristiques personnelles qui augmentent les possibilités de réussite, alors que le deuxième se compose des liens interpersonnels qui permettent à la personne d'arriver à son objectif, c'est-à-dire l'entrée clandestine. Dans un premier essai, le migrant qui compte seulement avec son capital humain aura moins de possibilités de réussite, puisqu'il ne possède pas l'information que peut lui fournir les liens sociaux (routes, horaires, comportement en cas de capture, ou références d'un "bon passeur"). Cependant, même en cas d'échec, une fois qu'il a expérimenté de près la dynamique de la traversée de la frontière, le migrant acquiert l'information nécessaire et établit des liens avec d'autres migrants, qui augmenteront ses possibilités de réussite lors de futurs essais, et qui lui permettront de reproduire le cycle avec des autres candidats à la migration.

Les politiques des pays développés importateurs de main-d'œuvre, d'autre part, construisent les liens qui unissent les pays d'émigration à ceux d'immigration, et qui créent, dans son propre pays et à l'étranger les conditions qui convertissent à l'émigration dans une option de survie pour ses populations (Sassen, 2000), pendant que les relations économiques et commerciales entre les pays ont une incidence globale sur les causes des flux migratoires (Mármora, 1999).

Dans les pays de destination, il existe des facteurs d'attraction de ces flux migratoires, comme la pénurie de main-d'œuvre pour des composants déterminés du marché du travail, en même temps qu'il existe des restrictions juridiques à l'immigration de main-d'œuvre, tant pour des raisons économiques que non économiques (par exemple, pour des raisons de préservation de l'identité nationale ou de cohésion sociale).

Cependant, les déficits de main-d'œuvre dans les marchés du travail des pays de destination ne sont pas les uniques facteurs qui contribuent à l'immigration irrégulière. Il existe d'autres situations qui provoqueront une demande soutenue de main-d'œuvre étrangère comme le refus des travailleurs locaux à effectuer des travaux déterminés, par exemple les emplois sales, dangereux ou difficiles.

L'insertion des migrants irréguliers dans les occupations les moins qualifiées répond à une nécessité structurelle des sociétés développées. Les employeurs demandent, pour les postes de travail les moins qualifiés, des travailleurs ne faisant pas de pressions sur la structure des salaires. Vu que les immigrants ne font pas de relation entre le salaire et le prestige social lié à une occupation déterminée, par leur recrutement on évite les inconvénients économiques (inflation structurelle) que pourraient provoquer les natifs qui pourraient exiger des augmentations de salaires.

Il est prévu que dans les prochaines années les pays industrialisés continuent à maintenir la demande du type d'emplois qu'occupent les migrants, vu que la globalisation accroît le

nombre d'emplois dans le segment inférieur du marché du travail, particulièrement celui des services. Cette situation pourrait être évitée si les États et les employeurs amélioraient leurs salaires et les conditions de travail de ces emplois pour les rendre plus attractifs pour les travailleurs nationaux; cependant, il n'est pas probable que ceci se fasse à grande échelle, pour ce qui est de prévoir que continue une demande soutenue de travailleurs migrants (Stalker, 2000).

Pour les migrants irréguliers, ces emplois peuvent résulter attractifs même quand les niveaux de salaires sont bas. Du fait des déséquilibres régionaux relatifs au niveau de vie, les salaires perçus comme bas dans les pays centraux, peuvent être élevés en comparaison avec les revenus perçus dans les pays en développement.

Même quand les immigrants considèrent que l'emploi à l'étranger possède un statut inférieur, ceci ne les affectera pas parce que le migrant ne se sent pas faire partie de la société d'accueil, au moins au début de la migration. Au contraire, il se considère toujours membre de la société d'origine, dans laquelle l'insertion dans le marché du travail dans un pays développé et l'envoi de fonds au pays d'origine bénéficient d'une grande reconnaissance sociale. De plus, comme le but d'une grande partie des immigrants se fonde sur l'obtention d'argent, la majeure partie d'entre eux accepte les emplois et les conditions de travail offertes (longues journées de travail, bas salaires, instabilité) comme stratégie qui leur permettra d'améliorer leurs revenus, réduire les risques de la migration et contribuer aux besoins matériels de la famille qui réside dans la société d'origine.

En ce qui concerne la perception sociale de la migration irrégulière, celle-ci sera différente dans la société d'origine que dans celle d'accueil. Le point de vue prédominant dans le pays d'origine sera que les migrants occupent les emplois que les nationaux refusent, alors que dans les pays récepteurs on pensera que les travailleurs nationaux se voient confrontés au chômage du fait de la présence des travailleurs migrants clandestins : d'un côté, on perçoit le phénomène comme une violation des droits des travailleurs, et de l'autre le problème est envisagé comme une infraction à la législation migratoire (Bustamante, 1993).

1.3. Différences conceptuelles entre le trafic et la traite des migrants

Depuis une élaboration ardue doctrinaire et juridique, il existe actuellement un large consensus selon lequel le trafic et la traite de personnes sont des concepts distincts et bien différenciés, les définitions des Protocoles de Palerme étant en général acceptées.

Cependant, des problèmes considérables ont existé pour arriver à une définition consensuelle des deux concepts, ceux-ci ayant été utilisés indistinctement durant une grande période, conjointement à de nombreux autres, tels que le trafic des étrangers (*alien smuggling*), traite des étrangers (*trafficking of aliens*), trafic illicite de migrants (*illegal immigrant smuggling*), traite d'êtres humains (*human trafficking* ou *trafficking in human beings*), commerce d'êtres humains (*trade of human beings* et *human trade*), traite de marchandise humaine (*human commodity trafficking*), traite de personnes (*trafficking in persons*) (Salt et Hogarth, 2000), ou encore trafic d'êtres humains (*human smuggling*) (Smith, 1997) ou trafic de migrants (*migrant smuggling*).

Trafic et traite: terminologie en français

En langue française, le mot trafic (de l'italien *traffico*) est défini comme tout commerce illégal et clandestin^a ou commerce plus ou moins clandestin, immoral et illicite^b. Une deuxième acception définit le trafic comme une activité mystérieuse et compliquée.

Quant à la traite, c'est une forme élémentaire de commerce. Traite des blanches est le crime consistant à entraîner ou à détourner une femme en vue de la prostitution, alors que la traite des noirs ou des nègres^b se réfère au trafic des esclaves^a ou au commerce et transport des esclaves noirs^b.

Les mots anglais *smuggling*^c et *trafficking* peuvent présenter quelques problèmes de traduction en français ce qui vaut la peine de préciser puisqu'ils pourraient accentuer les difficultés de différenciation et perception des figures pénales, dues à la confusion qui pourrait s'originer de l'association naturelle entre les mots *trafficking* et "trafic" (et *traffickers* et "trafiquants").

Déjà pendant le processus d'élaboration des Protocoles de Palerme, plusieurs délégations avaient signalé les problèmes de traduction de *trafficking* et *smuggling* dans des langues différentes de l'anglais. Dans les premiers projets de protocoles avait été utilisée la traduction « trafic » et « introduction clandestine » [de personnes ou migrants], critère qui facilitait une meilleure compréhension des phénomènes.

Nonobstant, dans la version finalement adoptée des Protocoles, on a préféré une autre option, basée sur la terminologie traditionnelle des Nations Unies:

- *Trafficking* a été traduit comme "traite" (*trata*, dans la version espagnole), et non comme "trafic".
- *Smuggling* a été traduit comme "trafic" (*tráfico*, dans la version espagnole), et non comme "introduction clandestine".

Cette traduction ne facilite pas la différenciation des infractions et contribue à la confusion puisqu'elle produit une dissociation dans les sens donnés aux mots par la législation et le sens donné par les médias et le public en général qui se réfèrent aux deux infractions comme « trafic »^d et au sujet actif comme « passeur ».

^a Petit Larousse illustré, 1989.

^b Le Petit Robert, 2000.

^c Contrebande (The Oxford Hachette Dictionary, English/French).

^d Canadian Council of Refugees.

En l'absence d'un instrument juridique international de caractère universel, et vu la variété de définitions, caractérisations pénales et perspectives de nombreuses législations nationales, ainsi que les lacunes du droit et l'application subsidiaire d'autres figures pénales pour réprimer les phénomènes, le problème excède les prétentions de purisme terminologique. En effet, le manque d'harmonisation et les lacunes et différences de traitement dans certaines législations nationales profitent aux trafiquants au moment d'établir (et modifier) les routes du trafic et de la traite avec l'objectif de minimiser les risques en cas de découverte, situation qui devrait se modifier avec l'entrée en vigueur des Protocoles de Palerme.

Dans la mesure où ne se produit aucune violation des droits humains des migrants, et sans préjudice de la responsabilité pénale des trafiquants, le trafic constituera essentiellement en une infraction à la législation migratoire, une forme de facilitation de la migration irrégulière "assistée par des tierces personnes".

En principe, l'objectif du trafiquant se limite à l'introduction clandestine du migrant dans un autre État, bien que, en général, ses services (et les tarifs) s'offriront "à la carte", selon qu'il s'agit d'une simple traversée de la frontière internationale, de la distance entre les pays d'origine et de destination, de l'hébergement sûr avant et après la traversée, ou le transport ultérieur à une ville déterminée. Cependant, nonobstant cette caractérisation initiale, les violations des droits humains des migrants sont fréquentes, incluant des tortures, des mauvais traitements, des viols, des lésions, l'abandon avant d'arriver au lieu de destination et dans des conditions dangereuses, qui peuvent déboucher en tragédies pouvant coûter la vie aux migrants objet de trafic. Dans ces cas (que le Protocole contre le trafic considère comme circonstances aggravantes), la portée de l'infraction dépasse la sphère migratoire pour passer à celle des droits humains, ou même se transforme en traite.

La traite des personnes en échange, est toujours une infraction grave – même dans ses formes les moins aberrantes –, qui se situe dans la sphère des droits humains du fait que la traite inclut nécessairement des éléments de contrainte, de violence physique ou psychique, abus ou exploitation du travail ou sexuelle. D'autre part, à la différence du trafic, pour sa commission il n'est pas requis la traversée d'une frontière internationale.

a) Causes du trafic et de la traite

Les candidats à la migration irrégulière auront recours aux mécanismes du trafic pour différentes raisons, entre elles, les énormes distances à parcourir; la difficulté ou l'impossibilité de surmonter les restrictions de la législation migratoire des pays de destination; ou les difficultés pour s'adapter à la vie du pays d'accueil, par exemple, trouver un logement et des emplois adéquats (Smith, 1997).

Le BIT (1999) résume l'augmentation des migrations clandestines, et en particulier celle du trafic et de la traite des migrants, en une combinaison de facteurs qui incluent l'existence de fortes pressions d'expulsion dans un contexte dans lequel des secteurs entiers de l'économie des pays récepteurs – surtout dans les secteurs caractérisés par une haute densité de main-d'oeuvre – se voient soumis à l'instabilité et obligés à une grande flexibilité, et le fait de ce que de nombreux pays se voient confrontés à la restructuration de ses économies et à l'augmentation des tensions sociales, parce qu'ils ferment officiellement leurs frontières à la migration et multiplient l'adoption de législations répressives.

Widgren (1994) signale cinq facteurs qui provoquent la rapide expansion des marchés du trafic et de la traite des personnes : 1) l'accroissement démographique des populations qui comptaient déjà avec des traditions d'émigration dans la dernière décennie; 2) l'apparition de nouveaux marchés régionaux qui antérieurement à la dissolution du Pacte de Varsovie et des processus de démocratisation en Afrique, Asie et Amérique latine, résultaient difficiles d'accès pour les trafiquants, entre autres raisons, pour l'existence de contrôles rigoureux de sortie et supervision des frontières; 3) la globalisation de l'économie mondiale; 4) le rapide développement des technologies et les communications; et 5) l'augmentation des activités transnationales des organisations criminelles (blanchiment d'argent, vente d'armes, trafic de drogues, transport de matériel nucléaire).

L'OIM (1999), pour sa part, identifie les causes suivantes : les migrants s'échappent de la guerre, la persécution, la violence, la pauvreté, à la recherche de meilleures opportunités ou se laissent tromper par des promesses de bons emplois et de salaires élevés, acceptant les services des trafiquants; les possibilités de migration régulière ont diminué avec

l'instauration de politiques migratoires restrictives; il y a peu de législations appropriées de lutte contre le trafic et son application est minimale; et il existe un marché pour des services de migration irrégulière.

Schloenhardt (1999), en revanche, examine le thème du point de vue des organisations criminelles. Pour les réseaux de trafiquants, le trafic et la traite constituent des affaires lucratives⁷ et en expansion du fait que : 1) il existe une demande croissante de la migration internationale, tant dans les pays d'envoi que dans ceux de réception; 2) les restrictions à l'immigration légale imposées par les pays industrialisés favorisent une demande alternative de migration irrégulière; et 3) comparés à d'autres activités criminelles, le trafic et la traite offrent de faibles risques de détection et de poursuites pénales.

b) Dynamique et mécanismes

Le trafic de migrants peut adopter différentes modalités et degrés d'organisation. Il comprend du service de guide, pour quelques centaines de mètres pour franchir une frontière, fourni par un passeur occasionnel jusqu'aux activités de grandes organisations criminelles qui trafiquent les personnes d'un bout à l'autre du monde et qui fournissent la documentation, le transport, la logistique, le logement ou l'emploi. Ces organisations se dédient tant au trafic qu'à la traite de personnes, étant donné leur caractère dynamique et bien structuré.

En tant que négoce organisé, le trafic est un système intermédiaire dans l'industrie de la migration, qui facilite (de façon illicite) le mouvement de personnes entre les pays d'origine et de destination, et dans lequel les organisations de trafiquants se comportent telles des entreprises commerciales.

Ainsi, les méthodes sont diverses, comme les trafiquants qui se comportent comme une sorte d'agences de voyages ou comme des sauveurs virtuels de réfugiés et demandeurs d'asile qui échappent à un danger réel jusqu'à des organisations qui utilisent des procédures typiques de la traite d'esclaves, et qui n'hésitent pas à mettre en danger la sécurité ou la vie des personnes objet de trafic.

Dans ce sens, Kyle y Dale (2001:32) identifient deux types opposés et extrêmes de trafic et traite des personnes : le premier, un vrai *programme d'exportation de main-d'oeuvre migrante* (le cas d'Azuay, Equateur), où il existe une vraie industrie de la migration dans laquelle une grande partie de la population est impliquée, directement ou indirectement. Le deuxième cas est caractérisé par des *opérations d'importation d'esclaves* entre Myanmar et la Thaïlande, où des femmes, des garçons et des filles sont victimes de la traite transnationale, en particulier destinés à l'industrie du sexe. Nonobstant ces caractéristiques opposées, les deux modalités peuvent résulter également nocives pour le migrant et produire de graves risques juridiques et physiques.

⁷ Bien que les bénéfices du trafic et de la traite des personnes soient d'une estimation difficile, on sait que l'infraction est rentable en relation avec le coût et le risque encouru : on estime que le bénéfice produit par huit migrants irréguliers victimes de traite équivaut à celui d'un kilogramme d'héroïne (Skeldon, 2000). On a estimé que globalement le trafic et la traite de personnes génèrent des bénéfices seulement inférieurs à ceux du trafic d'armes et de stupéfiants. L'estimation réalisée par Widgren (1994) est la plus fréquemment acceptée et citée (Gunatilleke, 1994, Ghosh, 1997, Smith, 1997), et se chiffre entre 5 et 7 milliards de dollars. Plus récemment, les estimations ont été actualisées : 8 milliards de dollars (Mármora, 1997), 10 milliards de dollars (Schloenhardt, 1999), ou entre 10 et 15 milliards de dollars (Widgren, 2000).

Selon l'importance et le degré d'organisation, les trafiquants peuvent être classifiés en trois groupes (OIM, 1994) :

- 1) *Trafiquants occasionnels.* Il s'agit d'individus qui fournissent aux migrants un simple service, par exemple, le transport pour traverser la frontière. Ils sont des petits opérateurs qui normalement résident dans les zones de frontière, qui souvent utilisent leurs bateaux, taxis ou camionnettes pour le transport d'une personne ou des petits groupes. Nonobstant son caractère amateur, ils peuvent prêter des services pour des organisations transnationales, mais en général, c'est un trafic spontané ou ponctuel qui répond à une demande spéciale.
- 2) *Petits groupes criminels.* Dans cette catégorie, on trouve de petits groupes organisés de trafiquants qui sont des spécialistes du trafic d'un pays donné vers un autre, avec des itinéraires fixes et inchangés, et qui comptent avec une logistique plus importante que les trafiquants occasionnels. Ils agissent sur une base plus ou moins permanente, mais son organisation est moins professionnelle et complexe que celle des réseaux internationaux du trafic.
- 3) *Organisations criminelles transnationales.* Il s'agit des grands réseaux criminels qui s'occupent de la totalité du processus du trafic ou de la traite : transport, provision de documentation frauduleuse ou volée, permis de travail et lettres d'invitation pour le pays de destination, logement dans les pays de transit ou de destination, introduction clandestine, et dans les cas de traite, postérieurement exploitation du travail ou sexuelle. Ces organisations criminelles possèdent des bases logistiques dans les pays d'origine, de transit et de destination et des équipements hautement sophistiqués. Leur connexion avec des organisations de trafic d'armes, de véhicules, de drogues ou de matériels nucléaires, qui parfois se réalise en même temps que le trafic de migrants, est fréquente.

Cette typologie n'est pas rigide puisqu'il existe des pratiques de coopération et souscontraction de certaines activités dans des régions contrôlées par des autres groupes, ou dans le cas de la traite, la cession ou la vente pure et simple des victimes.

La dynamique de la traite de personnes, par contre, est beaucoup plus complexe puisqu'elle a lieu à plusieurs stades bien différenciés.

Le modèle d'organisations fonctionne en trois étapes : le recrutement des migrants dans leur pays d'origine ; le transport et les services connexes nécessaires pour le transit ; et l'insertion et l'intégration dans les pays de destination. Chaque phase est caractérisée pour les différentes fonctions des trafiquants et les différents degrés de centralisation.

Dans une première étape, la phase de recrutement, la victime est contactée en utilisant différentes tactiques : des petites annonces dans les journaux locaux, ou sur Internet, qui offrent des emplois dans le monde développé, promesses de mariage avec des étrangers, ou même offres ouvertes pour exercer la prostitution. Il peut aussi s'agir d'une première approche personnelle, normalement par des connaissances des victimes (qui peuvent être des agents de recrutement ou des victimes de la traite qui sont de retour et qui identifient de futures victimes comme paiement de sa dette vers les trafiquants), ou même en se servant de négociations avec les parents ou familiaux, à qui, moyennement la tromperie, leur est proposée

une vie meilleure pour ses enfants, des études à l'étranger ou un travail dans des maisons de famille, dans le service domestique ou dans la restauration.

Il est aussi courant que ce soit la victime même qui contacte les trafiquants, soit parce qu'elle ne connaît pas la vraie nature de la traite ou parce que, bien qu'elle la connaisse, elle sous-estime ses conséquences. Dans ces hypothèses, même si la victime de la traite a d'abord prêté son consentement, pour que celui-ci soit valable, il devra être plein et invariable.

Enfin, le recrutement peut aussi être réalisé moyennant l'usage de la force physique, l'enlèvement, les menaces ou d'autres formes de contrainte.

La deuxième étape est le transport, le transfert et l'accueil dans les pays de transit, et ultérieurement, dans ceux de destination, sans préjudice de ce que l'exploitation (sexuelle ou du travail) et les formes de contrainte peuvent se manifester déjà pendant le transit. Les moyens de transport et les routes de la traite de personnes ont des modalités différentes et changeantes, qui montrent la nature dynamique et la logistique perfectionnée qu'utilisent les organisations criminelles, qui s'adaptent tout le temps aux variations des intensités des contrôles aux frontières, la rigueur de la législation pénale des États d'origine, de transit et de destination, ou les possibilités de corruption des fonctionnaires de pays concernés, entre autres facteurs.

Si la traite a un caractère international, les victimes peuvent entrer au territoire de l'État de destination (ou de transit) soit clandestinement, soit en forme légale ou apparemment légale, en utilisant des documents de voyage, vrais ou faux. Dans certains cas, les victimes utiliseront leurs propres documents de voyage et des vrais visas (en général, des visas d'artistes), mais postérieurement elles se verront obligées à travailler dans l'industrie du sexe (OIM, 1999). Il est aussi possible que la traite se réalise dans les frontières d'un même pays, en général dans des zones isolées ou reculées.

Dans la troisième étape, déjà au lieu de destination, il se concrétise l'exploitation des victimes. L'exploitation, en général à long terme, comprend, entre autres, 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. Les formes les plus courantes de contrainte contre les femmes victimes de traite sont la violence ou la menace de la violence.

Le viol ou d'autres formes de violence ou contrainte sexuelle sont utilisés pour briser les personnes (physiquement, mentalement et émotionnellement) et les obliger à se soumettre à des travaux forcés ou à des pratiques analogues à l'esclavage. Le viol ou d'autres formes de violence sexuelle sont des armes qui s'utilisent contre les travailleuses migrantes, indépendamment du type de travail à réaliser, mais elles sont utilisées avec plus de persistance contre les femmes victimes de traite pour les conditionner aux travaux forcés dans l'industrie du sexe.

Enfermées dans des ateliers clandestins, des usines, bateaux de pêche ou des bordels, les victimes sont souvent privées de leur liberté par des agents officiels ou non officiels. Les victimes sont empêchées de circuler, leurs passeports et documents de voyage sont confisqués, elles sont menacées d'arrêt et de déportation, ou de rétorsions contre leurs familles, ou de révélation sur le vrai caractère de leur travail à leurs familles et leurs communautés, ainsi que moyennant la violence physique et l'usage des gardes. D'ailleurs, même si les victimes

pouvaient bénéficier des sauvegardes prévues par la législation de nombreux États, les victimes seront réticentes à dénoncer les trafiquants, non seulement par peur des représailles mais aussi pour éviter leur déportation, et perdre ainsi l'investissement initial fait pour voyager à l'étranger. Elles perdent aussi les moyens pour gagner leur vie et pour envoyer des fonds aux pays d'origine (OIM, 1999).

2. Les Protocoles de Palerme

2.1. Introduction

A partir des années 80, le sujet des migrations clandestines commence à être inclus dans l'ordre du jour "négatif" des pays dans les forums régionaux et internationaux, avec le trafic illicite de stupéfiants, d'armes, le blanchiment d'argent et le terrorisme international. Ces infractions se caractérisent, du point de vue du sujet actif, par leur caractère organisé et transnational, et ainsi, il n'est pas surprenant que la réponse de la communauté internationale pour prévenir et combattre le trafic et la traite de personnes fasse partie du même cadre juridique.

Le résultat a été que la normative internationale destinée à la gestion des migrations internationales, dans son aspect de lutte contre le trafic et la traite de migrants a été élaborée d'une perspective du droit pénal, et non sociale, économique, du travail ou démographique. La traite de migrants, qui comprend un élément d'exploitation, a été incluse dans le sujet plus large de la traite de personnes en général, et des femmes et des enfants, en particulier. Le trafic illicite de migrants, par contre, est abordé dans un instrument séparé.

La Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée, et les Protocoles additionnels visant à prévenir, réprimer et punir la traite des personnes, en particulier des femmes et des enfants, et contre le trafic illicite de migrants par terre, air et mer, ont été ouverts à la signature des États et des organisations régionales d'intégration économique dans une réunion de haut niveau célébrée à Palerme (Italie), en décembre 2000. La réunion de Palerme a compté avec un affluence massive : à la fin de la réunion, la Convention avait été signée par 124 États, le Protocole contre la traite par 81 États et le Protocole contre le trafic par 78 États. En septembre 2002, les États signataires étaient au nombre de 142, 109 et 105, et les ratifications 24, 18 et 17, respectivement.

Les différences dans le nombre des États signataires de chaque instrument s'expliquent puisque les États ou les organisations régionales d'intégration économique peuvent être partie à la Convention et non à un ou plusieurs protocoles, vu le caractère complémentaire de ceux-ci. Dans le même sens, pour devenir partie à un protocole, un État ou une organisation régionale d'intégration économique doit être également partie à la Convention (art. 37 de la Convention).

Pour l'entrée en vigueur de la Convention, il faut 40 ratifications, acceptations, approbations ou adhésions (art. 38 de la Convention). Pour l'entrée en vigueur des Protocoles, il faut la même quantité de ratifications, mais du fait de leur nature complémentaire, ils ne peuvent pas entrer en vigueur avant que la Convention n'entre elle-même en vigueur (art. 17, Protocole contre la traite; art. 22, Protocole contre le trafic).

Le principal objet de la Convention est de promouvoir la coopération afin de prévenir et de combattre plus efficacement la criminalité transnationale organisée (art. 1). La Convention et ses Protocoles établissent des normes minimales destinées à servir de cadre pour les États parties dans l'élaboration d'une législation nationale cohérente avec les besoins nationaux et les accords bilatéraux ou multilatéraux auxquels chaque État participe.

2.2. Le Protocole contre le trafic de migrants

Le Protocole n'est pas un instrument des droits de l'homme et ne s'applique qu'aux activités illicites de caractère transnational⁸ commises par un groupe criminel organisé⁹. En fait, cet instrument est la réponse des États à un aspect de la problématique des migrations. Nonobstant, même si l'objet principal d'un instrument n'est pas la protection des droits humains, la Cour Interaméricaine des Droits de l'Homme a interprété qu'un traité peut se référer à la protection des droits humains, avec indépendance de son objet principal¹⁰.

L'article 3, a), établit que, aux effets du Protocole:

« Le trafic illicite de migrants désigne le fait d'assurer, afin d'en tirer, directement ou indirectement, un avantage financier ou un autre avantage matériel, l'entrée illégale dans un État Partie d'une personne qui n'est ni un ressortissant ni un résident permanent de cet État. »

En outre, l'article 3, b) définit l'entrée illégale comme "le franchissement de frontières alors que les conditions nécessaires à l'entrée légale dans l'État d'accueil ne sont pas satisfaites." La définition comprend le franchissement de frontières tout en évitant les contrôles des autorités, et les entrées en apparence légale, mais qui en vérité comportent l'utilisation de la documentation frauduleuse, volée ou adultérée (Groupe de Budapest, 1999).

a) Composantes de l'infraction

Dans toute infraction, il existe un sujet qui la réalise, c'est-à-dire le sujet actif, mais aussi un autre, le sujet passif, qui est le titulaire du bien juridique protégé attaqué par l'infraction. Nonobstant, dans les infractions d'action publique en général, l'intérêt de l'État peut coïncider avec celui de l'individu; dans ces cas, la titularité des intérêts pénalement protégés correspond toujours en premier lieu à l'État. C'est l'État qui protège le droit à la vie, à la liberté, indépendamment du fait que les personnes concernées désirent se voir libres ou ne s'intéressent pas à la protection de l'État (Rodríguez Devesa, 1973).

⁸ L'article 3 de la Convention établit que les infractions doivent être de caractère transnational. Pour que l'infraction soit considérée transnationale, elle doit compter avec un ou plusieurs des éléments suivants : i) elle est commise dans plus d'un État ; ii) elle est commise dans un État mais une partie substantielle de sa préparation, de sa planification, de sa conduite ou de son contrôle, a eu lieu dans un autre État ; iii) elle est commise dans un État mais implique un groupe criminel organisé qui se livre à des activités criminelles dans plus d'un État, ou iv) elle est commise dans un État mais a des effets substantiels dans un autre État.

⁹ L'article 2 de la Convention définit un groupe criminel organisé en considérant les éléments suivants: 1) un groupe structuré de trois personnes ou plus 2) existant depuis un certain temps et 3) agissant de concert 4) dans le but de commettre une ou plusieurs infractions graves ou infractions établies conformément à la Convention 5) pour en tirer, directement ou indirectement, un avantage financier ou un autre avantage matériel.

¹⁰ Avis consultatif OC-1/82 de la Cour Interaméricaine des Droits de l'Homme, 24 septembre 1982: "*Otros tratados*" Objeto de la función consultiva de la Corte, demandé par Peru. OEA, Série A, Fallos y Opiniones, N° 1.

L'objet matériel de l'infraction, d'autre part, est la personne ou la chose sur laquelle retombe l'acte de l'infraction. L'objet matériel d'une infraction peut se donner uniquement dans les infractions de résultat, comme celles du trafic et de la traite.

Dans l'infraction de trafic, le sujet actif est le trafiquant, c'est-à-dire, un groupe criminel organisé, conformément au Protocole. Il est possible qu'il existe une pluralité des sujets actifs, c'est-à-dire, la participation de plus d'un groupe criminel organisé, vu la pratique existante entre les trafiquants de "sous-contracter" l'un des trajets qui composent la route du trafic se trouvant sous l'influence d'autres groupes criminels.

Le trafic est une infraction contre la souveraineté de l'État et, le sujet passif étant l'État – et non le migrant – le bien juridique protégé est la souveraineté de l'État concerné. Cependant, quand apparaissent des circonstances aggravantes comme celles prévues à l'article 6 du Protocole, le migrant sera aussi le sujet passif des infractions qui sont commises contre sa personne. Dans tous les cas, le migrant est l'objet matériel de l'infraction.

Enfin, le fait que le migrant objet du trafic ait donné son consentement est juridiquement indifférent conformément au Protocole et ne le convertit pas en coparticipant.

b) Champ d'application spatial

A la différence de la traite des personnes, qui peut être de caractère tant international (deux ou plusieurs États) que national (c'est-à-dire, à l'intérieur des frontières d'un seul État), par définition, le trafic des personnes a toujours un caractère international.

L'infraction de trafic, ainsi que la traite des personnes, est une infraction de transit et, c'est pourquoi, il est important de déterminer la juridiction des États compétents.

En application de la théorie de l'ubiquité, l'infraction est commise dans tous les endroits dans lesquels l'un des éléments composants de l'action a été réalisé. Nonobstant, l'article 15 de la Convention établit que les États Parties adopteront les moyens nécessaires pour établir sa compétence à l'égard des infractions de trafic et de traite lorsque l'infraction est commise sur son territoire; ou lorsque l'infraction est commise à bord d'un navire qui bat son pavillon ou à bord d'un aéronef immatriculé conformément à son droit interne au moment où ladite infraction est commise. De même, un État Partie peut établir sa compétence à l'égard de l'une quelconque de ces infractions dans les cas suivants : lorsque l'infraction est commise à l'encontre d'un de ses ressortissants; lorsque l'infraction est commise par un de ses ressortissants ou par une personne apatride résidant habituellement sur son territoire; ou lorsque la participation dans un groupe criminel organisé est commise hors de son territoire en vue de la commission, sur son territoire, d'une infraction grave, et ceci sans préjudice de l'exercice de toute compétence pénale établie par un État Partie conformément à son droit interne.

c) Infractions connexes

Le Protocole prévoit, en plus du trafic illicite des migrants, deux autres infractions en relation avec celui-ci, qui ont trait à la documentation frauduleuse et à la résidence illégale. Ainsi, dans l'article 6, il est prévu que les États Parties adoptent les moyens législatifs pertinents pour conférer le caractère d'infraction pénale à :

- la procuration, fourniture ou possession¹¹ d'un document de voyage ou d'identité de fabrication frauduleuse quand ces actes sont commis intentionnellement dans le but de faciliter le trafic illicite de migrants et pour en tirer un profit. On entend par document de voyage ou d'identité frauduleux, tout document de voyage ou d'identité : qui a été contrefait¹² ou modifié de manière substantielle par quiconque autre qu'une personne ou une autorité légalement habilitée à établir ou à délivrer le document de voyage ou d'identité au nom d'un État; ou qui a été délivré ou obtenu de manière irrégulière moyennant fausse déclaration, corruption ou contrainte, ou de toute autre manière illégale; ou qui est utilisé par une personne autre que le titulaire légitime (art. 3, c));
- l'habilitation d'une personne qui n'est pas ressortissante ni résidente permanente pour demeurer dans l'État concerné sans avoir accompli les formalités pour résider dans cet État, en ayant recours à des documents de voyage ou d'identité frauduleux ou par quelque autre moyen illégal¹³.

d) Autres éléments de l'infraction pénale

D'autre part, l'article 6 ajoute à la caractérisation de l'infraction pénale deux éléments. En premier lieu, il stipule que ces infractions doivent être commises intentionnellement. L'intentionnalité (ou l'élément volitif) est l'un des deux éléments composant le dol (l'autre est l'élément cognitif). De cette façon, dans cette formule est exclue toute forme coupable d'infraction (imprudence, impéritie, négligence ou inobservation des règlements), d'autre part incompatible avec le cadre juridique de la Convention, ceci est la lutte contre la délinquance organisée transnationale.

En second lieu, les infractions doivent s'adresser à obtenir, directement ou indirectement, un bénéfice économique ou autre bénéfice d'ordre matériel, c'est-à-dire l'élément du profit. De cette façon, les organisations humanitaires ne seront pas pénalisées puisqu'elles ne poursuivent pas un profit, si elles se limitent à prêter assistance aux personnes qui fuient la persécution et la violence, ni les personnes qui agissent en raison de liens familiaux ou d'attaches amicales avec le migrant. En effet, la référence à un bénéfice financier dans le Protocole fut faite pour souligner que la notion définie englobait les activités des groupes criminels organisés qui sont motivés par le profit, mais qui restait exclue des activités de tous ceux qui prêtent leur appui aux migrants pour des raisons humanitaires ou d'étroits liens familiaux. Il est signalé de même que le Protocole ne prétendait pas pénaliser les activités des membres de la famille ou des organisations non gouvernementales ou groupes religieux de soutien.

¹¹ La possession d'un document frauduleux sera seulement criminelle si elle l'a été au service du trafic de migrants. Par contre, cette disposition ne s'applique pas au migrant qui possède un document frauduleux destiné à son propre passage de la frontière (Travaux préparatoires, paragraphe 93).

¹² Le Protocole se réfère non seulement à la fabrication de documents frauduleux, mais aussi à l'altération de documents légitimes et à la pratique de remplir les espaces en blanc des documents volés. Ils comprennent tant les documents falsifiés que les authentiques s'ils sont utilisés par une personne qui n'est pas le titulaire légitime (Travaux préparatoires, paragraphe 90).

¹³ L'établissement par les trafiquants de structures légales, comme des écoles de langues ou des institutions d'enseignement est fréquent, en vue de faciliter l'obtention de vrais visas de tourisme, d'affaires ou pour les étudiants, dans la propre documentation des migrants, qui entrent légalement dans le pays de destination, mais restent irrégulièrement à l'expiration des visas (Groupe de Budapest, 1999). Stalker (2000) cite le cas d'un petit restaurant chinois à Prague qui avait envoyé des contrats de travail pour quelque 800 personnes.

e) Circonstances aggravantes

L'article 6 prévoit que les États Parties adoptent les mesures législatives nécessaires pour considérer comme aggravantes des infractions établies par le Protocole, toute circonstance qui met en danger ou risque de mettre en danger la vie ou la sécurité des migrants concernés, ou qui donne lieu à un traitement inhumain ou dégradant de ces migrants, en particulier dans le but de l'exploitation.

Les circonstances aggravantes sont des éléments additionnels dont la concurrence donne lieu à une infraction pénale qualifiée (Quintero Olivares, 2000). Ainsi, la mention à certains droits humains fondamentaux des migrants, dont la violation constitue des circonstances aggravantes, est le reflet de la préoccupation exprimée dans le préambule concernant la vie et la sécurité des migrants, et exprime la reconnaissance de la communauté internationale (et le travail des organisations humanitaires) aux conditions d'extrême danger et de traitement inhumain, cruel ou dégradant, dans lequel très souvent se réalise le trafic des migrants, et à ses conséquences aux fréquences tragiques.

L'existence d'une infraction de trafic aggravé, d'une part, et l'infraction de traite des personnes, d'autre part, ne pourra sinon augmenter l'efficacité de l'application des Protocoles, chaque fois que dans l'hypothèse où la preuve de tous les extrêmes nécessaires pour que l'infraction de traite soit configurée soit insuffisante, dans de nombreux cas, il résultera d'application subsidiaire l'infraction de trafic aggravé. Cependant, le fait de ce que le migrant en situation de trafic reste objet de trafic, quand les circonstances aggravantes prévues à l'article 6 sont vérifiées, ou s'il se convertit en victime de traite, aura des effets juridiques distincts eu égard à la protection et l'assistance dont bénéficient les victimes de la traite.

2.3 Le Protocole sur la traite des personnes

Dans le préambule du Protocole, les États Parties déclarent que pour prévenir et combattre efficacement la traite des personnes, spécialement des femmes et des enfants, il est nécessaire une approche globale et internationale dans les pays d'origine, de transit et de destination, incluant des mesures pour prévenir ladite traite, sanctionner les trafiquants et protéger les victimes de cette traite avec attention à ses droits humains internationalement reconnus. Ils manifestent aussi leur préoccupation pour la protection insuffisante qui touchent les personnes vulnérables à la traite due à la faute d'un instrument de cette nature. Dans le même sens, il est signalé aussi dans le préambule le fait que, en dépit de la variété des instruments juridiques internationaux qui contiennent des normes pour combattre l'exploitation sexuelle des femmes et des enfants, il n'existe pas d'instrument universel qui aborde tous les aspects de la traite des personnes.

Le Protocole a trois finalités (art. 2): la première est la prévention et la lutte contre la traite des personnes, spécialement des femmes et des enfants; la seconde est la protection et l'assistance aux victimes, en respectant pleinement leurs droits humains, et la troisième est la promotion de la coopération internationale pour le succès de ces fins.

L'article 3, a) du Protocole, établit la définition suivante de la traite:

Le recrutement, le transport, le transfert, l'hébergement ou l'accueil de personnes, par la menace de recours ou le recours à la force ou à d'autres formes de contrainte, par enlèvement, fraude, tromperie, abus d'autorité ou d'une situation de vulnérabilité, ou par l'offre ou l'acceptation de paiements ou d'avantages pour obtenir le consentement d'une personne ayant autorité sur une autre aux fins d'exploitation. 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.

La définition est composée des trois éléments suivants qui constituent l'infraction pénale : a) l'acte; b) l'utilisation de moyens coercitifs pour le commettre; et c) les fins d'exploitation.

a) L'acte

La traite des personnes est un mécanisme complexe qui se compose de multiples actes, qui se développent en milieux spatiaux distincts.

La définition inclut toutes les actes qui composent le processus de la traite des personnes, depuis les actes dans les pays et régions d'origine (le recrutement), à ceux de transit (transport et transfert) et de voyage (hébergement ou accueil).

Chacune des actes établis dans le Protocole constitue l'infraction de traite des personnes, indépendamment de l'état qui a atteint le processus de la traite dans son ensemble. Il suffit qu'il y ait commission de quelconque d'entre eux pour que l'infraction se tienne pour commise, s'il y a eu de la contrainte et existent les fins d'exploitation.

La traite est une infraction de résultat anticipé, dont la consommation se produit avec le recrutement, le transport, le transfert, l'hébergement ou l'accueil de personnes, indifféremment de ce qui se produit après : il suffit qu'au moment de la consommation, le sujet actif ait eu à l'esprit l'objectif d'adresser la victime à l'exploitation (Soler, 1978).

i) Composantes de l'infraction

Comme pour l'infraction de trafic, dans l'infraction de traite le sujet actif est un groupe criminel organisé. Il est également possible qu'il existe une pluralité des sujets actifs. Au contraire, il existe une identité entre le sujet passif et l'objet matériel de l'infraction, c'est-à-dire la victime de la traite. L'acte de l'infraction retombe sur la personne objet de la traite, qui cette fois est le sujet passif, titulaire du bien juridique protégé, bien que ces figures présentent des différences conceptuelles, comme on l'a signalé antérieurement.

Dans le tableau ci-après, on signale les différences dans les composantes de l'infraction entre le trafic et la traite.

Trafic et traite des personnes : Différences dans les composantes de l'infraction

Composante	Protocole contre le trafic	Protocole sur la traite
Sujet actif	Groupe criminel organisé	
Sujet passif	État et/ou personne (trafic aggravé)	Personne
Objet de l'infraction	Personne	
Bien juridique protégé	Infraction contre l'État : Souveraineté de l'État	Infraction contre les personnes: a) Vie b) Liberté générale, liberté sexuelle c) Dignité et intégrité physique
Classe de réalisation du type	Infraction de résultat ¹	
Moment de la consommation ²	La consommation se produit quand l'acte donne lieu au résultat prévu, c'est-à-dire, le migrant entre irrégulièrement dans un autre État	Le résultat se produit quand on lèse le bien juridique protégé. Cependant, l'état consumatif se prolonge dans le temps tant que dure la situation d'offense du bien juridique
Calcul du délai de prescription	Infraction instantanée : Moment dans lequel le trafic est consommé	Infraction permanente ³ : Une fois consommée, la traite subsiste tant que persiste l'élément d'exploitation
Champ spatial	International	National ou international
Juridiction	État où s'initie l'exécution de l'infraction ou où s'obtiennent les résultats intermédiaires ou finals. État de la nationalité du sujet actif ou passif	État (ou province) où s'initie l'exécution de l'infraction ou où s'obtiennent les résultats intermédiaires ou finals. État de la nationalité du sujet actif ou passif
<p>1 Les infractions de résultat sont celles qui, de la nature des biens juridiques protégés, peuvent les détruire, les détériorer ou les mettre en danger.</p> <p>2 Si l'infraction ne se consomme pas, le calcul prendra compte du moment où termine l'acte du sujet actif, où l'on obtient le dernier des résultats intermédiaires.</p> <p>3 Les infractions permanentes sont celles où, à cause de l'activité du sujet, il existe un état anti-juridique dont la cessation dépend de sa volonté.</p>		

La traite est une infraction contre les personnes. Le bien juridique protégé variera selon les cas, mais en général ce sera : a) la vie (art. 6 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques (PIDCP), art. 4 de la Convention américaine des droits de l'homme (CADH) et art. 2 de la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH)); b) la liberté, implicite dans la prohibition de l'esclavage et de la servitude¹⁴, y compris la liberté sexuelle (art. 8

¹⁴ Ainsi, par définition, les victimes d'esclavage, de servitude ou de travail forcé se verront privées du droit à la liberté de circulation et à choisir librement leur résidence (art. 12, PIDCP), ou dans les cas les plus graves, il existera une privation d'identité, obligation de parler dans une autre langue, de changer de religion,

PIDCP; art. 6 CADH et art. 4 CEDH); et c) la dignité et l'intégrité physique, inhérente au droit à ne pas souffrir de tortures ni de traitements inhumains ou dégradants (art. 7 PIDCP; art. 5 CADH et art. 3 CEDH).

ii) Champ d'application spatial

Le Protocole n'a pas de disposition en ce qui concerne le champ spatial d'application; par conséquent, l'infraction de traite des personnes pourrait être tant de caractère international (deux ou plusieurs États), que national (c'est-à-dire, entre les frontières d'un seul État). En effet, même si le passage par des frontières géographiques ou politiques peut être parfois un aspect de la traite des personnes, cela peut se faire soit à travers des frontières nationales soit à l'intérieur d'entre elles (Coomaraswamy, 2000).

b) Les moyens de contrainte

Le Protocole établit que, pour que les actes mentionnés dans la première partie de la définition constituent la traite de personnes, on doit avoir eu recours à un moyen de contrainte, physique ou psychique, qui conditionne, détermine ou vicie la volonté de la personne victime de traite, si elle avait donné son consentement, ou qu'on la force à la traite, en faisant omission de son opposition.

Les moyens de contrainte énumérés dans le Protocole sont : la menace de recours ou le recours à la force ou à d'autres formes de contrainte, l'enlèvement, la fraude, la tromperie, l'abus d'autorité ou d'une situation de vulnérabilité, ou l'offre ou l'acceptation de paiements ou d'avantages pour obtenir le consentement d'une personne qui a autorité sur une autre.

Comme on l'a signalé précédemment, la violence ou les menaces sont parfois les formes les plus communes de contrainte contre les femmes victimes de traite. Le viol ou autres formes de violence sexuelle sont des pratiques courantes pour forcer la volonté des victimes et les soumettre au travail forcé ou à des pratiques analogues à l'esclavage, indépendamment de la forme de travail qu'elles doivent faire. Souvent les victimes sont privées de leur liberté arbitrairement ou par la force par des agents officiels ou non. On empêche leur circulation, leurs passeports ou documents de voyage sont confisqués, elles souffrent de menaces de détention ou de déportation, ou de représailles contre les personnes de la famille, ou de révéler le caractère de leur travail à la famille et la communauté.

La majeure partie de ces actes illicites constitue une violation des droits humains des migrants dans sa forme de traitements inhumains ou dégradants.

c) Les fins d'exploitation

En accord avec le Protocole, l'objectif de l'acte doit être l'exploitation de la personne victime de la traite.

Le Protocole établit que l'exploitation inclura, au minimum, l'exploitation de la prostitution d'autrui ou d'autres formes d'exploitation sexuelle, les travaux ou services forcés, l'esclavage ou les pratiques analogues à l'esclavage, la servitude ou le prélèvement d'organes.

empêchement de contracter un mariage ou de fonder une famille, ou interdiction de posséder ou d'hériter des biens immobiliers.

Cette énumération n'est pas restrictive et indique quelques-unes des formes d'exploitation les plus fréquentes actuellement, laissant ouverte la possibilité que soient considérées comme exploitation de nouvelles pratiques illicites qui pourraient s'exercer dans le futur. Ce thème est analysé plus loin.

2.4. Tentative et participation criminelle

Les deux Protocoles prévoient de la même manière l'incrimination de la tentative et de la participation comme complice dans la commission des deux infractions.

a) La tentative

Les Protocoles stipulent que les infractions énoncées peuvent être commises sous forme de tentative. Dans le *iter criminis*, processus qui va depuis qu'une ou plusieurs personnes prennent la décision de commettre une infraction jusqu'à sa consommation, la tentative est une forme imparfaite d'exécution de l'infraction qui se manifeste quand une infraction déterminée commence à s'exécuter mais n'est pas consommée pour des circonstances indépendantes de la volonté de l'auteur. Dans une forme plus large, il y a tentative quand le sujet donne principe à l'exécution de l'infraction directement pour des faits extérieurs, accomplissant tout ou partie des actes qui objectivement devraient produire le résultat, et cependant ne se produit pas pour des causes indépendantes de la volonté de l'auteur. De cette forme, on peut faire la différence entre une tentative achevée (quand l'auteur a commis tous les actes) ou inachevée (quand il en a commis seulement une partie). Les infractions de résultat, comme celles prévues dans le Protocole, admettent tant la tentative achevée que la tentative simple ou inachevée, mais elles auront des effets juridiques distincts, tant quant à la graduation de la peine que dans les cas d'évitement volontaire du résultat de la part de l'auteur: dans le cas de la tentative incomplète on pourra considérer qu'il existe un désistement volontaire alors que pour la tentative complète, il sera question d'un repentir.

Enfin, il convient de distinguer entre la tentative achevée et l'infraction manquée, élaboration doctrinaire de politique criminelle qui coïncide avec la description de la tentative achevée, c'est-à-dire, l'infraction ne se consomme pas, en dépit du fait que l'auteur a exécuté tous les actes qui devraient objectivement produire le résultat, par des circonstances indépendantes de sa volonté. Il existe entre les deux concepts une relation de subsidiarité tacite, c'est-à-dire quand *tous* les actes ayant été commis on ne peut pas revenir à la tentative, excepté dans le cas dans lequel un repentir actif et efficace est possible. Dans le cas contraire, les dispositions sur l'infraction manquée resteraient applicables.

A ce point, il est nécessaire de faire la distinction entre le commencement de l'exécution d'une infraction et les actes préparatoires, qui sont les premiers "actes externes" réalisés en vue de la commission d'une infraction. Dans le premier cas, il peut exister une tentative (si les suppositions énoncées dans le paragraphe précédent sont vérifiées), en dépit que les actes préparatoires sont impunis quand la loi ne les condamne pas expressément (Rodríguez Devesa, 1973). Les actes préparatoires seront passibles de sanctions, en échange, dans un système de punition général des actes préparatoires, système qui signifie le grade le plus élevé de répression dans le traitement pénal des différentes étapes du comportement délictueux (Quintero Olivares, 2000). A cet égard, dans les travaux préparatoires on indique que dans certains pays la tentative comprend non seulement les actes perpétrés en préparation de

l'infraction mais aussi ceux qui donnent lieu à une tentative manquée d'infraction, dans la mesure où ces actes sont punissables en accord au droit interne.

b) La participation criminelle

Les Protocoles mentionnent seulement expressément la participation en tant que complicité. La complicité peut être définie comme toute contribution ou aide, antérieure ou simultanée, qui a été utile pour l'exécution du plan de l'auteur (Quintero Olivares, 2000). Cependant, une partie de la doctrine considère que les actes qui caractérisent la complicité ne sont pas des actes nécessaires. C'est un *auxilium ante* ou *in delictum* dont l'omission n'aurait pas empêché que l'infraction soit commise dans les mêmes termes (Rodríguez Devesa, 1973). Comme toute forme de participation criminelle, la complicité s'appuie sur le principe d'accessorité pénale, qui désigne la dépendance que la conduite tient respect de la conduite de l'auteur de l'infraction, sans préjudice de ce que pour que la participation soit punissable il faut que l'auteur ait agi antijuridiquement, c'est-à-dire que l'éventuelle concurrence d'une cause de l'exclusion de la culpabilité n'affecte pas la punition des sujets dans laquelle ladite cause ne concourt pas.

Même si les Protocoles ne se réfèrent pas de forme explicite à d'autres formes de participation criminelle distinctes de la complicité, comme l'activité comme coauteur, l'instigation ou l'induction, la proposition, la provocation, l'apologie, l'aide ou la coopération, nécessaires ou non nécessaires, ou le recel (dans certains systèmes), ces formes de participation seront punissables de toutes les manières en application de la théorie de la participation criminelle qui répond aux différents systèmes juridiques nationaux. D'autre part, il est stipulé que rien de ce qui est prévu dans les Protocoles empêchera qu'un État Partie adopte des mesures contre toute personne dont la conduite constitue une infraction en accord avec son droit interne.

i) Responsabilité pénale des migrants objet de trafic

Il avait été signalé l'importance de différencier le fait délictueux commis par le trafiquant, de la contravention réalisée par l'immigrant irrégulier, puisque quand la poursuite attaque de forme égale l'un ou l'autre, il résulterait possible que les moyens disponibles pour le contrôle soient insuffisants, et que cette poursuite contre le migrant finisse par affaiblir la lutte contre la criminalité organisée (Mármora, 1997).

Dans ce sens, l'article 5 du Protocole stipule que les migrants ne seront pas passibles de poursuites pénales du fait d'avoir été l'objet de quelque infraction en rapport avec le trafic ou avec la documentation mentionnées dans ledit instrument. En effet, le propos du Protocole n'est pas d'incriminer la migration clandestine sinon le trafic illicite et ses infractions connexes, et ainsi, le sujet actif de l'infraction est le trafiquant et non le migrant objet du trafic.

Ainsi, vu que l'acte pénale est la *facilitation* de l'entrée illégale d'une personne, en vertu du principe de légalité (*nullum crimen sine lege*), l'entrée illégale¹⁵ d'une personne à un État dont le migrant n'est pas ressortissant ni résident permanent ne constitue pas une

¹⁵ On entend entrée illégale dans le sens large, c'est-à-dire, la traversée des frontières en évitant le contrôle des autorités compétentes, et la traversée des frontières, en apparence légale, mais en utilisant de la documentation frauduleuse (selon les termes de l'article 3 du Protocole).

infraction en accord avec le Protocole. En conséquence, la portée de l'extension de la responsabilité pénale de l'article 5 ne se dirige pas à l'entrée clandestine proprement dite parce que, comme c'est signalé, cela ne constitue pas une infraction, sinon aux infractions en relation avec la documentation.

Cependant, cette norme n'est pas superflue en ce qui concerne l'entrée clandestine. D'une part, pour la première fois, il est fait référence explicite de cette nature dans un instrument universel international ayant un caractère obligatoire pour les États. D'autre part, même si pour le Protocole la propre migration clandestine ne constitue pas une infraction, la législation nationale de nombreux pays prévoit des pénalités pour ladite conduite. De cette manière, les États de transit ou de destination concernés qui ratifient la Convention et le Protocole devront adapter leur droit interne et libérer de la responsabilité pénale le migrant objet de trafic.

Les sanctions contre les travailleurs migrants en situation irrégulière sont très étendues tant dans les pays d'origine que dans ceux de destination. Certains pays prévoient des sanctions dans leur législation nationale contre leurs ressortissants quand ils émigrent dans des conditions irrégulières. En ce qui concerne les pays d'immigration, il est sanctionné tant l'entrée ou le séjour irrégulier que le caractère irrégulier de l'emploi. Les peines vont de l'amende à l'emprisonnement, à l'expulsion, accompagnées parfois par la prohibition partielle ou permanente de résider dans le territoire du pays de l'emploi, et jusqu'aux châtiments corporels (flagellation) (BIT, 1999).

En ce qui concerne l'hypothèse selon laquelle le trafiquant et le migrant sont la même personne, cela résulterait à une infraction impossible. Cependant, il peut exister le cas dans lequel le migrant est l'objet du trafic selon les termes du Protocole, et en même temps sujet actif (complice) du trafic d'autres migrants¹⁶. Dans un tel cas, sa conduite serait punissable puisque que, d'une part, il serait partie dans l'acte de l'infraction de trafic illicite, et d'autre part, sa conduite n'est pas comprise dans les dispositions de l'article 5.

Selon les termes du même article, le migrant non plus ne serait pas passible de poursuite pour la *possession* d'un document frauduleux d'identité ou de voyage (art. 6, b) ii)), dans la mesure où un tel document a été utilisé pour la traversée personnelle d'une frontière. Dans le même sens, il ne serait pas non plus punissable la *fabrication* d'un document frauduleux de voyage ou d'identité (art. 6, b), i)). Même si le Protocole ne se réfère pas expressément à l'*obtention* du document frauduleux de la part du migrant, le sens de la norme indique que cette conduite ne sera pas punissable. Dans les deux cas, la condition de l'utilisation personnelle pour la traversée des frontières est maintenue.

Cependant, selon les termes de l'article 6, sous-alinéa 4, rien n'est disposé dans le Protocole pour empêcher les États Parties à adopter des mesures contre toute personne dont la conduite constitue une infraction en accord avec son droit interne. Par conséquent, il résulte nécessaire de distinguer clairement entre, d'une part, les actions de fabrication, obtention, possession, utilisation de la documentation frauduleuse, et le trafic proprement dit (entrée illégale), et d'autre part, toute autre action qui pourrait constituer une infraction, étant donné que l'application de l'article 5 est restrictive.

¹⁶ N'inclut pas les familiers ou les personnes à qui le migrant/trafiquant prête une aide pour des motifs humanitaires, dans la mesure où l'on ne trouve pas présent l'élément de bénéfices financiers ou d'ordre matériel prévu dans la caractérisation pénale.

Cette distinction est nécessaire puisque le migrant peut arriver à commettre une infraction à l'occasion du trafic, induit ou obligé par les trafiquants, par exemple, le transport de drogues à l'occasion de sa traversée illégale de la frontière, ou bien, que sa relation avec les trafiquants ne se conclue pas avec l'entrée clandestine dans le pays de transit ou de destination, sinon que le migrant peut se voir introduit dans les circuits du crime organisé. Dans ce dernier cas, cependant, si l'élément d'exploitation est présent, l'infraction du trafic se convertit en traite de personnes et le migrant passe, d'être l'objet de l'infraction, à être le sujet passif, c'est-à-dire, la victime. L'application du concept de criminalité induite chez les migrants (Savona, 1998), au délit de trafic est vraisemblable, mais résulte plus cohérente dans les cas de l'infraction de traite des personnes.

Le migrant irrégulier ne sera pas poursuivi en justice pour les conduites analysées dans les cas dans lesquels il fera l'objet de trafic, selon la définition dans le Protocole. Cependant, tous les migrants clandestins ne sont pas objet de trafic par définition, sinon que deux autres hypothèses peuvent être vérifiées : 1) le sujet actif de l'introduction clandestine est une personne ou un groupe de personnes non considérés comme groupe criminel organisé en accord avec la Convention, et en conséquence, l'infraction n'est pas comprise dans le champ de l'application du Protocole; ou 2) le migrant entre dans le pays par son propre moyen, sans se servir du trafic. Dans les deux cas, la conduite de ces migrants irréguliers, à l'occasion de l'entrée clandestine ou de l'utilisation de documentation frauduleuse, ne serait pas comprise dans les Protocoles et, pour autant, sa conduite sera punissable selon le système juridique national, si elle le prévoit ainsi.

Une harmonisation immédiate de la législation dans les États ayant ratifié la Convention et le Protocole, mais dont le système juridique pénalise l'entrée clandestine des personnes quand il n'existe pas de trafic en accord avec le Protocole éviterait qu'une même situation résultant en ce que la personne qui a eu recours à un groupe criminel organisé n'est pas sujette à poursuite pénale, pour autant que celle qui se sert d'un groupe qui n'est pas compris dans la définition de la Convention (passeurs occasionnels) ou qui entrent simplement illégalement de leur propre compte dans le pays, peut être incriminée. Cette contradiction produirait l'effet contraire que préconisaient les instruments de Palerme, c'est-à-dire, que les individus préfèrent avoir recours au crime organisé comme garantie de ce qu'ils seront exempts de la responsabilité pénale.

En ce qui concerne la charge de la preuve de l'existence de l'infraction de trafic en accord au Protocole, elle correspond à l'État ou au Ministère public, en accord avec son droit interne, comme dans n'importe quelle accusation pénale.

ii) Relations entre l'exploitation et le crime

Les opérations de trafic et de traite des personnes à grande échelle sont contrôlées chaque fois plus par les réseaux internationaux du crime organisé, avec l'effet additionnel d'étendre ses activités criminelles aux pays dans lesquels ils opèrent. D'autre part, l'image négative de la migration qui s'installe dans les pays de réception peut apporter la génération de réactions qui associent la migration avec l'activité criminelle et qui peuvent provoquer des manifestations xénophobes (Gunatilleke, 1994).

L'exploitation des victimes de traite a d'étroites relations symboliques et réelles avec le crime. En premier lieu, même si elles ne constituent pas une infraction, certaines formes

d'exploitation (spécialement celles en relation avec l'exploitation sexuelle, le travail clandestin ou la mendicité organisée), se trouvent stigmatisées dans la société occidentale et influent négativement en ce qui concerne la perception sociale de leurs rôles, provoquant une altération de la réalité et produisant une identification entre la victime et le délinquant, avec le résultat d'associer de façon erronée la migration avec le crime.

Dans d'autres cas, les victimes sont introduites effectivement dans les circuits du crime, option qui ne correspond pas toujours à une libre élection, vue la vulnérabilité qui les expose à son accès limité à toute aide ou revenu légal. En application de la théorie de la criminalité induite, les trafiquants établissent une relation de dépendance et de servitude avec ses victimes, comme résultat de sa dette, des conditions de marginalité et une marginalisation sociale ou des liens étriés qui unissent l'organisation trafiquante avec les victimes.

Une grande partie des infractions commises par les migrants (en général, clandestins), a d'étroites relations avec les opérations de traite et d'exploitation de la part des organisations criminelles, et les probabilités de ce que les victimes se voient introduites dans les circuits du crime augmentent en relation directe avec le grade d'organisation des réseaux de trafiquants (Savona et Di Nicola, 1997). Ainsi, le taux de criminalité des migrants irréguliers doit être considéré à la lumière de l'équation : traite-exploitation-crime (Savona, 1998).

3. L'exploitation du travail

Sans préjudice des différentes fins d'exploitation évoquées et de la nature changeante de l'exploitation dans l'infraction de la traite des personnes, on analysera l'une des formes d'exploitation qui résulte la plus paradigmatique : l'exploitation dans le travail, y compris le travail forcé et la servitude pour dettes.

Dans la pratique, on peut considérer que l'élément d'exploitation le plus fréquent en grande partie de la traite des personnes répond à une forme contemporaine de servitude pour dettes. Ainsi la dette financière et morale (chaque fois que l'emploi clandestin est présenté comme un service prêté), contractée par les travailleurs migrants les mettent dans une position de dépendance qui favorise l'exploitation sans mesure de son travail (BIT, 1999).

Coomaraswamy (2000) signale que la traite des personnes, pour répondre à ses manifestations modernes, se centre dans le travail forcé ou dans des pratiques analogues à l'esclavage, au lieu de le faire de façon spécifique dans la prostitution ou l'exploitation sexuelle. Les objectifs de la traite excèdent les travaux sexuels, se concentrant ainsi dans le travail domestique, manuel ou industriel (*sweatshops*) et le mariage et l'adoption ou d'autres relations intimes, mais sans se limiter à elles.

Depuis la perspective du travail forcé, le BIT (2001) identifie, entre autres, les formes suivantes d'exploitation : le travail forcé dans la traite des personnes; les travailleurs domestiques en situation de travail forcé; la servitude pour dettes; le travail forcé dans l'agriculture et dans des zones rurales reculées; et l'esclavage et les enlèvements.

Depuis la perspective des formes contemporaines d'esclavage (Weissbrodt et autres, 2000), les formes d'exploitation, en échange, sont les suivantes¹⁷ : le servage; le travail forcé; la servitude pour dettes; l'exploitation des travailleurs migrants; la traite; la prostitution; les mariages forcés et la vente des épouses; le travail et la servitude des enfants; le trafic des organes humains.

Cependant, quelle que soit la perspective, les formes d'exploitation mentionnées paraissent se rencontrer tellement étroitement liées que, par étapes, elles peuvent être confondues, se précéder, ou même être concomitantes. En effet, à une forme d'exploitation peuvent en s'ajouter d'autres, une forme d'exploitation peut cesser et recommencer autrement, même si presque toutes ont comme dénominateur commun le travail forcé, excepté la traite des personnes dans le but de prélèvement d'organes.

3.1 Le travail forcé

La majeure partie des principales formes de travail forcé ou obligatoire que le BIT identifie (2001) se trouve directement ou indirectement en relation avec la traite des personnes, et dans de nombreux cas, correspond avec les minima inclus dans la définition du Protocole sur la traite : la situation des travailleurs du service domestique en situation de travail forcé; la servitude pour dettes; le travail forcé dans l'agriculture et en zones rurales reculées; et l'esclavage.

¹⁷ Des formes non spécifiques à l'esclavage, telles que l'apartheid, le colonialisme et l'inceste, sont aussi identifiées.

Les médias, dans des occasions, mentionnent “le travail forcé” ou “l’esclavage contemporain” pour se référer au travail prêté dans des conditions abusives ou avec des salaires excessivement bas. Dans certains pays, même à un niveau judiciaire, il a été interprété que constitue un travail forcé celui que réalise une personne qui, à cause de la faim et de la pauvreté, se voit obligée d’accepter un emploi en échange d’une rémunération qui est en deçà du salaire minimum légal¹⁸.

Pour cela, à l’heure de considérer une définition universellement applicable à l’expression “travail forcé ou obligatoire”, on doit privilégier la perspective juridique qui émane des instruments internationaux, notamment les Conventions de l’OIT.

a) Les Conventions de l’OIT sur le travail forcé

L’expression “travail forcé ou obligatoire” trouve son origine dans l’article 5 de la *Convention relative à l’esclavage*, de 1926, expression qui fut conservée en vue de maintenir une terminologie similaire (von Potobsky et Bartolomei, 1990).

Selon l’article 2, 1, de la *Convention sur le travail forcé, 1930 (No. 29)* de l’OIT, l’expression « travail forcé ou obligatoire » désigne « tout travail ou service exigé à un individu sous la menace d’une peine quelconque et pour lequel ledit individu ne s’est pas offert de plein gré ».

Le première partie de la définition se réfère aux travaux ou services, s’occupant ainsi de manière très générale, des activités humaines qui peuvent se réaliser au bénéfice de tiers. Aucune limitation n’est stipulée en ce qui concerne la nature de la relation entre la personne qui fournit le travail et celle qui l’impose : cette relation peut être de fait ou de droit, permanente ou temporaire, expressément acceptée ou tacitement consentie. Le deuxième élément de la définition est “sous la menace d’une peine quelconque”. A ce point, il convient de signaler que la menace ou l’avertissement de ce qu’il n’y aura pas de rémunération ou de rétribution si le travail n’est pas effectué, ne constitue pas une menace selon les termes de la Convention, sinon qu’on serait en présence d’une inobservance des obligations de travail en vertu d’une relation synallagmatique. De cette façon, quand il s’agit de sanction, on doit aller au-delà des éléments normaux d’une relation de travail. Le troisième élément, enfin, est le manque de consentement qui se réfère à l’expression “pour lequel ledit individu ne s’est pas offert de plein gré”.

Bien que les États ratifiants se compromettent à supprimer l’emploi du travail forcé ou obligatoire dans toutes ses formes (art. 1), la prohibition du travail forcé n’est pas absolue, puisqu’il est admis une série d’exceptions, celles qui, néanmoins, ne sont pas applicables à l’infraction de traite des personnes.

Postérieurement, fut adoptée la *Convention sur l’abolition du travail forcé, 1957 (No. 105)*, pour laquelle les États ratifiants sont obligés de prendre des mesures efficaces pour l’abolition immédiate et complète du travail forcé ou obligatoire.

Les Conventions N^{os}. 29 et 105 furent amplement acceptées par la communauté internationale, et ce sont les instruments de l’OIT qui ont obtenu le plus grand nombre de ratifications.

¹⁸ Document GB.277/3/2. Conseil d’administration, OIT, 2000.

b) Formes de travail forcé pertinentes à la traite

Le travail forcé dans l'agriculture et les zones reculées. Bien que les systèmes de travail journalier et de servage aient été pratiquement éradiqués, d'autres formes de contrainte subsistent qui consistent en l'endettement des travailleurs ruraux moyennant des acomptes, par des agents de recrutement et de transport, qui peuvent être sous-entrepreneurs indépendants qui fournissent de la main-d'oeuvre aux propriétaires terriens et aux entreprises rurales.

Dans des zones lointaines ou reculées, les travailleurs ne peuvent faire autrement que contracter de nouvelles dettes pour obtenir des aliments et des articles de première nécessité, pourvus par l'employeur, ou accepter des biens à la place des salaires. La rétention physique et la force sont souvent employées contre ces travailleurs ruraux pris dans des situation de servitude pour dettes.

Ces problèmes sont fréquemment associés à la migration du travail saisonnier, tant à l'intérieur qu'à l'extérieur des frontières nationales, et paraissent se référer aux travaux agricoles, de sylviculture ou de travail domestique (BIT, 2001). Cependant, la caractéristique principale du travail forcé dans les zones rurales isolées ou reculées, est le recours à l'endettement pour retenir les travailleurs dans les propriétés jusqu'à ce qu'ils puissent payer leurs dettes.

Le travail forcé des travailleurs du service domestique. Les travailleurs domestiques, dont le travail se situe dans le milieu privé expérimentent un haut degré de vulnérabilité, qui va en s'accroissant à cause de l'isolement au sein de la famille, et la difficulté de recourir à l'aide mutuelle. Le travail domestique est souvent synonyme de longues heures de travail, de bas salaires et de mauvaises conditions de travail (Stalker, 1994).

Dans le même sens, dans le domaine du phénomène démographique plus ample de la féminisation de la main-d'oeuvre migrante, le BIT (1999) avertit sur le cas des travailleuses migrantes "importées" aux fins d'exploitation commerciale ou sexuelle, signalant que leur manque d'autonomie, l'absence de connaissance de la langue du pays dans lequel elles sont employées et l'ignorance de leurs droits, accentuent leur situation de vulnérabilité et les exposent en majeure partie à la violence et aux sévices.

La servitude pour dettes. Comme cela a été signalé, l'élément d'exploitation le plus significatif dans la traite des travailleurs est une forme contemporaine de servitude pour dettes. La servitude pour dettes, est l'état ou la condition résultant du fait qu'un débiteur s'est engagé à fournir en garantie d'une dette ses services personnels ou ceux de quelqu'un sur lequel il a autorité, si la valeur équitable de ces services n'est pas affectée à la liquidation de la dette ou si la durée de ces services n'est pas limitée ni leur caractère défini.¹⁹

La servitude pour dettes peut être de longue ou courte durée. Sa principale motivation est d'obtenir des bénéfices par diverses méthodes, qui vont de la fourniture de services illicites à l'utilisation de la force pure et simple à des fins criminelles (BIT, 2001).

¹⁹ Convention supplémentaire relative à l'abolition de l'esclavage, la traite des esclaves et les institutions et pratiques analogues à l'esclavage (1956), art. 1 a).

Le travail forcé en régime d'esclavage. La définition de l'esclavage a résulté controversée en ce qui concerne les pratiques qui devaient être considérées comme telles. Si on interprète le terme de manière qui englobe toutes les injustices sociales ou violations des droits humains, son acceptation serait tellement ample qu'elle perdrait tout sens. Par conséquent, les pratiques comprises doivent être celles des instruments internationaux.

La prohibition de l'esclavage et des pratiques en relation avec lui font partie du droit international coutumier et les normes pertinentes ont le caractère de *ius cogens*, ou normes impératives de droit international²⁰. D'autre part, la Cour internationale de justice a déterminé que la protection contre l'esclavage est une obligation *erga omnes* que tient un État avec la communauté internationale dans son ensemble (Weissbrodt et autres, 2000).

La Convention relative à l'esclavage (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" (art. 1, 1). La traite d'esclaves comprend tout acte de capture, acquisition ou de cession d'un individu pour le vendre ou l'échanger; tout acte de cession par vente ou échange d'un esclave, acquis pour le vendre ou l'échanger, et en général tout acte de commerce ou de transport d'esclaves (art. 1, 2). Les Parties contractantes s'obligent à prévenir ou réprimer la traite des esclaves et à procurer la suppression complète de l'esclavage sous toutes ses formes (art. 2).

Cet instrument ne comprenait pas les pratiques analogues de l'esclavage, omission comblée par la *Convention supplémentaire relative à l'abolition de l'esclavage, la traite des esclaves et les institutions et pratiques analogues à l'esclavage (1956)*, qui prévoit, en plus de l'abolition de l'esclavage et de la traite des esclaves, celle de la servitude pour dettes, le servage²¹, les mariages forcés et la vente des épouses²²; et l'exploitation du travail et la servitude des enfants.

c) Le travail et la servitude des enfants

Dans le cas où le sujet passif de l'infraction de traite est un enfant, toute action de recrutement, de transport, de transfert, d'hébergement ou d'accueil à des fins d'exploitation constituera la traite, indépendamment du fait que l'on a recouru à l'une des formes de coercition énumérée dans la définition de la traite des personnes (art. 3, c) du Protocole). Ainsi, la définition de la traite des enfants est :

Le recrutement, le transport, le transfert, l'hébergement ou l'accueil d'un enfant à des fins d'exploitation.

²⁰ L'article 53 de la Convention de Vienne sur le droit des Traités définit la norme impérative du droit international comme "une norme acceptée et reconnue par la communauté internationale des États dans son ensemble comme norme qui n'admet pas d'accord au contraire et qui peut seulement être modifiée par une norme ultérieure de droit international général qui a le même caractère.

²¹ Le servage est « la condition de quiconque est tenu par la loi, la coutume ou un accord, de vivre et de travailler sur une terre appartenant à une autre personne et de fournir à cette autre personne, contre rémunération ou gratuitement, certains services déterminés, sans pouvoir changer sa condition (art. 1, b)).

²² On se réfère aux pratiques en vertu desquelles : « i) Une femme est, sans qu'elle ait le droit de refuser, promise ou donnée en mariage moyennant une contrepartie en espèces ou en nature versée à ses parents, à son tuteur, à sa famille ou à toute autre personne ou tout autre groupe de personnes; ii) Le mari d'une femme, la famille ou le clan de celui-ci ont le droit de la céder à un tiers, à titre onéreux ou autrement; iii) La femme peut, à la mort de son mari, être transmise par succession à une autre personne » (art. 1, c)).

Le Protocole établit que le mot “enfant” désigne toute personne âgée de moins de 18 ans (art. 3, d)), en harmonie avec la définition de la Convention relative aux droits de l’enfant qui considère comme “enfant” tout être humain âgé de moins de 18 ans, sauf si la majorité est atteinte plus tôt en vertu de la loi qui lui est applicable.

Indépendamment du fait d’avoir accédé à la majorité d’âge dans son droit interne, les États établissent des âges minimaux pour des finalités distinctes (entre autres, la finalisation de la scolarité obligatoire, l’emploi à temps partiel ou complet, le travail dans des conditions dangereuses ou insalubres, le consentement sexuel, le mariage, le recrutement ou l’engagement volontaire dans les forces armées ou la responsabilité pénale), qui peuvent rendre difficile la détermination de l’existence de la traite dans les cas où le mineur avait donné son consentement. Par exemple, la législation nationale peut disposer d’un âge minimum pour contracter un mariage, qui produit l’émancipation de la personne, inférieur à l’âge de 18 ans stipulé dans le Protocole.

Le Protocole conditionne la validité du consentement prêté par la victime de traite au fait qu’il n’a pas été obtenu moyennant l’utilisation des moyens de coercition énoncés dans la définition de traite (art. 3, b)). Cependant, le Protocole ne considère pas expressément la situation particulière des enfants qui ont donné leur consentement. Dans de tels cas, suivant l’esprit de l’instrument, qui ne considère pas nécessaire la présence de l’élément de coercition pour que soit constituée l’infraction de traite (art. 3, c)), le consentement de l’enfant ne sera pas valide, même en l’absence de tels éléments de coercition, spécialement pour les pires formes de travail des enfants et pour l’exploitation sexuelle.

Pendant l’élaboration du texte de Protocole, il a été discuté de l’opportunité de déclarer que les enfants ne peuvent donner leur consentement à certaines activités. Il a été exprimé l’inquiétude de ce qu’une mention de cette nature pourrait signifier si l’on pourrait consentir le consentement pour d’autres fins et qu’une exception sur le consentement des enfants pourrait suggérer que les enfants pourraient donner leur consentement à l’esclavage, le travail forcé ou la servitude, quand en réalité personne ne devrait donner son consentement à ces formes d’exploitation. Pour éviter cette confusion, il a été décidé de supprimer toute référence au consentement.

Les enfants victimes de traite seront destinés, en général, i) au travail forcé en régime de servitude, dans l’agriculture ou le travail domestique, ou ii) à l’exploitation sexuelle, dans ses deux formes principales, la prostitution des enfants et la pornographie des enfants (Lim, 1998).

d) Instruments de l’OIT sur le travail des enfants

L’OIT a adopté de nombreuses conventions et recommandations sur le travail des enfants. Au début, l’optique de ces instruments a consisté dans l’établissement d’un âge minimum spécifique pour l’admission à l’emploi pour un secteur déterminé de l’économie. La première de ces conventions date de 1919 et prohibait le travail des enfants de moins de 14 ans dans les entreprises industrielles. Subséquemment, d’autres conventions sur l’âge minimum d’admission à un travail dans des secteurs spécifiques²³ ont été adoptées.

²³ Travail maritime (1920 et 1936); agriculture (1921); travaux non industriels (1932); industrie (1937); pêcheurs (1959) et travail souterrain (1965).

En 1973, ont été adoptées la *Convention No. 138 et la Recommandation No. 146 sur l'âge minimum d'admission à l'emploi*, qui représentent un important progrès dans la législation internationale en la matière pour être les premières normes de l'OIT où sont reconnues que les lois qui fixent un âge minimum doivent faire partie d'une politique nationale globale destinée à l'abolition totale du travail des enfants et parce que, à la différence des instruments antérieurs, elles requièrent que l'âge minimum s'applique à tous les secteurs d'activité, qu'il s'agisse d'enfants salariés ou pas, et établit un lien entre l'âge minimum d'admission à l'emploi avec l'âge pour compléter la scolarité obligatoire.

Enfin, en 1999, l'OIT a adopté la *Convention sur les pires formes de travail des enfants (No. 182)*, où est défini comme enfant toute personne de moins de 18 ans (art. 2), de façon égale à la Convention sur les droits de l'enfant et le Protocole sur la traite. Les États ayant ratifié cette Convention sont obligés d'adopter des mesures immédiates et efficaces pour assurer la prohibition et l'élimination des pires formes du travail des enfants avec un caractère d'urgence.

Dans l'article 3, on définit l'expression "les pires formes de travail des enfants" comme a) toutes les formes d'esclavage ou pratiques analogues, telles que la vente et la traite des enfants, la servitude pour dettes et le servage ainsi que le travail forcé ou obligatoire, y compris le recrutement forcé ou obligatoire des enfants en vue de leur utilisation dans des conflits armés; b) l'utilisation, le recrutement ou l'offre d'un enfant à des fins de prostitution, de production de matériel pornographique ou de spectacles pornographiques; c) l'utilisation, le recrutement ou l'offre d'un enfant aux fins d'activités illicites, notamment pour la production et le trafic de stupéfiants, tels que les définissent les conventions internationales pertinentes; d) les travaux qui, par leur nature ou les conditions dans lesquelles ils s'exercent, sont susceptibles de nuire à la santé, à la sécurité ou à la moralité de l'enfant.

3.2. Instruments de l'OIT sur les travailleurs migrants

L'OIT a souligné²⁴ la nécessité de mobiliser l'ensemble de ses moyens d'action normative, de coopération technique et d'investigation avec l'objectif de prêter une attention spéciale aux problèmes des personnes avec des nécessités sociales spéciales, entre autres, les travailleurs migrants. Ainsi, en accord avec les principes et droits énoncés dans sa Constitution et dans la Déclaration de Philadelphie, il a été déclaré que tous les États Membres ont le compromis de respecter, promouvoir et faire réalité les principes et droits fondamentaux dans le travail: a) égalité des opportunités et de traitement; b) liberté syndicale et droit de négociation collective; et c) élimination des formes extrêmes d'exploitation (travail forcé et travail des enfants).

Ces principes prennent forme dans les huit conventions fondamentales de l'OIT, qui même si elles ne traitent pas spécifiquement des travailleurs migrants, contiennent des dispositions y relatives ou pertinentes, et qui sont les suivantes : Conventions sur la discrimination (emploi et occupation), 1958 (No. 111), sur l'égalité de rémunération, 1951 (No. 100); sur la liberté syndicale et la protection du droit de syndicalisation, 1948 (No. 87); sur le droit de syndicalisation et de négociation collective, 1949 (No. 98); sur le travail forcé,

²⁴ *Déclaration de l'OIT relative aux principes et droits fondamentaux dans le travail et son suivi*, OIT, Genève, juin 1998.

1930 (No. 29); sur l'abolition du travail forcé, 1957 (No. 105); sur l'âge minimum, 1973 (No. 138) et sur les pires formes de travail des enfants, 1999 (No. 182).

Nonobstant, bien que ces conventions, ainsi que les recommandations qui les accompagnent, soient d'application générale, c'est-à-dire, s'appliquent à tous les travailleurs sans distinction de nationalité, l'OIT a adopté certaines normes internationales de travail spécifiques pour les travailleurs migrants : la Convention sur les travailleurs migrants (révisée), 1949 (No. 97) et la Recommandation (No. 86), et la Convention sur les travailleurs migrants (dispositions complémentaires), 1975 (No. 143) et la Recommandation (No. 151).

Aucun de ces instruments n'opère sur la base de la réciprocité. Ainsi, le travailleur migrant ressortissant d'un État qui n'aurait pas ratifié les conventions peut invoquer son application à un État ratifiant. D'autre part, il convient de signaler que, même si les conventions sont d'application obligatoire pour les États qui les ratifient, les recommandations ne sont pas juridiquement obligatoires et, enfin, ne sont pas sujettes à ratification.

L'unique référence qui est faite dans la Convention No. 97 en respect aux migrations irrégulières se trouve dans le texte commun aux annexes I et II (arts. 8 et 13, respectivement), où il est établi que des sanctions appropriées seront appliquées à toute personne qui favorise l'immigration clandestine ou illégale.

La Partie I de la Convention No. 143 traite spécifiquement de la migration irrégulière et l'emploi illégal des travailleurs migrants. Sont prévues l'adoption et l'application de sanctions aux personnes qui favorisent délibérément l'immigration clandestine ou illégale: aux personnes qui emploient illégalement des travailleurs migrants; ainsi qu'aux organisateurs de migrations clandestines ou illégales (art. 6). A cet égard, les États Membres de l'OIT se compromettent à établir des contacts et inter-échanges systématiques d'information avec les États intéressés (art. 4) et consultations avec les organisations d'employeurs et de travailleurs (art. 7). L'objet de toutes les formes de coopération tend à ce que les trafiquants de main-d'oeuvre peuvent être conduits en justice indépendamment du pays qui sert de base à leurs opérations (art. 5) (BIT, 1999).

D'autre part, il a été recommandé (Taran et Moreno-Fontes, 2002) qu'au moment de formuler les politiques migratoires soient pris en compte les éléments suivants :

- Un système de catégories migratoires qui prévoit l'admission à des fins d'emploi qui répond aux nécessités réelles du marché du travail. Ce système doit effectuer des évaluations périodiques du marché du travail avec l'objectif d'identifier et de donner une réponse aux nécessités actuelles et futures des travailleurs migrants, tant qualifiés que non qualifiés.
- Une mise au point pour combattre la traite et l'exploitation des migrants basée sur les normes et dans la protection des droits fondamentaux des migrants, mise au point incluant la complémentarité entre les Protocoles de Palerme, les conventions de l'OIT et la *Convention internationale sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et de leurs familles* (1990).

- Des conditions de travail minimales dans chaque secteur d'activité, avec des activités complémentaires d'inspection et de surveillance pour pénaliser les abus et décourager l'emploi illégal; et
- Des mécanismes institutionnels et des mesures pratiques de prévention et de protection des victimes de traite.

4. Le consentement de la victime

Par sa propre nature, beaucoup des formes d'exploitation énumérées dans le Protocole sont incompatibles avec le consentement de la victime. Par exemple, il ne peut exister le consentement d'une victime de travail forcé, chaque fois que le même désigne tout travail ou service *exigé* à un individu sous la menace d'une peine quelconque et pour laquelle ledit individu ne s'offre pas volontairement²⁵. La même chose se passe avec l'esclavage, défini comme l'état ou la condition d'un individu sur lequel sont exercés les attributs du droit de propriété ou certains d'entre eux²⁶, ou avec les pratiques analogues à l'esclavage ou la servitude pour dettes, agraire ou le servage.

L'article 3, b) du Protocole sur la traite dispose que le consentement prêté par la victime à toute forme d'exploitation qui a l'intention de réaliser ne sera pas pris en compte lorsqu'a été utilisé l'un quelconque des moyens coercitifs énumérés dans la définition de traite, c'est-à-dire la menace ou l'utilisation de la force ou d'autres formes de coercition, l'enlèvement, la fraude, la tromperie, l'abus d'autorité ou d'une situation de vulnérabilité ou l'offre ou acceptation de paiements ou bénéfices pour obtenir le consentement d'une personne qui a autorité sur une autre.

Dans le sens contraire, en relation avec certaines formes de la traite des personnes, le consentement plein de la personne objet de la traite altère l'entité de l'injuste, ou génère une faute dans la caractérisation pénale, et transforme la question en indifférent pour le droit pénal.

Cependant, dans un principe, et prouvés les autres éléments de la caractérisation pénale, la conduite constitue traite de personnes. En fait, la preuve du consentement de la victime sera analysée *a posteriori*, c'est-à-dire, au moment de réaliser l'enquête nécessaire pour déterminer si l'acte est justifié et si comme tel produit l'exclusion d'une anti-juridicité indiciairement appréciée *ab initio* (Quintero Olivares 2000). D'autre part, le thème de la preuve de l'existence de la coercition revêtira une importance spéciale, du fait que cette extrême résultera fondamental à l'heure de déterminer si une personne a agit volontairement.

L'article 3, b) se réfère aux vices dans le consentement provoqués par des causes objectives, telles que la coercition. Cependant, le consentement n'est pas non plus valable quand il y a des circonstances subjectives qui provoquent sa nullité. En effet, en ce qui concerne l'âge, le sous-alinéa c) de l'article 3, stipule que lorsqu'il s'agit d'enfants, toute action de recrutement, transport, transfert, hébergement ou accueil des personnes à des fins d'exploitation constituera la traite, indépendamment de la présence de l'une des formes de coercition qu'énumère la définition de traite des personnes. Dans le même sens, le consentement prêté par un enfant sera considéré comme nul, même si ce principe général de nullité pourrait ne pas résulter inéquivoquement applicable dans des cas déterminés. Le consentement prêté par des personnes qui n'ont pas l'usage de la raison ou la capacité pour discerner leurs actes, ou qui se trouvent comprises dans l'une quelconque des situations d'incapacité que prévoient les législations nationales respectives, ne sera pas non plus considéré comme valide.

²⁵ Art. 2, Convention sur le travail forcé (No. 29), OIT.

²⁶ Art. 1, Convention sur l'esclavage.

Bien que le caractère non consenti de la traite est celui qui le distingue des autres formes de migration (Coomaraswamy, 2000), il est fréquent qu'au début du mécanisme de la traite, c'est-à-dire au moment du recrutement, la victime de traite prête son consentement volontairement. Encore plus, dans les états initiaux de la traite les individus peuvent chercher activement les services d'un trafiquant (BIT, 2001).

Dans la majeure partie des cas, ce consentement se trouve vicié par l'un des moyens de coercition stipulés dans la définition de la traite, ou par l'absence d'une information complète.

Dans d'autres cas, au contraire, la victime donne son consentement de façon volontaire, y compris en connaissance de cause de la situation d'exploitation à laquelle elle s'expose, mais en sous-estimant la gravité de ladite situation.

Dans d'autres situations, enfin, l'individu donne son consentement en ayant pleinement connaissance du processus, à des occasions pour avoir déjà participé antérieurement dans le processus. Ceci est le cas des personnes qui retournent dans leur pays d'origine et qui réinitient le cycle de la traite, soit par décision propre, soit parce qu'elles sont à nouveau introduites dans le cycle par la personne qui exerce autorité sur elle, soit parce qu'il ne leur est déjà plus possible de se réintégrer dans leur société d'origine du fait de leur expérience dans l'exploitation ou la prostitution.

L'OIM considère que le thème de la volonté dans le mouvement des migrants victimes de traite mérite une attention particulière. Il y a des migrants qui, dans leurs efforts pour échapper à la pauvreté et à l'insécurité politique et sociale, recourent à la migration irrégulière, mettant dans les mains des trafiquants leurs rêves d'une vie meilleure. Souvent, les migrants victimes de traite ont été trompés avec des fausses promesses, avec des informations erronées en ce qui concerne les réglementations migratoires, ou motivés par la pénurie économique ou la violence généralisée de leurs pays d'origine. Dans ces cas, la liberté d'élection du migrant a été conditionnée à tel point que la "volonté" de la transaction doit être mise en doute (cité par Morrison et Crosland, 2001).

Le consentement peut varier dans le temps du fait que souvent le consentement initial de la victime se retire ou reste invalide du fait des changements dans les circonstances ou, au contraire, la personne qui a été enlevée pourrait consentir postérieurement à d'autres éléments de la traite.

Comme cela a déjà été signalé, la coercition ne paraît pas être évidente au début du processus de la traite. Cependant, dans le lieu de destination, les conditions varient et supposent des contraintes qui peuvent adopter la forme de restrictions physiques à la liberté de mouvements, abus, violence et fraude, souvent, sous la forme du non-paiement des salaires dus. Avec fréquence, les victimes se verront attrapées dans la servitude pour dettes et dans d'autres formes analogues d'esclavage. De fait, la traite des travailleurs peut être considérée comme une forme contemporaine de servitude pour dettes (BIT, 2001).

De la même manière, dans l'une quelconque des étapes des mécanismes du trafic ou de traite, il est fréquent que des violations des droits humains des personnes objet de trafic ou victimes de traite se produisent, bien que cela soit rare dans l'étape de recrutement (sauf, par définition, dans le cas de l'enlèvement). Durant le transport, les personnes sont souvent victimes de traitements inhumains ou dégradants, rétention de documents d'identité, privation des aliments ou eau, menaces, lésions, délits sexuels, abandon de personne, et même

homicides. Dans le lieu de destination (ou de transit), les migrants peuvent commencer à être victimes d'exploitation, dans les termes de la définition du Protocole, ou bien obligés à commettre des délits ou à la mendicité, pour citer seulement certaines des conséquences néfastes de la traite des personnes et qui vicient le consentement qu'elles pourraient avoir prêté opportunément.

Comme une grande partie des infractions mentionnées sont des infractions d'action publique, c'est-à-dire, dans lesquels l'État intervient d'office, dans la majeure partie des cas dans lesquels se produisent des violations graves des droits humains, le consentement de la victime n'aura, de toute façon, aucune relevance juridique.

En conclusion, pour que le consentement soit valide et aie des effets juridiques, il devra être : *plein et invariable*. Ceci étant, le consentement doit être libre des vices originés par des circonstances objectives ou subjectives, et doit se prêter et se maintenir dans toutes les étapes du mécanisme de la traite, depuis le recrutement, le transport, l'accueil et l'exercice d'une forme de travail, même dans des conditions d'exploitation.

Il existe deux cas qui se présentent avec fréquence dans lesquels la victime de traite peut prêter son consentement volontairement, sans préjudice de la relative relevance juridique que celle-ci tient dans le système juridique national de l'État pertinent. Ces cas sont : les infractions contre les droits des travailleurs et les infractions relatives à la prostitution.

4.1. Infractions contre les droits des travailleurs

Le consentement prêté par un travailleur victime de traite pour l'exploitation sur ses propres droits peut être indifférent vu que ces droits ne lui appartiennent pas de façon exclusive mais qu'ils composent un corps normatif qui protège des intérêts collectifs. D'autre part, la validité du consentement, comme celle de quelque autre élément qui compose un commerce juridique, présuppose le synallagmatisme, ou une égalité raisonnable entre les parties, et ainsi l'efficacité du consentement ne peut être considérée en ignorant cette question. Cependant, vu que ces arguments trouvent leur base dans le droit du travail, aux effets de l'infraction de traite, seule devrait être considérée la relevance du consentement prêté par un travailleur migrant clandestin qui travaille dans de graves conditions d'exploitation.

Le BIT (1999) définit les pratiques illégales ou abusives contre les migrants comme celles pour lesquelles les travailleurs migrants et leurs familles ne reçoivent pas un traitement en accord avec la législation nationale ou avec les normes internationales ratifiées, de manière chronique et délibérée. Dans ce sens, on signale qu'il existe une exploitation, dans d'autres cas : a) si le traitement donné au migrant a de graves conséquences pécuniaires; b) si le travailleur migrant est soumis à des conditions de travail et de vie très dures qui mettent en danger sa sécurité ou sa vie; c) si les candidats à l'émigration ont été trompés pour qu'ils acceptent un emploi avec de fausses promesses; d) s'ils souffrent d'un traitement indigne; e) si les travailleurs migrants souffrent d'abus ou sont obligés de se prostituer; f) si les passeports ou documents d'identité sont confisqués; g) si des sommes qu'il pourra seulement récupérer en retournant au pays d'origine lui sont déduites du salaire.

De toutes les façons, dans la pratique, le consentement ou l'acceptation par un travailleur de conditions de travail inférieures à celles dont il a droit, font que cette situation soit difficilement compréhensible; en général, ces situation de travail dans des conditions

d'exploitation sont découvertes lors d'inspections du travail ou lors d'accidents du travail. En ce qui concerne le service domestique, les caractéristiques d'invisibilité et d'encapsulation qui leur sont propres accentuent le recours de certains employeurs à une main-d'oeuvre clandestine avec des conditions de travail inadéquates.

En ce qui concerne l'emploi des migrants irréguliers, l'OCDE (2000) formule des recommandations dans le sens que les actions doivent se diriger contre le travail au noir en général et pas exclusivement à celui accompli par les migrants irréguliers; les sanctions contre l'emploi illégal doivent s'appliquer à tous les acteurs impliqués qui enfreignent les lois du travail et migratoires, par exemple, les employés, les pourvoyeurs d'hébergement illégal, trafiquants, et les propres travailleurs irréguliers; les stratégies doivent se baser sur une combinaison de sanctions et moyens non punitifs (comme la diffusion entre les employeurs d'information et risques associés à l'emploi illégal); la coordination doit s'améliorer tant au niveau national que local, ainsi que la coopération internationale, et diffuser les risques et pénalités de l'emploi illégal entre le public en général.

4.2. Infractions relatives à la prostitution d'autrui

Les instruments internationaux ne définissent pas la prostitution, mais une définition commune est celle de l'interprétation dans son sens ordinaire, ceci est, n'importe quel acte sexuel offert en échange d'une récompense ou à des fins lucratives.

L'acte de la prostitution proprement dite commis par des adultes de plus de 18 ans n'est pas explicitement interdit dans les normes internationales (Weissbrodt et autres, 2000). Par conséquent, la prostitution volontaire, sans coercition ni menaces, de personnes de plus de 18 ans d'âge, reste en marge du droit pénal dans la mesure où les systèmes juridiques nationaux le prévoient ainsi.

Les thèmes de la possibilité d'établir une différence entre la prostitution volontaire et forcée, la légalisation de la prostitution, ainsi que l'inclusion de l'industrie du sexe comme un secteur du marché du travail, résultent controversés et expliquent la difficulté des législateurs et des formulateurs de politiques pour définir clairement la condition juridique de la prostitution ou mettre en pratique des programmes sociaux efficaces et généralement acceptés.

En ce qui concerne les enfants, en échange, il y a un consensus selon lequel, par définition, tout type de prostitution est considéré comme involontaire, même quand l'enfant donne son consentement. Dans ce sens, l'OIT, par exemple, poursuit sa complète élimination, spécialement au travers de ses activités programmatiques (Programme international pour l'abolition du travail des enfants – IPEC) et normatives (Convention No. 182 sur les pires formes de travail des enfants, 1999).

Bien que la question de la prostitution ne fasse pas strictement partie du mandat des organisations internationales pertinentes aux phénomènes de trafic et de traite, comme l'OIT et l'OIM, il existe d'autres thèmes liés à la prostitution qui eux le sont, comme les questions des droits humains fondamentaux, la discrimination pour genre, les risques pour la santé, les conditions de travail, la criminalité ou l'exploitation.

Dans ce sens, l'OIT fait la distinction entre la prostitution comme une forme de travail librement choisie et la prostitution sous la coercition. Dans certains pays où la prostitution

n'est pas une activité illicite, où elle est reconnue comme une forme de travail légitime, les travailleurs du secteur ont droit à des conditions de travail adéquates et de protection contre l'exploitation et la discrimination (Lim, 1998), sans préjudice de ce que la protection contre l'exploitation doit s'appliquer à tous les travailleurs du secteur, indistinctement du fait que l'occupation soit illégale ou non, de ce qu'il y a eu ou non consentement ou du fait qu'il s'agisse d'enfants ou d'adultes.

A l'heure de déterminer quelles sont des conditions de travail adéquates, on rencontrera de nouvelles difficultés : en premier lieu, la détermination de savoir si les conditions de travail doivent s'évaluer sur la base de paramètres moraux, sociaux et économiques, et s'il s'agit de prostituées "pour leur propre compte" ou "employées". La même chose apparaît en ce qui concerne la protection contre l'exploitation, puisque la partie des revers que les travailleurs du sexe apportent à d'autres personnes – maquereaux, proxénètes ou intermédiaires –, dans de nombreux cas, sera perçue comme les coûts qui impliquent l'exercice de ses travaux plus que comme une vraie exploitation (Lim, 1998).

Tous les migrants irréguliers qui participent à l'industrie du sexe ne sont pas victimes de traite, sinon que, dans les cas dans lesquels le consentement existe et se franchit une frontière internationale, il s'agit de migrants objet de trafic ayant pour finalité l'entrée illégale de la personne dans un autre État pour exercer volontairement la prostitution. Cette précision doit être prise en compte vu que les effets juridiques sur la personne victime de traite seront différents de ceux sur la personne objet de trafic, spécialement en ce qui concerne la protection et l'assistance.

5. Conclusions

A partir des années 90, les marchés du trafic illicite et de la traite de personnes se sont élargis rapidement non seulement pour des raisons d'ordre démographique, politique et économique, sinon parce que la globalisation et le développement des technologies et les communications ont aussi eu un impact dans les activités des organisations criminelles transnationales. En effet, celles-ci inclueront dans leurs négoce le trafic et la traite des migrants, vu l'importance de leurs bénéfices et l'excellente rentabilité en relation avec les coût et les risques encourus.

Depuis la dernière décennie, le thème des migrations clandestines avait déjà commencé à faire partie de "l'ordre du jour négatif" des pays dans les forums régionaux et internationaux, conjointement au trafic illicite de stupéfiants, le trafic illicite des armes, le blanchiment d'argent et le terrorisme international. Vu que ces infractions ont en commun leur caractère organisé et transnational, la réponse de la communauté internationale repose sur l'acceptation qu'il serait nécessaire d'imprimer une approche ample et globale, au moyen de l'adoption d'instruments juridiquement obligatoires de caractère universel.

Comme résultat, la normative internationale destinée à régler les migrations internationales, dans son aspect de lutte contre le trafic et la traite des migrants a été traitée depuis une perspective de droit pénal, au détriment d'une législation avec un esprit basé sur des perspectives sociales, économiques, du travail ou démographiques.

La réponse de la communauté internationale aux phénomènes se reflète dans l'adoption, en décembre 2000, des Protocoles de Palerme contre le trafic des migrants et la traite de personnes, complémentaires à la Convention contre la criminalité organisée transnationale. Ces instruments, d'adoption généralisée par les États, sont en processus de ratification de la part des pays signataires, et d'évaluation et de suivi de la part des organisations internationales pertinentes.

Après une élaboration doctrinaire et conceptuelle ardue, il existe actuellement un consensus sur l'existence d'une dichotomie entre le trafic et la traite des migrants. En effet, les deux infractions diffèrent en ce qui concerne les composantes et caractéristiques de l'acte pénal : le trafic implique la facilitation de l'entrée clandestine des migrants dans un pays étranger, alors que la traite incorpore des éléments nécessaires de coercition et d'exploitation, sans préjudice de ce qui peut se vérifier dans les frontières d'un même État.

Ce consensus vient à réparer les conséquences négatives de la faute d'harmonisation juridique dans les définitions et caractérisations pénales, des lacunes du droit dans certaines législations nationales et, surtout, de l'inexistence d'un instrument international spécifique au trafic et à la traite des migrants de caractère universel et juridiquement obligatoire, carences dont profitaient systématiquement les organisations criminelles pour optimiser les résultats et réduire les risques.

Bien que les Protocoles ne soient pas des instruments de droits de l'homme sinon de droit pénal international, ils contiennent une clause de sauvegarde qui inclut le respect du droit humanitaire international et le droit international des droits de l'homme, la spécificité du droit international des réfugiés et le principe de non refoulement, et l'observation du principe de non discrimination.

Ainsi, et pour la première fois dans un instrument juridique international de caractère universel et obligatoire, les Protocoles établissent l'exemption de la responsabilité pénale des migrants objet du trafic et des victimes de la traite, consacrant juridiquement le principe selon lequel la migration n'est pas un crime, et tranchant définitivement le débat sur la pénalisation des migrants irréguliers.

Tant que les politiques migratoires des pays centraux ne correspondent pas aux réalités économiques, sociales, démographiques ou du marché du travail, et que la politique des réfugiés tend à éloigner les requérants d'asile plus qu'à leur apporter une protection, la gestion des migrations réalisée par ces gouvernements fera partie du problème plus que la solution elle-même. Dans ce sens, même les récentes modifications des politiques migratoires dans certains pays industrialisés pour les adapter aux nécessités du marché du travail s'orientent, dans l'ensemble, aux migrants qualifiés et hautement qualifiés, dirigeant indirectement les migrants non qualifiés vers des voies clandestines, en l'absence de catégories migratoires d'admission adéquate pour eux.

Pour le BIT, étant donné que l'un des objectifs stratégiques de toute politique de migration de main-d'œuvre est d'éliminer la migration irrégulière, le défi le plus important auquel devra faire face une politique de l'emploi à l'étranger est la formulation, en accord avec les États de destination, de systèmes migratoires qui nuisent effectivement à la rentabilité du trafic et de la traite des migrants, sans préjudice de l'adoption d'autres types de mesures telles que des campagnes de prise de conscience publique ou des actions concertées contre les trafiquants.

Pour engendrer un consensus social sur la politique migratoire, on devrait tenir compte que celui-ci sera facilité si les partenaires sociaux – c'est-à-dire, les organisations de travailleurs, les organisations d'employeurs et les gouvernements -, interviennent dans la prise de décisions. Dans un tel sens, un mécanisme tripartite similaire à celui adopté par le BIT pour formuler les politiques du marché du travail pourrait fonctionner aussi pour la formulation d'une politique consensuelle de migration. A ces fins, les ministères du travail devraient prendre partie dans l'élaboration et l'implémentation des politiques migratoires, étant donné que la migration (régulière ou irrégulière) produit des effets importants sur les marchés du travail.

En résumé, pour le BIT les politiques migratoires nationales ou régionales devraient être formulées dans un cadre incluant un système de catégories migratoires prévoyant l'admission à des fins d'emploi, en faisant attention aux nécessités réelles et à la demande du marché du travail; adoptant une perspective de lutte contre la traite et l'exploitation basée sur les normes et la protection des droits fondamentaux des migrants; veillant au respect de certaines conditions minimales du travail dans chaque secteur d'activité, y compris les activités complémentaires d'inspection et de surveillance; et prévoyant la mise en marche de certains mécanismes institutionnels et mesures pratiques destinés à la prévention, ainsi qu'à l'assistance et à la protection des victimes de la traite.

Bibliographie

Abella, M.I., 2002

"Mondialisation, marchés du travail et mobilité", dans *Migrations et avenir*, Actes du séminaire international du CIEMI, Paris, vol. 14, No. 79, janvier-février.

-----, 1997

"Sending workers abroad: A manual for low- and middle-income countries", Genève, BIT.

-----, 1995

"Migration patterns and policy: The international movement of labour in Asia", présentation à la Global Cultural Diversity Conference, Multiculturalism in Australia.

BIT (Bureau international du travail), 2002

"Les normes internationales du travail. Une approche globale". J.-C. Javillier (Directeur de publication), Genève.

-----, 2001

"Halte au travail forcé". Rapport global en vertu du suivi de la Déclaration de l'OIT relative aux principes et droits fondamentaux au travail. Rapport I (B), Conférence internationale du travail, 89^e session, Genève.

-----, 1999

"Travailleurs migrants". Rapport de la Commission d'experts pour l'application des conventions et recommandations, Conférence internationale du travail, 87^e session, Genève.

Bustamante, J., 1993

"Undocumented migration: A theoretical-methodological framework", OCDE, Paris.

Castles, S. et Miller, M., 1998

"The Age of Migration. International Population Movements in the Modern World", 2^eème édition, Macmillan.

Conforti, B., 1995

"Derecho internacional", R. Vinuesa, Zavalía, Buenos Aires.

Coomaraswamy, R., 2000

« Rapport de la Rapporteuse spéciale chargée de la question de la violence contre les femmes, y compris ses causes et ses conséquences, sur la traite des femmes, les migrations des femmes et la violence contre les femmes », document E/CN.4/2000/68, Nations Unies.

Diop, A., 2002

"A la recherche d'un régime viable pour les migrations", présentation du Secteur de la Protection Sociale du BIT à la Septième Conférence des Ministres Européens responsables des questions de migration, Helsinki, 16-17 septembre.

Ghosh, B., 1998

"Huddled Masses and Uncertain Shores: Insights into Irregular Migration", Martinus Nijhoff Publishers/OIM, The Hague.

Groupe de Budapest, 1999

"The relationship between organised crime and trafficking in aliens". Etude préparée par le Secrétariat, juin.

Gunatilleke, G., 1994

"Summary report of the Rapporteur", 11ème° Séminaire sur le trafic, OIM, Genève.

Kyle D. et Dale, J., 2001

"Smuggling the State Back In: Agents of Human Smuggling Reconsidered", dans *Global human smuggling: Comparative perspectives*, Kyle D. et Koslowski R. (eds.), The Johns Hopkins University Press, Baltimore et Londres.

Lim, L.L. (ed.), 1998

"The sex sector: The economic and social bases of prostitution in Southeast Asia", BIT, Genève.

Mármora L., 1999

"Políticas y administración para la gobernabilidad migratoria", dans *Revista de la OIM sobre Migraciones Internacionales en América Latina*, juillet.

-----, 1997

"Las políticas de migraciones internacionales", OIM/Alianza Editorial, Buenos Aires.

Massey, D., Arango, J., Hugo, G., Kouaouci, A., Pellegrino, A. et Taylor, E., 1998

"Worlds in Motion: International Migration at the End of the Millennium", Oxford University Press, Oxford.

Morrison J. y Crosland B., 2001

"The trafficking and smuggling of refugees: the end game in European asylum policy?", *New Issues in Refugee Research*, document de travail No. 39, HCR, Genève.

Nations Unies, 1994

Droits de l'homme: recueil d'instruments internationaux. United Nations Centre for Human Rights, New York.

OCDE (Organisation de Coopération et de Développement Économiques), 2001

« Trends in International Migration », SOPEMI.

-----, 2000

"Tendances des migrations internationales", SOPEMI.

OIM (Organisation internationale pour les migrations), 2000

" Traite des être humains : bilan et perspectives", document MC/INF/245.

-----, 1999

"La traite des migrants : politique et moyens d'action de l'OIM ", document MC/EX/INF/58.

-----, 1994

"Trafic de migrants: caractéristiques et tendances dans différentes régions du monde", document de synthèse présenté au 11ème Séminaire sur le trafic, OIM, Genève.

Papastergiadis, N., 2000

"The turbulence of migration: Globalization, deterritorialization and hybridity", Polity Press, Cambridge (R-U).

Quintero Olivares, G., 2000

"Manual de derecho penal. Parte general", 2ème éd., Ed. Aranzadi, Navarra.

Rodríguez Devesa, J.M., 1973

"Derecho penal español, Parte general", 3ème éd., Madrid.

Romagnoli, G., 1999

"Aspectos jurídicos de las migraciones internacionales", dans *Revista de la OIM sobre Migraciones Internacionales en América Latina*, juillet.

Salt, J. et Hogarth, J., 2000

"Migrant trafficking and human smuggling in Europe: A review of the evidence with case studies from Hungary, Poland and Ukraine", OIM, Genève.

Salt J, et Stein, J., 1997

"Migration as a business: the case of trafficking", dans *International Migration* 35(4).

Sassen, S., 2000.

"Le travail mondialisé: Mais pourquoi émigrent-ils ?", dans *Le Monde diplomatique*, novembre.

Savona, E., 1998

"The organisational framework of European crime in the globalisation process", présentation au *108th Seminar on current problems in the combat of organized crime*, Tokyo.

Savona, E. et Di Nicola A., 1997

"Migrazione e criminalità: trent'anni dopo", *Transcrime*, Université de Trento, document de travail No. 12, mai.

Schloenhardt, A., 1999

"Organised Crime and The Business of Migrant Trafficking: An Economic Analysis", Australian Institute of Criminology, Canberra.

Simon, G., 1995

"Géodynamique des migrations internationales dans le monde", Presses Universitaires de France, Paris.

Singer A. et Massey D., 1998

"The Social Process of Undocumented Border Crossing Among Mexican Migrants", dans *International Migration Review*, Vol. XXXII, No. 3, automne.

Skeldon, R., 2000

"Myths and Realities of Chinese Irregular Migration", IOM Migration Research Series No. 1, OIM, Genève.

Smith, P.J. (ed.), 1997

"Human smuggling: Chinese migrant trafficking and the challenge to America's immigration tradition", Center for Strategic and International Studies (CSIS), Washington, DC.

Soler, S., 1978

"Derecho penal argentino", Parte Especial (3ème éd.), TEA, Buenos Aires.

Stalker, P., 2000

"Workers without frontiers: The impact of globalization on international migration", BIT, Genève.

-----, 1994

"Les travailleurs immigrés: Etude des migrations internationales de main-d'oeuvre", BIT, Genève.

Taran, P. et Moreno-Fontes Chammartin, G., 2002

"Getting at the roots: Stopping exploitation of migrant workers by organized crime", Perspectives on Labour Migration No. 2, Programme des migrations internationales, BIT, Genève.

Von Potobsky G. et Bartolomei de la Cruz, H., 1990

"La Organización Internacional del Trabajo. El sistema normativo internacional. Los instrumentos sobre derechos humanos fundamentales". Editorial Astrea, Buenos Aires.

Weissbrodt D. et Société anti-esclavagiste internationale, 2000

« Examen actualisé de l'application et du suivi des conventions relatives à l'esclavage ». Document de travail E/CN.4/Sub.2/2000/3, Commission des Droits de l'Homme, Genève.

Widgren, J., 2000

"Le trafic d'hommes, un marché lucratif", dans *Courrier International*, No. 505, juillet.

-----, 1994

"Multinational co-operation to combat trafficking in migrants and the role of international organizations", 11ème Séminaire sur le trafic, OIM, Genève.

Coordonnées de l'auteur :

Eduardo Geronimi

Programme des migrations internationales

Bureau International du Travail

4, route des Morillons

1211 Genève 22, Suisse

Tel. +41-22 799-7425

Fax +41-22 799-8836

geronimi@ilo.org

PERSPECTIVES ON LABOUR MIGRATION
PERSPECTIVES SUR LES MIGRATIONS DU TRAVAIL
PERSPECTIVAS SOBRE MIGRACIONES LABORALES

1. Getting at the Roots: Stopping Exploitation of Migrant Workers by Organized Crime
Patrick A. Taran and Gloria Moreno-Fontes Chammartin, 2002
2. Aspectos jurídicos del tráfico y la trata de trabajadores migrantes
Eduardo Geronimi, 2002
- 3 E. Globalization, Labour and Migration: Protection is Paramount
Patrick A. Taran and Eduardo Geronimi, 2002
- 3 S. Globalización y migraciones laborales: importancia de la protección
Patrick A. Taran y Eduardo Geronimi, 2003

INTERNATIONAL MIGRATION PAPERS
CAHIERS DE MIGRATIONS INTERNATIONALES
ESTUDIOS SOBRE MIGRACIONES INTERNACIONALES

1. Adjustments to labour shortages and foreign workers in the Republic of Korea
M.I. Abella; Y.B. Park; W.R. Böhring, 1995
2. Consumption and investments from migrants' remittances in the South Pacific
Richard P.C. Brown, 1995
3. Training abroad: German and Japanese schemes for workers from transition economies or developing countries
Christiane Kuptsch; Nana Oishi, 1995
4. Discrimination against migrant workers and ethnic minorities in access to employment in the Netherlands
F. Bovenkerk; M.J.I. Gras; D. Ramsøedh, with the assistance of M. Dankoor and A. Havelaar, 1995
5. Orderly international migration of workers and incentives to stay - options for emigration countries
M.I. Abella; K.J. Lönnroth, 1995
6. From outlawing discrimination to promoting equality: Canada's experience with anti-discrimination legislation
C. Ventura, 1995
- 7 G. Arbeitsmarkt-Diskriminierung gegenüber ausländischen Arbeitnehmern in Deutschland
A. Goldberg; D. Mourinho; U. Kulke, 1995
- 7 E. Labour market discrimination against foreign workers in Germany
A. Goldberg; D. Mourinho; U. Kulke, 1996
- 8 E. The integration of migrant workers in the labour market: Policies and their impact
W.R. Böhring; R. Zegers de Beijl, 1995

- 8 F. L'intégration des travailleurs migrants sur le marché du travail: Les politiques et leur impact
W.R. Böhning; R. Zegers de Beijl, 1996
- 9 S. La discriminación laboral a los trabajadores inmigrantes en España
Colectivo IOE: M.A. de Prada; W. Actis; C. Pereda, y R. Pérez Molina, 1995
- 9 E. Labour market discrimination against migrant workers in Spain
Colectivo IOE: M.A. de Prada; W. Actis; C. Pereda, y R. Pérez Molina, 1996
10. The jobs and effects of migrant workers in Northern America - Three essays
J. Samuel; P.L. Martin; J.E. Taylor, 1995
11. The jobs and effects of migrant workers in Italy - Three essays
L. Frey; R. Livraghi; A. Venturini; A. Righi; L. Tronti, 1996
12. Discrimination against racial/ethnic minorities in access to employment in the United States: Empirical findings from situation testing
M. Bendick, Jr., 1996
13. Employer des travailleurs étrangers: Manuel sur les politiques et les procédures plus particulièrement applicables aux pays à bas ou moyen revenus
W.R. Böhning, 1996
14. Protecting (im)migrants and ethnic minorities from discrimination in employment: Finnish and Swedish experiences
K. Vuori, with the assistance of R. Zegers de Beijl, 1996
- 15F. Les migrations en provenance du Maghreb et la pression migratoire: Situation actuelle et prévisions
D. Giubilaro, 1997
- 15E. Migration from the Maghreb and migration pressures: Current situation and future prospects
D. Giubilaro, 1997
16. The documentation and evaluation of anti-discrimination training activities in the Netherlands
J.P. Abell; A.E. Havelaar; M.M. Dankoor, 1997
17. Global nations. The impact of globalization on international migration
P. Stalker, 1997
18. Anti-discrimination training activities in Finland
K. Vuori, 1997
19. Emigration pressures and structural change. Case study of the Philippines
A. Saith, 1997
20. Emigration pressures and structural change. Case study of Indonesia
D. Nayyar, 1997
21. The evaluation of anti-discrimination training activities in the United Kingdom
P. Taylor; D. Powell; J. Wrench, 1997

22. Pratiques de formations antidiscriminatoires en Belgique
F. Castelain-Kinet; S. Bouquin; H. Delagrangé; T. Denutte, 1998
- 23E. Discrimination in access to employment on grounds of foreign origin: the case of Belgium
P. Arriijn; S. Feld; A. Nayer, 1998
- 23F. La discrimination à l'accès à l'emploi en raison de l'origine étrangère : le cas de la Belgique
P. Arriijn; S. Feld; A. Nayer, 1998
24. Labour immigration and integration in low- and middle-income countries: Towards an evaluation of the effectiveness of migration policies
J. Doomernik, 1998
25. Protecting migrants and ethnic minorities from discrimination in employment: the Danish experience
N.-E. Hansen, I. McClure, 1998
26. Illegal migration and employment in Russia
Eugene Krassinets, 1998
27. The effectiveness of integration policies towards immigrants and their descendants in France, Germany and The Netherlands
Jeroen Doomernik, 1998
28. Approche juridique de la discrimination à l'accès à l'emploi en Belgique en raison de l'origine étrangère
B. Smeesters, sous la direction de A. Nayer, 1999
29. The documentation and evaluation of anti-discrimination training in the United States
M. Bendick, Jr., M.L. Egan, S. Lofhjelm, 1999
30. Illegal labour migration and employment in Hungary
J. Juhász with contributions from M. Cosmeanu; I. Ramond; J. Gmitra, A. Bácskai, 1999
31. Foreign labour in Lithuania: Immigration, employment and illegal work
A. Sipaviciene, in cooperation with V. Kanopiene, 1999
32. Legal and illegal labour migration in the Czech Republic: Background and current trends
Milada Horáková, 2000
33. Migrant labour - An annotated bibliography
R. Chen; M. Madamba, 2000
34. Settlement and integration policies towards immigrants and their descendants in Sweden
Charles Westin, 2000
35. United States policies on admission of professional and technical workers: Objectives and outcomes
Philip Martin, Richard Chen and Mark Madamba, 2000
36. Employer sanctions: French, German and US experiences
Philip Martin and Mark Miller, 2000
37. Quotas d'immigration : l'expérience suisse
Etienne Piguet et Hans Mahnig, 2000

38. The effectiveness of employment equality policies in relation to immigrants and ethnic minorities in the UK
John Wrench and Tariq Modood, 2001
39. The Ambiguities of Emigration: Bulgaria since 1988
August Gächter, 2002
40. Migration for the Benefit of All: Towards a New Paradigm for Migrant Labour
Eric Weinstein, 2001
41. Migrants in Irregular Employment in the Mediterranean Countries of the European Union
Emilio Reynieri, 2001
42. From temporary guests to permanent settlers? A review of the German experience
Heinz Werner, 2001
43. From brain exchange to brain gain: Policy implications for the UK of recent trends in skilled migration from developing countries
Allan Findlay, 2002
44. Migration of highly skilled persons from developing countries: Impact and policy responses
B. Lindsay Lowell and Allan Findlay, 2002
45. Policy responses to the international mobility of skilled labour
B. Lindsay Lowell, 2002
46. Some developmental effects on the international migration of highly skilled persons
B. Lindsay Lowell, 2002
47. Women migrant domestic workers in Bahrain
Sabika al-Najjar, 2002
48. Women migrant domestic workers in Lebanon
Ray Jureidini, 2002
49. Skilled labour migration from developing countries: Study on India
Binod Khadria, 2002
50. Skilled labour migration from developing countries: Study on the Caribbean Region
Elizabeth Thomas-Hope, 2002
51. Skilled labour migration from developing countries: Study on the Philippines
Florian A. Albuero and Danilo I. Abella, 2002
52. Skilled labour migration from developing countries: Study on South and Southern Africa
Haroon Borhat, Jean-Baptiste Meyer and Cecil Mlatsheni, 2002
53. Situación de los trabajadores migrantes en América Central
Abelardo Morales Gamboa, 2002
- 54 S. La inmigración irregular subsahariana a través y hacia Marruecos
Lucile Barros, Mehdi Lahlou, Claire Escoffier, Pablo Pumares, Paolo Ruspini, 2002

- 54 F. L'immigration irrégulière subsaharienne à travers et vers le Maroc
Lucile Barros, Mehdi Lahlou, Claire Escoffier, Pablo Pumares, Paolo Ruspini, 2002
55. Skilled Labour Migration from Developing Countries: Annotated Bibliography
Allan M. Findlay and Emma Stewart, 2002
56. Skilled labour migration from developing countries: Annotated Bibliography on Economic Analysis, Impact and Policy Issues
B. Lindsay Lowell, 2002
57. Asian Labour Migration: Issues and Challenges in an Era of Globalization
Piyasiri Wickramasekera, 2002
58. Skilled labour migration from developing countries: Study on Argentina and Uruguay
Adela Pellegrino, 2002
- 58S Migración de mano de obra calificada desde Argentina y Uruguay
Adela Pellegrino, 2003
59. Remesas de mexicanos en el exterior y su vinculación con el desarrollo económico, social y cultural de sus comunidades de origen
Mario López Espinosa, 2002
60. Migraciones laborales en Sudamérica: la Comunidad Andina
Ponciano Torales, M. Estela González, Nora Pérez Vichich