



Conférence des Parties à la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée

Distr. générale
25 juillet 2023
Français
Original : anglais

Groupe de travail sur le trafic illicite de migrants

Vienne, 5 et 6 octobre 2023

Point 2 de l'ordre du jour provisoire*

**Sur quels critères se baser pour accuser quelqu'un
de trafic illicite de personnes migrantes :
qui est un passeur et qui n'en est pas un**

Sur quels critères se baser pour accuser quelqu'un de trafic illicite de personnes migrantes : qui est un passeur et qui n'en est pas un

Document d'information établi par le Secrétariat

I. Introduction

1. Le présent document d'information a été établi par le Secrétariat pour faciliter les débats du Groupe de travail sur le trafic illicite de migrants à sa dixième réunion. Il présente une série de questions que le Groupe de travail pourrait souhaiter aborder au cours de ses délibérations. Il présente également des informations générales et propose des mesures pratiques qui auraient un effet positif sur les efforts déployés pour déterminer les critères à appliquer pour engager des poursuites contre les auteurs du trafic illicite de personnes migrantes conformément à la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée et à son Protocole contre le trafic illicite de migrants par terre, air et mer. S'appuyant sur les meilleures pratiques recensées dans de récentes décisions de justice et la pratique actuelle, le présent document d'information examine les lacunes et zones d'ombre constatées dans les approches actuellement suivies pour engager des poursuites en rapport avec cette infraction et étudie les moyens d'assurer l'efficacité des poursuites.

II. Questions à examiner

2. Les délégations voudront peut-être examiner les réponses de leur pays aux questions suivantes afin de préparer les délibérations du Groupe de travail :
- Que sait-on de la manière dont les passeurs sont organisés et des types de services qu'ils proposent ?
 - Qui sont les acteurs intervenant dans le trafic illicite de personnes migrantes et quels rôles jouent-ils ?

* CTOC/COP/WG.7/2023/1.



c) La proportionnalité de l'acte d'accusation par rapport au rôle joué par une personne dans le processus de trafic illicite de personnes migrantes est-elle prise en considération dans la pratique ?

d) Quels actes constitutifs de l'infraction de trafic illicite de personnes migrantes (élément matériel) sont incriminés dans le droit interne et comment ces actes sont-ils pris en compte pour déterminer la personne à poursuivre pour cette infraction ?

e) Comment l'intention criminelle (élément moral) de l'infraction de trafic illicite de personnes migrantes est-elle prise en compte dans le droit interne et comment est-elle interprétée dans la pratique ?

i) Selon les lois et politiques nationales, le seul objectif visé par l'infraction de trafic illicite de personnes migrantes doit-il être de violer les règles d'entrée et d'immigration d'un État, ou l'objectif d'obtenir un avantage financier ou autre avantage matériel doit-il également être un élément constitutif de l'infraction (comme le prévoit le Protocole relatif au trafic illicite de migrants) ?

ii) Quelles sont les incidences de l'une et l'autre de ces approches sur les critères pris en compte pour poursuivre une personne pour trafic illicite de personnes migrantes ?

f) Dans la pratique, les dispositions légales relatives au trafic illicite de personnes migrantes sont-elles davantage perçues comme un outil de justice pénale ou comme un outil de gestion des migrations ? En quoi cela influe-t-il sur l'approche adoptée pour poursuivre les auteurs présumés au titre des dispositions relatives au trafic illicite de personnes migrantes ?

g) En quoi consisterait une approche plus approfondie et plus nuancée pour poursuivre les personnes accusées de trafic illicite de personnes migrantes ?

h) Comment procéder dans les affaires de trafic illicite de personnes migrantes pour faire en sorte que les enquêtes et poursuites ciblent davantage les groupes criminels organisés que les acteurs secondaires ? Pourquoi cela est-il important ?

i) Dans la pratique, dans quelle mesure les considérations relatives au droit international des droits humains pèsent-elles dans la décision de poursuivre quelqu'un au titre des dispositions relatives au trafic illicite de personnes migrantes, et quelles sont les principales considérations prises en compte à cet égard ?

j) Quelles sont les bonnes pratiques mises en œuvre pour appliquer les dispositions relatives à la non-responsabilité des personnes du fait qu'elles ont été victimes de trafic illicite ?

III. Bref exposé des problèmes et pistes d'action possibles

A. Généralités

3. La lutte contre le trafic illicite de personnes migrantes est devenue une priorité mondiale. Outre le fait que les personnes faisant l'objet d'un trafic sont victimes de violences et de mauvais traitements et que certaines d'entre elles vont jusqu'à perdre la vie, comme le rapportent largement les médias, ce trafic représente pour les réseaux criminels et pour des acteurs individuels une source de revenus. En 2016, on estime que 2,5 millions de personnes ont été victimes de ce trafic dans le monde, sur 30 itinéraires, ce qui aurait rapporté au total entre 5,5 et 7 milliards de dollars aux passeurs¹.

¹ *Global Study on Smuggling of Migrants 2018* (publication des Nations Unies, numéro de vente : E.18.IV.9).

4. Sur les itinéraires de trafic de la Méditerranée, l'Observatoire de l'Office des Nations Unies contre la drogue et le crime (ONUDD) sur le trafic illicite de personnes migrantes a constaté que le nombre de cas de trafic était plus élevé qu'on ne le pensait². Il a également constaté que sur certains itinéraires, les acteurs et groupes secondaires étaient progressivement remplacés par des réseaux de trafiquants mieux organisés et plus évolués³.

5. La demande de services de passeurs est liée à la détermination tenace des personnes à migrer, conjuguée à un accès limité aux voies légales de migration régulière et à une difficulté à migrer sans aide. Les obstacles à l'exercice des droits de libre circulation, la corruption et les problèmes de sécurité contribuent également à la demande de ce type de services dans certaines régions⁴.

6. L'article 3 du Protocole définit le trafic illicite de migrants comme le fait d'assurer l'entrée illégale dans un État d'une personne en vue d'obtenir un avantage financier ou un autre avantage matériel. Par ailleurs, on trouve à l'article 6 du Protocole des définitions des infractions connexes suivantes : la fraude documentaire qui vise à permettre le trafic illicite de personnes migrantes en échange d'un avantage financier ou d'un autre avantage matériel ; et le fait de permettre à une personne de demeurer irrégulièrement dans un État en échange d'un avantage financier ou d'un autre avantage matériel. Le paragraphe 3 de l'article 6 confère le caractère de circonstance aggravante des infractions de trafic illicite de personnes migrantes au fait de mettre en danger ou de risquer de mettre en danger la vie ou la sécurité des personnes migrantes concernées, ou au traitement inhumain ou dégradant de ces personnes, y compris pour l'exploitation. Aux termes de l'article 2, le Protocole a pour objet de prévenir et combattre le trafic illicite de personnes migrantes, ainsi que de promouvoir la coopération entre les États parties à cette fin, tout en protégeant les droits de ces personnes faisant l'objet d'un tel trafic.

7. À ce jour, le Protocole relatif au trafic illicite de migrants compte 151 États parties⁵, ce qui témoigne d'un engagement quasi universel à lutter contre cette forme de criminalité. Les États parties ont adopté des approches différentes pour transposer le Protocole dans le droit interne. Si certains ont choisi de reprendre quasiment à l'identique les dispositions du Protocole, d'autres n'en ont retenu que certaines parties et estimé que le fait de tirer un avantage financier ou un autre avantage matériel n'était pas un élément constitutif de l'infraction pénale. Ces derniers ont préféré faire de cet aspect un facteur aggravant, donnant lieu à des peines plus lourdes que celles encourues pour l'infraction de base. Dans d'autres législations nationales, c'est le fait que cette infraction de base soit commise dans le cadre d'une organisation criminelle ou qu'elle mette en danger la vie des personnes migrantes qui est considéré comme un facteur aggravant⁶. Dans certaines circonstances, la non-responsabilité des intervenants humanitaires a été entièrement exclue de la législation nationale, ou elle a fait l'objet d'une disposition distincte, appliquée de manière discrétionnaire⁷.

8. Avant de pouvoir évaluer avec précision l'ampleur du trafic illicite de personnes migrantes et de lutter efficacement contre ce problème, il faut harmoniser les

² Observatoire de l'Office des Nations Unies contre la drogue et le crime (ONUDD) sur le trafic illicite de personnes migrantes, « Incidence of migrant smuggling on Central Mediterranean Route in 2021 is twice what was thought », Mise à jour n° 1 (mars 2022).

³ Réseau des Nations Unies sur les migrations, « Mapping the landscape of smuggling of migrants: an overview of key concepts, trend, challenges and areas of action », note de synthèse (juin 2023).

⁴ Observatoire de l'ONUDD sur le trafic illicite de personnes migrantes, « Migrant smuggling from Nigeria: key findings ». Disponible sur le site Web de l'ONUDD : www.unodc.org/res/som ; et *Référentiel d'aide à la lutte contre le trafic illicite de migrants* de l'ONUDD (Vienne, 2010).

⁵ Ibid.

⁶ ONUDD, *The Concept of "Financial and Other Material Benefit" in the Smuggling of Migrants Protocol*, issue paper (Vienne, 2017).

⁷ Javier Escobar Veas, « Smuggling of migrants is and should be established as an autonomous offence », *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, vol. 27, n° 3 (juillet 2019).

pratiques utilisées pour déterminer les personnes devant être poursuivies pour trafic illicite de personnes migrantes.

B. Comprendre le fonctionnement du trafic illicite de personnes migrantes (organisation, acteurs, services et modes opératoires)

9. On trouve parmi les passeurs tout un éventail de profils différents, allant de personnes isolées ou vaguement liées entre elles tirant de modestes revenus d'un trafic circonscrit (notamment à leur communauté d'origine ou à certaines zones géographiques) à d'importantes organisations aux ramifications complexes, qui dégagent d'importants profits du trafic illicite de personnes migrantes. Les passeurs peuvent aussi bien être des professionnels travaillant à plein temps pour des organisations que des individus ne se livrant qu'occasionnellement à ce trafic⁸.

10. Selon le type du groupe ou de l'organisation, une opération peut faire intervenir différents types d'acteurs (comme indiqué dans la publication de l'ONU DC sur le trafic illicite de personnes migrantes)⁹. Des études récentes menées en Asie et dans la région Pacifique¹⁰ ainsi qu'en Afrique de l'Ouest et du Nord¹¹ ont démontré que ces rôles, qui sont répertoriés ci-dessous, n'ont pas changé :

a) Les coordinateurs/organisateur ont la responsabilité globale de l'opération. Un grand réseau criminel peut avoir à sa tête un coordinateur/organisateur qui supervise l'ensemble des opérations de trafic, notamment le recrutement de collaborateurs ou la sous-traitance, le choix des itinéraires et, grâce à ses nombreux contacts, la coordination du transport et de l'hébergement. Une opération de trafic illicite de personnes migrantes peut être coordonnée par une seule personne ou par plusieurs travaillant en partenariat. Il est généralement difficile d'obtenir des preuves contre les coordinateurs/organisateur d'une opération de trafic ;

b) Les recruteurs se chargent de proposer les services des passeurs aux clients potentiels. Certains se chargent également de la collecte des paiements et travaillent avec plusieurs passeurs. Le plus souvent, ces personnes résident dans le pays d'origine ou dans celui de transit et elles ont une bonne connaissance de la langue des personnes migrantes. Elles ont même parfois des liens personnels avec elles ;

c) Les transporteurs/guides sont les petites mains des opérations de trafic, guidant ou accompagnant les personnes migrantes à travers un ou plusieurs pays et les aidant à franchir les frontières. Il arrive que les personnes migrantes soient confiées successivement à plusieurs transporteurs/guides pendant une opération. Il est généralement facile de recruter des transporteurs et si ceux-ci sont arrêtés, leur perte n'affecte pas outre mesure le déroulement de l'opération. Ils ne font pas toujours partie d'un réseau de passeurs de grande envergure et il arrive qu'ils ne proposent leurs services qu'occasionnellement (par exemple, dans les gares routières, aux points de passage fluviaux ou maritimes, sur les ponts ou aux frontières) ;

d) Les guetteurs, chauffeurs, messagers et exécutants se chargent de tâches diverses en fonction des besoins au cours du processus de trafic. Par exemple, les guetteurs fournissent des informations sur les contrôles spécifiques des services de détection et de répression, ou précèdent le véhicule qui transporte les personnes migrantes afin d'avertir le convoi de contrôles possibles. Les exécutants assurent la sécurité et le service d'ordre lors de l'opération, par exemple en empêchant les personnes migrantes de faire du bruit ou de se déplacer. Pour ce faire, ils recourent parfois à la menace et à la violence ;

⁸ *Global Study on Smuggling of Migrants 2018*, p. 43.

⁹ ONU DC, « Issue paper: a short introduction to migrant smuggling », (2010).

¹⁰ *Migrant Smuggling in Asia and the Pacific: Current Trends and Challenges*, vol. 2 (Bangkok, 2018).

¹¹ Mixed Migration Centre, « The many roles of migrant smugglers and movement facilitators » (juillet 2021).

e) Il arrive que d'autres prestataires et fournisseurs occasionnels entretiennent des relations suivies avec les passeurs et perçoivent une part des recettes. Ces personnes collaborent souvent avec plusieurs groupes/réseaux de passeurs de manière à optimiser leurs profits. Il s'agit notamment de propriétaires ou de constructeurs d'embarcations, de fonctionnaires corrompus (agents des services de police des frontières ou d'immigration, soldats, personnel d'ambassade ou de consulat, etc.) qui ferment parfois les yeux sur le processus de trafic, voire le facilitent, de personnes qui possèdent des hôtels, maisons ou appartements, ou y résident (elles sont particulièrement utiles pour les grands groupes de personnes), de conducteurs de train, de chauffeurs de taxi, d'agents de voyage, de personnes travaillant pour des compagnies aériennes, de personnes chargées de l'entretien des véhicules et de l'approvisionnement en carburant, et de commanditaires/trésoriers/fournisseurs d'argent chargés de transférer aux passeurs les sommes collectées auprès des personnes migrantes. Il convient de noter que des personnes facilitent parfois le trafic illicite de personnes migrantes sans le savoir, tandis que d'autres sont peut-être conscientes de jouer un rôle indirect dans le processus.

11. Le modèle de fonctionnement d'une opération de trafic varie en fonction des besoins et des moyens des personnes, ainsi que des difficultés rencontrées pour franchir les frontières qui sont liées aux conditions géographiques, aux saisons et aux activités des services de détection et de répression dans les pays de transit et de destination¹². Les modèles de fonctionnement les plus courants sont les suivants¹³ :

a) Le service complet, qui est généralement le modèle employé pour atteindre des destinations lointaines dans les plus brefs délais. Ce modèle est celui des groupes criminels les mieux organisés, qui jouissent d'une bonne réputation et sont connus pour entretenir des réseaux efficaces, capables d'organiser les différents passages de frontières, de corrompre les fonctionnaires et de garantir l'arrivée à destination. L'ensemble du voyage entre le pays d'origine et celui de destination, y compris le transport et le passage des frontières, est bien organisé dès le départ ;

b) Le modèle du supermarché, qui repose sur des plaques tournantes connues, situées à proximité de points de départ ou de transit, où les personnes migrantes peuvent obtenir tous les services nécessaires pour poursuivre leur voyage. Elles s'y rendent par leurs propres moyens ou y sont amenées par des passeurs locaux ;

c) Le modèle du monopole géographique, dans lequel les passeurs ont le contrôle territorial d'une zone géographique particulière, située sur un itinéraire de trafic, aux points de départ ou d'arrivée, ou dans des zones frontalières. Les passeurs sont en position de force parce qu'ils bénéficient de connaissances locales utiles pour l'opération de trafic ou sont en mesure d'autoriser ou de restreindre les déplacements dans la région. Dans ce modèle, les passeurs forment souvent un groupe professionnel qui s'appuie sur un réseau informel et flexible, et il arrive qu'ils assurent le transport des personnes migrantes ou organisent le passage des frontières ;

d) Le modèle de l'agence de voyage, dans lequel les personnes migrantes se voient proposer des services de voyage et des services connexes par un réseau de passeurs plus ou moins organisé, constitué de personnes qui agissent par opportunisme et collaborent entre eux de manière occasionnelle et flexible. Ce type de réseau peut comprendre des chauffeurs de taxi, de bus et de camions, qui travaillent sous la supervision d'un chef pour transporter des personnes entre le pays d'origine et le pays de destination ;

e) Le modèle intermittent, dans lequel l'itinéraire de migration comporte de nombreux segments qui ne nécessitent pas tous les services de passeurs. Les personnes migrantes ne font alors appel à ceux-ci que quand elles en ont besoin et en fonction de leurs moyens financiers ;

¹² *Global Study on Smuggling of Migrants 2018*.

¹³ *Ibid.*

f) Le modèle opportuniste fait intervenir des personnes ou des groupes de passeurs à géométrie variable, qui voient dans le trafic illicite de personnes migrantes une source de revenus complémentaire et s'y livrent de manière fortuite, temporaire et occasionnelle. Il arrive qu'ils proposent en plus d'autres services, tels que l'hébergement, ou qu'ils trouvent des emplois aux personnes migrantes ;

g) Le modèle différencié par étape, dans lequel l'itinéraire se découpe en plusieurs segments reliés entre eux. Les personnes migrantes emploient alors des méthodes différentes pour chacun des segments. Chaque passeur confie les personnes migrantes au passeur suivant, qui se charge de la prochaine étape du voyage. Si nécessaire, il arrive également qu'ils proposent un hébergement provisoire dans l'attente de conditions favorables pour l'étape suivante. Dans ce cas de figure, le trafic est rarement de grande ampleur et les passeurs travaillent souvent à temps partiel et quand l'occasion se présente, collaborant entre eux dans le cadre de relations plus ou moins étroites.

C. Incrimination et poursuites judiciaires en vertu des dispositions relatives au trafic illicite de personnes migrantes

Analyse des cadres internationaux applicables

12. Le 15 novembre 2000, le Protocole relatif au trafic illicite de migrants a établi pour la première fois une définition arrêtée sur le plan international et juridiquement contraignante du trafic illicite de personnes migrantes. L'article 3 du Protocole définit cette infraction comme 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. Cette disposition constitue la principale référence pour les États parties qui cherchent à définir au niveau national l'infraction de trafic illicite de personnes migrantes. Elle comprend essentiellement deux éléments : un acte illégal (élément matériel), à savoir le fait d'assurer l'entrée illégale ; et une intention délictueuse (élément moral), qui est de tirer un avantage financier ou un autre avantage matériel.

13. L'article 6 enjoint aux États parties d'ériger en infraction pénale les actes suivants quand ils sont commis en vue de tirer un avantage financier ou un autre avantage matériel : a) le trafic illicite de personnes migrantes ; b) la fabrication de documents de voyage ou d'identité frauduleux rendant possible le trafic illicite de personnes migrantes ; c) le fait de permettre à une personne qui ne satisfait pas aux conditions légales nécessaires pour cela de demeurer dans un État ; et d) le fait de tenter de commettre cette infraction, de s'en rendre complice et d'en organiser la commission ou de donner des instructions à d'autres personnes pour qu'elles la commettent. Le fait de mettre en danger la vie et la sécurité des personnes migrantes et le fait de les soumettre à un traitement cruel, inhumain ou dégradant sont considérés comme des circonstances aggravantes de ces infractions.

14. Des spécialistes ont déploré le manque de précision et le caractère trop large de la définition internationale du trafic illicite de personnes migrantes, qui peut couvrir un large éventail d'activités de facilitation des migrations¹⁴. Cela rend difficile l'interprétation criminologique du concept d'infraction de trafic illicite de personnes migrantes dans la pratique, car une pléthore d'acteurs, opérant au sein de structures différentes, avec des motivations diverses et participant à des degrés variables à l'infraction, peuvent commettre des actes qui relèvent de cette définition.

¹⁴ Abdelnaser Aljehani, « The legal definition of the smuggling of migrants in light of the provisions of the migrant smuggling protocol », *Journal of Criminal Law*, vol. 79, n° 2 (avril 2015), p. 122 à 137.

Acte illicite (élément matériel)

15. En ce qui concerne l'acte illicite (élément matériel), la définition du trafic illicite de personnes migrantes figurant dans le Protocole renvoie seulement au « fait d'assurer [...] l'entrée illégale », par exemple. L'expression « fait d'assurer » n'est pas définie en termes juridiques. Cette lacune a été relevée dans la *Loi type contre le trafic illicite de migrants* de l'ONUUDC, qui donne une définition du terme « assurer » basée sur celle d'un dictionnaire anglais pour en faciliter la compréhension¹⁵.

16. Lors des négociations sur le Protocole, l'une des propositions soumises par les pays au Comité spécial sur l'élaboration d'une convention contre la criminalité transnationale organisée contenait une liste d'actes à inclure dans une définition du « fait d'assurer », par exemple la préparation et le traitement des documents d'entrée et de séjour ; la planification, la supervision ou le financement du transfert et du transport ; la facilitation de l'entrée ou du séjour illégal ; et le recours à la corruption pour faciliter ces actes¹⁶. Cette approche est comparable à celle adoptée dans l'article 3 du Protocole visant à prévenir, réprimer et punir la traite des personnes, en particulier des femmes et des enfants, qui cite en tant qu'actes constitutifs de l'infraction le recrutement, le transport, le transfert, l'hébergement et l'accueil. Néanmoins, ces suggestions n'ont pas été retenues dans le texte final du Protocole.

17. Pour ce qui est de définir les critères permettant de déterminer qui est auteur d'une infraction de trafic illicite de personnes migrantes, les universitaires¹⁷ distinguent deux conceptions différentes de l'élément matériel : a) une conception étroite, selon laquelle l'élément matériel se limite aux activités transfrontalières menées lors des étapes finales du processus de trafic illicite de personnes migrantes, ce qui exclut les activités préparatoires ou de facilitation ; et b) une conception large, qui englobe ces activités préparatoires et de facilitation. Les partisans de la conception étroite affirment qu'elle est plus proche des dispositions du Protocole. En effet, si l'intention des rédacteurs du Protocole avait été d'inclure les actes préparatoires et de facilitation, les infractions qui rendent possible le trafic, telles que la falsification de documents, le fait de permettre le séjour et la complicité, n'auraient pas fait l'objet d'une incrimination distincte de l'infraction principale visée à l'article 6 du Protocole. En revanche, les partisans de la conception large estiment que pour atteindre l'objectif ultime du Protocole et lutter efficacement contre ce type de trafic, il faut tenir compte de l'ensemble des actes ayant conduit à la commission de l'infraction et accomplis par les différents acteurs qui jouent différents rôles mais poursuivent le même objectif.

18. Chacune de ces deux conceptions a ses avantages et ses inconvénients¹⁸ pour ce qui est de déterminer les chefs d'accusation. La conception étroite est sans doute plus ciblée et elle permet de déterminer plus simplement qui exactement est auteur de l'infraction de trafic illicite de personnes migrantes. Elle a néanmoins pour inconvénient de ne rien changer à la pratique actuelle, qui fait que les mesures de justice pénale ciblent en priorité les acteurs les plus visibles, c'est-à-dire ceux qui sont en contact avec les personnes migrantes, bien que ceux-ci soient rarement les principaux acteurs du trafic. En définitive, les enquêtes et des poursuites visent en premier lieu les acteurs les plus faciles à appréhender dans un contexte transfrontalier (chauffeurs, guides, guetteurs ou exécutants, dont certains sont eux-mêmes des personnes migrantes ou réfugiées qui ont été recrutées pour remplir ces rôles ou contraintes de les assumer), mais ce sont aussi les plus aisément remplaçables et leur arrestation perturbe à peine les réseaux criminels organisés sur lesquels s'appuient le trafic. Les membres de haut niveau de réseaux criminels organisés, qui coordonnent

¹⁵ La *Loi type contre le trafic illicite de migrants* de l'ONUUDC (2010) propose d'utiliser la définition suivante : « le terme "assurer" signifie obtenir quelque chose ou causer un résultat par la mise en œuvre d'efforts ». Cette proposition repose sur une définition du dictionnaire anglais.

¹⁶ [A/AC.254/5/Add.27](#).

¹⁷ Aljehani, « The legal definition of the smuggling of migrants » ; et Escobar Veas, « Smuggling of migrants is and should be established as an autonomous offence », p. 226 à 241.

¹⁸ Ibid.

et dirigent les opérations, réalisant des profits importants, sont rarement inquiétés, ce qui va à l'encontre de l'objectif du Protocole¹⁹. La conception large est plus exhaustive et correspond mieux à l'esprit de la Convention contre la criminalité organisée et du Protocole, car elle permet de traduire en justice certains acteurs comme ceux qui occupent des fonctions dans les chaînes logistiques du trafic (par exemple, les propriétaires des embarcations et des moyens de transport), qui contribuent au financement illicite de la criminalité (par exemple, les établissements financiers) et qui sont coupables de corruption et de complicité avec les passeurs (par exemple, les acteurs des institutions publiques). Elle permet par ailleurs d'enquêter plus facilement sur les acteurs de premier plan car elle couvre les activités menées aussi bien dans les pays d'origine, que dans ceux de transit et de destination. Lorsqu'elles sont appliquées, les mesures doivent être prises de manière à limiter autant que possible les risques liés à une sécurisation excessive des migrations, qui empêche les groupes protégés, tels que les réfugiés, d'accéder à la protection internationale. En outre, la sécurisation excessive expose les personnes réfugiées et migrantes à des risques d'exactions et de violations de leurs droits.

Intention criminelle (élément moral)

19. Aux termes du Protocole, l'intention criminelle (élément moral) du trafic de migrants est de « tirer, directement ou indirectement, un avantage financier ou autre avantage matériel ». Par conséquent, pour être considéré comme l'auteur d'une infraction de trafic illicite de personnes migrantes, une personne doit non seulement assurer l'entrée illégale, mais aussi avoir pour but subjectif de tirer un profit ou un autre type de gain matériel de l'opération.

20. Là encore, le Protocole ne propose pas de définition de l'expression « un avantage financier ou un autre avantage matériel ». Une explication non exhaustive des actes qu'elle peut couvrir est fournie dans la note interprétative²⁰ sur l'article 2 de la Convention contre la criminalité organisée, qui précise que l'expression devrait être interprétée dans un sens large, de manière à inclure, par exemple, les infractions ayant pour mobile une gratification sexuelle, telles que la réception ou le commerce de contenus montrant des abus sexuels sur enfant.

21. Dans la *Loi type contre le trafic illicite de migrants*²¹ de l'ONUUDC, il est suggéré que cette expression s'entend de tout type d'incitation financière ou non financière, de paiement, d'avantage indu, de récompense, d'avantage, de privilège ou de service (y compris services sexuels ou autres). Quand l'avantage matériel prend la forme de services sexuels, la question de savoir s'il faut poursuivre une personne pour trafic illicite de personnes migrantes ou pour traite des êtres humains risque de se poser, car le fait d'exiger des rapports sexuels en paiement d'un service de trafic illicite de personnes migrantes peut être considéré comme une forme d'abus de la vulnérabilité d'une personne migrante.

22. La définition d'un groupe criminel organisé donnée à l'article 2 a) de la Convention contre la criminalité organisée, dans lequel il est question d'un avantage financier et d'un autre avantage matériel, est également intéressante dans ce contexte. Dans cet article, un « groupe criminel organisé » est décrit comme un groupe structuré de trois personnes ou plus existant depuis un certain temps et agissant de concert dans le but de commettre une ou plusieurs infractions graves ou infractions établies conformément à la Convention, pour en tirer, directement ou indirectement, un avantage financier ou un autre avantage matériel.

¹⁹ Voir également « Mapping the landscape of smuggling of migrants » (note de bas de page 3), Réseau des Nations Unies sur les migrations.

²⁰ Travaux préparatoires des négociations en vue de l'élaboration de la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée et des Protocoles s'y rapportant (publication des Nations Unies, numéro de vente : F.06.V.5).

²¹ *Loi type contre le trafic illicite de migrants* de l'ONUUDC (2010).

23. Dans le contexte du trafic illicite de personnes migrantes, il convient de garder à l'esprit que la définition d'un groupe criminel organisé est particulièrement importante car, comme on l'a vu plus haut, le terme « passeur », selon une interprétation strictement legaliste de la définition du trafic de personnes migrantes, peut couvrir un large éventail d'acteurs différents. Cependant, certains passeurs agissent par opportunisme et travaillent seuls ou de manière occasionnelle, et non dans le cadre de groupes criminels organisés. Dans ces cas de figure, il est nécessaire d'adopter une approche nuancée pour déterminer si le chef d'accusation est proportionné à la nature de l'acte commis.

24. En outre, les notes interprétatives²² sur l'article 6 du Protocole relatif au trafic illicite de migrants soulignent que la référence à un avantage financier ou un autre avantage matériel a été introduite pour veiller à ce que seules les activités menées par les groupes criminels organisés pour en tirer un profit soient incriminées, et non les activités des personnes apportant une aide aux migrants pour des motifs humanitaires (telles que celles des organisations religieuses ou non gouvernementales) ou en raison de liens familiaux étroits.

25. Par ailleurs, en ce qui concerne les droits humains, on préconise de plus en plus souvent²³ une approche bien plus nuancée pour ce qui est de l'élément moral, qui ne saurait se résumer à une simple dichotomie entre considérations humanitaires et intérêts économiques, les passeurs ayant en réalité des motivations très diverses, qui peuvent être à la fois humanitaires/empathiques et économiques, voire concilier ces deux aspects à différents niveaux²⁴. D'après les partisans de cette approche, il faudrait faire la distinction entre les passeurs professionnels et les personnes qui facilitent la migration.

D. Bonnes pratiques et enseignements tirés de la jurisprudence en matière de droit pénal sur le trafic illicite de personnes migrantes

26. Il est préoccupant de voir qu'il ressort de plus en plus clairement des études récentes sur le trafic illicite de personnes migrantes que la majorité des « passeurs » qui finissent par être inculpés dans la pratique sont des acteurs secondaires. Par exemple, s'agissant du trafic par mer à destination de l'Espagne sur la route de l'Afrique du Nord-Ouest, l'Observatoire de l'ONUDC sur le trafic illicite de personnes migrantes²⁵ a constaté que les enquêtes et les poursuites visaient principalement les équipages des embarcations. Pour la seule année 2021, 150 arrestations de ce type ont été enregistrées sur cette route, les membres d'équipage étant souvent des personnes réfugiées ou migrantes qui pilotaient l'embarcation en échange d'un passage gratuit ou à moindre prix. Souvent, elles risquaient aussi d'être victimes de la traite à des fins de criminalité forcée²⁶.

27. Néanmoins, malgré ces problèmes persistants, la jurisprudence montre que les tribunaux tentent de comprendre les nuances de la participation supposée de personnes migrantes et réfugiées au processus de trafic. Au Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, par exemple, des tribunaux ont commencé à porter un

²² Ibid., p. 493.

²³ Alberto Aziani, « The heterogeneity of human smugglers: a reflection on the use of concepts in studies on the smuggling of migrants », *Trends in Organized Crime*, vol. 26, n° 1 (mars 2023), p. 80 à 106.

²⁴ Dans l'affaire n° 138-2017-03 à El Salvador, par exemple, un maçon a rencontré une employée de maison dans un foyer où ils travaillaient tous les deux. Ils sont devenus amis et ont échangé sur la situation économique difficile qu'ils traversaient l'un et l'autre. Au cours de leur conversation, le maçon en est venu à proposer à l'employée de maison de l'emmener illégalement aux États-Unis d'Amérique en échange d'une somme d'argent, afin qu'elle puisse gagner un revenu bien plus élevé qu'en El Salvador. Ce cas de figure illustre bien les motivations du passeur, qui étaient à la fois altruistes et économiques.

²⁵ Observatoire de l'ONUDC sur le trafic illicite de personnes migrantes, « Northwest African (Atlantic) route: key findings ». Accessible à l'adresse <https://www.unodc.org/res/som/index.html>.

²⁶ Ibid.

regard nouveau sur les poursuites engagées à l'encontre des personnes demandeuses d'asile et migrantes qui pilotaient des embarcations légères pour acheminer clandestinement des personnes migrantes à travers la Manche. Le premier cas a été l'affaire *R c. Kakaei*²⁷ en 2021, puis il y a eu l'affaire *R c. Bani*²⁸, dans laquelle la cour a annulé trois des quatre condamnations de demandeurs d'asile accusés d'avoir contribué à l'immigration illégale parce qu'ils pilotaient des embarcations gonflables transportant plusieurs personnes cherchant à rejoindre le Royaume-Uni depuis la France. Pour prononcer ces acquittements, la Cour d'appel s'est appuyée sur l'élément moral de l'infraction. Il était évident que l'intention première des accusés n'était pas de faire passer des personnes migrantes, mais d'être arrêtés par la police des frontières du Royaume-Uni et de demander l'asile.

28. Les mesures de justice pénale visant à lutter contre le trafic illicite de personnes migrantes doivent être mises en œuvre de manière à ne pas empêcher les personnes demandeuses d'asile et migrantes d'exercer leurs droits humains internationalement protégés au nom de la lutte contre la criminalité organisée.

29. Dans le cas des groupes criminels organisés, les tribunaux britanniques ont adopté une approche différente. Par exemple, dans le cadre de l'affaire *R c. Nica, Hughes and Others*²⁹, 39 personnes migrantes originaires du Viet Nam (dont des enfants) ont trouvé la mort alors qu'elles traversaient clandestinement la Manche dans un conteneur hermétique, à l'intérieur duquel il régnait une température comprise entre 38 et 40 degrés Celsius. Le réseau de passeurs était complexe et opérait à l'échelle internationale. Une enquête de grande ampleur a été menée conjointement par les services de détection et de répression du Royaume-Uni, de la Belgique, de l'Irlande et de la France, avec le soutien de l'Agence de l'Union européenne pour la coopération judiciaire en matière pénale et de l'Agence de l'Union européenne pour la coopération des services répressifs. Elle a permis d'identifier différents acteurs du groupe criminel, qui ont fait l'objet de poursuites en fonction du rôle qu'ils ont joué. Par exemple, pour les organisateurs qui étaient à la tête de l'opération et les personnes qui en contrôlaient la chaîne logistique, notamment le propriétaire de l'entreprise de transport qui avait fourni les remorques et les chauffeurs qui avaient convoyé les personnes migrantes, le chef d'accusation le plus grave, à savoir celui d'homicide, a été retenu. Les autres ont tous été inculpés conformément aux dispositions relatives à l'aide à la migration illégale, une attention particulière ayant été accordée à la proportionnalité de la peine par rapport aux différents rôles joués et aux conséquences. Par exemple, la personne qui était chargée de recruter et de payer des chauffeurs pour qu'ils aillent chercher les personnes migrantes et de livrer les importantes sommes d'argent au principal coconspirateur à Londres a été condamnée à une peine d'emprisonnement de 27 ans. En revanche, les chauffeurs qui ont convoyé les personnes migrantes entre les points de débarquement jusqu'à un lieu sûr ou un dépôt de poids lourds ont été condamnés à des peines d'emprisonnement comprises entre trois ans et quatre ans et demi. Cette procédure a été une réussite dans le sens où l'opération de trafic illicite de personnes migrantes a été traitée dans toute sa complexité et sa sophistication, ciblant efficacement les personnes qui réalisaient des profits considérables en mettant en danger des vies humaines. Elle a permis d'identifier les auteurs et les complices du crime ainsi que de démanteler l'organisation par le haut.

30. De même, en Amérique centrale, dans le cadre d'une opération de trafic menée au Costa Rica³⁰, 57 personnes originaires de la République démocratique du Congo ont cherché à passer clandestinement du Costa Rica au Honduras en passant par le Nicaragua pour éviter les contrôles des services d'immigration. Le premier prévenu

²⁷ Cité dans *R c. Bani* [2021] EWCA Crim 1958 (ONU DC, base de données sur la jurisprudence du portail SHERLOC). Disponible sur le site <https://sherloc.unodc.org/cld/fr/st/home.html>).

²⁸ *R c. Bani* [2021] EWCA Crim 1958.

²⁹ ONU DC, base de données sur la jurisprudence du portail SHERLOC, *R c. Nica, Hughes and Others*, Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, 2019.

³⁰ ONU DC, base de données sur la jurisprudence du portail SHERLOC, affaire n° 16-001420-0396-PE, Costa Rica, 2019.

a contacté ces personnes alors qu'elles se trouvaient dans une zone frontalière, il leur a parlé de son expérience de l'organisation de déplacements de ce type et leur a proposé ses services en la matière moyennant une rémunération de 600 dollars. Il a mis les personnes migrantes en contact avec le deuxième prévenu, qui était le fils de l'administrateur d'un hôtel où elles ont été hébergées pendant plusieurs heures sans que le registre de l'hôtel n'en fasse mention. Il était ensuite prévu que d'autres membres de l'organisation guident le groupe à travers les montagnes, jusqu'à la frontière avec le Nicaragua, afin d'éviter les contrôles des services d'immigration. Après avoir versé un acompte pour l'hébergement et le voyage, les personnes migrantes ont été transportées dans une zone montagneuse où on leur a demandé de rester cachées et d'attendre le guide qui devait les emmener au Nicaragua. Cependant, après deux heures d'attente, le guide n'arrivant pas, les personnes migrantes ont craint d'être attaquées par des animaux sauvages et sont retournées à l'hôtel. Leur présence à l'hôtel ayant éveillé des soupçons, les services de détection et de répression sont intervenus pour se renseigner. Le premier prévenu a été inculpé pour trafic aggravé de personnes. Il a été accusé d'avoir participé à un groupe criminel organisé de trafic illicite de personnes migrantes entre le Costa Rica et le Nicaragua, en recrutant les personnes migrantes à proximité de la frontière avec le Panama. Le deuxième prévenu a également été inculpé pour trafic aggravé de personnes en raison du rôle qu'il avait joué dans le groupe criminel organisé en accueillant les personnes migrantes dans un hôtel jusqu'à ce qu'elles soient transportées au Nicaragua par d'autres membres de l'organisation. En raison de problèmes de preuves et de compétence, l'affaire a été renvoyée pour un nouveau procès. Bien que cette affaire n'ait pas été conclue immédiatement, l'approche suivie par l'accusation, qui a consisté à traiter un ensemble d'actes illégaux comme un seul acte de trafic illicite de personnes migrantes perpétré par un groupe criminel organisé, correspondait à l'esprit du Protocole. Elle était également conforme au Protocole dans le sens où, en raison d'indications claires de l'intention criminelle, des poursuites ont été engagées alors que l'infraction n'avait pas été commise jusqu'au bout.

31. Dans quelques cas, des tribunaux se sont appuyés sur des décisions de justice pertinentes pour traiter des situations dans lesquelles des intervenants humanitaires avaient été accusés de trafic illicite de personnes migrantes. Par exemple, en France³¹, un citoyen français membre d'une association humanitaire qui venait gratuitement en aide aux personnes migrantes, a été accusé d'avoir facilité une migration irrégulière en transportant quatre personnes originaires de Libye et du Mali jusqu'à une gare française dans la voiture de sa mère, ce malgré l'existence d'une disposition législative française prévoyant l'immunité de la responsabilité pénale en cas d'aide apportée dans un but exclusivement humanitaire. La juridiction inférieure a estimé que les actes de l'accusé étaient dépourvus du type de spontanéité justifiant l'immunité, étant donné qu'il était membre d'un groupe de militants qui soutenait consciemment et systématiquement la migration irrégulière. La Cour de cassation a contesté l'exigence de spontanéité posée par la juridiction inférieure pour que l'exception humanitaire puisse s'appliquer et a annulé la condamnation. Cette décision correspond à l'approche préconisée dans le Protocole, dont il a été question plus haut, selon laquelle les dispositions relatives au trafic illicite de personnes migrantes ne sont pas destinées à incriminer les acteurs qui aident les personnes migrantes pour des raisons purement humanitaires.

32. De même, au Canada, dans l'affaire *R. c. Appulonapa*³², la Cour suprême a estimé que la disposition de l'article 117 (1) de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, qui définit l'infraction transnationale consistant à « organiser l'entrée au Canada [de] personnes ou [...] les inciter, aider ou encourager à y entrer » alors qu'elles ne disposent pas de documents valables, était incompatible avec la Constitution canadienne dans la mesure où elle permettait que soient intentées des

³¹ ONUDC, base de données sur la jurisprudence du portail SHERLOC, affaire n° 33 (19-81.561), France, 2020.

³² ONUDC, base de données sur la jurisprudence du portail SHERLOC, *R. c. Appulonapa*, Canada, 2009.

poursuites reprochant des actes : a) d'aide humanitaire à des sans-papiers ; b) d'assistance mutuelle entre demandeurs d'asile ; et c) d'aide fournie par une personne à des membres de sa famille ne possédant pas les documents requis. La Cour a souligné que l'objectif de la disposition était l'engagement de poursuites pour trafic illicite de personnes migrantes dans le contexte de la criminalité organisée et que tout objectif punitif qui permettrait que soient poursuivies des personnes qui sont dépourvues de lien avec le crime organisé était contredit par l'intention du Parlement interprétée à la lumière des engagements internationaux du Canada.

Non-responsabilité des personnes migrantes objet d'un trafic

33. Le Protocole relatif au trafic illicite de migrants porte principalement sur les mesures de justice pénale qui visent à lutter contre le trafic illicite de personnes migrantes mais il y est également question, dans son objet (art. 2), de la protection des droits des personnes migrantes qui font l'objet d'un trafic. L'article 16, par exemple, garantit la protection fondamentale du droit à la vie et du droit de ne pas être soumis à la torture ou à d'autres traitements cruels, inhumains ou dégradants, et l'article 19, la clause de sauvegarde, porte sur la protection des autres droits en vertu du droit international, y compris du droit international des réfugiés.

34. L'article 5 du Protocole est également important pour la protection des droits humains des personnes migrantes faisant l'objet d'un trafic illicite car il dispose qu'elles ne peuvent pas être passibles de poursuites du fait qu'elles ont été l'objet d'un des actes énoncés à l'article 6 (par exemple, le trafic illicite de personnes migrantes, les infractions de fraude documentaire et le fait de permettre à une personne migrante de rester sur le territoire).

35. Il est noté dans les *Guides législatifs de l'ONU DC pour l'application de la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée et des Protocoles s'y rapportant*³³ qu'en vertu de l'article 5, rien, dans le Protocole lui-même, ne peut être interprété comme obligeant à incriminer les personnes migrantes ou un acte qu'elles pourraient commettre, contrairement à ce qui est le cas pour les groupes criminels organisés. Toutefois, le Protocole ne confère pas une immunité de poursuite aux personnes migrantes faisant l'objet d'un trafic. Le paragraphe 4 de l'article 6 stipule que les personnes migrantes objet d'un trafic peuvent toujours être tenues responsables d'un acte qui constitue une infraction en vertu du droit interne d'un État.

36. Des spécialistes³⁴ ont souligné qu'il était particulièrement important, dans le contexte de l'application de l'article 5 et du paragraphe 4 de l'article 6, de garder à l'esprit le principe de la bonne foi dans le droit des traités. Ce principe a pour origine l'article 26 de la Convention de Vienne sur le droit des traités, aux termes duquel tout traité en vigueur lie les parties et doit être exécuté par elles de bonne foi. Il a été mis en lumière par la Cour internationale de Justice, qui a souligné que c'était le but du traité, et l'intention dans laquelle les parties avaient conclu celui-ci, qui devaient prévaloir sur son application littérale³⁵. Par conséquent, en ce qui concerne l'article 5, les mesures qui ont le même effet préjudiciable que l'incrimination des personnes migrantes faisant l'objet d'un trafic, telles que certains types de mesures punitives de détention administrative³⁶ ou d'incrimination des personnes rapatriées, peuvent aller à l'encontre du principe de la bonne foi, sachant que cet article vise à protéger ces personnes.

³³ Publication des Nations Unies, numéro de vente : F.05.V.2, Troisième partie, par. 50.

³⁴ Andreas Schloenhardt et Hadley Hickson, « Non-criminalization of smuggled migrants: rights, obligations, and Australian practice under article 5 of the Protocol against the Smuggling of Migrants by Land, Sea and Air », *International Journal of Refugee Law*, vol. 25, n° 1 (mars 2013), p. 39 à 64.

³⁵ *Projet Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie/Slovaquie)*, arrêt, *Recueils de la CIJ*, p. 7, par. 142.

³⁶ Schloenhardt et Hickson, « Non-criminalization of smuggled migrants ».

IV. Conclusion

37. Définir les critères à appliquer pour déterminer si quelqu'un peut être poursuivi pour trafic illicite de personnes migrantes est un exercice délicat. Du fait de sa large portée, la définition de cette infraction, si on ne l'envisage pas sous l'angle des droits humains, risque de perpétuer un système dans lequel des groupes vulnérables, bien qu'ils soient protégés dans d'autres domaines du droit international, sont victimes d'injustices flagrantes. Pour déterminer les choix à faire et les approches à suivre en matière d'enquêtes et de poursuites afin de réaliser les objectifs du Protocole relatif au trafic illicite de migrants, il est bon de s'intéresser en priorité aux bénéfices que génère le trafic illicite de personnes migrantes et aux groupes criminels organisés qui en tirent profit.
