

COMITÉ EUROPÉEN POUR LES PROBLÈMES CRIMINELS (CDPC)

Document de travail

**PRÉVENTION ET RÉPRESSION DU TRAFIC DE MIGRANTS
DANS LES ÉTATS MEMBRES DU CONSEIL DE L'EUROPE –
« COMMENT ALLER DE L'AVANT ? »**

**70e Session plénière
Strasbourg, 27 – 30 juin 2016**

Document établi par le secrétariat du CDPC avec l'assistance de
M. Andreas Schloenhardt, professeur à l'université du Queensland,
professeur chargé de recherche à l'université de Vienne,
et M. Calogero Ferrara, procureur, tribunal de Palerme

PRÉVENTION ET RÉPRESSION DU TRAFIC DE MIGRANTS DANS LES ÉTATS MEMBRES DU CONSEIL DE L'EUROPE – « COMMENT ALLER DE L'AVANT ? »

I CONTEXTE

I.1 Introduction

Lors de la réunion plénière du Comité européen pour les problèmes criminels (CDPC) qui s'est tenue à Strasbourg du 2 au 5 juin 2015, la délégation maltaise a présenté sa proposition intitulée « Criminalité et migrations » concernant une nouvelle activité qui serait confiée au CDPC. Cette proposition, également présentée dans un document écrit, a été fortement soutenue par la Belgique, la Grèce, l'Italie, les Pays-Bas, l'Espagne et le Royaume-Uni. Dans l'ensemble, le Comité a salué cette proposition.

Le CDPC a par la suite décidé d'« examiner la proposition de Malte d'inclure la question des aspects de droit pénal liés à la question du trafic de migrants dans les activités futures du CDPC et d'ajouter une activité sur cette matière dans le mandat du CDPC ». Le CDPC a chargé deux experts d'examiner la législation internationale et nationale relative au trafic de migrants, d'étudier les expériences en matière d'enquête et de coopération internationale ainsi que les obstacles rencontrés, et de formuler des recommandations pour les futures activités du Conseil de l'Europe dans ce domaine.

I.2 Examen des instruments internationaux

Dans le droit international, les différents aspects du trafic des migrants sont couverts par le *Protocole des Nations Unies contre le trafic illicite de migrants par terre, air et mer*¹, qui complète la *Convention contre la criminalité transnationale organisée*². Le *Protocole contre le trafic illicite de migrants* est entré en vigueur le 28 janvier 2004 et tous les Etats membres du Conseil de l'Europe sont parties au Protocole, exception faite de l'Irlande. Le Protocole propose la première définition universellement reconnue du « trafic illicite de migrants », énonce les conditions d'incrimination, les mesures spéciales de lutte contre le trafic illicite de migrants par mer ainsi que les mesures de coopération internationale et contient une norme de base pour la protection des droits des migrants faisant l'objet du trafic et pour leur retour dans leur pays d'origine.

Les Etats membres du Conseil de l'Europe également membres de l'Union Européenne (UE) sont par ailleurs tenus de mettre en œuvre la *Directive du Conseil 2002/90/CE définissant l'aide à l'entrée, au transit et au séjour irréguliers*³ ainsi que la *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*

¹ Ouvert à la signature le 12 décembre 2000, 2241 RTNU 507 (entré en vigueur le 28 janvier 2004) [ci-après dénommé *Protocole contre le trafic illicite de migrants*].

² Ouverte à la signature le 15 décembre 2000, 2225 RTNU 209 (entrée en vigueur le 29 septembre 2003).

³ Directive 2002/90/CE du Conseil de l'UE du 28 novembre 2002 définissant l'aide à l'entrée, au transit et au séjour irréguliers, JO L238/17, 5 décembre 2002.

*irréguliers*⁴. Ces instruments, qui ne contiennent pas la terminologie de « trafic illicite de migrants », fournissent un cadre pour l'incrimination et la répression de l'aide à l'entrée, au transit et au séjour irréguliers dans les Etats membres de l'UE. La *Directive* et la *Décision-cadre du Conseil* ne contiennent pas de dispositions sur la protection des migrants faisant l'objet du trafic (ou d'autres « immigrés clandestins »).

I.3 Droit national relatif au trafic de migrants

Une comparaison des législations nationales adoptées par les Etats membres du Conseil de l'Europe dans leur lutte contre le trafic de migrants offre un reflet des différents concepts formulés par les cadres de l'Organisation des Nations Unies et de l'Union européenne tout en faisant émerger certaines ambiguïtés.

Si, dans tous les Etats membres, la législation définit des infractions relatives au trafic de migrants et satisfait au minimum aux conditions d'incrimination énoncées dans les accords internationaux, il existe de très sérieuses disparités dans la manière dont le trafic de migrants est incriminé dans chaque Etat. Ainsi, la description des éléments matériel (*actus reus*) et moral (*mens rea*) de l'infraction n'est absolument pas harmonisée et les modalités d'aggravation ainsi que les peines infligées varient énormément d'un Etat à un autre. Il semble n'exister, au mieux, qu'une conception commune minimale des éléments constitutifs du trafic de migrants, des types de trafic et des mobiles des passeurs répréhensibles ou non, des sanctions que méritent les méthodes plus ou moins odieuses de trafic, ainsi que de la définition des méthodes elles-mêmes.

En résumé, la situation présente est telle que les Etats membres du Conseil de l'Europe appliquent différents concepts et critères dans leurs efforts de lutte contre le trafic de migrants. Certains dénominateurs communs sont certes identifiables, mais il n'existe à l'heure actuelle aucun consensus quant à ce qui constitue ou, tout aussi important, ne constitue pas, un trafic de migrants. Les critères de définition du phénomène et les limites de la responsabilité pénale sont extrêmement variables d'un Etat membre à un autre, variabilité qui se répercute dans les possibilités d'entraide et de coopération internationale ainsi que dans le champ d'application de ces dernières.

Afin d'améliorer l'efficacité de la prévention et de la répression du trafic de migrants dans les Etats membres du Conseil de l'Europe, il serait souhaitable d'établir un processus conduisant à une meilleure conception commune du phénomène, à une législation pénale plus cohérente et homogène et à une coopération, des échanges d'informations et des poursuites judiciaires plus efficaces. Les sections suivantes présentent quelques moyens d'atteindre ces objectifs à court, moyen et long terme.

II PRINCIPES DIRECTEURS

Toutes les activités entreprises par le Conseil de l'Europe et le CDPC en matière de prévention et de répression du trafic de migrants devraient l'être dans l'optique de

- (1) prévenir le trafic des migrants ;
- (2) réprimer, y compris par l'incrimination, le trafic de migrants ;
- (3) promouvoir et faciliter la coopération internationale ;
- (4) protéger les droits des migrants faisant l'objet du trafic.

⁴ Décision-cadre 2002/946/JAI du Conseil de l'UE du 28 novembre 2002 visant à renforcer le cadre pénal pour la répression de l'aide à l'entrée, au transit et au séjour irréguliers, JO L238/1, 5 décembre 2002.

Les mesures élaborées, recommandées et adoptées à l'avenir par le Conseil de l'Europe devraient l'être en tenant dûment compte des instruments internationaux en vigueur et des obligations et responsabilités des Etats membres au regard du droit international, et plus particulièrement du *Protocole des Nations Unies contre le trafic illicite de migrants par terre, air et mer, additionnel à la Convention contre la criminalité transnationale organisée*. Au surplus, ces mesures devraient prendre dûment en considération tout autre droit, obligation et responsabilité des Etats membres au regard du droit international des droits de l'homme et humanitaire, et plus particulièrement de la *Convention de sauvegarde des Droits de l'homme et des Libertés fondamentales* et de la *Convention et du Protocole relatifs au statut des réfugiés*.

II.1 Répression, y compris incrimination

Le trafic de migrants représente un défi de taille pour la justice pénale, les relations internationales, la sécurité nationale, les services d'immigration nationaux et la communauté internationale. Ce trafic 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 Etat Partie d'une personne qui n'est ni un ressortissant ni un résident permanent de cet Etat »⁵. Les passeurs de migrants exploitent l'hétérogénéité des législations et des systèmes judiciaires nationaux à leur avantage. Ils élaborent des moyens de migration illicites, comme le transport clandestin et/ou la mise à disposition de documents frauduleux aux personnes qui désirent migrer ou qui y sont forcées. Les migrants faisant l'objet d'un trafic s'exposent à des dangers d'exploitation, voire de mort. Véritable manne de profits pour les criminels, le trafic de migrants encourage la corruption et renforce le crime organisé.

L'incrimination du trafic de migrants constitue une première étape indispensable à la lutte contre ce phénomène. Elle devrait s'étendre au fait de produire, de procurer, de fournir et de posséder des documents de voyage ou d'identité frauduleux à des fins de trafic, ainsi qu'à l'hébergement de migrants faisant l'objet d'un trafic. Il convient aussi d'incriminer la tentative de trafic, l'incitation au trafic et toute autre forme de participation à un trafic de migrants. Une attention particulière devrait être portée – et des sanctions plus lourdes appliquées- aux cas de trafic dans lesquels les passeurs mettent la santé et la vie des migrants en danger, les migrants sont soumis à des traitements cruels ou inhumains, des fonctionnaires collaborent avec des passeurs ou agissent en tant que tels ou des criminels participent en bande organisée..

L'effort global d'incrimination du trafic de migrants devrait aller de pair avec une mise en application des lois, une collecte de renseignements et des enquêtes rigoureuses, ainsi que des poursuites judiciaires et d'autres procédures pénales justes et efficaces.

II.2 Coopération internationale

Si l'action répressive se cantonne généralement aux frontières d'un pays, il n'en va pas de même pour le trafic de migrants. Les passeurs sont mobiles. Opérant de chaque côté des frontières, ils font tout leur possible pour éviter de se faire repérer, arrêter et sanctionner, notamment en trouvant refuge dans d'autres juridictions. Ils échappent à la justice en exploitant les frontières et en profitant de la réticence des forces de l'ordre à s'engager dans des enquêtes et des poursuites judiciaires transnationales, souvent jugées trop chères et complexes. Il suffit qu'un seul pays soit limité dans ses capacités et donc moins efficace dans la lutte contre ces menaces pour affaiblir l'ensemble du système international de coopération pénale. Ces enjeux peuvent parfois paraître insurmontables aux yeux des pays disposant d'une capacité pénale

⁵ Article 3(a) du *Protocole contre le trafic illicite de migrants*.

relativement faible. De nombreux cas de trafic de migrants ne sont par conséquent pas détectés et de nombreux criminels vaquent à leurs activités sans être inquiétés. Voilà pourquoi une coopération transfrontalière complète, pluri-institutionnelle et flexible est essentielle pour que les enquêtes et les poursuites judiciaires appropriées soient diligentées contre les auteurs de tels trafics.

II.3 Prévention

L'incrimination, la répression et les contrôles aux frontières ne peuvent résoudre seuls le problème du trafic des migrants. Un renforcement des activités de maintien de l'ordre et des mesures de contrôle aux frontières peut inciter les passeurs à modifier leurs itinéraires habituels, et donc à recourir à des méthodes de trafic plus risquées ou à des routes plus périlleuses, mettant ainsi la vie des migrants en danger.

Il est par conséquent primordial d'élaborer des mesures de prévention du trafic de migrants. Celles-ci englobent, entre autres, les mesures destinées à dissuader les passeurs potentiels de passer à l'acte et d'empêcher les migrants potentiels de devenir victimes des promesses de passeurs peu scrupuleux. Sont également concernés les mesures de contrôle et de suivi des migrants, qui permettent de s'assurer que ceux-ci détiennent des titres de voyage et des pièces d'identité valides, et les programmes d'information et de sensibilisation, qui renseignent les migrants sur la nature criminelle et les dangers liés au trafic.

II.4 Protection des droits des migrants faisant l'objet du trafic

Le trafic des migrants implique le déplacement d'êtres humains dont la vie, la liberté et la sécurité sont fréquemment mis en danger. Les migrants faisant l'objet du trafic sont exposés à l'exploitation, à la tromperie, aux menaces et aux violences. Lorsqu'ils sont arrêtés par les forces de l'ordre, ils peuvent avoir besoin d'urgence d'un hébergement, de nourriture et de soins médicaux de base. De nombreux migrants sont ainsi retrouvés dans des situations critiques, exposés aux éléments, déshydratés, au bord de l'asphyxie ou de la noyade. De nombreux passeurs mettent la vie des migrants en danger et les exposent à des risques d'exploitation. Des milliers de migrants meurent ainsi asphyxiés dans des conteneurs, déshydratés dans le désert ou en mer ou encore noyés.

Il est par conséquent important que les cadres internationaux et nationaux protègent les droits et les libertés fondamentaux des migrants faisant l'objet du trafic et que toute action entreprise à l'encontre du trafic de migrants adhère aux principes du droit international des droits de l'homme. Cela incitera également les migrants faisant l'objet du trafic à coopérer avec les autorités publiques, notamment dans le cadre des poursuites judiciaires engagées contre leurs passeurs. Quel que soit leur statut migratoire, les migrants faisant l'objet du trafic sont en droit d'attendre la reconnaissance de leurs droits et de leur dignité à tous les stades de leur arrestation, de leur identification et de leur détention de la part des personnes qui en sont responsables. Qui plus est, le droit international des droits de l'homme pose en principe fondamental que chaque individu est en droit d'être reconnu en tant que personne et traité sur un pied d'égalité devant la loi et a droit sans distinction à une égale protection de la loi.

III MESURES À COURT TERME

III.1 Conférence

Pour délimiter le périmètre des mesures à disposition du Conseil de l'Europe et pour élaborer des stratégies de prévention et de répression du trafic de migrants, l'organisation d'un cycle de conférences et de rencontres visant à orienter et à éclairer les futurs développements et coopérations dans ce domaine serait la bienvenue. L'idéal serait une approche à deux niveaux, mêlant des conférences officielles stratégiques à haut niveau entre Etats membres et, en complément, des réunions ou des groupes de travail techniques de moindre ampleur entre experts.

Les conférences à haut niveau devraient réunir une ou deux fois par an des représentants de la justice, des services de l'intérieur/de l'immigration et des différents portefeuilles politiques des Etats membres. Un tel forum viserait principalement à échanger des expériences, à élaborer des stratégies de coopération à moyen et long terme et à s'accorder sur des objectifs stratégiques de prévention et de répression du trafic de migrants dans les Etats membres du Conseil de l'Europe.

Les conférences à haut niveau devraient être assorties de réunions périodiques d'experts, au cours desquelles seraient discutés les aspects juridiques et techniques de la coopération dans ce domaine. Y participeraient des représentants des Etats membres, des chercheurs universitaires et des délégués des organisations internationales concernées.

III.2 Collecte et analyse des législations nationales et autres documents

Les efforts de prévention et de répression du trafic de migrants sont entravés par l'absence d'une collecte exhaustive de données. Malgré une tendance générale qui consiste à tenter d'estimer ou de prévoir l'ampleur et les caractéristiques du trafic de migrants et du nombre de migrants en faisant l'objet, les statistiques fiables manquent et la question reste encore mal cernée et peu étudiée. Il est pourtant essentiel de connaître, par le biais de données informatives et statistiques, les niveaux et les caractéristiques des trafics de migrants pour pouvoir prendre des décisions politiques éclairées, étayées d'éléments concrets, planifier correctement des amendements législatifs et mettre sur pied des projets de renforcement des capacités et d'assistance technique. Un accès aux législations actuelles relatives au trafic des migrants dans tous les Etats membres favoriserait en outre l'entraide judiciaire et la coopération internationale.

Pour ces raisons, il est souhaitable qu'un système de collecte centralisée et actualisée des législations nationales et des instruments internationaux liés au trafic de migrants ainsi que des statistiques portant sur les enquêtes, les arrestations et les poursuites judiciaires soit mis sur pied, et qu'un inventaire ou une liste des ressources et des recherches disponibles dans ce domaine soit dressé. Il serait également souhaitable, afin d'identifier les carences et les faiblesses des systèmes nationaux et internationaux, de commander une étude universitaire indépendante chargée d'analyser à la fois les mesures nationales prises par les Etats membres du Conseil de l'Europe et leur conformité aux instruments nationaux et aux lignes directrices sur les bonnes pratiques.

III.3 Coopération avec les autres organisations internationales

La question du trafic de migrants relève à la fois de la justice pénale, de l'immigration et des droits de l'homme. Plusieurs autres organisations régionales et internationales ont acquis de l'expérience et de l'expertise et élaboré des documents et des lignes directrices de bonnes

pratiques concernant la myriade de questions liées à ce phénomène. C'est pourquoi le Conseil de l'Europe, notamment le CDPC, et les Etats membres dialoguent activement et régulièrement avec les organisations compétentes pour partager des expériences, des préoccupations et des idées.

IV CONSTITUTION D'UNE CAPACITÉ PERMANENTE

IV.1 Base de données

Afin de faciliter la communication, les échanges d'informations et la coopération entre les Etats membres du Conseil de l'Europe, il importe de maintenir une collecte centralisée des législations, des infractions et des obligations procédurales liés au trafic des migrants, ainsi que des compétences et des responsabilités des différentes entités concernées. La constitution d'une base de données et d'un répertoire accessibles en ligne permettrait de disposer d'une source d'informations structurée, offrant des possibilités de recherche par mot clé et renvoyant vers des sources primaires, telles que la loi, l'affaire et le site internet officiels concernés, par exemple. Par souci de commodité d'accès et de transparence, le contenu de la base de données devrait être rendu public hormis, si nécessaire, certaines informations et statistiques sensibles qu'il conviendrait de protéger par mot de passe. Les ressources mobilisées doivent être suffisamment conséquentes pour que la base de données contienne toutes les informations provenant de tous les Etats membres et soit maintenue et mise à jour en continu. La base de données du Conseil de l'Europe pourrait par exemple s'inspirer du système Sherlock (« Sharing of electronic resources on organised crime ») mis en place par l'ONU DC.

IV.2 Correspondant pour la communication et les échanges d'informations

Il serait souhaitable, à moyen et à long terme, de désigner un correspondant, au sein du Conseil de l'Europe, chargé de servir d'interlocuteur privilégié pour toutes les questions relatives aux réponses pénales apportées au trafic de migrants, de faciliter les échanges et le partage d'informations, d'assurer l'interface avec les Etats membres et les différentes sections du Conseil de l'Europe et de maintenir la base de données précédemment mentionnée. Ce correspondant pourrait également remplir d'autres fonctions, comme la compilation et la diffusion de statistiques, de rapports et d'autres documents utiles et l'identification d'axes de recherche et de développement futurs.

IV.3 Recherche et évaluation

Le trafic de migrants reste un phénomène peu documenté et mal compris. Il n'existe pour ainsi dire aucune source documentaire ni étude approfondie sur la question des niveaux et des caractéristiques des trafics de migrants ni analyses sur les politiques, lois et mécanismes procéduraux applicables. La conduite de recherches et d'évaluations permettrait de mieux cerner le phénomène et d'éclairer par des informations concrètes les prises de décision et les réformes législatives. Le CDPC pourrait, s'il le juge nécessaire, commander des projets de recherche portant sur des aspects juridiques spécifiques ou sur les tendances et les caractéristiques du trafic de migrants, des études de cas, des comparaisons entre les procédures et les méthodes d'enquête employées par les différents Etats membres ainsi que les problèmes rencontrés, les profils des passeurs et des migrants faisant l'objet d'un trafic, le financement du trafic de migrants, la coopération entre les Etats membres et les Etats non membres du Conseil de l'Europe, entre autres.

V UN INSTRUMENT JURIDIQUE DU CONSEIL DE L'EUROPE

V.1 Une nouvelle convention est-elle nécessaire ?

Au vu de l'ampleur du trafic de migrants sur leurs territoires ou à leurs frontières et des profondes disparités présentées par leurs législations nationales, notamment en matière d'infractions, d'application de la loi et de mécanismes de protection, les Etats membres du Conseil de l'Europe pourraient souhaiter d'envisager l'élaboration d'une nouvelle convention du Conseil de l'Europe sur le trafic de migrants.

Outre l'objectif de prévenir et de réprimer plus efficacement le trafic de migrants tout en protégeant les droits de ces derniers, une nouvelle convention pourrait contribuer à combler les lacunes exploitées par les passeurs et les autres acteurs criminels et à homogénéiser les législations nationales, renforçant ainsi la capacité des Etats membres à détecter et à arrêter les passeurs et à coopérer efficacement.

Le Protocole des Nations Unies contre le trafic illicite de migrants par terre, air et mer pourrait servir de point de départ pour développer de nouveaux instruments juridiques dans ce domaine. Le Protocole propose une définition universellement reconnue du « trafic illicite de migrants » et un ensemble de mécanismes relatifs à l'incrimination, à la coopération internationale et à la protection des droits des migrants faisant l'objet du trafic. Bien que la plupart des Etats membres du Conseil de l'Europe soient parties au Protocole, leur droit national, comme cela a été mentionné plus tôt, présente de nombreuses divergences par rapport aux concepts fondamentaux et aux exigences du Protocole.

Malgré ses nombreux points forts, le Protocole représente simplement un « plus petit dénominateur commun ». Il a été développé à une époque où la compréhension générale du trafic des migrants et les études dans ce domaine – ainsi que le développement d'outils de prévention et de répression adaptés – en étaient à leurs balbutiements. De nombreuses années d'expériences et d'analyse de la criminologie, du droit pénal, des réponses pénales au trafic des migrants ont passé depuis, donnant naissance à des mécanismes plus sophistiqués, aptes à lutter de manière plus efficace, durable et nuancée contre ce phénomène. Le Groupe de travail sur le trafic illicite de migrants, établi par la Conférence des Etats parties à la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée, a reconnu certaines des carences du Protocole et émis des propositions d'amélioration et de réinterprétation. Cela étant, il est peu probable que le Protocole soit modifié dans un futur proche.

D'autres modèles de droit international et de bonnes pratiques ainsi que les directives et décisions-cadres de l'Union européenne pourraient inspirer l'élaboration éventuelle d'une nouvelle convention dans ce domaine et, avec l'appui de recherches universitaires et d'avis d'experts, contribuer à identifier les lacunes des instruments internationaux existants et à élaborer de nouveaux cadres juridiques et mesures pratiques utiles pour combattre le trafic de migrants.

V.2 Une éventuelle recommandation du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe ?

A défaut de nouvelle convention, la possibilité de préparer et de négocier une recommandation du Comité des Ministres pourrait être envisagée. Une telle recommandation pourrait inviter les Etats membres du Conseil de l'Europe à incriminer le trafic de migrants, à diligenter des enquêtes et à engager des poursuites judiciaires de manière effective. Elle pourrait renvoyer au Protocole des Nations Unies contre le trafic illicite de migrants et donner des orientations aux Etats membres du Conseil de l'Europe en vue de son application. Elle pourrait également

proposer diverses mesures pratiques à prendre par le Conseil de l'Europe et ses Etats membres, telles que celles listées dans les sections III et IV du présent document.

L'élaboration et la négociation d'une telle recommandation présenterait l'avantage de résultats rapides par rapport à une nouvelle convention, dont la négociation des termes définitifs, l'entrée en vigueur effective et l'applicabilité dans un nombre adéquat d'Etats membres serait loin d'être immédiate. Dans l'éventualité où, à la suite de l'adoption d'une recommandation, une analyse complémentaire conclurait effectivement à l'insuffisance des instruments juridiques existants pour lutter efficacement contre le trafic de migrants, le Conseil de l'Europe pourrait à nouveau envisager l'élaboration d'une nouvelle convention.

V.3 Proposition de nouveau contenu

Concernant la question spécifique de l'incrimination du trafic des migrants, un nouvel instrument du Conseil de l'Europe tel qu'une recommandation du Comité des Ministres ou une nouvelle convention contre le trafic de migrants, devrait apporter plus de clarté, de précision et des orientations sur les points critiques suivants :

- (1) Définition du « trafic de migrants ». La définition actuelle s'appuie sur une faible quantité d'éléments, dont certains manquent de clarté et de précision. La définition de l'article 3(a) du *Protocole contre le trafic illicite de migrants* se limite, sous sa forme actuelle, à « l'entrée illégale » et n'inclue aucune notion de transit. L'élément matériel défini comme le « fait d'assurer une entrée illégale » manque également de clarté et des explications supplémentaires ne seraient pas de trop pour préciser quels types de comportements et quelles modalités (fait de procurer des services de passeur, de faciliter le trafic, de transporter des migrants, de permettre le passage, etc.) constituent un trafic de migrants. Une telle clarification permettrait également de distinguer plus clairement les passeurs des migrants faisant l'objet du trafic et les principaux auteurs d'infraction des simples participants (passibles de poursuites en vertu de l'article 6(2) et (c) du Protocole).
- (2) « Avantage financier ou matériel ». Il s'agit d'un élément essentiel de la définition du trafic illicite de migrants telle qu'énoncée dans le *Protocole contre le trafic illicite de migrants*. Cet élément considère le trafic illicite de migrants comme une infraction commise à des fins d'avantage matériel. Il exclut les actes commis pour des raisons humanitaires et pour secourir des membres de sa famille, à condition que leur auteur n'en tire aucun avantage matériel. Comme le montrent certaines décisions de justice récentes, les frontières exactes de cet élément et la mesure dans laquelle les profits doivent excéder les dépenses effectivement encourues restent floues et hypothétiques. Les événements survenus en 2015 ont également révélé que de nombreux civils venus au secours des réfugiés n'avaient aucune certitude quant à la nature délictueuse ou non de leurs activités. En outre, l'élément est mis en œuvre différemment dans les différentes législations des Etats membres du Conseil de l'Europe, ce qui génère des divergences de point de vue considérables sur la question des éléments constitutifs du trafic de migrants.
- (3) Distinction entre traite de personnes et trafic de migrants. Le trafic de migrants et la traite de personnes sont souvent confondus. De nombreuses organisations emploient ces termes de manière abusive ou indistincte, alors qu'il s'agit bien de deux phénomènes distincts. Les Protocoles des Nations Unies sur la traite des personnes et le trafic de migrants ainsi que la *Convention sur la lutte contre la traite des êtres humains* du Conseil de l'Europe et les nombreux documents d'interprétation aident à faire la distinction entre les deux phénomènes, mais une forte incertitude subsiste pour (a) les situations dans lesquelles des migrants (faisant l'objet d'un trafic) sont maltraités, soumis à la contrainte ou exploités et (b) les situations dans lesquelles des personnes (victimes de la traite) consentent à la situation de contrainte ou d'exploitation.

- (4) Aggravations. L'article 6(3) du *Protocole contre le trafic illicite de migrants* encourage actuellement les Etats parties à considérer comme des circonstances aggravantes de l'infraction de trafic de migrants le fait de mettre en danger ou de risquer de mettre en danger la vie ou la sécurité des migrants et le traitement inhumain ou dégradant de ces migrants, y compris pour l'exploitation. Dans la pratique, le trafic de migrants fait intervenir diverses autres situations particulièrement dangereuses, douloureuses ou odieuses, mais encore non reconnues à ce jour comme des circonstances aggravantes par le droit international. Celles-ci incluent, entre autres, le trafic des mineurs non accompagnés, le trafic par des groupes criminels organisés, le trafic commis ou toléré par des fonctionnaires corrompus, les cas de trafic ayant entraîné la mort de migrants, les cas de récidive ou de trafic à des fins commerciales.
- (5) Sanctions. Le *Protocole contre le trafic illicite de migrants* ne donne aucune indication quant aux types et aux niveaux de sanctions adéquates. Les peines encourues pour trafic de migrants varient énormément entre les différentes législations nationales des Etats membres du Conseil de l'Europe. Si la prescription de peines précises apparaît déconseillée dans un traité international, quelques lignes directrices sur les sanctions adéquates à appliquer devraient être proposées pour les infractions aggravées et non aggravées. L'utilité de sanctions autres que des peines d'emprisonnement et des amendes pour lutter contre le trafic de migrants et dissuader les passeurs actuels et potentiels devrait également être étudiée dans ce contexte.
- (6) Trafic de migrants par air et par mer. Le *Protocole contre le trafic illicite de migrants* contient sous sa forme actuelle certaines dispositions spéciales relatives au trafic par mer. Les nombreux dangers et méthodes associés au trafic par air et par terre ne sont pas reconnus de manière similaire. Ils nécessitent une reconnaissance plus aboutie et, dans certains cas, des dispositions juridiques spéciales.