Penser et définir l'esclavage

Marie-Xavière Catto

Édition électronique

URL : <https://journals.openedition.org/crdf/5221>

DOI : 10.4000/crdf.5221

ISSN : 2264-1246

Éditeur

Presses universitaires de Caen

Édition imprimée

Date de publication : 1 novembre 2012

Pagination : 11-17

ISSN : 1634-8842

Référence électronique

Marie-Xavière Catto, « Penser et définir l'esclavage », *Cahiers de la recherche sur les droits fondamentaux* [En ligne], 10 | 2012, mis en ligne le 01 décembre 2013, consulté le 15 novembre 2022. URL : <http://journals.openedition.org/crdf/5221> ; DOI : <https://doi.org/10.4000/crdf.5221>

Penser et définir l'esclavage

Marie-Xavière CATTO

ATER en droit public à l'Université de Paris-Ouest Nanterre – La Défense

-
- I. Identifier les attributs du droit de propriété
 - II. Distinguer l'esclavage des notions qui lui sont associées
 - A. La vulnérabilité de la victime
 - B. Le type d'activité
 - C. La traite enfin

Il peut paraître surprenant et polémique de parler d'esclavage en droit aujourd'hui.

Surprenant au premier égard, dans la mesure où si nous héritons de deux régimes juridiques qui ont organisé l'esclavage, l'Antiquité romaine et l'Ancien Régime, notre système actuel est ancré dans un troisième héritage, qui ne devrait rien aux deux précédents, celui de la Révolution française. La première, puis la seconde abolition de l'esclavage en sont régulièrement analysées comme les fruits, et l'Angleterre et la France ont été les principaux instigateurs de l'entreprise tendant à son abolition sur le plan international. Tous les pays, les uns après les autres, ont aboli ce statut, même si des vestiges de

cette institution sont encore constatables et certaines recrudescences du phénomène constatées¹. Pourquoi dès lors parler d'esclavage ici et maintenant, en France et en Europe, quand le régime juridique qui l'organisait n'existe plus ?

Polémique donc, dans un second temps, parce qu'en parler, non pas dans la perspective de connaître l'histoire des errements de l'humanité mais pour la pertinence de l'étude du passé pour notre présent, relèverait d'une franche ignorance symptomatique d'un manque de rigueur au mieux, d'un présupposé méthodologique hautement discutable au pire, selon lequel l'esclavage ne serait pas qu'un régime juridique².

1. La France a par exemple aboli l'esclavage en Mauritanie en 1905. La Constitution de 1960 n'y fait pas référence, tous semblaient le croire aboli lorsque la République islamique de Mauritanie a déclaré qu'elle avait aboli l'esclavage en juin 1980. Vingt ans plus tard néanmoins, certains remettent en cause l'idée que la situation actuelle soit seulement un « vestige » de l'esclavage passé : il s'agirait plutôt de la permanence de l'esclavage lui-même. Le pays est régulièrement cité tant dans les rapports que par la doctrine ; voir BIT, *Une alliance mondiale contre le travail forcé*, Conférence internationale du travail, 93^e session, 2005, Rapport I (B), § 201 ; BIT, *Rapport de la commission d'experts pour l'application des conventions et recommandations, Application des normes internationales du travail*, 97^e session, 2008 (I), Rapport III (partie 1A), p. 245 ; J.-J. Sueur, R. Charvin, *Droits de l'homme et libertés de la personne*, 4^e éd., Paris, Litec, 2002, p. 2, n. 3 ; M. Ferro, « Autour de la traite et de l'esclavage », in *Le livre noir du colonialisme. XVI-XXI^e siècle : de l'extermination à la repentance*, Paris, R. Laffont, 2003, p. 105 ; ou pour un constat dans les faits, D. Torrès, *Esclaves : 200 millions d'esclaves aujourd'hui*, Paris, Phébus, 1996, p. 115-119. D'autres pays semblent connaître l'esclavage dans sa forme « classique » (Niger, Soudan, l'île de Sumba en Indonésie...) : voir S. Miers, *Slavery in the Twentieth Century: The Evolution of a Global Problem*, Walnut Creek, AltaMira Press, 2003, p. 418-423 ; voir aussi Assemblée nationale, *Rapport n° 3459 de la mission d'information commune sur les diverses formes de l'esclavage moderne*, C. Lazerges, A. Vidalies (dir.), 2001, qui fait état de marchés aux femmes (de femmes vendues sur des marchés selon différents critères de fixation de prix), en Albanie et ailleurs (p. 29, p. 38-40).
2. Pour un certain nombre d'auteurs, l'esclavage est un régime juridique et il n'est que cela. Ainsi, « il faut refuser cette confusion entre le statut légal de l'esclave (qui est juridiquement la propriété d'autrui) et la misère d'une personne légalement libre – une confusion qui fait fi de toute rigueur intellectuelle » (J. Andreau, R. Descat, *Esclave en Grèce et à Rome*, Paris, Hachette Littératures, 2006, p. 7). Pour A. Testart, « ce n'est pas ce que le maître *en fait* [qui définit l'esclave], c'est qu'il *puisse* en faire ce qu'il veut » (A. Testart, « L'esclavage comme institution », *L'Homme*, vol. 38, n° 145, 1998, p. 32 (souligné dans le texte)). Quand bien même l'esclavage ne serait qu'un statut (ce qui revient à nier le fait qu'un individu puisse être actuellement propriétaire d'un sac de drogue, car sa propriété n'est pas reconnue par le droit, ce qui ne l'empêche pas semble-t-il de

Il nous semble néanmoins que l'actualité de la question et les instrumentalisation qui sont faites de la notion sur le plan politique justifient que les juristes s'en emparent tant pour tenter d'éclairer le type de pouvoirs recouverts par la définition juridique du terme (I), que pour distinguer l'esclavage des notions avec lesquelles il est presque toujours lié et qui, nous semble-t-il, empêchent de le penser (II).

I. Identifier les attributs du droit de propriété

La définition du terme donne lieu à de vifs débats chez les historiens de l'Antiquité comme chez spécialistes du Moyen Âge, puisque c'est de la survivance ou non de cette institution que découlera la datation du passage à « la féodalité »³. Mais les débats ne sont pas moins passionnés en anthropologie, discipline au sein de laquelle la querelle des critères semble vive⁴.

En droit, c'est la Convention de 1926 qui l'a défini : l'esclavage est ainsi « l'état ou la condition d'un individu sur lequel s'exercent les attributs du droit de propriété ou certains d'entre eux »⁵. Le sens à conférer à ces termes est d'autant plus important que, par la suite, nombre de textes feront référence à cette définition sans la préciser plus avant⁶. Le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie (TPIY), la Cour européenne des Droits de l'homme (CEDH) et le droit interne proposent également leurs définitions. Dans l'affaire *Kunarac, Kovac et Vukovic*⁷, la chambre de première instance part de la notion en droit coutumier (la définition de 1926) et suggère

une définition extensive qui permettrait de comprendre les formes « contemporaines » d'esclavage. De son côté, la CEDH a à l'inverse très strictement interprété la notion, avançant que « bien que la requérante ait été, dans le cas d'espèce, clairement privée de son libre arbitre, il ne ressort pas du dossier qu'elle ait été tenue en esclavage au sens propre, c'est-à-dire que les époux B. aient exercé sur elle, juridiquement, un véritable droit de propriété, la réduisant à l'état d'"objet" »⁸. En droit interne, l'article L. 212-1 du Code pénal reconnaît l'esclavage en tant que crime contre l'humanité. On ne peut réduire une personne en esclavage au sens de cet article. Les comportements qui en relèvent pourraient néanmoins être incriminés via d'autres infractions, notamment les articles L. 225-13 et 225-14 du Code pénal réprimant les conditions de travail et d'hébergement contraires à la dignité humaine. Il faudrait alors nécessairement conclure que ces articles englobent l'esclavage et la servitude. Mais l'incompatibilité avec la jurisprudence de la CEDH demeure, car la Cour avait estimé que les autres infractions n'étaient pas subsumées mais distinctes : ces infractions « ne visent pas spécifiquement les droits garantis par l'article 4 de la Convention, mais concernent, *de manière beaucoup plus restrictive*, l'exploitation par le travail et la soumission à des conditions de travail ou d'hébergement incompatibles avec la dignité humaine »⁹.

Si l'élargissement de la définition de l'esclavage est régulièrement critiqué, car saisir le sens et la portée d'un concept est bien la condition pour le rendre opératoire¹⁰, la décision rendue par la CEDH dans l'affaire *Siliadin* ne l'a pas moins été, car si la reconnaissance par le droit

le vendre), le problème de la déclinaison des droits compris dans ce statut demeure. Ainsi A. Testart rejette ce seul critère, incomplet, car « ce ne sont pas non plus les conditions juridiques qui permettent de définir l'esclavage : d'une société à l'autre, ces conditions sont très variables » (A. Testart, « Pourquoi la condition de l'esclave s'améliore-t-elle en régime despotique ? », *Revue française de sociologie*, vol. 39, n° 1, 1998, p. 10). De fait, les droits exercés dans les différents systèmes dits esclavagistes, ou qui qualifient tel l'esclave, ne sont pas toujours identiques. Il faut donc nécessairement conférer un contenu matériel à ce statut.

3. D'importants débats historiographiques perdurent quant à la datation du passage de l'esclavage au servage en Europe, question intrinsèquement liée à l'histoire des rapports de domination. Pour une présentation des débats, voir C. Lauranson-Rosaz, « Le débat sur la "mutation féodale" : état de la question », hd.facdedroit-lyon.com/debat_MF.pdf.
4. Pour prendre ce seul exemple, dans deux ouvrages de référence : pour Messailloux, c'est le *mode de reproduction* qui distingue l'esclavage du servage (lequel conditionne leur statut) : « les serfs ne s'achètent pas sur le marché, ils se reproduisent par croît démographique » (C. Messailloux, *Anthropologie de l'esclavage*, Paris, PUF (Quadrige), 1998, p. 90) quand Patterson fait de la reproduction interne la source essentielle de l'institution : « *in all societies where the institution acquired more than marginal significance and persisted for more than a couple of generations, birth became the single most important source of slaves* » (O. Patterson, *Slavery and Social Death. A Comparative Study*, Cambridge, Harvard University Press, 1982, p. 132).
5. Convention relative à l'esclavage, signée à Genève, le 25 septembre 1926, art. 1 al. 1.
6. Ainsi en est-il de la Convention qui complètera celle de 1926, en 1956 ; de l'article 7 (2) (c) du Statut de Rome de la Cour pénale internationale, etc.
7. TPIY, affaire n° IT-96-23-T & IT-96-23/1-T, arrêt de la chambre de première instance du 22 février 2001, § 539-541, p. 180.
8. CEDH, *Siliadin c. France*, 26 juillet 2005, n° 73316/01, § 122.
9. *Ibid.*, § 142 (nous soulignons).
10. S. Miers notamment, dans un ouvrage consacré à l'histoire de l'esclavage devant la SDN et l'ONU, est très critique par rapport à l'élargissement continu de la définition, ou sa tentative par un certain nombre d'États, jusqu'à y inclure l'apartheid et le colonialisme (S. Miers, *Slavery in the Twentieth Century*..., p. 367), qui a conduit notamment certains acteurs du groupe à l'ONU à proposer de penser l'esclavage non plus en terme de propriété mais de contrôle. De là, la Fédération abolitionniste internationale propose de considérer l'excision comme de l'esclavage (perte de contrôle sur son corps), d'autres les prélèvements d'organes, les ventes de fœtus, les sectes... d'où la conclusion de S. Miers : « *Slavery was now a "catchall" term synonymous with extreme deprivation and exploitation* » (p. 417). E. Decaux souligne cette tension dès son introduction : « il y a une contradiction permanente entre la démarche par approximations successives visant "l'esclavage sous toutes ses formes", mais tout aussi bien "les pratiques et institutions analogues" [...] et l'approche pénale qui implique une définition précise des incriminations » (E. Decaux, « Les formes contemporaines de l'esclavage », in *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, Leyde – Boston, Martinus Nijhoff, 2009, t. 336, p. 17 ; voir aussi p. 66-69, p. 132).

de telle ou telle pratique a une influence sur celle-ci, il n'est pas moins vrai qu'elle puisse exister en dehors de lui : ainsi Georgina Vaz Cabral remarque que « si les personnes soumises à ces pratiques ne sont pas réduites à l'état d'« objets » d'un point de vue juridique, elles sont traitées comme tels »¹¹. Par ailleurs, limiter les rapports de pouvoir qui se jouent dans l'esclavage à sa reconnaissance juridique rend inadéquat un tel usage pour qualifier, par exemple, la condition des Indiens à qui l'administration ni personne n'a dit, après l'abolition de l'esclavage dans les Indes britanniques, qu'ils étaient libres, et qui sont de ce fait restés soumis à leur maître parce qu'ils ne le savaient pas¹². Comment préciser les critères pour qu'ils puissent, certains nécessairement, d'autres accessoirement, qualifier ce type de rapport de pouvoir ?

Les travaux de recherche récents relatifs à l'élaboration des Conventions de 1926 et 1956 ont mis en lumière qu'il ne s'agissait pas, dans les deux textes, d'incriminer un seul régime juridique mais précisément d'essayer de saisir un rapport qui pouvait échapper au droit. C'est la raison pour laquelle les conventions font référence aux *pouvoirs* attachés au droit de propriété et non à ce *droit*, à la *condition* ou au *statut* des individus et non à leur seul *statut*¹³. Si nous savons que l'esclavage est, en droit, le statut ou la condition de celui sur lequel s'exercent les attributs du droit de propriété, nous ne savons pas *quels* sont ces attributs. Six critères ressortent des travaux préparatoires, mais eux-mêmes sont suffisamment généraux pour ne pas nous permettre de savoir quand, précisément, une situation relève « de l'esclavage » au sens des Conventions de 1926 et 1956 :

- 1 - L'individu de condition servile peut faire l'objet d'un achat ;
- 2 - Le maître peut user de l'individu de condition servile, notamment de sa capacité de travail, d'une manière absolue, sans autres restrictions que celles qui pourraient être expressément prévues par la loi ;
- 3 - Le produit du travail de l'individu de condition servile devient la propriété du maître sans aucune rémunération proportionnée à la valeur de ce travail ;

4 - La propriété de l'individu de condition servile peut être cédée à un tiers ;

5 - La condition servile est permanente, c'est-à-dire qu'il ne peut y être mis fin par la volonté de l'individu qui y est soumis ;

6 - La condition servile est transmise ipso facto aux descendants de l'individu qui y est compris¹⁴.

La Convention supplémentaire de 1956 insiste sur les « pratiques et institutions analogues à l'esclavage », condamnant la servitude pour dettes, le servage, le mariage forcé et l'exploitation des enfants, que ces pratiques impliquent ou non l'exercice des pouvoirs attachés au droit de propriété tels qu'ils ont été précédemment déclinés. La question qui se pose alors est de savoir si et quand ces « institutions et pratiques » n'impliqueraient pas de tels pouvoirs, ce qui nous permettrait de délimiter l'espace de la servitude. Comme le remarque Emmanuel Decaux, « l'idée que la "protection contre la pratique de l'esclavage" est une norme de *jus cogens* ne semble contestée par personne, mais ce qui est plus difficile à cerner est le contenu, ou plus précisément le champ de cette norme »¹⁵.

Qualifier, élaborer des critères nous permettant de saisir un type particulier de rapport de pouvoir, c'est semble-t-il l'enjeu de tous les travaux produits sur l'esclavage ces derniers temps. Surprenant et polémique, le sujet de l'esclavage n'en est pas moins un sujet d'actualité. Ses manifestations contemporaines, multiples, sont par ailleurs presque toujours associées à d'autres éléments qui n'entretiennent avec l'esclavage aucun rapport nécessaire.

II. Distinguer l'esclavage des notions qui lui sont associées

Nombre d'images et de termes viennent à l'esprit à l'évocation de l'esclavage (racisme, atteinte à la dignité, exploitation des corps, réification, domination, etc.). Il nous semble possible de rassembler en trois types de

11. G. Vaz Cabral, *La traite des êtres humains. Réalités de l'esclavage contemporain*, Paris, La Découverte, 2006, p. 88 (commentant l'arrêt *Siliadin*).
12. En Inde, les Britanniques n'ont pas condamné l'esclavage mais supprimé sa reconnaissance juridique. Les anciens esclaves pouvaient donc partir sans être rapportés à la maison. Mais pour éviter les troubles et ne pas indemniser les maîtres, il n'y eut aucune obligation, pour quiconque, de les prévenir qu'ils étaient libres et pouvaient partir, ce qui permit au système de se maintenir quelque temps (voir S. Miers, *Slavery in the Twentieth Century*..., p. 30-31).
13. Selon la Convention elle-même, l'esclavage n'est pas une situation de droit. J. Allain souligne deux principaux éléments à l'appui de sa démonstration. D'une part, l'esclavage est défini comme « le statut ou la condition » d'une personne. À l'origine des travaux de la Convention, la définition était uniquement statutaire (dans le British Draft Protocol de 1925, cité par J. Allain, *The Slavery Conventions: The Travaux Préparatoires of the 1926 League of Nations Convention and the 1956 United Nations Convention*, Leyde – Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2008, p. 51) mais elle a été modifiée pour inclure « la condition », or le statut désigne une réalité juridique et la condition une réalité sociale (voir J. Allain, « The Definition of Slavery in International Law », *Howard Law Journal*, vol. 52, 2009, p. 12 ; *The Slavery Conventions*..., p. 221). D'autre part, l'esclavage désigne le statut ou la condition d'une personne sur laquelle sont exercés « les attributs du droit de propriété ou certains d'entre eux ». Il ne s'agit pas d'incriminer le droit de propriété mais l'exercice de ses attributs (voir J. Allain, « The Definition of Slavery... », p. 11 ; *The Slavery Conventions*..., p. 9 ; M. Cavallo, « Formes contemporaines d'esclavage, servitude et travail forcé : le TPIY et la CEDH entre passé et avenir », *Droits fondamentaux*, n° 6, janvier-décembre 2006, p. 9, p. 13).
14. UN Economic and Social Council, *Report of the Secretary-General on Slavery, the Slave Trade, and Other Forms of Servitude*, UN Doc. E/2357, 27 janvier 1953, p. 28, n. 1 ; traduit dans E. Decaux, « Les formes contemporaines de l'esclavage », p. 137-138. La version anglaise est citée dans J. Allain, *The Slavery Conventions*..., p. 497.
15. E. Decaux, « Les formes contemporaines de l'esclavage », p. 131.

difficultés les notions connexes qui brouillent juridiquement la possibilité de le penser et de le combattre : le caractère des personnes réduites en esclavage et leur vulnérabilité, d'une part ; leur exploitation perçue moins à travers les conditions d'exercice que dans des types d'activités, ensuite ; l'autonomisation de l'infraction de traite par rapport à l'esclavage, enfin.

A. La vulnérabilité de la victime

L'esclavage est aujourd'hui souvent pensé par le biais de « catégories de personnes » alors que cette problématique ne lui est pas intrinsèquement liée. Il n'est pas possible de distinguer à Rome les citoyens romains de leurs esclaves masculins : aucun critère physique ne le permet. Si l'hypothèse d'un racisme antique a été avancée, et que le lien a été fait avec la condition d'esclave¹⁶, l'inscription dans le corps du statut d'esclave est triplement contredite. D'abord parce que les étrangers réduits en esclavage ne

sont pas physiquement distincts des Romains. Ensuite parce que ces derniers peuvent tomber en esclavage dans leur propre cité¹⁷ d'où la multitude de contentieux relatifs à la condition d'individus pris pour esclaves, ou ne sachant pas s'ils le sont¹⁸. Enfin parce que les sentiments à l'égard des étrangers n'impliquent pas des attitudes univoques de rejet ou de soumission¹⁹. Si l'invention du racisme peut être datée de l'époque du Code noir²⁰, qu'il semble donc qu'un lien unisse la réapparition de l'esclavage et la construction de l'idée de race au sens moderne du terme, ces liens n'ont jamais été, même durant le Code noir, totalement coextensifs dans l'esprit des acteurs : il y eut, durant toute la durée de son application, des racistes non esclavagistes et des esclavagistes non racistes²¹. Les trois notions (vulnérabilité, construction d'une altérité, esclavage) n'entretiennent nullement des rapports nécessaires. Aujourd'hui encore, racisme et esclavage sont dissociés²².

Néanmoins, la vulnérabilité « de la victime » (fondée sur l'âge, l'état physique, le sexe ou l'extranéité) est l'un

16. H. Lévy-Bruhl a pu suggérer que non seulement seuls les étrangers sont esclaves, à Rome, mais que par ailleurs tout étranger qui n'est ni uni à Rome par un traité, ni uni par une « communauté d'origine », « comme des frère[s] de race », est esclave, ce qui confère à l'esclavage « un caractère ethnique et par là même indélébile » (H. Lévy-Bruhl, « Esquisse d'une théorie sociologique de l'esclavage à Rome », *Revue générale du droit, de la législation et de la jurisprudence en France et à l'étranger*, vol. 55, 1931, p. 1, 7, 8 et 9). L'affirmation selon laquelle il existerait un racisme antique lié à l'esclavage est fréquente : voir, pour la Grèce, J. Andreau, R. Descat, *Esclave en Grèce et à Rome*, p. 210-211, ou encore, pour l'Antiquité, C. Delacampagne, dont l'objet de son ouvrage (*L'invention du racisme. Antiquité et Moyen Âge*, Paris, Fayard, 1983) est de réfuter la thèse d'un racisme dont la naissance remonterait à un texte de F. Bernier publié en 1684 (cit. p. 37) pour au contraire, via le truchement de la représentation du monstre (p. 59), faire remonter la réalité du racisme bien avant l'invention des termes.
17. Voir M. Humbert, *Institutions politiques et sociales de l'Antiquité*, 9^e éd., Paris, Dalloz, 2007, p. 19 ; J.-C. Dumont, *Servus. Rome et l'esclavage sous la République*, Rome, École française de Rome, 1987, p. 93.
18. Voir P. Veyne, « Droit romain et société : les hommes libres qui passent pour esclaves et l'esclavage volontaire », in *La société romaine*, Paris, Seuil, 2001, p. 248 ; M. Morabito, *Les réalités de l'esclavage d'après le "Digeste"*, Paris, Les Belles Lettres (Annales littéraires de l'Université de Besançon ; 254. Centre de recherches d'histoire ancienne ; 39), 1981, p. 51-52, p. 66-70.
19. Nombre de spécialistes refusent de parler de racisme dans l'Antiquité. S'intéressant spécifiquement à ce problème, J.-J. Aubert relève que l'Antiquité n'est pas exempte de préjugés à l'égard des Noirs (« La pertinence de la négritude : Moïse l'Éthiopien », in *Histoire et herméneutique : mélanges pour Gottfried Hamann*, M. Rose (dir.), Genève, Labor et Fides, 2002, p. 4 et 11), mais ceux-ci ne semblent pas permettre de parler de racisme, si l'on entend ainsi une construction biologique attachant à des traits caractéristiques des valeurs morales (ce qui semble être déjà le cas dans l'Antiquité, mais non toujours le cas), valeurs inférieures (ce qui n'était pas le cas), conduisant à une attitude collective de rejet ou de soumission (non plus). Sur ce point, voir J.-J. Aubert, « L'insignifiance de la négritude : Maurice le Maure », in *Saint Maurice et la légion thébaine* (Actes du colloque international de Fribourg, Saint-Maurice, Martigny, 17-20 septembre 2003), O. Wermelinger et al. (dir.), Fribourg, Academic press Fribourg (Paradosis ; 49), 2005, p. 4 ; J.-J. Aubert, « Du Noir en noir et blanc : éloge de la dispersion », *Museum Helveticum*, n° 56, 1999, p. 18. Ces articles sont accessibles en ligne (les pages indiquées faisant référence à ces versions) : <http://meta.seals.ch/search?f=author&p=Aubert%2C%20Jean-Jacques&ln=fr>.
20. Pour tenter de dater l'apparition du racisme, il faut d'abord s'accorder sur une définition. Sur ce point, nous suivrons ici la définition de P. Van den Berghe selon lequel « le racisme consiste en n'importe quel ensemble de croyances selon lequel des différences organiques (réelles ou imaginées) entre les groupes humains, transmises génétiquement, sont intrinsèquement associées à la présence ou à l'absence de certaines capacités ou caractéristiques socialement pertinentes que donc ces différences forment une base légitime pour des distinctions odieuses entre des groupes socialement définis en tant que races » (cit. par P.-H. Boulle, *Race et esclavage dans la France de l'Ancien Régime*, Paris, Perrin, 2007, p. 60). La définition de C. Guillaumin est proche, les races étant des « catégories institutionnelles revêtues de la marque biologique » se perpétuant par génération (C. Guillaumin, *L'idéologie raciste : genèse et langage actuel*, Paris, Gallimard (Folio essais), 2002, p. 12). Quant à son apparition, C. Guillaumin en fait une invention du XIX^e siècle (p. 15, 19, 27-31...). P.-H. Boulle reconnaît la naissance de cette conception dans l'article de F. Bernier de 1684, texte semble-t-il sans influence mais qui traduit bien cette nouvelle construction (voir P.-H. Boulle, *Race et esclavage...*, p. 47-58). Même renvoi chez E. Dorlin, *La matrice de la race : généalogie sexuelle et coloniale de la nation française*, Paris, La Découverte, 2006, p. 210. De son côté, P.-A. Taguieff souligne également l'importance de ce texte de F. Bernier mais constate que l'on n'y trouve « ni l'affirmation de la supériorité absolue des Européens, ni celle de la beauté supérieure de la "race blanche" (thèse qui sera énoncée comme une évidence par la plupart des naturalistes et des anthropologues à partir de la fin du XVIII^e siècle) » (P.-A. Taguieff, *La couleur et le sang. Doctrines racistes à la française*, Paris, Mille et une nuits, 1998, p. 18). Quant au lien entre le racisme et l'esclavage, C. Messailloux comme O. Pétré-Grenouilleau font du racisme sa conséquence, et non l'inverse (C. Messailloux, *Anthropologie de l'esclavage*, p. 76 ; O. Pétré-Grenouilleau, *Les traites négrières. Essai d'histoire globale*, Paris, Gallimard (Bibliothèque des histoires), 2004, p. 17, p. 31).
21. Voir L. Sala-Molins, *Le Code noir ou le calvaire de Canaan*, 3^e éd., Paris, PUF, 2005, p. 49.
22. Ses formes contemporaines touchent tous les continents : globalisé, « cet esclavage n'est [...] plus motivé par la discrimination raciale » (F. Vergès, *Abolir l'esclavage : une utopie coloniale. Les ambiguïtés d'une politique humanitaire*, Paris, A. Michel, 2001, p. 82).

des critères généralement mis en avant dans les discours politiques et juridiques. Cette perspective lie l'esclavage, la vulnérabilité et la production de distinctions entre des groupes humains et risque de produire des confusions. Notamment la croyance qu'il existerait des « populations vulnérables » ou encore que la vulnérabilité serait celle de la victime. Une telle logique efface ainsi la dimension politique de la construction, qui elle-même traduit un rapport de pouvoir. Or cette construction, qui n'est pas de l'esclavage, devrait en être distinguée, car si la vulnérabilité est elle-même le fruit d'un rapport de pouvoir (que ces personnes, loin d'être intrinsèquement vulnérables, sont uniquement *rendues* telles – lorsqu'elles le sont), peut-être est-il possible de penser la spécificité de ces rapports, à chaque fois, pour chacune des constructions identitaires (qui n'impliquent pas les mêmes caractéristiques) pour abandonner les « catégories de personnes »²³. Cela permettrait de distinguer ce qui ressort de la production d'une altérité, ce qui produit de la vulnérabilité, et les types de pouvoirs qui s'exercent dans une relation d'esclavage.

En outre, ces discours et pratiques, en inscrivant dans les corps le fondement des rapports de pouvoir, ont naturalisé des aptitudes, goûts ou compétences. De telles représentations ont des conséquences sur la manière dont l'esclavage est pensé et sur le type d'activité imposé.

B. Le type d'activité

À Rome, les esclaves physiquement semblables aux citoyens n'ont pas été assignés à un type particulier d'emploi. L'esclavage romain revêt effectivement l'aspect d'un rapport « purement formel », ainsi « ce n'est pas ce que le maître *en fait* [qui définit l'esclave], c'est qu'il *puisse* en faire ce qu'il veut »²⁴. Par conséquent, l'esclave à Rome peut incarner tout type de rôle social. Les esclaves, parfois détenteurs d'un pécule composé de maisons, d'esclaves ou d'argent²⁵, « fournissent les ouvriers, les contremaîtres et très souvent les architectes »²⁶ quand ils ne sont pas banquiers²⁷, cuisiniers, pédagogues, hommes à tout faire, comédiens²⁸ ou préposés par leurs maîtres « à des commandements de navires, à la direction d'importantes industries »²⁹. L'esclave, « simple bien parmi les *res corporales* »³⁰, intervenait, de fait, sur la scène juridique³¹. Les choses semblent changer avec la racialisation des rapports. L'esclave ne semble plus pensé comme un individu « comme moi » dont il est possible de faire n'importe quoi au sens de « tout ce que je veux », mais il est pensé comme individu inférieur duquel je peux faire n'importe quoi, au sens de négatif de « ce dont personne ne veut » ou « ce que personne ne supporterait ». De fait, le panel des professions n'est plus le même et le *degré* d'exploitation semble changer de nature³². L'exploitation est conçue sur la base d'aptitudes distinctes (qui découlent

23. Il semble que la situation des étrangers en situation irrégulière permette d'exemplifier cette logique. Ainsi X. Lagarde souligne bien qu'en ce domaine « le droit lui-même peut susciter de la vulnérabilité », ce qui est « peu discutable pour l'étranger en situation irrégulière qui, ainsi fragilisé, est alors exposé à une exploitation abusive du fait d'employeurs ou de propriétaires peu scrupuleux » (*Rapport 2009 de la Cour de cassation*, Paris, La documentation française, 2010, p. 62). Cela explique alors la jurisprudence de la Cour de cassation qui déduit de la situation irrégulière la dépendance et donc la vulnérabilité (Cass. crim., 11 février 1998, *Bulletin criminel*, n° 53, 1998). Leur besoin en protection justifierait alors de leur ôter toute liberté contractuelle pour les protéger de l'exploitation. La réponse est néanmoins peu convaincante : il serait possible d'éviter l'exploitation de ces personnes vulnérables en cessant de les produire telles, c'est-à-dire en leur donnant des papiers (leur permettant de travailler dans la légalité et ainsi d'être protégées comme les autres travailleurs).
24. A. Testart, « L'esclavage comme institution », p. 32 (souligné dans le texte). J. Andreau et R. Descat font également de la flexibilité l'un des avantages de l'esclavage (*Esclave en Grèce et à Rome*, p. 149).
25. Ils pouvaient par exemple vendre, louer des biens, avoir eux-mêmes des esclaves (les *vicarii*) et les louer à des tiers ; voir M. Morabito, *Les réalités de l'esclavage...*, p. 111-112. La structure fonctionne à étages : « Si l'on en croit le Digeste, il est fréquent qu'un esclave ait plusieurs *vicarii*. Ceux-ci peuvent même avoir leur pécule, distinct de celui de l'*ordinarius*. Dans ce pécule peuvent également se trouver des esclaves : des *vicarii* de *vicarii* ». Et Morabito relève que « Pompinus traite d'un esclave qui prostitue les *ancillae* qui sont dans son pécule ».
26. M. Humbert, *Institutions politiques et sociales de l'Antiquité*, p. 15.
27. Voir J. Andreau, R. Descat, *Esclave en Grèce et à Rome*, p. 128 ; J. Andreau, *La banque et les affaires dans le monde romain, IV^e siècle av. J.-C. - III^e siècle ap. J.-C.*, Paris, Seuil, 2001, p. 126-131.
28. M. Morabito consacre de longues pages à la description des postes occupés par les esclaves, et il distingue les fonctions d'exécutions (rurales ou urbaines) des fonctions de prestige (fonctions intellectuelles, fonctions d'amusement du maître, de commandement ou de santé) dans *Les réalités de l'esclavage...*, p. 79-99.
29. P. F. Girard, *Manuel élémentaire de droit romain* [Paris, A. Rousseau, 1929], Paris, Dalloz, 2003, p. 108. Voir aussi J.-P. Baud, *L'affaire de la main volée*, Paris, Seuil, 1993, p. 81-83 ; G. Minaud, « La valeur de l'esclave à Rome, du droit civil au droit comptable », *Revue de la recherche juridique*, n° 4, 2007, p. 2034 et p. 2041-2042 ; P. Jaubert, « Le Code noir et le droit romain », in *Histoire du droit social : mélanges en hommage à Jean Imbert*, J.-L. Harouel (dir.), Paris, PUF, 1989, p. 326-327.
30. G. Minaud, « La valeur de l'esclave à Rome... », p. 2035.
31. « On voit intervenir l'esclave en matière de vente, de louage, de société, de mandat, de dépôt, de gage, de commodat, de donation, et surtout de stipulation » (M. Morabito, *Les réalités de l'esclavage...*, p. 206).
32. L'exploitation des Noirs dans les plantations a sans doute été « pire, peut-être de beaucoup », que celle « des esclaves de l'Antiquité employés dans l'agriculture ou dans l'élevage » (I. Biezunska-Malowist, M. Malowist « L'esclavage antique et moderne. Les possibilités de recherches comparées », in *Mélanges Pierre Lévêque*, t. 2, *Anthropologie et société*, M.-M. Mactoux, É. Geny (dir.), Besançon, Université de Besançon et Paris, Les Belles Lettres, 1989, p. 26).

de caractéristiques corporelles), ce qui lui confère une dimension matérielle et non plus simplement formelle. L'esclavage tend alors à n'être plus un pouvoir exercé dans toute sa latitude mais à se traduire dans telle ou telle profession ou activité (perçue comme dégradante) à la limite indépendamment de ses conditions d'exercice.

C. La traite enfin

La traite visée n'est plus celle « des esclaves » mais la traite « des êtres humains » (initialement dite telle pour incriminer la traite des blanches). La traite des esclaves se caractérisait par le vol ou l'achat puis l'exportation d'un bien meuble³³. Le concept est historiquement lié,

lorsqu'il n'est pas question de la traite des esclaves³⁴, à la prostitution³⁵ et désignera longtemps non plus le pillage d'individus à l'étranger mais tout individu qui migre et se prostitue, que la personne ait souhaité ou non immigrer, ce qui permettra aux États, de rapatrier « d'indésirables victimes », pour le dire avec les termes de Jean-Michel Chaumont³⁶. Le flou juridique autour de la notion est régulièrement dénoncé, à cause de la confusion initiale entre traite des esclaves et proxénétisme³⁷ ou parce que « la seule expression "traite des êtres humains" est couramment employée pour désigner à la fois les faits de traite, au sens strict, et les actes qualifiés d'exploitation »³⁸. La définition de la traite dans le Protocole de Palerme élargit l'incrimination³⁹, distincte du trafic de migrants défini dans le Protocole additionnel contre le trafic illicite de migrants par

33. « Dans la traite il n'y a pas de convention – si fictive fût-elle – entre un homme et un homme : il y a appropriation d'un bien meuble par un propriétaire » (L. Sala-Molins, *Le Code noir...*, p. 242). Cette dimension est encore rappelée par les Nations unies : « la traite transatlantique des esclaves, qui a eu lieu entre le XV^e et la fin du XIX^e siècles, s'est traduite par le transport, *contre leur gré*, de millions d'Africains, originaires de l'Afrique de l'Ouest pour la plupart, vers les Amériques où ils ont permis d'enrichir les puissances impériales de l'époque » (Assemblée générale, 20 novembre 2006, A/61/L.28, http://portal.unesco.org/culture/fr/files/32897/11854400231a_31_l28_fr.pdf/a_31_l28_fr.pdf, p. 2 (nous soulignons)). Pour un récit des faits, voir l'histoire de Cugoano qui, à la fin du XVIII^e, explique son enlèvement (O. Cugoano, *Réflexions sur la traite et l'esclavage des nègres* [Paris, J.-F. Royer, 1788], Paris, Zones, 2009, p. 32 (préf. d'E. Dorlin)).
34. La traite a été définie par l'article 1 alinéa 2 de la Convention de 1926 comme « tout acte de capture, d'acquisition ou de cession d'un individu en vue de la réduire en esclavage ; tout acte d'acquisition d'un esclave en vue de le vendre ou de l'échanger ; tout acte de cession par vente ou échange d'un esclave acquis en vue d'être vendu ou échangé, ainsi que, en général, tout acte de commerce ou de transport d'esclaves ». La définition de 1926 est reprise presque mot pour mot dans la Convention de 1956, article 7c.
35. À propos de la Convention de 1904, G. Vaz Cabral constate : « l'"arrangement" avait pour motivation première la sauvegarde de la chasteté des femmes blanches [...] La volonté d'élargissement de la coopération pour combattre la traite des femmes a conduit à l'élaboration de nombreuses conventions internationales, tout en maintenant la perception originelle » (G. Vaz Cabral, *La traite des êtres humains...*, p. 169). Voir aussi N. Capus, « La répression de la traite des êtres humains au tournant du XIX^e siècle : une illustration de la polyphonie des efforts d'harmonisation pénale », in *Les chemins de l'harmonisation pénale*, M. Delmas-Marty, M. Pieth, U. Sieber (dir.), Paris, Société de législation comparée, 2008, p. 83-88. É. de Laveleye, président de la Société de moralité publique belge, en 1882 : « cette traite des blanches dont l'État, par sa réglementation, porte la responsabilité est bien pire que l'esclavage et la traite des noirs car les nègres étaient vendus pour travailler et produire des choses utiles, tandis que les blanches sont recrutées pour se livrer au vice qui les dégrade et qui peut infecter leurs complices » (cité par J.-M. Chaumont, *Le mythe de la traite des blanches : enquête sur la fabrication d'un fléau*, Paris, La Découverte, 2009, p. 101).
36. Initialement, la distinction est faite entre la traite des jeunes femmes mineures (non consentie) et les jeunes femmes majeures (dans la mesure où la prostitution peut être volontaire, en 1910). La modification, entre 1910 et 1933, de l'acception du terme découle des travaux d'un groupe d'expert aux Nations unies qui ont redéfini la traite et dont J.-M. Chaumont présente le processus de travail et les conclusions. Il s'agit à l'origine de renvoyer chez elles les personnes qui se prostituent à l'étranger, même non prostituées par quelqu'un. Les premières conventions établissent un délit de récidive pour les « victimes » qui « rapatriées » (expulsées) recommenceraient à être « victimes » (J.-M. Chaumont, « Indésirables victimes », in *Action publique et prostitution*, J.-M. Chaumont, M. David, Y. Patte (dir.), Rennes, Presses universitaires de Rennes, 2006, p. 38). L'auteur a consacré un ouvrage à cette question, démontrant le processus de réinterprétation de la traite au sein de ce comité d'expert, et la manière dont a pu l'emporter la vision de Mauss, selon lequel « s'il y a traite de majeures sans dol ni violences, c'est tout de même de la traite » (J.-M. Chaumont, *Le mythe de la traite des blanches...*, p. 91). Le rapatriement est prévu par la Convention de 1949 et l'expulsion des prostituées, même en règle, avec ou sans proxénète est également l'intention qui a présidé l'élaboration de la Loi pour la sécurité intérieure (voir, parmi d'autres, l'annexe au procès-verbal de la séance du Sénat du 23 octobre 2002 ou les interventions du ministre de l'Intérieur à ce sujet par exemple lors de la 2^e séance du mardi 14 janvier 2003, *JOAN*, débats du 15 janvier 2003, p. 51).
37. Voir E. Decaux, « Les formes contemporaines de l'esclavage », p. 155.
38. Comme le dénonce, dès son introduction, l'*Avis sur la traite et l'exploitation des êtres humains en France* adopté par l'assemblée plénière de la Commission nationale consultative des Droits de l'homme (CNCDH) le 18 décembre 2009. Après son analyse des normes existantes, Vaz Cabral conclut : « Force est de constater que l'imprécision de l'infraction de traite semble être un vrai problème commun à toutes les législations européennes » (G. Vaz Cabral, *La traite des êtres humains...*, p. 208).
39. « L'expression "traite des personnes" désigne 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 » (art. 3a du Protocole de Palerme).
40. « L'expression "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 » (art. 3a du Protocole additionnel à la Convention contre la criminalité transnationale organisée, contre le trafic illicite de migrants par terre, mer et air, adopté le 12 décembre 2000, ratifié par la France le 29 octobre 2002, publié au *JORF* du 27 mai 2004, p. 9345).

terre, mer et air⁴⁰. Néanmoins, les distinctions théoriques (la traite n'implique pas nécessairement le franchissement d'une frontière, elle suppose l'absence de consentement...) sont mises à mal par les conditions de vie auxquelles sont astreints les étrangers. La priorité des gouvernements étant le contrôle des flux migratoires, les conditions d'accès aux pays d'accueil comme les conditions de survie sont de plus en plus difficiles⁴¹. Celles-ci ne permettent pas toujours de distinguer l'esclavage de la traite, du trafic des migrants⁴².

Enfin, si la traite est incriminée, sa reconnaissance dépend de la commission (ou du projet de commettre) d'autres infractions (l'esclavage ou l'exploitation), lesquelles justifient sa répression, or la définition de celles-ci « reste de la compétence pénale des États »⁴³. Et force est de constater qu'il n'existe pas de telles définitions en France, sur le plan législatif ou réglementaire. Les contributions qui vont suivre nous permettront peut-être de faire la lumière sur ces distinctions.

41. « C'est l'immigration, avec les bénéfices, mais aussi les inconvénients qu'elle entraîne, qui est la véritable préoccupation des gouvernants – et nullement les étrangers, qui subissent simplement les retombées d'une politique tout entière tournée vers les intérêts du pays d'accueil » (D. Lochak, *Étrangers : de quel droit ?*, Paris, PUF, 1985, p. 138). D'où le constat suivant : « le droit applicable aux étrangers [est] devenu pour l'essentiel un droit de l'immigration » (*ibid.*, p. 231). Or ces trente dernières années, force est de constater une régression des Droits de l'homme en matière de droit des étrangers et ses conséquences : « En interdisant aux migrants d'emprunter les moyens de transport réguliers et de franchir légalement les frontières, cette politique favorise l'activité des passeurs et des trafiquants. L'aggravation des sanctions encourues, seule solution imaginée par les gouvernements, renchérit le coût des passages clandestins et augmente les risques que prennent les migrants » (D. Lochak, C. Fouteau, *Immigrés sous contrôle. Les droits des étrangers : un état des lieux*, Paris, Le cavalier bleu, 2008, p. 161).
42. Dans la majorité des cas, la victime de traite qui a quitté son pays était volontaire au départ (G. Vaz Cabral, *La traite des êtres humains...*, p. 58) et cette majorité a même été évaluée à 81 % (J. Richard, « L'émergence d'une politique criminelle européenne autour de la prostitution : un outil bruyant pour la résonance d'un ordre public continental », in *Action publique et prostitution*, p. 75). Vaz Cabral ajoute que si les victimes émigrent de leur plein gré, elles sont régulièrement exploitées dans le cadre d'une activité ou dans des conditions non prévues – quand elles ne sont pas réduites en esclavage pur et simple sur le chemin.
43. E. Decaux, « Les formes contemporaines de l'esclavage », p. 109.