

Strasbourg, 28 septembre 2015  
cdpc/docs 2015/cdpc (2015) 16

CDPC (2015) 16

**COMITÉ EUROPÉEN POUR LES PROBLÈMES CRIMINELS**  
**(CDPC)**

**DOCUMENT DE RÉFLEXION**  
**« CRIMINALITÉ ET MIGRATIONS »**

Document établi par un groupe d'experts et par le Secrétariat du CDPC  
Direction générale I – Droits de l'homme et Etat de droit

Site internet du CDPC : [www.coe.int/cdpc](http://www.coe.int/cdpc)  
Courriel du CDPC : [dgi-cdpc@coe.int](mailto:dgi-cdpc@coe.int)

## **La question des migrants au CDPC**

Lors de la dernière session plénière du Comité européen pour les problèmes criminels (CDPC) (Strasbourg, 2-5 juin 2015), la délégation maltaise a présenté sa proposition intitulée « Criminalité et migrations » concernant une nouvelle activité qui sera confiée au CDPC. Cette proposition, qui a donné lieu à un document écrit, a été fortement soutenue par d'autres délégations. Dans l'ensemble, le Comité a salué cette proposition.

Le CDPC a décidé d'« examiner la proposition de Malte d'inclure la question des aspects de droit pénal liés au trafic de migrants dans les activités futures du CDPC et d'ajouter une activité sur le sujet dans le mandat du CDPC ». Il en a découlé l'inclusion dans son mandat pour 2016-2017 d'une tâche spécifique consistant à « examiner comment le CDPC peut apporter une valeur ajoutée à une réponse pénale au phénomène du trafic organisé de migrants ».

Dans sa déclaration du 9 septembre 2015, le Secrétaire Général du Conseil de l'Europe, M. Thorbjørn Jagland, a indiqué que « l'actuelle crise des migrants place les Etats européens devant des défis sans précédents ». Il a ajouté qu'il avait « commandé une analyse d'urgence des lacunes juridiques qui entravent à l'heure actuelle l'engagement de poursuites à l'encontre des trafiquants d'êtres humains et des moyens destinés à améliorer la coopération judiciaire entre l'Europe et le Sud de la Méditerranée ».

Le 26 septembre 2015, à la suite d'un débat thématique sur la « Nécessité d'une action commune face aux défis en matière de migrations en Europe », le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe a attiré l'attention sur les travaux en cours du CDPC sur le sujet.

Afin de traiter ces questions, un groupe d'experts, composé de M. Jesper Hjortenber, Président du CDPC, M. Calogero Ferrara, procureur au tribunal de Palerme (Italie), M. Fabio Licata, juge au tribunal de Palerme (Italie), M. Andreas Schloenhardt, professeur de droit pénal à la faculté de droit de l'Université du Queensland à Brisbane (Australie) et professeur chargé de recherche à la faculté de droit du département de droit pénal et de criminologie de l'université de Vienne (Autriche), a été créé. Le groupe d'experts s'est réuni avec M. Carlo Chiaromonte, Secrétaire du CDPC, le 7 juillet 2015, à La Haye, et les 15 et 16 septembre 2015, à Paris et ont rédigé le présent « Document de réflexion ».

## **Cadre juridique international en vigueur contre le trafic de migrants : analyse et comparaison**

### **Protocole des Nations Unies contre le trafic illicite de migrants**

Le Protocole des Nations Unies contre le trafic illicite de migrants par terre, air et mer (le « Protocole ») est la principale réponse internationale à un phénomène qui est apparu comme l'un des plus grands enjeux en matière politique, sociale et pénale à l'échelle mondiale. Il complète la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée.

#### *Contexte*

L'élaboration du Protocole a été provoquée à la fin des années 90 par des inquiétudes au sujet du manque de coopération et d'unanimité internationales concernant l'incrimination du trafic de migrants. L'élaboration d'une approche uniforme, harmonisée et l'établissement d'un cadre propice à la coopération internationale étaient les principaux moteurs de l'achèvement du Protocole, qui a été ouvert à la signature à Palerme, en Italie, en décembre 2000. En quinze ans d'existence, le Protocole a recueilli un soutien considérable : au 1<sup>er</sup> septembre 2015, il comptait 141 États parties<sup>1</sup>.

#### *Finalité et définition*

Le Protocole vise à prévenir et à combattre le trafic de migrants, ainsi qu'à promouvoir la coopération entre les États Parties à cette fin, tout en protégeant les droits des migrants faisant l'objet de ce trafic.

Selon l'article 3(a) du Protocole, 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 ».

En signant le Protocole, les États conviennent d'ériger en infraction pénale le trafic illicite de migrants et les actes qui y sont liés, conformément à l'article 6(1). Cet article énonce trois infractions devant être impérativement prévues dans le droit interne, à savoir :

- le trafic illicite de migrants en vertu de l'article 6(1)(a) ;
- la falsification de documents en vertu de l'article 6(1)(b) ;
- le fait de permettre à une personne de demeurer (ou de l'héberger) illégalement dans l'Etat concerné, en vertu de l'article 6(1)(c).

L'article 6(2) encourage les Etats parties à incriminer le fait de tenter de commettre une infraction pénale établie conformément à l'article 6(1)(a)-(c), de se rendre complice ou d'organiser et de diriger la commission d'une telle infraction. L'article 6(3) crée l'obligation

---

<sup>1</sup>Voir : [https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg\\_no=XVIII-12-b&chapter=18&lang=en](https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XVIII-12-b&chapter=18&lang=en). Andorre est le seul Etat membre du Conseil de l'Europe à ne pas avoir ratifié le Protocole.

d'incorporer des « circonstances aggravantes » dans les infractions établies conformément à l'article 6(1). Les deux circonstances aggravantes énoncées spécifiquement à l'article 6(3) sont notamment : (a) le fait de mettre en danger ou de risquer de mettre en danger la vie ou la sécurité des migrants concernés ; et b) le traitement inhumain ou dégradant de ces migrants, y compris à des fins d'exploitation.

### *Limitations et exemptions*

Les définitions et les conditions de l'incrimination en vertu du Protocole énoncent plusieurs paramètres destinés à limiter l'application des infractions pénales et à exempter certains types de trafic. Ces limitations trouvent leur origine dans les objectifs généraux du Protocole et dans ses buts affichés, qui consistent en premier lieu à protéger les droits des migrants qui font l'objet du trafic.

Le Protocole reconnaît que les migrations irrégulières, dont le trafic de migrants n'est qu'une forme parmi d'autres, sont souvent liées à des situations dans lesquelles les personnes doivent fuir la persécution, la guerre, la torture, la discrimination et de graves violations des droits de l'homme, ou sont contraintes de quitter leur pays d'origine pour demander l'asile à l'étranger pour d'autres raisons. Pour beaucoup de migrants faisant l'objet du trafic, les services proposés par les passeurs représentent la seule façon d'échapper aux menaces, à la violence et à la mort. En ce sens, les Notes interprétatives du Protocole soulignent que l'intention des auteurs du Protocole était d'inclure les actes de groupes criminels organisés agissant dans un but lucratif, mais d'exclure ceux de personnes offrant un soutien aux migrants pour des raisons humanitaires ou compte tenu d'étroits liens familiaux. Le Protocole n'a pas pour objet d'incriminer les actes de membres de la famille des migrants ou de groupes de soutien tels que les organisations religieuses ou les organisations non gouvernementales.

Le Protocole n'entend pas incriminer les personnes qui ne font qu'aider d'autres personnes dans leur quête de sécurité et d'une vie meilleure à l'étranger. Les actions humanitaires liées au trafic de migrants peuvent consister, par exemple, à fournir de la nourriture, des médicaments, des vêtements et un hébergement provisoire, dans la mesure où elles visent à sauver ou à protéger la vie de migrants faisant l'objet du trafic. Les actes tels que le fait de secourir des migrants se trouvant dans une situation potentiellement mortelle entrent également dans cette catégorie. D'autres mesures destinées à protéger ou à rétablir la vie, la santé ou l'intégrité physique des migrants devraient également être considérées comme des activités humanitaires. Dans ces circonstances, peu importe que le danger à l'encontre des migrants qui font l'objet du trafic provienne d'une autre personne (comme le passeur) ou des éléments naturels (comme des tempêtes, le froid glacial ou la chaleur extrême). Pour cette raison, le Protocole limite la définition du trafic de migrants et l'obligation d'incrimination au titre de l'article 6(1) aux situations dans lesquelles la personne incriminée cherche à retirer, directement ou indirectement, un avantage financier ou un autre avantage matériel. Tout acte qui facilite l'entrée ou le séjour illégal de migrants mais qui ne vise pas l'obtention d'un tel avantage n'entre pas dans le champ d'application du Protocole.

En outre, l'élément d'avantage financier ou autre avantage matériel prévu aux articles 3(a) et 6(1) du Protocole sert à exempter de responsabilité pénale les personnes impliquées dans le trafic de membres de leur famille. Le Protocole reconnaît qu'il n'est pas rare que d'anciens

migrants soutiennent la migration de leurs proches et que la migration clandestine, notamment le trafic de migrants, serve à réunir des familles ou à secourir des membres d'une famille confrontée à la persécution, à la pauvreté ou à d'autres grandes difficultés. L'idée dans ce cas est que nul ne devrait avoir à choisir entre commettre une infraction pénale et abandonner ses proches.

L'article 5 du Protocole énonce le principe de non-incrimination de migrants faisant l'objet du trafic, à savoir que « les migrants ne deviennent pas passibles de poursuites pénales en vertu du présent Protocole du fait qu'ils ont été l'objet des actes énoncés à son article 6 ».

#### *Mesures contre le trafic de migrants par mer*

Les articles 7 à 9 du Protocole traitent spécifiquement de la prévention et de la répression du trafic de migrants par mer.

#### *Coopération internationale*

Plusieurs articles du Protocole contiennent des dispositions relatives à la coopération internationale. L'article 10 encourage les Etats parties à échanger des informations et l'article 13 oblige les Etats à vérifier la légitimité des documents émanant d'autres Etats. Le Protocole encourage également les Etats parties à renforcer le contrôle aux frontières, la sécurité des documents, la formation des personnels sur leur territoire, ainsi que la mise en œuvre de programmes d'information publique. Les articles 14(3) et 15(3) spécifient que les Etats doivent envisager d'apporter une assistance technique et financière aux autres Etats.

#### *Protection des droits des migrants faisant l'objet du trafic*

Plusieurs dispositions relatives à l'assistance et à la protection traduisent l'objectif affiché de protection des droits des migrants faisant l'objet du trafic. Selon l'article 9(1), les Etats parties veillent à la sécurité et au traitement humain des personnes à bord de navires soupçonnés de trafic de migrants. L'article 16 prévoit un certain nombre de mesures de protection et d'assistance qui accordent aux migrants certaines garanties minimales d'aide et de protection. L'article 19 du Protocole contient une clause de sauvegarde qui contraint les Etats parties à respecter les autres droits, obligations et responsabilités des Etats et des particuliers en vertu du droit international, et à appliquer le Protocole « d'une façon telle que les personnes ne font pas l'objet d'une discrimination au motif qu'elles sont l'objet du trafic illicite de migrants ». Le Protocole pose également un cadre pour les Etats d'accueil concernant le rapatriement de migrants qui font l'objet du trafic.

### **Directive européenne et Décision-cadre**

#### *Contexte et vue d'ensemble*

L'Union européenne (ci-après l'UE) a élaboré plusieurs mesures relatives à l'incrimination du trafic de migrants. Celles-ci s'inscrivent dans une série de mesures plus vastes conçues pour élaborer des politiques communes en matière d'asile et d'immigration à travers les Etats membres de l'UE et pour garantir la libre circulation des personnes tout en combattant

les infractions liées à l'immigration et l'utilisation abusive ou à mauvais escient des systèmes d'asile.

Le 28 novembre 2002, le Conseil de l'Union européenne a adopté la Directive 2002/90/CE « définissant l'aide à l'entrée, au transit et au séjour irréguliers », suivie de la Décision-cadre 2002/946/JHA « visant à renforcer le cadre pénal pour la répression de l'aide à l'entrée, au transit et au séjour irréguliers ». Ces deux documents énoncent les dispositions concernant l'incrimination du trafic de migrants dans les Etats membres de l'Union européenne. La Directive 2002/90/CE a pour objet de définir la notion d'aide à l'entrée, au transit et au séjour irréguliers et les cas d'exemption, tandis que la Décision-cadre 2002/946/JAI énonce « des règles minimales en matière de sanctions, de responsabilités des personnes morales et de compétence » relativement aux infractions faisant l'objet de la Directive du Conseil.

Les mesures établies par ces documents sont moins complètes que celles énoncées dans le Protocole sur le trafic illicite de migrants. En 2006, le Conseil de l'Union européenne a adopté une décision selon laquelle le Protocole contre le trafic illicite de migrants s'applique également à l'Union européenne (dans la mesure où elle relève de sa compétence).

*Directive du Conseil 2002/90/CE définissant l'aide à l'entrée, au transit et au séjour irrégulier*

Le but affiché de la Directive du Conseil 2002/90/CE est de « proposer une définition commune de la notion d'aide à l'immigration clandestine ». Si la Directive pose effectivement le cadre d'incrimination du trafic de migrants, le terme de « trafic de migrants » n'y est, en revanche, pas employé.

La Directive ne contient pas de référence spécifique au trafic de migrants. Elle s'intéresse plutôt à l'incrimination de toute conduite qui facilite l'immigration clandestine, pas uniquement aux actes liés au trafic de migrants. Elle ne contient qu'une série d'obligations minimales en matière d'incrimination et n'énonce aucune mesure relative à sa mise en œuvre, à la protection des migrants faisant l'objet du trafic et elle ne traite pas de la non-incrimination des migrants faisant l'objet du trafic.

Parmi les sept articles de la Directive du Conseil, seuls les articles 1 et 2 traitent de questions de fond. L'article 1(1) porte sur l'infraction générale d'aide à l'immigration clandestine et l'article 2, sur l'extension de la responsabilité pénale aux infractions inachevées et secondaires. En outre, l'article 1(2) prévoit une exemption discrétionnaire d'incrimination en cas de trafic à caractère humanitaire. L'article 3 dispose que les sanctions encourues pour ces infractions doivent être effectives, proportionnées et dissuasives.

*Décision-cadre 2002/946/JAI visant à renforcer le cadre pénal pour la répression de l'aide à l'entrée, au transit et au séjour irréguliers*

La Décision-cadre 2002/946/JAI complète la Directive 2002/90/CE en prévoyant des sanctions pour les infractions énoncées aux articles 1 et 2 de la Directive du Conseil. L'article 1 de la Décision-cadre prévoit des sanctions plus lourdes dans deux cas : (1) si l'infraction relevant de l'article 1(1)(a) de la Directive du Conseil est commise à des fins financières et met en danger les migrants qui font l'objet du trafic ; et (2) si l'infraction est commise à des fins financières dans le cadre des activités d'une organisation criminelle. La

Décision-cadre étend la responsabilité pénale aux personnes morales pour l'infraction érigée par l'article 1(1) de la Directive et prévoit un éventail de sanctions pour les personnes morales. La Décision-cadre traite également de questions de compétence et d'extradition et reconnaît les obligations des Etats en vertu du droit international relatif aux réfugiés.

Tout comme la Directive 2002/90/CE, la Décision-cadre ne porte pas exclusivement sur le trafic de migrants et n'emploie pas ce terme. La Décision-cadre a une portée plus large et son préambule indique expressément qu'elle « complète d'autres instruments adoptés pour lutter contre l'immigration clandestine, l'emploi illégal, la traite des êtres humains et l'exploitation sexuelle des enfants ».

### Traite d'êtres humains et trafic de migrants

La discussion qui s'est tenue pendant la session plénière du CDPC a également porté sur la distinction entre trafic de migrants et traite d'êtres humains.

#### *Définitions*

Bien que le Protocole des Nations Unies contre le trafic illicite de migrants donne une définition universellement acceptée de cette notion, la confusion entre trafic de migrants et traite d'êtres humains (et d'autres formes de migrations illégales) persiste dans certains pays. Or, pour prévenir et combattre efficacement ces deux infractions, il est important de les distinguer clairement. C'est pour cette raison que le trafic de migrants et la traite d'êtres humains font l'objet d'instruments juridiques internationaux séparés, qui énoncent des obligations et des conséquences largement différentes. Il est donc impératif de bien faire la distinction entre ces deux éléments dans les systèmes nationaux. Le tableau suivant illustre les grandes différences observées entre le Protocole des Nations Unies contre le trafic illicite de migrants et le Protocole des Nations Unies visant à prévenir, à réprimer et punir la traite des personnes, en particulier des femmes et des enfants.

	Traite de personnes (majeures)	Traite de personnes (mineures)	Trafic de migrants
<b>Éléments matériels</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Acte</li> <li>• Moyens</li> <li>• Finalité d'exploitation</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Acte</li> <li>• Finalité d'exploitation</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Acte : fait d'assurer une entrée illégale à une personne</li> <li>• Finalité : avantage financier ou matériel. La relation cesse généralement après le franchissement de la frontière</li> </ul>
<b>Consentement de la victime de la traite ou du trafic</b>	Sans effet une fois les moyens établis	Sans effet ; les moyens n'ont pas à être établis.	La victime du trafic est généralement consentante (le consentement peut être retiré ou non éclairé).
<b>Age de la victime</b>	Plus de 18 ans	Moins de 18 ans	Indifférent
<b>Transnationalité</b>	Non requis	Non requis	Requis Le trafic de migrants implique le franchissement d'une frontière et l'entrée dans un autre pays en toute illégalité ou le franchissement

	Traite de personnes (majeures)	Traite de personnes (mineures)	Trafic de migrants
			d'une frontière et le séjour illégal dans un autre pays
<b>Implication d'un groupe criminel organisé</b>	Non requis	Non requis	Non requis
<b>Élément moral</b>	Intention	Intention	Intention

Bien que des définitions du trafic de migrants et de la traite d'êtres humains soient reconnues au niveau international, dans la pratique, un degré de chevauchement persiste entre ces deux notions. Quatre grands aspects se sont dégagés pour distinguer clairement le trafic de migrants de la traite d'êtres humains.

### *Différences*

La première différence concerne la finalité de l'entreprise criminelle. « La source primaire de profit et, de fait, la finalité principale de la traite de personnes est l'exploitation ». Dans le cas du trafic de migrants, il n'y a généralement « pas d'intention d'exploiter les migrants faisant l'objet du trafic après leur avoir permis d'entrer ou de séjourner illégalement dans un pays ». Les passeurs cherchent plutôt à être payés à l'avance ou à l'arrivée des migrants qui font l'objet du trafic.

Deuxièmement, les deux notions supposent des conditions différentes concernant le caractère transnational et la légalité/l'illégalité de l'entrée de la personne victime de la traite/faisant l'objet du trafic sur le territoire d'un autre Etat. Pour le trafic de migrants, il doit y avoir impérativement « entrée illégale d'une personne sur le territoire d'un Etat partie dont la personne n'est ni un ressortissant ni un résident permanent ». On parle également de trafic lorsqu'une personne est aidée à rester illégalement dans un pays (après qu'elle y soit entrée légalement ou illégalement). Il y a donc un élément transfrontalier mais aussi une condition d'entrée et de séjour illégaux. La traite d'êtres humains, en revanche, suppose l'entrée légale ou illégale dans un pays mais pas nécessairement le franchissement d'une frontière. La traite n'implique pas de facteur transfrontalier : elle peut avoir lieu totalement à l'intérieur d'un même pays.

La troisième différence entre les deux notions est la question du consentement, qui est considéré comme étant indifférent dans le Protocole relatif à la traite d'êtres humains. Le Protocole est fondé sur le principe que les victimes de la traite n'ont jamais donné leur consentement – par exemple, si elles ont été enlevées ou vendues – ou que, si elles étaient consentantes au départ, leur consentement initial est devenu caduc par la suite du fait des moyens utilisés par les trafiquants pour les contrôler, par exemple, la tromperie et la violence.

Bien que le Protocole contre le trafic illicite de migrants n'aborde pas la question, en pratique, ce trafic suppose un accord selon lequel une personne peut donner de l'argent à un passeur, ou lui procurer un autre avantage, en échange de son aide à la migration clandestine. Il a été reconnu que les migrants faisant l'objet du trafic retirent parfois leur



consentement initial au cours des opérations de trafic mais sont contraints de poursuivre le voyage. Cependant, le retrait du consentement ne traduit pas automatiquement un cas de traite. D'autres éléments de la définition du traite, telles que la finalité d'exploitation, devraient également être réunies.

La conceptualisation du trafic de migrants et la traite d'êtres humains dans le droit international et dans la plupart des systèmes nationaux diffère principalement du fait de la finalité de chacune de ces infractions.

L'infraction de traite d'êtres humains vise à protéger les droits, l'intégrité et les libertés des victimes de la traite et à punir les personnes qui les contraignent, les menacent, les trompent ou les maltraitent à des fins d'exploitation. La définition de la traite n'intégrant pas un élément transnational, cette infraction n'a pas pour objet la protection des intérêts nationaux, contrairement au contrôle des frontières et aux mesures de sécurité nationale, par exemple.

En revanche, la façon dont le trafic de migrants est incriminé souligne le fait que la qualification de cette infraction sert à protéger la souveraineté nationale ainsi que l'intérêt du public et des gouvernements à contrôler les frontières et à gérer le flux de personnes qui les franchissent. La protection des migrants faisant l'objet du trafic et de leurs droits et libertés ne constitue, au mieux, qu'un objectif secondaire du Protocole contre le trafic illicite de migrants. C'est pour cette raison que les migrants faisant l'objet du trafic ne sont pas cités comme victimes d'actes criminels dans le Protocole. Ceci explique également pourquoi la sécurité des migrants et l'assistance et la protection dont ils peuvent avoir besoin ne sont traitées que de façon rudimentaire et ne relèvent pas, dans l'ensemble, de dispositions à caractère obligatoire.

### **Situation actuelle du trafic de migrants**

La réglementation et la gestion des migrations internationales ainsi que la prévention et la répression du trafic de migrants sont des enjeux complexes au plan juridique. Cette complexité découle non seulement du fait que les migrations sont étroitement liées à des facteurs politiques, socioéconomiques et démographiques – qui rendent cette question particulièrement controversée – mais aussi de la diversité des sources normatives dans le domaine, incluant les droit international, européen et national, qui, souvent, se recoupent ou s'opposent.

En outre, l'ampleur et la complexité des migrations internationales ont considérablement crû durant ces dix dernières années. D'après les prévisions, cette tendance ira même jusqu'à s'intensifier durant les années à venir. Un tel constat rend plus pressante encore la nécessité de concilier la protection des droits humains des migrants, d'une part, et les questions de sécurité et de souveraineté nationales et l'action menée pour lutter contre la traite d'êtres humains et la criminalité organisée, d'autre part.

Pour ces raisons, le trafic de migrants est source d'inquiétude pour tous les pays, qu'il s'agisse de pays d'origine, de transit ou de destination des migrants – ou tout combinaison de ceux-ci. Qui plus est, cette situation a fait du trafic de migrants une activité lucrative pour les délinquants individuels comme pour les organisations criminelles. Dans de nombreux cas, les passeurs font peu de cas de la vulnérabilité et du désespoir des migrants faisant

l'objet du trafic, exploitent leur désespoir et utilisent des méthodes qui mettent leur vie en danger.

De nombreux éléments montrent que le trafic de migrants, en particulier vers les nations européennes, est un phénomène qui a crû en termes d'importance et d'échelle et qu'une multitude d'itinéraires et de méthodes sont utilisés pour faire passer les migrants clandestinement. Par exemple, les chiffres concernant l'Autriche, indiqués dans le tableau ci-dessous, montrent qu'au cours des cinq dernières années, le nombre de migrants faisant l'objet de trafic et de passeurs appréhendés dans ce pays a atteint des niveaux qui n'avaient pas été observés depuis le début des années 2000.

	<b>Nombre de migrants faisant l'objet du trafic</b>	<b>Nombre de passeurs</b>
2014	20 768	511
2013	12 323	352
2012	12 426	235
2011	9 812	288
2010	6 779	327
2009	10 428	438
2008	8 892	410
2007	9 987	682
2006	12 270	817
2005	20 894	713
2004	15 630	964
2003	18 533	1 025

Les situations dans lesquelles des passeurs mettent en danger la vie, la santé et la sécurité de migrants, que ce soit volontairement ou involontairement, sont particulièrement préoccupantes. Dans certains cas, le trafic de migrants implique un traitement particulièrement inhumain ou dégradant. De nombreux cas ont été signalés de migrants forcés ou contraints à prendre part à de dangereuses opérations de trafic, en particulier par voie maritime, sur des embarcations impropres à la navigation. En plus d'être loin de leurs communautés d'origine, les migrants qui font l'objet de trafic éprouvent des difficultés à faire valoir leurs droits lorsqu'ils se trouvent en situation irrégulière dans des pays de transit ou de destination. Ils sont plus vulnérables aux mauvais traitements, à l'exploitation et à la traite mais aussi plus susceptibles de se livrer à des activités criminelles.

Les passeurs sont motivés par le profit et la complexité et le niveau d'organisation d'un trajet dépendent de la destination prévue et du montant qu'un migrant est prêt à payer ou capable de payer. D'après les informations disponibles, les réseaux de trafic gèrent des opérations complexes couvrant à la fois les pays d'origine, de transit et de destination. Il y a cependant lieu de noter que la majorité des opérations se déroulent de façon *ad hoc* et moins sophistiquée.

L'augmentation significative des flux migratoires clandestins vers et à travers l'Europe au cours des derniers mois et les nombreux cas dans lesquels des migrants ont péri en mer ou sont morts asphyxiés dans des conteneurs et des camions, montrent également combien il est difficile de mener des enquêtes, des poursuites pénales et des processus judiciaires liés

au trafic de migrants. Trouver un équilibre entre la nécessité de protéger les droits des migrants faisant l'objet du trafic avec la nécessité de combattre ce trafic de migrants et traduire les passeurs en justice pose des défis particuliers et montre également l'importance de la coopération et de la coordination entre les principaux acteurs au niveau national et international.

## **Lacunes et faiblesses de la législation internationale contre le trafic de migrants**

### **Protocole des Nations Unies contre le trafic illicite de migrants**

#### *Définitions et distinctions*

Le Protocole a réussi l'exploit de créer un consensus international sur la définition du « trafic illicite de migrants ». La définition juridique énoncée aux articles 3 et 6 du Protocole crée des paramètres tangibles pour déterminer l'illégalité de ce type d'infraction. Certains commentateurs estiment toutefois que cette définition a créé une dichotomie artificielle entre l'expérience des victimes de la traite et celle des migrants faisant l'objet d'un trafic. Une approche conceptuelle plus nuancée ferait du trafic de migrants et de la traite d'êtres humains les deux volets d'un même problème.

#### *Sanctions et circonstances aggravantes*

Autre point essentiel, le Protocole ne donne pas d'indication sur d'éventuelles sanctions pour les contrevenants. On ne sait pas clairement si l'article 11(1) de la Convention contre la criminalité transnationale organisée, selon lequel les Etats parties sont tenus d'adopter des sanctions dans leur droit interne tenant compte de la gravité de l'infraction et proportionnelles à cette infraction, peut s'appliquer aux infractions relevant du Protocole alors que telle « était peut-être l'intention des négociateurs ». Il existe en conséquence une grande disparité entre les sanctions qu'imposent les différents pays relativement au trafic de migrants et les infractions connexes.

La sévérité des peines revêt une importance particulière dans les cas aggravés de trafic de migrants. L'article 6(3) du Protocole contre le trafic illicite de migrants crée l'obligation d'établir des circonstances aggravantes pour les situations qui mettent en danger ou risquent de mettre en danger la vie ou la sécurité des migrants, et pour les situations qui impliquent un traitement inhumain ou dégradant des migrants, notamment à des fins d'exploitation. Il n'y a cependant pas d'autre indication du niveau de sanction approprié pour ces circonstances aggravantes.

#### *Protection des droits des migrants faisant l'objet d'un trafic*

Les dispositions du Protocole contre le trafic illicite de migrants relatives à la protection ont été qualifiées de « lacunaires » du fait qu'elles n'accordent pas beaucoup plus de protection aux migrants que les obligations fondamentales minimales en matière de droits de l'homme. En effet, ces droits sont si fondamentaux que peu de pays devraient avoir à légiférer en la matière. Il y a également lieu de noter que l'article 19 n'impose aucune obligation extérieure aux Etats qui ne sont pas parties à la Convention de 1951 et au Protocole de 1967 relatifs au statut des réfugiés. A ce titre, il convient de rappeler les motivations initiales de

l'élaboration du Protocole, dont l'objectif premier n'est pas de promouvoir les priorités en matière de l'homme, et que cet instrument porte avant tout sur l'incrimination et l'application effective de la loi.

Le Protocole encourage peu la coopération des migrants faisant l'objet du trafic dans le cadre du processus de repérage, d'enquête et de poursuite des passeurs. Tous les migrants faisant l'objet du trafic sont susceptibles de posséder des renseignements précieux et des preuves sur les procédés, les itinéraires et les modes opératoires des passeurs. Actuellement, les contrôles répressifs poussés cités dans le Protocole risquent tout bonnement d'inciter les passeurs à organiser des structures plus élaborées et plus dissimulées. En plus de susciter de vives préoccupations de droits de l'homme, les pratiques répressives se concentrent simplement sur le respect des obligations relatives au processus de rapatriement visé à l'article 18 et ne prévoient pas que les migrants faisant l'objet du trafic soient entendus sur leur expérience, ce qui compromet l'éventualité de rassembler des renseignements précieux. Il serait judicieux d'étudier la possibilité de mettre en œuvre des programmes de protection des témoins prévoyant la délivrance de permis de séjour temporaires ou permanents pour les migrants faisant l'objet du trafic et/ou l'élaboration d'un cadre général de protection, qui permettrait d'assurer la coopération des témoins.

#### *Trafic de migrants par terre et par air*

L'application du Protocole au trafic de migrants par terre et/ou par air est un autre point à prendre en considération. Bien que cet aspect figure explicitement dans le titre du Protocole et dans son préambule, il ne semble pas y avoir d'indications claires sur les mesures que devraient adopter les Etats parties pour prévenir et réprimer le trafic de migrants par voie terrestre et aérienne (comme pour le trafic de migrants par voie maritime). On peut faire valoir que les dispositions générales énoncées au chapitre III – prévention, coopération et autres mesures – englobent les procédés utilisés pour le trafic par tout type de transport. Or, bien souvent, les itinéraires empruntés pour le trafic par terre et par air sont particulièrement dissimulés et labyrinthiques, et susceptibles d'exiger des réponses spécifiques. En conséquence, il semblerait même plus pertinent que le Protocole améliore, amplifie ou précise certaines dispositions pour fournir un cadre adapté et nuancé ciblant le trafic par terre et par air. De plus, pour renforcer, dans l'ensemble, les capacités du Protocole en matière d'application de la loi, il est nécessaire d'améliorer les dispositions relatives au partage d'informations et de renforcer les réponses, tant au niveau national qu'international afin de se tenir « constamment au fait des itinéraires et des procédés utilisés pour le trafic ».

#### *Conformité et suivi*

Des inquiétudes se sont souvent exprimées concernant la mesure dans laquelle les Etats parties se servent de leur marge d'appréciation législative pour dépasser le seuil prescrit par le Protocole. Comme l'observe David McClean, « les principes du droit international énoncés dans le Protocole sont parfois à la merci de demandes politiques de court terme » et, tout particulièrement, de « la politique d'immigration ». Les directives des Etats concernant les sanctions administratives appliquées dans le contrôle des frontières et de l'immigration, comme la rétention de migrants faisant l'objet du trafic, le fait d'ériger des clôtures aux frontières et les actions visant à faire faire demi-tour aux embarcations de migrants ou à les remorquer ou les détruire, illustrent la confusion politique qui règne autour de certaines

dispositions du Protocole. Dans ce contexte, les Guides législatifs pour l'application du Protocole rappellent aux Etats parties que « les infractions allant au-delà des prescriptions du Protocole ne seraient pas des infractions visées par la Convention et ne rendraient donc pas applicables les diverses prescriptions de la Convention et du Protocole en matière de coopération internationale ».

L'un des piliers fondamentaux du Protocole étant la reconnaissance du rôle intégral de la coopération internationale dans la lutte contre le trafic de migrants, cette situation peut avoir des conséquences désastreuses. En ce sens, il est tout aussi pertinent de noter qu'aucune structure ni aucun organe de contrôle doté de pouvoirs répressifs ou quasi-judiciaires n'est chargé de surveiller l'interprétation et l'application du Protocole. Cela étant, concernant l'interprétation ou l'application d'une disposition, l'article 20(2), clause juridictionnelle du Protocole, prévoit le règlement de différends par voie de négociation et décrit brièvement les mesures de recours au règlement pacifique par l'arbitrage et, si cela échoue, la soumission du différend à la Cour internationale de Justice. Dans la pratique, la compétence de la Cour est rarement, si ce n'est jamais, sollicitée. L'absence d'organe de contrôle, bien qu'il ne s'agisse pas d'une défaillance du Protocole en soi, témoigne de la difficulté de garantir une application des dispositions du Protocole fidèle à l'esprit dans lequel le Protocole a été conçu. Cette constatation corrobore l'importance de garantir l'existence d'un système de poids et de contrepoids.

### **Directive et Décision-cadre du Conseil de l'Union européenne**

La Directive et la Décision-cadre du Conseil de l'Union européenne ont beaucoup de points communs avec le Protocole des Nations Unies en termes de finalité, de portée, de conception et d'application, mais également plusieurs différences de taille qui ont eu une incidence sur la façon dont les Etats membres de l'UE ont conçu, appliqué et interprété les infractions liées au trafic de migrants en vertu de leurs droits internes.

Ces différences découlent essentiellement de la finalité globale des mesures européennes, à savoir d'incriminer l'aide à l'immigration illégale. Les infractions pénales relevant de la Directive du Conseil, leurs extensions, les sanctions pertinentes et les exemptions de responsabilité s'appliquent à tout type d'aide à l'immigration clandestine, pas seulement au trafic de migrants. De plus, ces mesures ne se limitent pas à l'entrée illégale : elles s'appliquent aussi au transit illégal. Le sujet ne sera pas traité plus avant dans le présent document, mais il y a lieu de noter que la Directive et la Décision-cadre du Conseil contiennent également des dispositions sur la protection des migrants faisant l'objet du trafic (et autres « immigrés clandestins »).

#### *Définition et concept*

Ni la Directive du Conseil ni la Décision-cadre ne contiennent de définition du terme « trafic de migrants », sachant que ce terme n'est employé dans aucun des deux documents. Au lieu de cela, les deux intitulés évoquent « l'aide à l'entrée, au transit et au séjour irréguliers ». Bien que le but affiché de la Directive du Conseil soit de « définir la notion d'aide à l'immigration clandestine », le texte ne contient pas de partie définition ni n'explique l'un quelconque des termes employés. L'infraction de base concernant l'aide à l'immigration clandestine en vertu de l'article 1(1)(a) de la Directive établit la notion élémentaire dont il est

question, qui présente certaines ressemblances avec la définition du trafic de migrants contenue dans le Protocole des Nations Unies.

Il existe une différence fondamentale entre la Directive du Conseil et le Protocole contre le trafic illicite de migrants, à savoir l'absence de référence dans le droit de l'UE à la finalité de retirer un avantage financier ou un autre avantage matériel. Il s'agit d'une caractéristique essentielle de la définition du trafic de migrants dans le Protocole, qui insiste sur la logique lucrative de cette infraction et exclut de la responsabilité pénale les situations non motivées par le profit. L'article 1(1)(a) de la Directive du Conseil intègre en revanche toute situation dans laquelle l'entrée (ou le transit) en toute illégalité des migrants qui font l'objet du trafic est facilitée. En ce sens, l'application de la Directive du Conseil est beaucoup plus vaste que celle du Protocole contre le trafic illicite de migrants.

Cela s'explique par la finalité générale de la Directive, qui, comme indiqué précédemment, est de lutter contre l'aide à l'immigration illégale sous toutes ses formes – l'application de la Directive ne se limitant pas au trafic de migrants. Contrairement au Protocole, la Directive ne se préoccupe pas de l'incrimination des personnes qui cherchent à retirer un avantage matériel de l'immigration illégale des autres. La Directive poursuit deux objectifs similaires mais qui présentent de subtiles différences :

- (1) l'incrimination de toute aide à l'immigration irrégulière ;
- (2) la prévention de l'exploitation d'êtres humains, qui rend la Directive pertinente au regard de la traite d'êtres humains, non couverte par le Protocole contre le trafic illicite de migrants.

L'absence d'« avantage financier ou matériel » éloigne la priorité des instruments européens de la question du crime organisé, qui occupe une place essentielle dans le Protocole contre le trafic illicite de migrants et, en particulier, la Convention contre la criminalité transnationale organisée, que le Protocole complète. Les instruments européens portent sur la protection des frontières extérieures de l'UE, non sur les groupes criminels organisés et les individus qui cherchent à tirer profit de la détresse de personnes désireuses ou contraintes de migrer illégalement.

#### *Exemptions et limitations de l'incrimination*

La Directive du Conseil prévoit des exceptions pour le trafic de migrants à caractère humanitaire d'une manière différente de celle du Protocole des Nations Unies. Alors que le Protocole est très clair quant à son intention de ne pas incriminer les personnes qui se livrent au trafic de migrants à des fins humanitaires et sans recherche d'avantage financier, l'article 1(2) de la Directive du Conseil laisse ce point à l'appréciation des Etats membres. Ce même article permet aux Etats membres d'exempter de responsabilité les actes d'aide à l'entrée illégale commis à des fins humanitaires. Cette exemption, qui ne constitue pas une disposition obligatoire, est particulièrement pertinente dans les situations où les personnes mises en cause aident des réfugiés ou demandeurs d'asile à fuir la persécution, la discrimination, la guerre ou d'autres violations des droits de l'homme ou catastrophes humanitaires.

La Directive et la Décision-cadre du Conseil européen ne prévoient pas d'exemption spécifique pour les situations dans lesquelles les personnes mises en cause sont impliquées

dans le trafic de membres de leur famille. Cela traduit un changement important par rapport aux conditions d'incrimination prévues par le Protocole contre le trafic illicite de migrants, qui vise à exempter de leur responsabilité pénale les membres de la famille de migrants faisant l'objet du trafic. Pour ce faire, il faut exiger en premier lieu la preuve que la finalité n'est pas de retirer un avantage financier ou un autre avantage matériel mais simplement d'aider autrui.

Ni la Directive ni la Décision-cadre ne contiennent de clause spécifique appelant les Etats membres à ne pas incriminer les migrants faisant l'objet du trafic pour les infractions énoncées à l'article 1(1)(a) et (b) de la Directive du Conseil.

### **Faisabilité et résultats possibles d'initiatives du Conseil de l'Europe dans le domaine pénal**

L'évaluation des instruments juridiques internationaux susmentionnés et de certaines expériences pratiques au niveau national a mis en évidence l'existence de lacunes dans la lutte contre le trafic de migrants.

De plus, il apparaît que les infractions relatives au trafic de migrants se multiplient dans beaucoup de pays à travers le monde. Par conséquent, la réponse actuelle à ce phénomène dans plusieurs pays membres et non membres du Conseil de l'Europe au niveau législatif et judiciaire, notamment des enquêtes, semble peu efficace pour lutter contre les organisations criminelles à l'origine de ces activités illicites.

A cet égard, le directeur d'Europol a déclaré très récemment que la crise des migrants qui sévit actuellement en Europe attirait les criminels comme un aimant. Il a également affirmé qu'environ 30 000 suspects avaient été identifiés et que 1 500 enquêtes avaient été ouvertes rien qu'en 2015.

Dans ce contexte, il est impératif de prendre de nouvelles mesures d'un point de vue pratique (mettre en œuvre les outils existants de façon plus effective) et juridique (étudier la possibilité de combler les lacunes des textes existants).

Le groupe d'experts a déjà commencé à travailler sur ces questions, en particulier :

- à faire le point sur les instruments juridiques dans ce domaine ;
- à préparer une analyse juridique des instruments internationaux existants afin d'évaluer si le volet pénal répond aux besoins actuels pour lutter efficacement contre le trafic de migrants et s'il y a matière à amélioration. Une attention particulière sera accordée aux difficultés pratiques qui se posent pour appliquer les textes juridiques existants ;
- à identifier, grâce à cette évaluation, d'éventuelles lacunes dans les instruments existants (en particulier, le Protocole des Nations Unies contre le trafic illicite de migrants par terre, mer et air, additionnel à la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée) et à comprendre pourquoi ces instruments ne fonctionnent peut-être pas comme ils le devraient ;

- à évaluer les possibilités d'améliorer la coopération pénale internationale entre les pays concernés, d'identifier d'éventuelles lacunes dans ce domaine et de proposer des solutions envisageables ;
- à analyser, d'une manière générale, la législation nationale pertinente et son application concrète.

Le présent document contient déjà un inventaire et une évaluation préliminaires des instruments internationaux qui présentent le plus d'intérêt au regard du trafic de migrants.

### **Conclusions**

La réussite d'une action efficace et complète pour lutter contre le trafic de migrants réside dans le renforcement de la coopération internationale. L'objectif est de supprimer les espaces d'impunité pour les passeurs le long des itinéraires du trafic et de faire en sorte que le trafic cesse d'être une activité « à faible risque mais qui rapporte beaucoup » et devienne une activité « à haut risque mais qui rapporte peu ».

De nombreux aspects des éléments (à caractère pénal) qui constituent l'infraction de « trafic de migrants » sont commis hors des frontières des Etats membres du Conseil de l'Europe, en particulier dans les pays d'origine et de transit des migrants. Sachant qu'il existe des liens entre les réseaux et les individus à l'intérieur et à l'extérieur des Etats membres du Conseil de l'Europe, toute stratégie de prévention et de répression du trafic de migrants devrait se concentrer d'abord sur les pays d'origine et de transit. C'est pour cette raison qu'il est impératif d'intensifier les efforts visant à harmoniser les dispositions incriminant le trafic de migrants, à renforcer les capacités des forces de l'ordre et à promouvoir la coopération internationale.

Au final, après cette analyse préparatoire et sous réserve de sa décision, le CDPC pourrait réfléchir à la possibilité de rédiger une nouvelle convention régionale, basée sur le Protocole des Nations Unies contre le trafic illicite de migrants par terre, mer et air, additionnel à la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée. La valeur ajoutée d'un tel instrument serait qu'il pourrait mettre l'accent sur des mesures concrètes visant à consolider la coopération internationale entre les Etats membres du Conseil de l'Europe et les autres Etats touchés par ce phénomène. A cet égard, il serait extrêmement important d'associer d'autres parties prenantes à ces travaux, notamment la Ligue des Etats arabes, les Nations Unies et l'Union européenne.