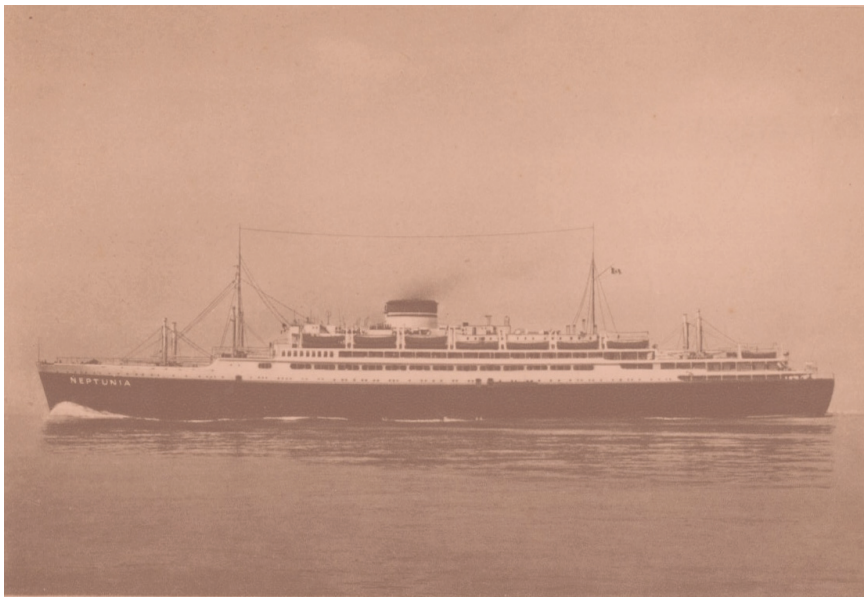
PAIX ET SÉCURITÉ INTERNATIONALES

08
2020



JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW AND INTERNATIONAL RELATIONS

Editorial UCA

ISSN 2341-0868
DOI: http://dx.doi.org/10.25267/Paix_secur_Int.2020.i8

DIRECTORES-DIRECTEURS:

RACHID EL HOUDAÏGUI (Directeur-Fondateur)
Université Abdelmalek Essaâdi (Tanger-Tétouan)

ALEJANDRO DEL VALLE GÁLVEZ
Universidad de Cádiz

DIRECCIÓN EJECUTIVA - REDACTEURS EN CHEF:

MIGUEL ACOSTA SÁNCHEZ
Universidad de Cádiz

ANASS GOUYEZ BEN ALLAL
Universidad Abdelmalek Essaâdi, Tánger-Tetuán

SECRETARIO - SECRÉTAIRE

JUAN DOMINGO TORREJÓN RODRÍGUEZ
Univerisad de Cádiz

CONSEJO ASESOR - CONSEIL SCIENTIFIQUE

DIEGO JAVIER LIÑÁN NOGUERAS
Universidad de Granada

CARLOS JIMÉNEZ PIERNAS
Universidad de Alcalá de Henares

MERCEDES MOYA ESCUDERO
Universidad de Granada

ZAKARIA ABOUDAHAB
Universidad Mohammed V de Rabat

MIGUEL ANGEL CEPILLO GALVIN
Universidad de Cádiz

CARLOS ECHEVERRÍA JESÚS
Universidad Nacional de Educación a Distancia

MED. ABDELLOUAHED EL ASRI
Universidad Abdelmalek Essaâdi, Tanger-Tetuán

GONZALO ESCRIBANO
Real Instituto Elcano

INMACULADA GONZÁLEZ GARCÍA
Universidad de Cádiz

MIGUEL HERNANDO DE LARRAMENDI
Universidad de Castilla La Mancha

PANAGIOTIS GRIGORIOU
Universidad del Egeo

BOUTAINA ISMAILI IDRISSI
Universidad Mohammed V de Rabat

SAID MOUFTI
Real Instituto de Estudios Estratégicos de Rabat

SAID SADDIKI
Universidad Sidi Mohamed Ben Abdellah, Fés

NORA SEDDIKI
Universidad Abdelmalek Essaâdi, Tanger-Tetuán

SARRA SEFRIOUI
Observatorio de Estudios del Mediterráneo (UAE, Tánger)

HAMMAD ZOUITNI
Universidad Sidi Mohamed Ben Abdellah, Fés

JESUS VERDÚ BAEZA
Universidad de Cádiz

LEONARDO PASQUALI
Universitá degli Studi di Pisa

FRANZISKA WEBER
Erasmus University Rotterdam

COMITÉ DE REDACCIÓN - COMITÉ DE RÉDACTION

YOUSSEF EL HAMDOUNI
Universidad Abdelmalek Essaâdi, Tánger-Tetuán

MICHEL REMI NJIKI
Universidad de Cádiz

CARMEN RUIZ SUTIL
Universidad de Granada

SIHAM ZEBDA
Universidad de Cádiz

BEATRIZ CÓZAR MURILLO
Universidad de Cádiz

PAIX ET SÉCURITÉ INTERNATIONALES

JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW AND INTERNATIONAL RELATIONS
(NOUVELLE ÉPOQUE - VERSION ELECTRONIQUE)

08

janvier/décembre
2020

CÁTEDRA JEAN MONNET «INMIGRACIÓN Y FRONTERAS»
DE DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA
Serie Estudios Internationales y Europeos de Cádiz

La correspondance con la Revue Paix et Sécurité Internationales peut être adressée au Directeur Exécutif de la Revue:

La Correspondencia con la Revista Paix et Sécurité Internationales puede dirigirse al Director Ejecutivo de la Revista:

The correspondence with the Journal Paix et Sécurité Internationales may be adressed to the Executive Director of the Journal:

Miguel Acosta Sánchez - Área de Derecho Internacional Público, Facultad de Derecho, Universidad de Cádiz, Avda. de la Universidad, s/n, 11405 JEREZ-CÁDIZ.

DOI http://dx.doi.org/10.25267/Paix_secur_int
web: https://revistas.uca.es/index.php/paetsei/index
mail: paixetsecurite@uca.es

ISSN: 2341-0868
Dêpot Legal du Maroc 2003/0091

Diseño de Cubiertas: *CADIGRAFÍA Publicidad y Comunicación SL* - Ronda de Vigilancia s/n, Edificio Tartessos, 11011, Cádiz

SOMMAIRE

IN MEMORIAM

Alejandro Del Valle Gálvez
In Memoriam Gil Carlos Rodríguez Iglesias, Former President of the European Court of Justice. A Biographical Note (1946-2019) 15

ÉDITORIAL

Ricardo Arredondo
The Age of Disorder: Global Governance in Covid Times 37

ÉTUDES

Teresa Fajardo del Castillo
The Global Compact for Safe, Orderly and Regular Migration: a Soft Law Instrument for Management of Migration Respecting Human Rights 51
El Pacto Mundial por una migración segura, ordenada y regular: un instrumento de Soft Law para una gestión de la migración que respete los derechos humanos
Le Pacte mondial pour des migrations sûres, ordonnées et régulières: un instrument de Soft Law pour la gestion des migrations dans le respect des droit de l´homme

Ángel Rodrígo Hernández
Between Grotius and the Pro Communitate Principle: The Limits to the Principle of Freedom of the Seas in the Age of Marine Global Commons 95
Entre Grocio y el principio pro communitate: los límites del principio de la libertad del mar en la época de los recursos marinos mundiales
Entre Grotius et le principe pro communitate: les limites du principe de la liberté de la mer au temps des ressources marines mondiales

Miguel A. Acosta Sánchez
An Analysis of Integrated Management of the External Borders of the European Union 121
Un análisis de la Gestión Integrada de las Fronteras Exteriores de la Unión Europea
Une analyse de la gestion intégrée des frontières extérieures de l´Union européenne

María Avello Martínez
Human Rights and Gender Aspects in United Nations Peacekeeping Operations Mandates: How Did they Sneak in? 145
Los Derechos Humanos y las cuestiones de género en los mandatos de las operaciones de mantenimiento de la paz de las Naciones Unidas: ¿de qué forma se introdujeron?
Les Droits de l'homme et les questions de genre dans les mandats des opérations de maintien de la paix des Nations Unies: comment ont-ils été intégrés ?

Nora Sedikki
Repenser la Responsabilite en Affaires Dans un Monde Globalise 185
Repensar la responsabilidad en negocios en un mundo globalizado
Rethinking Responsability in Business in a Globalized World

Jorge Urbaneja
The European Union-Turkey Cooperation on Migration Matters: Towards a Review of the Migratory Statement of 18 March 2016 211
La cooperación Unión Europea-Turquía en materia migratoria: hacia una revisión del Acuerdo migratorio de 18 de marzo de 2016
La Coopération Union européenne-Turquie en matière de migrations: vers une révision de l'Accord migratoire du 18 mars 2016

Michel Remi Njiki
Le Statut Juridique des Étrangers dans l'Union Européenne: le cas des ressortissants camerounais 251
El Estatuto Jurídico de los extranjeros en la UE: El caso de los nacionales de Camerún
The Legal Status of Foreigners in the EU: The Case of the Nationals of Cameroon

Anass Gouyez
Les Défis Sécuritaires de la région de la Méditerranée Occidentale : vers une vision globale et integrée 329
Los desafíos de seguridad en la región del Mediterráneo Occidental: hacia una visión global y integrada
The Security Challenges in the Western Mediterranean Region: Towards a Global and Integrated Vision

NOTES

Najib Ba Mohamed
La COVID-19 : exigences de la sécurité sanitaire, crise du multilatéralisme et implications géopolitiques 365
COVID-19: Exigencias de la seguridad sanitaria, crisis del multilateralismo e implicaciones geopolíticas
COVID-19: Health Security Requirements, Multilateralism Crisis and Geopolitical Implications

Joan David Janer Torrens
Migrant Search and Rescue Operations in the Mediterranean by Humanitarian Organizations: Migrant Smuggling or Humanitarian Assistance? 381
Operaciones de búsqueda y rescate de migrantes en el Mediterráneo por Organizaciones Humanitarias: ¿Contrabando de migrantes o asistencia humanitaria?
Opérations de recherche et de sauvetage de migrants en Méditerranée par les Organisations humanitaires: Contrebande de migrants ou assistance humanitaire?

Helena Torroja Mateu
Reflections on the 'Statement on the Lack of Foundation on International Law of the Independence Referendum that has Been Convened in Catalonia' Issued by Members of the Spanish Association of International Law and International Relations Professors (AEPDIRI) in 2017 403
Reflexiones sobre la «Declaración sobre la falta de fundamentación en el Derecho Internacional del referéndum de independencia que se pretende celebrar en Cataluña» firmada por profesores de Derecho internacional y relaciones internacionales de la AEPDIRI, en 2017
Réflexions sur la « Déclaration concernant l'absence de fondement au regard du Droit International du référendum sur l'indépendance que d'aucuns voudraient voir se tenir en Catalogne », signée par des Professeurs de Droit International et de Relations Internationales de l'AEPDIRI, en 2017

Jorge Quindimil
Technology Transfer, International Law and Protection of Marine Biodiversity beyond National Jurisdiction: Key Issues for a new International Agreement 423
Transferencia de tecnología, Derecho internacional y protección de la biodiversidad marina más allá de la jurisdicción nacional: Cuestiones clave para un nuevo acuerdo internacional
Transfert de technologie, droit international et protection de la biodiversité marine au-delà de la jurisdiction nationale: Questions clés pour un nouvel accord international

Taoufik EL MARRAKCHI
Les enjeux stratégiques ACTUELS de la Russie en Méditerranée : Analyse retorspective et prospective..... 451
Los desafíos estratégicos actuales de Rusia en el Mediterráneo: análisis retrospectivo y prospectivo
The current Strategic Challenges of Russia in the Mediterranean: Retrospective and Prospective Analysis

M. Esther Jordana Santiago
The European Union Fight against Trafficking of Human Beings: Challenges of the Victim's Statute..... 467
La lucha de la Unión Europea contra la Trata de Seres Humanos: retos del estatuto de la víctima
La lutte de l'Union européenne contre la traite des êtres humains: un défi pour le statut de victime

AGORA

Antonio Lazari
Las Redes y el écart*: Reflexiones en torno a «El Estado de Derecho y la Unión Europea»*..... 497
Networks and écart: Reflections on "El Estado de Derecho y la Unión Europea"
Réseaux et écart: Réflexions sur «El Estado de Derecho y la Unión Europea»

Juan Domingo Torrejón Rodríguez; Lorena Calvo Mariscal
Presentacion de tesultados de investigación: Proyecto I+D 2015-2019 «España, Seguridad y Fronteras Exteriores Europeas en el área del Estrecho» (Der2015-68147-R) – Presentation of Research Results: R&D Project 2015-2019 «Spain, Security and European External Borders in the Strait of Gibraltar Area» (DER2015-68147-R)..... 551

BIBLIOGRAPHIE CRITIQUE

CARRERA, S., SANTOS VARA, J., STRIK, T., Constitutionalising the External Dimensions of EU Migration Policies in Times of Crisis, Edward Elgar, 2019, 336 pp. por Lorena Calvo Mariscal..... 571

CHANG, K.-S., Developmental Liberalism in South Korea: Formation, Degeneration and Transnationalization, International Political Economy Series, Series Editor: Timothy M. Shaw, Palgrave Macmillan, 2019, 221pp. By Nouha Benjelloun Andaloussi 579

MARRERO ROCHA I., Soldados del terrorismo global - Los nuevos combatientes extranjeros Tecnos Madrid 2020, 216 pp. por Beatriz Cózar Murillo..... 587

NJIKI M.R., El estatuto jurídico de los nacionales de África, Caribe y Pacífico (ACP) en la Unión Europea, Edit. Reus, 2019, por Beatriz Cózar Murillo 597

SOLER GARCÍA, C., Los límites a la expulsión de los extranjeros ante el TEDH y el TJUE, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2019, por Marina Ortega Aparicio .. 605

TABLEAU D'EQUIVALENCE DES POSTES UNIVERSITAIRES

Tableau d'equivalence des postes Universitaires – Tabla de equivalencia de cargos académicos – Academic Ranks..... *610*

IN MEMORIAM

PAIX ET SÉCURITÉ INTERNATIONALES
Journal of International Law and International Relations
Num 8, janvier-décembre 2020 | ISSN 2341-0868
DOI http://dx.doi.org/10.25267/Paix_secur_int.2020.i8.01

Citation: DEL VALLE GÁLVEZ, A: "*In Memoriam* Gil Carlos Rodríguez Iglesias, former President of the European Court of Justice. A Biographical Note (1946-2019)", *Paix et Sécurité Internationales*, num. 8, 2020, pp. 15-33.

Received: 20 September 2020.
Accepted: 16 October 2020.

IN MEMORIAM GIL CARLOS RODRÍGUEZ IGLESIAS, FORMER PRESIDENT OF THE EUROPEAN COURT OF JUSTICE. A BIOGRAPHICAL NOTE (1946-2019)

Alejandro DEL VALLE-GÁLVEZ[1]

The very sad death of Gil Carlos Rodríguez Iglesias on 17 January 2019 has prompted many tributes to his memory praising his unique and exceptional work as a jurist, celebrating his outstanding service as judge and President of the European Court of Justice, and saluting his European vocation[2].

---

[1] Full Professor (Catedrático) of Public International Law, Director of the *Jean Monnet* Centre of Excellence, University of Cadiz. *Référendaire* and *Chef de Cabinet* of ECJ President Rodríguez Iglesias, 1991-1998.

[2] See for example: "A tribute to Gil Carlos Rodríguez Iglesias", Daniel SARMIENTO, in *Despite our Differences*, 17 January 2019; "Fallece el Profesor Gil Carlos Rodríguez Iglesias", Federico GARAU, in *Conflictus Legum*, 17 January 2019; "Gil Carlos Rodríguez Iglesias: gran jurista, mejor persona", José Ignacio PRENDES, in *Confilegal*, 19 January 2019; *Cambridge Centre for European Legal Studies*, 17 January 2019; "El jurista discreto", Gustavo SUÁREZ PERTIERRA, in the *ABC*, 19 January 2019; "In Memoriam", Francisco SOSA WAGNER, 19 January 2019, in the *Diario de León*; "La más alta y dilatada proyección de un español en el mundo", Araceli MANGAS MARTIN, in *El Mundo*, 24 January 2019; "La virtud del jurista de Europa", Pedro CRUZ VILLALÓN, in *El País* 29 January 2019; "Gil Carlos Rodríguez Iglesias. In Memoriam", Diego J LIÑÁN NOGUERAS, in the *Diario La Ley*, No. 9358, European Union Section, 14 February 2019, and in *La Ley Unión Europea,* No. 67, 28 February 2019; "Un Maestro del Derecho Público europeo", in *Agenda Pública*, 18 February 2019, and "En memoria de Gil Carlos Rodríguez Iglesias, un jurista eminente", in *El Comercio*, 19 February 2019, both by Paz ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA; "In Memoriam Gil Carlos Rodríguez Iglesias (1946-2019)", Manuel LÓPEZ ESCUDERO, in the *Revista de Derecho Comunitario Europeo* No. 62 January-April 2019; "*In Memoriam* Gil Carlos

In this present memoriam, I shall remember both his career and the experiences I had the good fortune to benefit from while working first as his pupil and later as a *Référendaire* (Legal Adviser or Law Clerk) at the European Court of Justice alongside the man who was and always shall be my *Doktorvater*.

Oviedo-Freiburg-Madrid-Heidelberg-Granada – University

No sooner had Gil Carlos Rodríguez Iglesias finished his degree in Oviedo in 1968 than he evidenced his academic vocation. Appointed Assistant Professor of International Law at the University of Oviedo, he was rapidly recruited by his mentor, Joseph H. Kaiser, as *Wissenschaftlicher Assistent* [research assistant] at the Institute of Public Law at the University of Freiburg im Breisgau.

His two and a half years working as a university teacher in Germany had a lasting effect on his life, and in particular it forged his vocation for European law. As a child, he had studied in France and later attended a year of high school in Edinburgh, but his time in Germany, which began when he was 24, gave him an excellent knowledge of the language and a profound insight into German mentality and culture. He subsequently spent long periods of time at the Max Planck Institute for Public International Law and Comparative Law in Heidelberg, and later became a member of its *Curatorium* in 1990.

In Madrid, he worked first at the Autonomous University and then from 1974 at the Complutense University of Madrid with his mentor, Professor Díez de Velasco Vallejo, a committed pro-European with whom he founded the *Revista de Instituciones Europeas* [Journal of European Institutions] in 1974, the predecessor of the *Revista de Derecho Comunitario Europeo* [Journal of European Community Law].

After being appointed Professor of International Public Law at the University of Extremadura in 1982, he joined the University of Granada in 1983 where, together with my mentor, Professor Liñán Nogueras, he established a school for jurists specialising in European law. In collaboration with the General Council of the Judiciary, they instituted the inimitable European Community Law Courses at Granada, and published the germinal

Rodríguez Iglesias", Araceli Mangas Martin, in the *Revista General de Derecho Europeo* No. 48 May 2019.

In addition, the Spanish Association of Professors of International Law and International Relations (Spanish initials: AEPDIRI) held a tribute *In Memoriam* at the Centre for Political and Constitutional Studies in Madrid, on the 30th of September, 2019.

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 8, janvier-décembre 2020, pp. 15-33
DOI: http://dx.doi.org/10.25267/Paix_secur_int.2020.i8.01

collective text in Spain, *El Derecho comunitario europeo y su aplicación judicial* [European community law and its judicial application], examining the practical application of Community law by judges and lawyers[3].

Luxembourg - the European Court of Justice

Gil Carlos Rodríguez Iglesias was appointed judge in 1985 and took up his duties in January 1986, an unquestionably historic moment in time for Spain, with its entry into the then European Communities (EC). It was also a very important —and extraordinary— time for Europe, as an astonishing period of rapid historical change kicked off at both international and European level. Coinciding roughly with his first term of office as judge, the period from 1985 until well into the 1990s witnessed a time of enormous progress and change in international relations and Europe, with the —then unforeseen— collapse of the USSR and the communist bloc, symbolised in 1989 by the fall of the Berlin wall.

Spain was no exception to these changes, as the country returned to its European identity under the banner "Spain in her rightful place". Great mutual enthusiasm accompanied Spain's entry into what was at the time the European Communities, with twelve Member States. This was a recognisable Europe undergoing a phase of expansion towards the achievement of the internal market governed by the Single European Act; a Europe where we all knew one another and everyone was glad to welcome the Spanish and see Spain regain her rightful place through membership of the European Communities. It was in this atmosphere and context —so different from that of today— that Professor Rodríguez Iglesias was appointed judge, representing a generation of Spanish lawyers who were giving their all at the time to modernise Spain, anchor the country firmly in Europe and turn the page on past events.

These were also important times for the EC and in particular for its Court, which so much smaller then that it could fit into the old *Palais de la Cour de Justice*. So it was that in 1986 our judge found himself surrounded by the best traditions in a world from another era[4].

[3] Rodríguez Iglesias G.C. – Liñán Nogueras D. J. (Eds.) *El Derecho comunitario europeo y su aplicación judicial*, Consejo General del Poder Judicial, Civitas, Madrid, 1993.

[4] It is worth mentioning here an anecdote recounted to me by Judge Rodríguez Iglesias: in a debate in 1986, Judge Giuseppe Bosco told him *I've held this position for a long time, since I published a book on the subject in 1932*.

In that first year I had the opportunity to visit Judge Rodríguez Iglesias and see first-hand the singular working model of the Judge's Office, with its *Référendaires* and Assistants. The truth is that his first Law Clerks were all heavyweights: a diplomat, Alfonso Dastis Quecedo (later Minister for Foreign Affairs); an academic, Ulrich Woelker, and a senior civil servant from the Spanish administration, Francisco Santaolalla Gadea (both later Directors in the Legal Service of the European Commission); and a magistrate, Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer (later Advocate General at the Court of Justice). These formed a team of committed young lawyers, all specialising in European law —which was unusual at the time— in an excellent work atmosphere[5].

In my case, I arrived in 1991 at another very important time —the Maastricht Treaty was being drafted— when the Court was presided over by Ole Due and the *Référendaires* in Rodríguez Iglesias's office were Miguel Bravo-Ferrer, Ángel Boixareu Carrera and Nieves Lacasta Muñoa, with Tania Hochstras-Sánchez as the principal Assistant. The Judge's Office always included professionals from a wide variety of backgrounds and nationalities, all of whom were jurists of exceptional intellectual calibre[6].

In this select company, procedures for preparing cases and scrutinising deliberations and draft rulings involved working very closely with the judge and the other lawyers, including *référendaires* from other offices. This formed an invaluable professional legal experience; it was very competitive —papers or proposals from other offices were meticulously analysed— but healthily so and every day brought debate with brilliant minds and the heady feeling that every Legal Adviser has of participating to some extent in the ruling and learning about the work of some of the judges[7].

[5] The last two have already been the subject of books in homage; sadly, in the case of Dámaso Ruiz-Jarabo, after his death in Luxembourg in 2009.

[6] I had the exceptional good fortune to work with Pierre-Manuel Louis, Jean Paul Kepenne, Elizabeth Willocks, Rafael Pellicer Zamora and Fernando Castillo de la Torre; other lawyers working in the Office of the Judge and President included Julio Baquero Cruz, Ramón Falcón Tella, Eric Gippini Fournier and Kurt Riechenberg; while the lawyers José Manuel Sobrino and Manuel López Escudero were also close colleagues. Other staff in the office included Titsa Panagiotopoulou, Carmen Elorza Grobe, Enriqueta Panadero Vallejo, Pilar Huerta Calvo, Ramón Fernández Conde and José Sánchez Alonso.

[7] In particular, I have vivid memories of the legal prowess and lucidity of judges such as René Joliet, Federico Mancini, David Edward, Paul Kapteyn and Antonio La Pergola, to name only a few.

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 8, janvier-décembre 2020, pp. 15-33
DOI: http://dx.doi.org/10.25267/Paix_secur_int.2020.i8.01

When Gil Carlos Rodríguez Iglesias was elected president in 1994, there was widespread approval of his appointment and then of his subsequent re-election. I believe that he played a particularly important role in this post because of his own personality. He shunned publicity and had no desire to appear in the European media; his acuity in legal matters and his characteristic reserve served him very well in his role as president at a time of great change for European integration. In this respect, I would like to mention something that always struck me about him both as judge and as president: his extraordinary common sense applied to judicial matters and to the functioning of the Court, accompanied by an exceptional intelligence that always detected the real problems from the outset.

I would also very much like to stress his ability to consider legal matters from the perspective of others; he had the capacity to inhabit the minds of the other judges and advocates general, to locate himself in their legal traditions, cultures and mindsets in order to understand the reasoning behind the debates and the legal arguments underpinning the judges' positions. This greatly facilitated the preparation and progress of deliberations.

To summarise his work as president, it will suffice to refer to the prologue of the book in his honour, written by the editors and members of the Court, N. Colneric, D. Edward, J.-P. Puissochet and D. Ruiz-Jarabo Colomer[8]:

> When presiding at hearings here, he always impressed those present with his serenity and command of events. Journalists described him as an impressive personality. For sure, the most difficult task he had to carry out was presiding at the deliberations of the full Court, which soon after he was elected president increased from 12 to 15 members. Combining natural authority, perfect preparation, psychological sensitivity and remarkable self-control, he performed this function in a most admirable way.

Spanish is curious for distinguishing between two forms of the verb 'to be'; *ser* [a permanent state] and *estar* [a temporary state]; our President commented with irony that when applied to the Court and his particular case, people said of him that "he is [*es*, from *ser*, permanent state] a university professor and is [*está*, from *estar*, temporary state] at the Court of Justice". However, the truth is that he undertook his duty as judge with a sharp legal mind and extraordinary

[8] *Une communauté de droit. Festschrift für Gil Carlos Rodríguez Iglesias*, Berlin, BWVBerliner Wissenschafts-Verlag, 2003.

judicial restraint in many cases where the agents and parties —not to say the doctrine— invited the Court to pronounce far beyond what was customary, especially in preliminary rulings. He always said that this was a court, not a university, so we ought to stick to the question and give a useful answer rather than creating a doctrine, which would be of great interest to professors in Member States, but of little help to judges or their jurisdictional functions.

I do not wish to limit myself here to his jurisdictional functions, because other important aspects are necessary to complete his picture. For example, I would like to highlight some of his major initiatives and as well as circumstances that occurred during his presidency that obliged him to take the bull by the horns.

Of particular note was the 1996 initiative to prepare an *Information Note on references from national courts for a preliminary ruling*. This was the President's initiative; he always said that drafting and agreeing on this Note had been far harder than any other deliberation on any other matter, because it had been necessary to reconcile many legal sensitivities, cultures and traditions in order to produce a concise Note that was both clear and useful for all Member State courts. That this initiative was extremely helpful is attested to by the fact that it has endured, with subsequent adaptations and modifications, to this day. This initiative reflected his concern about the length of preliminary ruling proceedings before the Court, which prompted him to make a supreme effort to significantly reduce the time taken to resolve the matters brought before the ECJ by national judges.

In addition, it halted the problem that could sometimes arise in Court of openly questioning fundamental rights before a *judge predetermined by law*. Here, the President anticipated a possible problem of conflict with the European Court of Human Rights, and therefore organised a system of internal pre-assignment so that it could be established which judges would hear the cases.

I would also like to highlight some circumstances that obliged the presidency to deal with unexpected problems, such as the case of *asbestos* in the *Palais* on the Kirschberg plateau. I believe that this latter was the most difficult problem that the Court's governing body had to face. When it was discovered that two workers had died because they had handled asbestos manually in the *Palais*, a collective panic ensued in the Court. The *Greffier*, Roger Grass, and the President addressed the matter with total transparency and consummate

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 8, janvier-décembre 2020, pp. 15-33
DOI: http://dx.doi.org/10.25267/Paix_secur_int.2020.i8.01

efficacy. There is no question that it was a very serious problem because very many people had worked in the court for years or even decades, and feared they might have been affected. A management plan was agreed that included screening, analysis and immediate medical care for each and every person concerned, which defused much of the worry, and the problem was resolved by removing the asbestos in 2001 and transferring the Court of Justice to adjoining premises, with the construction of new Court buildings designed during his presidency by the architect Dominique Perrault.

Another issue that might appear absurd today, but which in its time was a major issue, was the arrival of the *Internet*. Strange as it may seem, the emergence and daily public use of the Internet constituted a serious difficulty: there were few experts and many obvious issues of security and transparency that had to be addressed in order to determine how it would affect the life and work of all involved, from the court judges and advocates general to the defendants and citizens in general. In this case, the President organised a series of working groups, interviews and reports that led to the decision to allow public access and create a new website in 1997; at the same time, it was decided that some of the Court's units and circuits should operate with *stand-alone* systems, as the lack of an Internet connection was considered the only way to safeguard against unwanted access to confidential dossiers and information on all cases before the Court.

I would also like to highlight the fear that the new members joining in 1995 —Austria, Finland and Sweden— would question *the use of French as the Court's sole internal working language*. In the end, it was not the new members who challenged this, but —ironically— a member of a State already in the EU. I recall that one of the issues that most concerned the President was how to ensure that the *acquis* and jurisprudence that had been in place for so many decades remained unaltered by this questioning. Furthermore, any alternative implied, among other things, that interpreters would have to attend deliberations and that all internal working notes would have to be translated into other languages. The President's position was that the use of a sole internal day-to-day working language —for historical reasons, French— was essential to ensure the Court's functionality and efficiency, irrespective of the fact that all the official languages of the EU were and remain languages of the

Court. In the end, French was maintained despite this express questioning by a member of the Institution.

As regards *External Relations*, it is worth noting his initiative of holding meetings with members of the United States Supreme Court, which began in 2000, and of the constitutional and high courts of Member States. I occasionally acted on behalf of the Court and the President, who was highly esteemed and whose position was welcomed by the other institutions. He also played an important role in driving the contributions made, for example, to the Reflection Group of the Intergovernmental Conference responsible for the Treaty of Amsterdam and subsequently the Treaty of Nice, and later to the Convention on the Future of Europe. These observations and reports were of particular importance because they comprised sage reflections and proposals for the better functioning of the Institution and its jurisdictional organs, and many of them were subsequently accepted and adopted.

His term as president has been described as especially difficult because of the increase in annual cases during those years[9]. His impressive capacity for work, with days that sometimes stretched from early morning until the lights in the corridors were switched off at night, was especially reflected in his intensive preparation for the deliberations, whether these were on judicial matters or any other type of question being aired, often in meetings with référendaires. As an anecdote in this respect, I shall always remember his astounding ability, after discussing a matter in a meeting, to switch on the dictaphone —which he used a lot at the time— and dictate a *Projet de Motifs* in French without stopping, sometimes up to twelve pages in a row, because he already had the complete structure of the legal argument in his head. Such *projets* were usually then adopted by the chamber hearing the case.

He was re-elected twice more, serving three full terms, 1994-1997, 1997-2000 and 2000-2003, and throwing himself into the celebration of the Court's fiftieth anniversary in 2002[10].

---

[9] Lenaerts K., "La Unión Europea: Comunidad de derecho y actor internacional" *Revista de Derecho Comunitario Europeo* no. 53, January-April, 2016 pp. 11-18. Text of the opening speech at the Conference in Homage to Gil Carlos Rodríguez Iglesias, held on 8 April 2016 at the Centre for Political and Constitutional Studies in Madrid and published in the RDCE.

[10] "The Court's 50th anniversary celebrations provided the opportunity to take stock of half a century of judicial activity, and to recognise how, by its judgments over the years, the Community judicature has brought to light the fundamental principles which were implicit

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 8, janvier-décembre 2020, pp. 15-33
DOI: http://dx.doi.org/10.25267/Paix_secur_int.2020.i8.01

Return to Madrid – University and the Elcano Royal Institute

At the end of his third term as president in 2003, he considered that his work at the ECJ was done, and after almost eighteen years at the Court, nine of them as president, he decided to return to Spain and to teaching at university[11].

The Spanish University had been deeply transformed after the 1984 University Reform Law. Following a transfer application, Gil Carlos Rodríguez Iglesias returned in 2003 to the Complutense University in Madrid, and remained there until his retirement. While there, he occupied important academic posts, such as the *Jean Monnet* Chair in European Community Law obtained in 2004, or the directorship of the European Studies Department at the Ortega y Gasset University Research Institute. He also assumed the presidency of the Spanish Association for the Study of European Law (Spanish initials: AEDEUR), and of the *Fédération Internationale pour le Droit Européen* (FIDE).

In addition, he continued his work as editor of the *Revista de Derecho Comunitario Europeo* [Journal of European Community Law] together with Professor Araceli Mangas Martin. From 2004 until 2013 I assumed this position of Director of the Journal, and since that year the Director is Manuel López Escudero (Professor and Legal Adviser at the Court of Luxembourg with Dámaso Ruiz-Jarabo, and later with Manuel Campos Sánchez-Bordona).

Other important international functions he performed included participation on the Council of Europe: he was Chairman of the Expert Group set up by the Committee of Ministers of the Council of Europe to examine the question of the long-term effectiveness of the monitoring mechanism of the European Convention on Human Rights.

From 2005 to 2012, he was also director of the Elcano Royal Institute for International and Strategic Studies in Madrid, and he made a decisive

---

in the wording and the structure of the founding treaties and, by giving judicial expression to those principles, has defined the characteristic features of the Community legal order", Rodriguez Iglesias, G. C., Foreword to the *Annual Report 2002 of the Court of Justice of the European Union,* p. 3.

[11] "…giving a new lesson in how to turn the page on his brilliant personal career and without any hint of vanity, in 2003 he returned to Spain and to teaching, now at the Complutense University of Madrid", Linán Nogueras D. J. , loc. cit.

contribution to consolidating its reputation as the best think-tank in Spain as regards analysis of international relations and Spanish foreign policy.

Despite the numerous posts of high responsibility and importance that he held during this period, there is, nevertheless, a general feeling —which I share— that Spain failed to make full use of Gil Carlos Rodríguez Iglesias's exceptional talents, whether academically or in other prominent State, European or international functions, positions or institutions[12].

The Profile of a 'European Jurist'

Gil Carlos Rodríguez Iglesias possessed enormous theoretical knowledge of core issues, which I believe influenced and was reflected in the case law. Of particular note in this regard was his knowledge of the relationship between high courts, constitutional courts and other international courts. I believe that defending the 'constitutional' position of the Court of Justice was crucial, and that here, his theoretical knowledge of the primacy, limits and counter-limits of Constitutions before European law helped to forge this approach, as did his vision of European legal integration, which was reflected in the case law of the Court of Justice. Suffice it to mention the jurisprudence on State responsibility, on internal procedural limits in the application of European law and on interim measures; this was also the era of cases before the ECJ on European citizenship, a case law which began and was developed during his presidency, in addition to matters such as the direct vertical and horizontal effect of directives.

These were questions that the Court discussed in great depth. The importance has also been stressed of his experience in international law for the case law of the Court of Justice[13].

---

[12] "….there remains the well-founded suspicion that on his return from Luxembourg at the age of just 57, his country could have made more intelligent use of his exceptional abilities. Occasions were not lacking", Cruz Villalon, P. *loc cit.*; "When President Rodríguez Iglesias returned to Spain in 2003, no Spanish political institution managed to put his legal experience and international reputation at the service of our country", Mangas Martin A. in *In Memorian cit.*

[13] "Professor Rodriguez Iglesias has always maintained that Union law should not be closed in on itself, but should remain open to international public law. Its President's internationalist vision was reflected in the Court of Justice's case law". Lenaerts K. "La Unión europea: comunidad de derecho y actor internacional", *Revista de Derecho Comunitario Europeo cit.*, p. 15.

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 8, janvier-décembre 2020, pp. 15-33
DOI: http://dx.doi.org/10.25267/Paix_secur_int.2020.i8.01

At the homage to Gil Carlos Rodríguez Iglesias held in Madrid in 2016, I believe that President Koen Lenaerts's speech accurately reflected his decisive influence on the Court's jurisprudence and his exemplary work as its President [14], and in particular his work as Judge-Rapporteur in the cases *Francovich*, *Brasserie du pêcheur*, *Factortame*, *Fedesa*, *Hoechst* and *TWD*[15], in a career at the Court of Justice deemed 'spectacular'[16]. Another important achievement during his time as president was to ensure that the Court's case law was respected and consistent when ruling on new cases[17].

In the field of research and academic contributions, I would also like to highlight briefly his main contributions to law and jurisprudence.

Dr. Rodríguez Iglesias authored several important works on international law concerning core subjects such as international responsibility of States or aliens and immigration law, and contributed to the prestigious *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*. However, his research was largely focused on Community and European law, and much of his published work was devoted to the function of European law and its relationship with the national systems and constitutional and high courts of the Member States, in particular as regards judicial interpretation and application and the protection of human rights.

---

[14] Published in the *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, "La Unión europea: comunidad de derecho y actor internacional". *Ibidem.*

[15] Judgment Francovich and others, C6/90 and C9/90, EU:C:1991:428; Judgment Brasserie du pêcheur and Factortame, C46/93 and C48/93, EU:C:1996:79; Judgment Fedesa and others, C331/88, EU:C:1990:391; Judgment Hoechst/Commission, 46/87 and 227/88, EU:C:1989:337; Judgment TWD Textilwerke Deggendorf, C188/92, EU:C:1994:90.

[16] "Professor Rodríguez Iglesias's career at the Court of Justice was spectacular. He served as Judge-Rapporteur on more than one hundred and fifty cases. Besides his outstanding contribution in quantitative terms, his towering intellectual and analytical capacity meant that he was entrusted with highly important and complex matters", Lenaerts K., *Revista de Derecho Comunitario Europeo cit.* p. 12.

[17] "But above all, Professor Rodríguez Iglesias always bore in mind that the President's primary responsibility is to safeguard the case law of the Court of Justice. The case law of the Court of Justice is a living treasure, which must expand harmoniously and coherently so as not to fall into confusion; which must always be rooted in the deepest values shared by all Europeans; and which must, from time to time, be corrected so as to grow stronger", *Ibidem,* p. 17.

As noted by Professor Torsten STEIN[18], Gil Carlos Rodríguez Iglesias possessed a holistic perspective or vision of European constitutional issues and the European legal system, endowed by his threefold expertise as an International, European and Constitutional Jurist.

I believe his principle contributions can be summed up as follows.

First, he contributed to systematising, understanding and categorising the European legal system as a Community based on the rule of law. Over the course of forty years, Dr. Rodríguez Iglesias authored works on the development of Community and European Union law, endowing his analyses with a unique perspective in Spanish doctrine. A true pioneer among scholars of European law in Spain, in the early 1970s he began to publish studies that constituted the first introduction to Community law in Spanish doctrine. Of particular note were his studies on the general characteristics and constituent elements of Community law and his chapters in the handbook of international organisations (*Las Organizaciones Internacionales*) published by his mentor, Professor Don Manuel Díez de Velasco Vallejo, which provided the first overview of the institutions, functions and characteristics of the law of the then European Communities. This book highlighted the unique nature of a differentiated system of international and national law. In a similar vein, he published studies on European Community sources for regulations, in particular the directives and the general principles of Community law; his contributions continually stressed the important role played in European law by the general principles of European law, which do not necessarily coincide with the general principles of all Member States or of international law.

His work formed an essential contribution to the gradual coalescence of a new legal system in which case law and doctrine played a major and necessary role for its consistency and coherence. In this respect, mention should be made of his doctrinal approach to categorisation of the Community's international treaties as the supreme and common rule of European integration, with a constitutional dimension specific to European

[18] This was highlighted by Professor Torsten STEIN in his *Laudatio* for the *Honoris Causa* Doctorate awarded to Gil Carlos Rodríguez Iglesias by Saarland University in 1997: "Dem Völkerrechtler, Europarechtler und Verfassungsrechtler Rodriguez Iglesias ist hier eine ganzheitliche Betrachtung der europäischen Verfassungsfrage" gelungen, die sich wohltuend abhebt von literarischen Äußerungen, die nur einen oder allenfalls zwei dieser Aspekte zur Grundlage haben."

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 8, janvier-décembre 2020, pp. 15-33
DOI: http://dx.doi.org/10.25267/Paix_secur_int.2020.i8.01

Community law. This categorisation was linked to his contributions on the gradual constitutionalisation of the European Union and the legal validity of considering the treaties establishing the Communities as a constitution for European Community law, progressively formed and legally perceived as a Community of law with rules intended for the Member States but also and at the same time for European citizens.

Second, he contributed to developing the relationship between European Community law and national laws, in particular Spanish law. Dr Rodríguez Iglesias stressed the importance of Community law as a common European law which, in order to achieve distinctive status through uniform legal application and practical day-to-day effectiveness in all Member States, needed to be articulated in a manner consistent with national legal systems. His contributions helped characterise the Community's legal system as separate to national laws but legally connected through a clause at constitutional level enabling participation and the transfer of powers to the European Community/ European Union. This unique relationship between legal systems is based on the case law principles of primacy, direct effectiveness and State responsibility for non-compliance.

In particular, one of his main contributions to doctrine and case law was the construction of the principle of State liability for harm caused to individuals as a result of a breach of Community law, which forms a fundamental guiding principle for ensuring the effectiveness of the legal system for individuals in the face of a lack of protection caused by their own State's non-compliance. Dr Rodríguez Iglesias highlighted the similarities and differences of this principle with the nationally categorised responsibility of public powers; this principle is established as the ultimate guarantor of the rights recognised by Community law and a basic element of administrative structures in accordance with the requirements of the rule of law.

Also of note were his contributions on the legal contours of the principle of the primacy of Community law, in particular over national constitutional law, and the special nature of the determination by Community law —unlike international law— of the concrete effects on national law, principally the practical consequence of the non-application or displacement of national law contrary to European law, effected by a national judge. With regard to

Spanish law, he conducted an enlightening analysis of the problems of Spain's accession before it took place.

Third, he contributed to the European judicial system, the role of the European Court of Justice and its status as a European constitutional jurisdiction in dialogue with national high and constitutional courts. In his work, Dr Rodríguez Iglesias examined the original characteristics of European judicial power and the institutional position of the Court of Justice in Luxembourg, highlighting the originality and development of the European Community's judicial system, conceived of as a system supported both by a centralised judicial body in Luxembourg and by each and every one of the national judges and the national courts. He also stressed the validity of this 1950s design, which has not only withstood the test of time, but has also proved to be an essential factor in the progress of a legal system that needed judges to ensure its effective application. It is this special relationship with national judges that has enabled the Court to develop a practical interpretation of the treaties and the rules of secondary legislation and to shed light on principles that are essential to the coherence of a nascent and expanding legal system.

His extraordinary European experience in judicial application of the law and practical knowledge of the European Court of Justice led him to conduct research that interconnected the judicial function of the European Court of Justice, the fundamental features of Community law and the role of national judges confronted with the daily challenge of applying European law. Thus, he authored studies on procedure and remedies, and on subjects such as interim judicial protection in European law, the limits of the procedural autonomy of Member States in application of European law, and the original interpretation of the rules in Community law.

Of particular importance were his theoretical contributions on the role of the Court of Justice in Luxembourg as a constitutional court; by analogy to the remedies and competences of the Court provided for in the treaties, he identified the correspondence with material areas usually subject to constitutional jurisdictions from a comparative perspective (preservation of the basic principles of the law, protection of fundamental rights, resolution of positive and negative conflicts of competences, constitutionality of laws). Gil Carlos Rodríguez Iglesias devoted many publications in Spanish, English

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 8, janvier-décembre 2020, pp. 15-33
DOI: http://dx.doi.org/10.25267/Paix_secur_int.2020.i8.01

and above all German to this line of work, demonstrating the supreme and constitutional nature of Court of Luxembourg jurisdiction as regards Community law.

Equally important were his contributions on the role of national constitutional and high courts in the application and interpretation of Community law, the subject of his constant intellectual and theoretical inquiry. Thus, Gil Carlos Rodríguez Iglesias conducted exhaustive comparisons of constitutional jurisprudence —in particular of Germany, Italy, France and Spain— to demonstrate that although conflict inevitably arose in relations between the Court of Justice and constitutional courts, since each was responsible for ensuring the supremacy of its legal system, these latter had demonstrated flexibility and responsiveness in their rulings to the legal positions of the others, in a dialogue between the jurisdictions participating in a common constitutional space.

Fourth, he conducted work on the protection of human rights in Europe, and the rights of European citizens in a Community based on the rule of law. These contributions highlighted how, in the absence until recently of a charter of fundamental rights in the European Community Treaty, the Luxembourg Court had articulated a praetorian construction establishing satisfactory parameters for the protection of fundamental rights. In particular, he analysed the essential interpretation of the general principles of Community law, which transferred the protection guaranteed by the European Convention on Human Rights to the EC/EU, with the interpretation of its court, the European Court of Human Rights. This is an area in which the national constitutional courts have experienced obstacles to the full deployment of the effectiveness of Community law, but where the interpretation of the Court of Justice has placated jurisdictional confrontation, thereby guaranteeing the protection of fundamental rights within the EC/EU in accordance with the supreme value recognised in the constitutions and international protection instruments. In his work, Gil Carlos Rodríguez Iglesias developed a solid theory on the protection of fundamental rights in Community law, thanks to his sustained and exhaustive examination of the parallel and related jurisprudence of the Court of Luxembourg, the constitutional courts and the European Court of Human Rights.

In sum, his contributions always paid particular attention to the judicial protection of the rights of European citizens, regardless of their nationality, which is the ultimate aim of the common rules of Community law.

Fifth and lastly, he contributed to European economic law, in particular through his studies on State monopolies in the European Economic Community and the process of adaptation that Spanish State monopolies and public enterprises were required to undergo following Spain's accession to the Communities. He also examined the practical application of the freedom of establishment and the provision of services and the essential role of the internal market in the construction of Europe. Through his contributions, he highlighted the role of the economy and the law, including through the courts, in European economic and monetary integration.

* * * * *

Professor Rodríguez Iglesias has been recognised as one of the most knowledgeable jurists in Europe as regards its legal and jurisdictional architecture and the legislative reality that interrelates the various legal systems and higher courts existing in European territory, each based on different legal foundations (treaties, constitutions, conventions). In short, he is acknowledged to have made a major contribution to the essential role of the law in the process of European integration, a rational construction that has required the driving force of legislation to gradually bring about unity among European citizens through a Community based on the rule of law and respect for fundamental rights. The book in homage compiled by his colleagues and friends summarises his unique profile and contribution in its title, "Una Comunidad de Derecho" [19], highlights his legacy in the Court and compares him to the historic Judge Marshall of the United States[20].

[19] *Une communauté de droit. Festschrift für Gil Carlos Rodríguez Iglesias, op.cit.*, written in the languages he spoke, Spanish, English, French and German.

[20] "The legacy is similar in many ways to that of Chief Justice Marshall, who served from 1801 to 1835 on the United States Supreme Court, during a pivotal time in American history. Both jurists contributed significantly to integration through the common rule of law", O'CONNOR, Sandra D. "Towards a Common Rule of Law: A Legacy of Integration", in *Une communauté de droit. Festschrift für Gil Carlos Rodríguez Iglesias op. cit.*, p. 17.

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 8, janvier-décembre 2020, pp. 15-33
DOI: http://dx.doi.org/10.25267/Paix_secur_int.2020.i8.01

Gil Carlos Rodríguez Iglesias received numerous awards during his lifetime, including honorary doctorates in five countries (University of Turin, Italy; Babeş-Bolyai University, Romania; University of Saarland, Germany; St. Kliment Ohridski University of Sofia, Bulgaria; and the universities of Cádiz, Granada and Oviedo, Spain). Tributes were also held, in particular the one organised by the Centre for Political and Constitutional Studies and the Spanish Association for the Study of European Law (AEDEUR) in 2016[21]. In addition, he received numerous Spanish [22] and foreign [23] honours and awards, including the prestigious *Walter Hallstein Prize* in 2003 for exceptional services to European integration.

As observed by Pedro Cruz Villalón, former President of the Spanish Constitutional Court and Advocate General at the Court of Justice of Luxembourg, "if there were such a thing as the title "European Jurist", Gil Carlos Rodríguez Iglesias could lay better claim to it than most".

Final Words

Gil Carlos Rodríguez Iglesias is recognised for his contributions to the advancement of law and jurisprudence in Spain and Europe [24], which defined the splendour of his personal and professional career, marked by the fact that he is the only Spaniard to have been president of the highest and most influential and decisive court in Europe.

[21] Tribute to Gil Carlos Rodríguez Iglesias at the Centre for Political and Constitutional Studies in Madrid, held on 8 April 2016; http://www.cepc.gob.es/actividades/agenda/2016/03/22/homenaje-a-gil-carlos-rodr%C3%ADguez-iglesias. AEDEUR even has a section in memory of its former founder and President, see: http://www.aedeur.es/index.php/actividades/gil-carlos-rodriguez-iglesias-in-memoriam.

[22] Commander of the Order of Isabel the Catholic, the Cross of the Order of St. Raymond of Peñafort, the Grand Cross of the Order of Civil Merit, the Grand Cross of the Order of Isabel the Catholic, the Grand Cross of the Civil Order of Alfonso X the Wise and the Grand Cross of the Order of St. Raymond of Peñafort.

[23] The Grand Cross of the Order of the Phoenix (Greece), the Grand Cross of the Order of the Star of Romania, Grand Officer of the Order of Merit of the Italian Republic, the Grand Cross of the Order of Merit of the Grand Duchy of Luxembourg, and Grand Officer of the National Order of Merit of the French Republic.

[24] "Nous lui serons à tout jamais reconnaissants pour sa contribution à la construction européenne". Éloge *funèbre* à la *mémoire de M. Gil Carlos Rodríguez Iglesias*, speech given by Mr. Koen Lenaerts, President of the European Court of Justice, Luxembourg, 29 April 2019.

In saying goodbye to Gil Carlos Rodríguez Iglesias, I think we should remember two things.

The first of these is that Gil Carlos Rodríguez Iglesias's personal career developed in the context of Spain's European vocation. He belonged to a generation of Spanish lawyers who were deeply committed to democracy, change and modernisation in Spain. In honouring Gil Carlos Rodríguez Iglesias, we also pay homage to a European Spain and to the jurists who showed extraordinary dedication and personal and professional commitment as they strove with all their might to facilitate the legal aspect of our ties to Europe and our return and secure mooring to our clearest identity as a nation. With his dedication to the analysis of Community and European law and its relationship to Spanish law, Gil Carlos Rodríguez Iglesias represented like few others Spain's pro- Europeans and jurists committed to the values of democracy, citizenship and fundamental rights, and made a formidable personal contribution to the present generation of jurists.

Second, on a personal level, Gil Carlos was appreciated, respected and loved by those who had the opportunity to know or work with him. He was always well-known for his humility and approachability; I would particularly like to highlight his warm and friendly manner towards his students, which he attributed to the example of his own mentor, Professor Manuel Díez de Velasco, and which I personally experienced with Professor Liñán Nogueras, as a characteristic of the 'Granada school'.

These features of his personality —gentlemanly manners, the ability to listen, polite and affable treatment, humility and lack of vanity— coexisted with his exceptional acuity, penetrating intelligence and impressive common sense.

He also showed immense professionalism, being extremely self-demanding and a perfectionist in everything he did. A man of staunch integrity, he was rigorous and honest with himself and radiated security and command of the situation.

It was precisely his straightforwardness, together with his conscientiousness and brilliance, that earnt him profound respect from everyone, regardless of their legal culture or nationality[25]. His ability to communicate in French,

[25] This has also been remarked upon by Manuel López Escudero, "He was an educated, measured and discreet man who at the same time showed a commendable will and determination and who effortlessly commanded respect due to the seriousness of his work

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 8, janvier-décembre 2020, pp. 15-33
DOI: http://dx.doi.org/10.25267/Paix_secur_int.2020.i8.01

Spanish, English and German, and his cultural knowledge of the mentalities of the European peoples, served to enhance the esteem in which people held this genuine and dignified man[26].

His integrity was echoed in his wife, Teresa Díez Gutiérrez, and his daughters Bárbara and Elena, especially in the last years of the illness that mercilessly consumed him so prematurely.

In the end, his life is an example to us all of moral authority, coherence as a jurist and dignity in a pro-European vocation that he executed with distinction throughout his life.

As for me, having been fortunate enough to experience some of his greatness at first-hand, I wish to honour his memory with this tribute.

---

and his convictions. His relationship with his pupils and colleagues was cordial, but his authority was unquestionable"; and by Daniel Sarmiento: "His style was modest and gentle, but he led the Court's works with an iron fist still remembered to this day by many who shared their time at the Court with Gil Carlos", both in *loc. cit.* Note 2.

[26] "A giant of European law, a force for good and reason so badly needed in these turbulent times. We will miss the man, the judge, the professor and the dignity that he exemplified", Daniel Sarmiento, in *loc. cit.*

ÉDITORIAL

PAIX ET SÉCURITÉ INTERNATIONALES
Journal of International Law and International Relations
Num 8, janvier-décembre 2020 | ISSN 2341-0868
DOI http://dx.doi.org/10.25267/Paix_secur_int.2020.i8.02

Citation: ARREDONDO, R: "The Age of Disorder: Global Governance in COVID Times", *Paix et Sécurité Internationales*, num. 8, 2020, pp. 37-47.

Received: 8 October 2020.
Accepted: 18 October 2020.

THE AGE OF DISORDER: GLOBAL GOVERNANCE IN COVID TIMES

Ricardo ARREDONDO[1]

I. COVID-19: GAME-CHANGER OR ACCELERATOR? II. LACK OF LEADERSHIP. III. THE DISENCHANTMENT OF MULTILATERALISM. IV. THE RESPONSES TO THE CRISIS. V. THE POST COVID-19 SCENARIO. VI. A NEW INTERNATIONAL ORDER?

I. COVID-19: GAME-CHANGER OR ACCELERATOR?

As a consequence of the coronavirus disease 2019 (COVID-19) pandemic[2], the international community is facing a substantial crisis that is likely to generate significant mutations in the international order as we know it. The pandemic has come to remind us in a clear and unquestionable way of the vulnerability of people and the planet to global threats.

This crisis has contributed to accelerating the weaknesses of multilateralism and a rules-based international order.[3] This is not a situation created by the coronavirus, but something that had already been brewing for many years and that the pandemic has precipitated. Already in 2013 David Held told us

[1] Diplomat, Full Professor (Catedrático) of Diplomatic Law and Practice at the Foreign Service Institute (Argentina), Associate Professor (Profesor Titular) of International Law (University of Buenos Aires, Argentina) and Full Professor (Catedrático) of Diplomatic and Consular Theory and Practice (University of Belgrano, Argentina). Email: ricardoarredondo@derecho.uba.ar.

[2] This is the expression used by Res. 74/270, adopted by the United Nations General Assembly on 2 April 2020, Doc. A/RES/74/270).

[3] Arredondo, R., "La ausencia del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas", *Clarín*, Buenos Aires, 15 April 2020.

about a paralysis or stalemate in the globalization process and wondered about the causes of why international cooperation was failing when it was most needed.[4] Held and his colleagues Thomas Hale and Kevin Young observed that multilateralism seemed to fail in the face of planetary challenges such as protecting the environment, international trade, and security. The central argument of this work was that the postwar multilateral order promoted an extraordinary phase of economic and social progress, which in turn increased interdependence between countries, establishing the conditions for the emergence of global challenges of unprecedented complexity, although ultimately it ended up affecting the ability of international institutions to respond to these challenges.

It is in this context that the current backlash against globalization and the perceived withdrawal of liberalism must be understood. This refractory movement can be observed in various *exogenous* factors, external to the liberal international order of the second postwar period, and *endogenous*, that is, originated by internal causes of that order. Without going into an exhaustive analysis, among the former we can mention, among others, the rise of China in the global order, the resurgence of Russia and the failure of the "Arab Spring". Among the latter, understood as an rebuff to the Western liberal values, we see the loss of faith in democracy and the core values of liberalism, the rise of populism on both the right and the left, the emergence of strongly nationalist movements such as Brexit and the emergence of pseudo-democratic governments with a strong imprint of authoritarianism, which some like Madeleine Albright describe as fascist.[5]

The way globalization has developed has also spawned many forms of discontent and backlash dynamics[6], from the revival of a more sovereignty-focused vision by China[7] and Russia[8] to the resurgence of unilateralism in

---

[4] Hale, T., Held, D., Young, K.,G*ridlock: Why Global Cooperation is Failing when We Need It Most*, Wiley, 2013.

[5] Albright, M., *Fascism. A Warning*, Harper, 2018.

[6] Stiglitz, J. E., *Globalization and Its Discontents*, Norton, 2003.

[7] Council on Foreign Relations Infoguide, "China's Approach to Global Governance", 2020, available at https://www.cfr.org/china-global-governance/ (access 5/10/2020).

[8] Cantelmi, M., "China y Rusia, o cuando el Oso y el Dragón se van juntos a la cama", *Clarín*, Buenos Aires, 27 de septiembre de 2019.

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 8, janvier-décembre 2020, pp. 37-47
DOI: http://dx.doi.org/10.25267/Paix_secur_int.2020.i8.02

the United States[9] and the growing ultranationalist and populist movements, both on the right and on the left, in Europe as well as in other parts of the world. The dangerous, chauvinistic and racist attitudes that have marked these movements, for example towards migrants and refugees, threaten many of the basic norms and values of the liberal international order.

The coronavirus pandemic has acted as a *catalyst* for all of these processes and, as Hague points out, precipitated transformations that could have continued to unfold slowly over 20 years or more.[10]

II. LACK OF LEADERSHIP

Another element that COVID-19 has come to highlight is the absence of clear leadership in the international community. The United States, which had led in previous crises such as the financial crisis of 2008 or the Ebola epidemic in 2014, that "indispensable nation"[11] of which Albright spoke to us in the 90s and Obama a few years ago, has abdicated its claim to global leadership.[12] It has not done so in the face of this pandemic. The United States has been absent since Trump took office in January 2017, showing his manifest disinterest in multilateralism and a rules-based international order. In a clear attack on that international order that the United States itself built after World War II, the Trump administration carried out what Haass describes as a "diplomacy of withdrawal"[13] that resulted in the abandonment of numerous organizations, forums and international treaties. As soon as he assumed his mandate, Trump announced that the United States would not be part of the Trans-Pacific Trade Agreement, then withdrew the United States from the Human Rights Council, stopped providing funds for Palestine refugees (UNWRA), reduced

[9] Nye, Jr., Joseph, S., "Is Trump a Turning Point in World Politics?", *Project Syndicate*, 1 September 2020.

[10] Hague, W., "Coronavirus has accelerated eight mega-trends that will transform everything", *The Telegraph*, London, 20 April 2020.

[11] Onea, T., "The Indispensable Nation and US Unilateralism", in Onea, T., *US Foreign Policy in the Post-Cold War Era*, Palgrave Macmillan, 2013.

[12] Daalder, I. H., Lindsay, J. M., *The Empty Throne: America's Abdication of Global Leadership*, Public Affairs, 2018.

[13] Haass, R. N., "Trump's Foreign Policy Doctrine? The Withdrawal Doctrine", *Washington Post*, 27 May 2020.

his contribution to the Organization of American States (OAS), withdrew from the Paris Agreement on Climate Change, the agreement to achieve the denuclearization of Iran, the agreement on intermediate nuclear forces (known INF) and the Open Skies treaty, among many other actions aimed at undermining multilateral institutions and global governance, including the paralysis of the dispute settlement system of the World Trade Organization. In the midst of this pandemic, he first announced a cut in funds to the WHO and in early July he sent a note to Congress requesting authorization to completely leave this organization.[14]

China has also shown no interest in leading in the face of the pandemic. While it managed to control the outbreak, it has been criticized for its initial failure to act transparently and effectively to prevent the spread of the virus.[15] This will not be easy to forget or forgive, notwithstanding that Beijing seeks to redress the damage through its active "mask diplomacy", providing aid and advice to many states.[16]

III. THE DISENCHANTMENT OF MULTILATERALISM

The United Nations, the forum that should "serve as a center that harmonizes the efforts of nations to achieve these common purposes" (art. 1.4 of the Charter), has been a site where the competition for primacy and power in the global order has been revealed in a particularly acute way.

The first reaction came from the Secretary General of the Organization, António Guterres, who on March 23 characterized the pandemic as the most challenging crisis since World War II and called for an "an immediate global ceasefire in all corners of the world".[17] Subsequently, through different messages and efforts, he tried to highlight how COVID-19 has long exceeded

---

[14] Arredondo, R., "El asalto de Trump al derecho internacional: su impacto en la OMC", *Revista Peruana de Derecho Internacional*, Tomo LXX mayo-agosto 2020, N° 165, pp. 197-225.

[15] Miller, P. D., "Yes, Blame China for the Virus", *Foreign Policy*, 25 March 2020.

[16] Fuchs, A. (et al.), "China's mask diplomacy: Political and business ties facilitate access to critical medical goods during the coronavirus pandemic", *VoxEU.org*, 16 September 2020, available at https://voxeu.org/article/china-s-mask-diplomacy (access 5/10/2020).

[17] Guterres, A., "The fury of the virus illustrates the folly of war", available at https://www.un.org/en/un-coronavirus-communications-team/fury-virus-illustrates-folly-war.

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 8, janvier-décembre 2020, pp. 37-47
DOI: http://dx.doi.org/10.25267/Paix_secur_int.2020.i8.02

its nature as a health crisis and its effects have spread to politics, the economy, social relations and the environment, among others.

However, and perhaps conscious of the internal divisions in the Security Council, he did not use the powers conferred upon him by the Charter to bring to its attention "any matter which in his opinion may threaten the maintenance of international peace and security" (art. 99).

On April 2, the General Assembly adopted Resolution 74/270, by which it reaffirmed its support for international cooperation and multilateralism in the global response to the coronavirus, underlining the central role of the United Nations. In this regard, it urged the United Nations system, under the direction of the Secretary General, to work with all relevant entities in order to mobilize a coordinated global response to the pandemic and its adverse social, economic and financial consequences for all countries and societies. This resolution recognizes the crucial role played by WHO in the global response and calls for the application of the relevant guidelines recommended by the agency. This suggestion was supported by many members, approved by the United States, and then accepted by China.

As a response to the refractory measures adopted by several States at the beginning of the pandemic,[18] on April 20, the General Assembly adopted, at the proposal of Mexico, resolution 74/274[19] on international cooperation to guarantee, under equal conditions, global access to medicines, vaccines and medical equipment to deal with COVID-19, which had massive support.

The Security Council, due to disagreements among its permanent members, took 111 days to reach the necessary consensus that would allow it to adopt a resolution on the matter. The impertinence of the US administration in calling the coronavirus "Chinese virus", "Wuhan virus" or "Kung-flu"[20] and its insistence on holding China responsible for its emergence, in addition to generating reactions of discrimination, racism and xenophobia at various points of the planet, obviously produced the rejection of the Chinese government, which threatened to veto any type of resolution that had a language of that nature. On the other hand, the negotiations dragged on

[18] Arredondo, R., "La diplomacia de la COVID-19", *La Gaceta*, Tucumán, 28 April 2020.

[19] Res. 74/274, adopted by the United Nations General Assembly on 20 April 2020, Doc. A/RES/74/274.

[20] BBC News, "Trump angers Beijing with 'Chinese virus' tweet", 17 March 2020, available at https://www.bbc.com/news/world-asia-india-51928011.

largely due to differences between China and the United States on whether to include a reference to the World Health Organization (WHO) in the text of the resolution, something that Beijing favored and the United States opposed.

The initial paralysis of the Security Council, which recalls the Cold War times, accentuated the lack of world leadership to seek a way out through international cooperation, the only effective instrument, to this global crisis. On July 1, the Security Council adopted Resolution 2532 (2020) which expresses grave concern about the devastating impact of the pandemic worldwide, especially in countries ravaged by armed conflict, in post-conflict situations or affected by humanitarian crises and supports the Secretary-General's call for a global ceasefire to address the COVID-19 crisis for a period of 90 consecutive days to allow the delivery of humanitarian assistance.

However, it affirms that this general and immediate cessation of hostilities and this humanitarian pause "do not apply to military operations against the Islamic State in Iraq and the Levant (ISIL, also known as Da'esh), Al Qaeda and Al Nusra Front (ANF), and all other individuals, groups, undertakings and entities associated with Al Qaeda or ISIL, and other terrorist groups, which have been designated by the Security Council".

This call for a universal truce had already received strong support from most of the Organization's Member States, including United States main allies, as well as the Alliance for Multilateralism, which issued a joint statement on April 16, endorsed by 193 countries, human rights groups, charities and the Pope. However, less than a week later the Security Council was again bogged down over the reopening of humanitarian corridors in northern Syria, first due to the veto of China and Russia to the draft German resolution that proposed the reopening and to the next day, not approving the draft resolution proposed by Russia.

IV. THE RESPONSES TO THE CRISIS

Although Don Herzog and others give up for dead the traditional conception of sovereignty[21], paraphrasing Louis Henkin we could affirm that

[21] Herzog, D., *Sovereignty RIP*, Yale University Press, 2020.

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 8, janvier-décembre 2020, pp. 37-47
DOI: http://dx.doi.org/10.25267/Paix_secur_int.2020.i8.02

the reports of the death of the Westphalian notion of sovereignty are greatly exaggerated.[22]

The response to the pandemic has been varied, from States that have turned in on themselves, seeking individual solutions to others that have shown solidarity and offered cooperation. The provision of sanitary materials and equipment by China to European and African countries, called the "mask diplomacy", was later replicated by the United States, which has contributed respirators for African countries, in an attempt to reclaim the space won by China on this continent. Russia sent a plane full of personal protective equipment to the United States, in addition to sending aid to Italy and Serbia. Meanwhile, South Korea and Taiwan have sent test materials and more than sixteen million masks to countries in America, Asia and Europe.

Even institutions favorable to multilateral and cooperative solutions, such as the European Union (EU) have exhibited internal divisions that in a first phase prevented their Member States from applying a common strategy until they adopted a joint "Roadmap" for recovery and reached an agreement to work towards the establishment of a recovery fund aimed at the sectors and geographical areas most affected in Europe and be specific to address this crisis.

In the Americas, the Organization of American States (OAS) has been absent. The Pan American Health Organization (PAHO), as a branch of WHO, has tried to implement some responses, whose prevention and treatment protocols have been accepted by many governments. In Latin America, the governments of the region have adopted different solutions to a crisis that is deeper and longer than the forecasts anticipated.

The crisis of regional governance mechanisms has conspired against the design of a joint strategy. Mercosur has adopted certain formal measures, seeking to advance the integration agenda to overcome obstacles in the area of trade and transport between the States Parties. Beyond the rhetoric, the few provisions adopted in this first half of 2020 are an example and a consequence of the ideological and positional rivalry in the face of the coronavirus that has prevented substantial coordination among its members.

Subnational entities have played a valuable role in this crisis. While in some countries such as Argentina a joint and orderly policy of support for federal

[22] Henkin, L., "The Reports of the Death of Article 2(4) Are Greatly Exaggerated", 65 *American Journal of International Law* (1971), p. 544.

government decisions to face the pandemic has been observed, other countries such as the United States or Brazil have witnessed a divergent *paradiplomacy* of local governments, in open opposition, if not defiance, to the directives emanating from the central government.

V. THE POST COVID-19 SCENARIO

The crisis will impact on the globalization process as we know it and will probably reduce support to it.[23] The speed at which the virus spread around the world, thanks to economic interdependence, as well as tourism and travel, will be attributed to globalization and possibly generate reactions against it. One of the most powerful myths of globalization: that of a world without borders has quickly dismantled itself before the closing of national and provincial borders, reaffirming the traditional notion of state sovereignty.

However, those who predict a return to the pre-globalization era are also wrong. There is a strong degree of imbrication among national economies that could be affected by the decision of some countries to relocate the production of goods that they currently import, since these value chains can hardly be dismantled without impacting production, costs, competitiveness and wages, among other factors. Contrary to those who see the crisis as a warning sign of the dangers of globalization and underline the virtues of self-reliance, I believe that the pandemic vindicates supporters of interdependence. The real argument of interdependence theory is not that it prevents conflict, but that it makes it more costly for all parties in an interdependent relationship.[24] Notwithstanding this, a reformulation of the rules of the multilateral trading system will be necessary to prevent the decoupling of economies that has already started from worsening.

COVID-19 has seriously undermined the credibility of the United States globally and, particularly, that of the Trump administration within the United States. This is outstandingly relevant in an election year. Although Trump seems unconcerned with international public opinion, many Americans, who still attach importance to values and principles have a sense of helplessness over the attitude of the current Head of State. The US needs a strategy to

[23] Acharya, A., "How Coronavirus May Reshape the World Order", *The National Interest*, 18 April 2020.

[24] Keohane, R. O., Nye, J.s., *Power and Interdependence*, Longman, 1997.

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 8, janvier-décembre 2020, pp. 37-47
DOI: http://dx.doi.org/10.25267/Paix_secur_int.2020.i8.02

transform globalization and overcome the strategic rivalry with China. This new diplomacy should establish a relationship of friendship and cooperation and at the same time of rivalry and competition between the United States and China, what is called "co-opetion" (cooperation-competition). Theories about the interaction between rivals focus on competition or cooperation, but not on the combination of the two types of interaction. However, this type of relationship, which some call "frenemy" (friend-enemy), implies a situation in which the parties compete and cooperate simultaneously and reciprocally benefit from this ambivalent strategy. In this sense, it is good to recall that ideological differences have not been an obstacle to cooperation between the United States and China since the meeting between Nixon and Mao in 1972, although the current situation is completely different.

VI. A NEW INTERNATIONAL ORDER?

Heraclitus taught us that "No man ever steps in the same river twice, for it's not the same river and he's not the same man". The corollary of this expression, accurate and sagacious, is simple: history is dynamic and irreversible. It never goes backwards and its engine is change. Humanity will defeat the virus, but nothing will be the same. Neither does the international order. The new order that is being born is a product and response to the pandemic.

The coronavirus pandemic has served as a catalyst for divisions that have been undermining the international order for years and deepening them. COVID-19 in a way has contributed to "systematizing" the power relations that had been developing, exacerbating the rivalry between China and the United States and generating what some describe as an increase in "entropic bipolarism".[25] While the crisis comes with renewed calls for global solidarity, it remains to be seen whether the current multilateral system can respond effectively. If that response depends on the attitude of states, it is likely that some will use the crisis to further undermine multilateralism, as they are already doing, while others will seek a multilateral and cooperative solution. Multilateral institutions will remain an important part of this conversation if,

[25] Schweller, R. L., "The Age of Entropy. Why the New World Order Won't Be Orderly", *Foreign Affairs online*, 16 June 2014; Actis, E., Creus, N., "Un mundo acelerado. ¿Bipolaridad o nueva Guerra Fría?", *Nueva Sociedad*, 20 June 2020, available at https://nuso.org/articulo/China-Estados-Unidos-Guerra-fria/.

in the future, they respond quickly and effectively, something they have not done so far. The threat is global and needs a global response.

The United Nations still remains mired with rivalries in the Security Council, disagreements and its relative ability to solve problems. The total confidence of some states in their power and influence, with their tendency to act unilaterally, is another evidence of the weakness of the liberal international order. This pandemic has clearly established the failure of these unilateral policies.

As Acharya points out, the loss of US hard and soft power will accentuate the transition to a post-American order, which he calls "multiplex" [26] and proposes a multi-stakeholder problem-oriented world governance.[27] An international order administered by "global clubs" that replace that order governed by a hegemon.

Today, perhaps more than ever in the last 75 years, it is necessary to build a framework that overcomes the current rivalries and creates the conditions for a more stable and secure world. Perhaps we need to exit from an international rules-based order and enter a *deals-based order*. This model could not come directly from existing multilateral institutions but from new coalitions of countries, with varying memberships depending on the type of issue in question, seeking a new plurilateral but segmented system to address the weaknesses of the current scheme. A *hybrid model* that gathers elements from existing institutions and redirects them towards new international cooperation schemes.

An example that illustrates this proposal is the decision of a group of forty countries to build an alternative trade dispute settlement system in the face of the paralysis of the Appellate Body (AB) of the World Trade Organization (WTO). Faced with Trump's decision to hinder the appointment of new AB members and in order to overcome this obstacle to the functioning of the WTO dispute settlement system, the European Union, China, Canada and others, including an important number of Latin American countries (Chile, Colombia, Costa Rica, Guatemala, Mexico and Uruguay), agreed to a multi-

---

[26] Acharya, A., "After Liberal Hegemony: The Advent of a MultiplexWorld Order", 31 *Ethics & International Affairs* (2017), pp. 271-285.

[27] Acharya, A., "How Coronavirus May Reshape the World Order", *The National Interest*, 18 April 2020.

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 8, janvier-décembre 2020, pp. 37-47
DOI: http://dx.doi.org/10.25267/Paix_secur_int.2020.i8.02

party interim appeal arrangement (MPIA), based on current WTO rules.[28] The Alliance for Multilateralism, launched by Germany and France, also falls within this logic.[29]

The absence of clear leadership, the lack of an effective and rapid response from multilateral institutions and the demand to find solutions to new problems in order to avoid their exacerbation and, eventually, the conflict, invite us to think of new mechanisms to overcome these challenges. New mechanisms and institutions are required to provide a coordinated and multilateral response to challenges of a global nature such as climate change, pandemics, cyberattacks, hunger and poverty, just to name a few. As Juan Rulfo once envisioned: "Nos salvamos juntos o nos hundimos separados".

[28] European Commission, "The WTO multi-party interim appeal arrangement gets operational", 3 August 2020, available at https://trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=2176.

[29] *See* https://multilateralism.org/.

ÉTUDES

PAIX ET SÉCURITÉ INTERNATIONALES
Journal of International Law and International Relations
Num 8, janvier-décembre 2020 | ISSN 2341-0868
DOI http://dx.doi.org/10.25267/Paix_secur_int.2020.i8.03

Citation: FAJARDO DEL CASTILLO, T: "The Global Compact for Safe, Orderly and Regular Migration: a Soft Law Instrument for Management of Migration Respecting Human Rights", *Paix et Sécurité Internationales*, num. 8, 2020, pp. 51-94.

Received: 8 May 2020.
Accepted: 16 September 2020.

THE GLOBAL COMPACT FOR SAFE, ORDERLY AND REGULAR MIGRATION: A SOFT LAW INSTRUMENT FOR MANAGEMENT OF MIGRATION RESPECTING HUMAN RIGHTS

Teresa FAJARDO DEL CASTILLO[1]

I. INTRODUCTION. II. MODALITIES FOR THE NEGOTIATION OF THE GLOBAL COMPACT FOR MIGRATION. III. THE LEGAL NATURE OF THE GLOBAL COMPACT FOR MIGRATION. IV. THE PRINCIPLES AND OBJECTIVES OF THE GLOBAL COMPACT FOR MIGRATION. V. A SOFT INSTITUTIONAL SYSTEM FOR THE GLOBAL COMPACT FOR MIGRATION. VI. CONCLUSIONS

ABSTRACT: The Global Compact for Safe, Orderly and Regular Migration was adopted on 11 December 2018 by 163 States at the Marrakesh Intergovernmental Conference and, days later, was endorsed by the United Nations General Assembly in its Resolution 73/195. This Compact, together with the Compact for Refugees, addresses a low intensity normative action through soft law with which the States want to adopt common "rules" for "human mobility in the 21st century", while preserving their sovereignty. However, States proclaim their sovereignty on the subject. This instrument of soft law must serve as a reference for the exercise of sovereign powers in aspects that have hitherto belonged to the *domaine reservé* of the State, such as those relating to the management of regular migration, although it also regulates its reverse with the control of (un)safe, (un)orderly and irregular migration. It will also guide multilateral cooperation within the United Nations and the International Organization for Migration. This article will analyse the scope and legal nature of this instrument as well as its capacity to generate a model for the management of migratory flows that at the same time preserves human rights.

---

[1] Teresa Fajardo, Associate Professor (Profesora Titular) at the University of Granada, Department of Public International Law and International Relations, fajardo@ugr.es. This Study is the English updated version of the previous Spanish publication: T. FAJARDO, "El Pacto Mundial por una migración segura, ordenada y regular: un instrumento de soft law para una gestión de la migración que respete los derechos humanos", *Revista Electrónica de Estudios Internacionales* (*REEI*), Nº. 38, 2019, 1-36.

KEYWORDS*: Soft law,* Global compact, (un)safe, (dis/un)orderly and (ir)regular migration, rule of law, human rights.

EL PACTO MUNDIAL PARA UNA MIGRACIÓN SEGURA, ORDENADA Y REGULAR: UN INSTRUMENTO DE *SOFT LAW* PARA LA GESTIÓN DE LA MIGRACIÓN RESPETANDO LOS DERECHOS HUMANOS

RESUMEN: El Pacto Mundial por una Migración Segura, Ordenada y Regular fue adoptado el pasado 11 de Diciembre de 2018 por 163 Estados en la Conferencia intergubernamental de Marraquech y, días más tarde, fue endosado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 73/195. Este Pacto, junto con el Pacto por los Refugiados, afronta una acción normativa de baja intensidad a través del *soft law* con la que los Estados quieren adoptar unas «reglas» comunes para la «movilidad humana en el Siglo XXI», al tiempo que preservar su soberanía. Este instrumento de *soft law* ha de servir de referencia para el ejercicio de las competencias soberanas en aspectos hasta ahora pertenecientes al *domaine reservé* del Estado, como los relativos a la gestión de las migraciones regulares aunque igualmente regule su reverso con el control de la migración (in)segura, (des)ordenada e irregular. También guiará la cooperación multilateral en el seno de la Organización de las Naciones Unidas y de la Organización Internacional de las Migraciones. Este artículo analizará el alcance y la naturaleza jurídica de este instrumento así como su capacidad de generar un modelo para la gestión de los flujos migratorios que al mismo tiempo preserve los derechos humanos.

PALABRAS CLAVE: *Soft Law*, Pacto mundial, migración (des)ordenada, (in)segura, (ir)regular, estado de derecho, derechos humanos.

LE PACTE MONDIAL POUR DES MIGRATIONS SÛRES, ORDONNÉES ET RÉGULIÈRES: UN INSTRUMENT DE *SOFT LAW* POUR LA GESTION DES MIGRATIONS DANS LE RESPECT DES DROIT DE L'HOMME

RÉSUMÉ: Le Pacte mondial pour des migrations sûres, ordonnées et régulières a été adopté le 11 décembre 2018 par 163 États lors de la Conférence intergouvernementale de Marrakech et, quelques jours plus tard, a été approuvé par l'Assemblée générale des Nations unies dans sa résolution 73/195. Ce pacte, ainsi que le pacte pour les réfugiés, traite d'une action normative de faible intensité par le biais de la soft law avec laquelle les États veulent adopter des «règles» communes pour «la mobilité humaine au XXIe siècle», tout en préservant leur souveraineté. Toutefois, les États proclament leur souveraineté en la matière. Cet instrument de soft law doit servir de référence pour l'exercice des pouvoirs souverains dans des aspects qui appartenaient jusqu'à présent au domaine réservé de l'État, comme ceux relatifs à la gestion de la migration régulière, bien qu'il réglemente également son inverse avec le contrôle de la migration (non)sûre, (dés)ordonnée et irrégulière. Il orientera également la coopération multilatérale au sein des Nations Unies et de l'Organisation Internationale pour les Migrations. Cet article analysera la portée et la nature juridique de cet instrument ainsi que sa capacité à générer un modèle de gestion des flux migratoires qui préserve en même temps les droits de l'homme.

MOTS CLÉS: Soft law, Pacte mondial, migration (non) sûre, (dés)ordonnée et (ir)régulière, État de droit, droits de l'homme.

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 8, janvier-décembre 2020, pp. 51-94
DOI: http://dx.doi.org/10.25267/Paix_secur_int.2020.i8.03

I. INTRODUCTION

The Global Compact for Safe, Orderly and Regular Migration[2] was adopted by 163 States at the Marrakech Intergovernmental Conference on 11 December 2018, to the surprise of many who had considered its adoption an impossible mission. A week later, it was to be endorsed by the United Nations General Assembly, in its Resolution 73/195 adopted by 153 votes in favour, 5 against and 12 abstentions.[3] This Compact, together with the Global Compact for Refugees,[4] faces a low-intensity normative action through soft law, with which the States want to preserve their sovereignty and at the same time adopt common "rules"[5] for the management of the displacements that characterize today's "human mobility in the 21st century".[6] This instrument must serve as a reference for the adoption of national, regional and global

[2] *See* the different translations of the Global Pact that are available on the Internet at https://refugeesmigrants.un.org/migration-compact, last consulted on 31 July 2020.

[3] Resolution A/RES/73/195 adopted by the General Assembly on 19 December 2018, available on the Internet at https://undocs.org/en/A/RES/73/195, last consulted on 31 July 2020.

[4] On the Global Compact on Refugees, *see* Pozo Serrano, P., "El Pacto Mundial sobre los Refugiados: Límites y Contribución a la Evolución del Derecho Internacional de los Refugiados", (the Global Compact On Refugees: Limits and Contribution to the Development of International Refugee Law), *REEI*, núm. 38, December 2019, pp. 1-29; Aleinikoff,T. A., "The Unfinished Work of the Global Compact on Refugees", *International Journal of Refugee Law*, Vol.30, 2018, nº 4, p. 611-617, Betts, A., "The Global Compact on Refugees: Towards a Theory of Change", *International Journal of Refugee Law*, Vol. 30, Issue 4, December 2018, pp. 623-626; Chimni, B.S., "Global Compact on Refugees: One Step Forward, Two Steps Back", *International Journal of Refugee Law*, Vol. 30, Issue 4 (December 2018), pp. 630-634; Mcadam, J. "The Global Compacts on Refugees and Migration: A New Era for International Protection?", *International Journal of Refugee Law*, Vol. 30, 2018, nº 4, pp. 571-4; Turk, V., "The Promise and Potential of the Global Compact on Refugees", *International Journal of Refugee Law*, Vol. 30, Issue 4, December 2018, pp. 575-583; Appleby, K., "Strengthening the Global Refugee Protection System: Recommendations for the Global Compact on Refugees", *Journal on Migration and Human Security*, Vol. 5, Issue 4, 2017, pp. 780-799.

[5] Its provisions are only a minimum common denominator of rules and good practice, so says Newland, K., "The Global Compact for Safe, Orderly and Regular Migration: An Unlikely Achievement", *International Journal of Refugee Law*, 2019, Vol XX, No 4, pp. 657–660.

[6] *See* the final speech of the UN Secretary-General's Special Representative on International Migration Arbour, L., Statement by Louise Arbour, Special Representative of the Secretary-General for International Migration, available on the website of the Intergovernmental

policies for the management of regular migration, but it will also mark its reverse with the control of (un) safe, (un) orderly and irregular migration. This instrument will also guide multilateral cooperation within the United Nations Organisation (UN) and the International Organisation for Migration (IOM).

The Global Compact for Safe, Orderly and Regular Migration (Global Compact for Migration hereinafter) has been considered the first instrument to comprehensively address all aspects of global human mobility, although it should be noted that the first proposals made by the General Assembly that were condensed in the New York Declaration on Refugees and Migrants of 19 September 2016, had also added the aspects related to refugee movements. The latter were finally separated in the universal and regional negotiations due to the inevitable differences that would make it impossible to reach an agreement on immigrants and refugees, despite the fact that both groups share problems and vulnerabilities as well as rights and guarantees that are the responsibility of States as would be recognized in that Declaration. Thus, in paragraph 5, it is stated that States:

We reaffirm the purposes and principles of the Charter of the United Nations. We reaffirm also the Universal Declaration of Human Rights and recall the core international human rights treaties. We reaffirm and will fully protect the human rights of all refugees and migrants, regardless of status; all are rights holders. Our response will demonstrate full respect for international law and international human rights law and, where applicable, international refugee law and international humanitarian law.[7]

In the subsequent proposal for two compacts, the division between these groups of beneficiaries was marked by what would be their legal reference frameworks so that:

> 4. Refugees and migrants are entitled to the same universal human rights and fundamental freedoms, which must be respected, protected and fulfilled at all times. However, migrants and refugees are distinct groups governed by separate legal frameworks. Only refugees are entitled to the specific international protection as defined by international refugee law. This Global Compact refers

Conference at https://refugeesmigrants.un.org/migration-compact, last consulted on 22 July 2020.

[7] *See* New York Declaration on Refugees and Migrants, UN Doc. A/RES/71/1, 3 October 2016, available online at https://refugeesmigrants.un.org/declaration.

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 8, janvier-décembre 2020, pp. 51-94
DOI: http://dx.doi.org/10.25267/Paix_secur_int.2020.i8.03

> to migrants and presents a cooperative framework addressing migration in all its dimensions.[8]

Given this distinction between normative frameworks, the Global Refugee Compact is a soft law instrument for the development of the United Nations Convention relating to the Status of Refugees that would be negotiated under the leadership of the UN High Commissioner for Refugees and whose main objective would be to agree on principles and rules for the equitable distribution of refugees.[9] In the case of the Global Compact for Migration, there is no mention of a normative reference instrument on migration but rather a generic framework for cooperation in its management. This highlights the position of States that consider migration management as one of their sovereign competences and on which they would only be willing to agree on ways of cooperation for the management of cross-border mobility. However, this inter-State and institutional cooperation has to be carried out within the common framework of general international law, which implies the assumption of the minimum standard of rights granted to third State nationals and stateless persons as well as the basic rights recognized in the main human rights instruments as set out in the New York Declaration.[10] In any case, the Global Compact for Migration is due to the existence of normative gaps and an enormous fragmentation of the normative instruments that contemplate the human rights of migrants that should be saved with a soft law instrument in view of the impossibility for States to assume a normative exercise of greater intensity.[11]

---

[8] Paragraph 4 of the Global Compact for Migration.

[9] *See* the Expert Views, "How Promising Is the Global Refugee Compact Zero Draft?", available online at https://www.newsdeeply.com/refugees/articles/2018/02/09/expert-views-how-promising-is-the-global-refugee-compact-zero-draft, last consulted on 31 July 2020.

[10] *See* the above-mentioned paragraph 5 of the New York Declaration.

[11] Soft law has already been used on numerous occasions in various migration regulation exercises, as discussed in detail in Part III, "Soft Law and Global Migration Governance", of the reference work on this subject, CHETAIL, V., *International Migration Law*, Oxford University Press, 2019, pp. 280-392. *See* also the study that already in 2010 recommended the use of soft law to propose a system for the protection of migrants in a more vulnerable position, BETTS, A., "Soft law and the protection of vulnerable migrants", *Georgetown Immigration Law Journal*, Vol. 24, 2010, p. 533.

In both cases, but especially in the case of the Global Compact for Migration, the choice of a soft law instrument has been the only possible formula for dealing with an agreement whose ambition is twofold insofar as it seeks to articulate multilateral cooperation as well as the adoption of a set of guidelines for the exercise of sovereign powers in aspects hitherto belonging to the domaine réservé of the State. The States have reaffirmed their sovereignty in the declarations of acceptance of the Compact and in their explanations of vote before the General Assembly, as I will discuss later. Their sovereign powers could hardly have been subject to the obligations of a conventional canonical rule imposing conditions on how a State should manage immigration and its borders.

Also in both Compacts, and in defence of the instrument of soft law that they adopt, we would be facing what can be described as global public policies in two sectors that need coordinated action that cannot yet be adopted in the form of a binding instrument. The fragility of the consensus on the issue has not prevented, however, that the need to act is articulated through a multilateral soft instrument loaded with proposals and provisions to inspire migration management in the framework of national policies and international cooperation.

The impossibility of reaching the consensus of the 193 member States of the United Nations that had initially been achieved in the New York Declaration was due to the rejection shown by some countries in the final phase of adoption of the Global Compact for Migration, which would lead to the abandonment of states that had initially joined Draft Zero and Draft Plus of the Compact. In Marrakesh, the Compact for Migration was adopted by a narrow consensus, that of the 164 participating States. General Assembly Resolution 73/195 would be put to a vote at the request of the United States so that votes against and abstentions would weaken the value of the Compact. This rejection was, however, a logical reaction to the inherent possibilities of a soft law instrument whose value lies in the normative expectations it is capable of generating. This is a *pactum de contrahendo* that once it begins to develop may trigger normative action from international institutions that will influence national practice as well as the practice and jurisprudence of the main international institutions. It is not surprising, therefore, that the final struggle for the adoption of the Compact was influenced by public opinion. In some

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 8, janvier-décembre 2020, pp. 51-94
DOI: http://dx.doi.org/10.25267/Paix_secur_int.2020.i8.03

States, initially willing to accept it, populist movements led to its rejection. On the other hand, the Global Compact for Migration is destined to be the legacy of politicians such as Angela Merkel who, during the Marrakech Conference, stated that it was a compact worth fighting for. Certainly, it is possibly one of her last great achievements as a European leader.[12]

Despite its adoption, many questions remain regarding the political and legal scope of this text, which has been rejected by countries such as the United States from an early stage,[13] or by Brazil, Italy, Austria, Hungary, the Czech Republic, Switzerland and Belgium where it also led to the resignation of its Prime Minister and the break-up of the government coalition.[14] All this shows that the consequences of a soft law text can be greater than initially expected and closer to the consequences feared. On the other hand, the normative expectations have to be dimensioned in the regional scope where the derivations of its non-application can be greater for a member State of the European Union, than they would be for the United States, which has turned its back on any international commitment of multilateral cooperation. So far, President Trump persists in his decision to build a wall as an ultimate solution to regional migration and to what he considers national security problems.

For all these reasons, in this study I will first deal with the final phase of the negotiation process that has led to the adoption of the Global Compact for Migration at the final intergovernmental conference in Marrakech and

[12] German Chancellor Angela Merkel would adopt a human rights approach in her speech, reiterating "our conviction that universal human rights apply to every individual in every country of the earth", «Speech by Federal Chancellor Dr Angela Merkel at the Intergovernmental Conference to Adopt the Global Compact for Safe, Orderly and Regular Migration in Marrakech on 10 December 2018», p. 1, available on Internet at https://www.bundeskanzlerin.de/bkin-en/news/speech-by-federal-chancellor-dr-angela-merkel-at-the-intergovernmental-conference-to-adopt-the-global-compact-for-safe-orderly-and-regular-migration-in-marrakech-on-10-december-2018-1560070.

[13] *See* United States Mission to the United Nations, "United States Ends Participation in Global Compact on Migration", available on Internet at https://usun.state.gov/remarks/8197, Gladstone, R., "U.S. Quits Migration Pact, Saying It Infringes on Sovereignty", *New York Times* (Dec. 3, 2017), available on Internet at https://www.nytimes.com/2017/12/03/world/americas/united-nations-migration-pact.html?rref=collection%2Fsectioncollection%2Fworld, last consulted on 31 July 2020.

[14] Wouters, J., Wauters, E., "The UN Global Compact for Safe, Orderly and Regular Migration: Some Reflections", *Leuven Centre for Global Governance Studies Working Paper Nº 210*, February 2019, p. 4.

ultimately to its adoption by Resolution 73/195 of the United Nations General Assembly. Secondly, I will examine the structure and legal nature of the Compact as a soft law instrument as well as the principles underlying it. I will also analyse and classify the objectives of the Compact and the actions with which the States must achieve them, distinguishing those that refer to migration management and those that refer to respect for human rights. I will conclude by assessing the institutional commitments undertaken that may lead to the adoption of mechanisms to monitor and promote compliance with the Compact in which the United Nations and the IOM are called upon to play an important role. In the conclusions, I will assess what possible future developments can be expected from the Global Compact for Migration from the perspective of soft law.

II. MODALITIES FOR THE NEGOTIATION OF THE GLOBAL COMPACT FOR MIGRATION

The New York Declaration on Refugees and Migrants was adopted at the United Nations General Assembly in Resolution 71/1 by all the States of the organization, with the ultimate aim of addressing the management of mass movements, whether of refugees or migrants.[15] The consensus that this resolution reached gave the instrument a special value that would feed the momentum of subsequent negotiations. However, it could not avoid the necessary segregation of powers and leadership in the Global Compact for Migration and the Global Compact for Refugees. As IOM had stressed, the Global Compact for Migration negotiations had been marked primarily by States, insofar as it was States that had taken the lead in the process and UN institutions had been at the service of their performance. With regard to sovereign powers, in the case of the Global Compact for Migration, the leading role could only be played by States. The ultimate objective of transnational migration management made it necessary to reconcile State sovereignty with the obligation to prevent damage and violations of the rights of persons who

[15] On the New York Declaration, *see* GENINA, V., "Proposals for the Negotiation Process on the United Nations Global Compact for Migration", *Journal on Migration & Human Security*, Vol. 5, 2017, p. 682.

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 8, janvier-décembre 2020, pp. 51-94
DOI: http://dx.doi.org/10.25267/Paix_secur_int.2020.i8.03

migrate and those who are exposed to the dangers and threats they face in the migration *iter*.[16]

The negotiating modalities set out in Resolution 71/280 adopted by the General Assembly on 6 April 2017 marked the limits of the purpose of the intergovernmental conference to be held in Marrakech, as well as the distances from the Global Compact for Refugees by clearly stating that the two processes would be "separate, distinct and independent".[17] On the other hand, General Assembly Resolution 71/280 also noted that it would be through "principles, commitments and understandings among States" that it would achieve its objective of inspiring efforts to manage global migration, taking into account humanitarian, cooperation and human rights aspects. It would also build on the objectives already agreed upon in previous conferences and plans.[18] And in any case, an intergovernmentally negotiated and agreed outcome document, entitled "Global compact for safe, orderly and regular migration", whose scope is defined in annex II to Resolution 71/1 adopting the New York Declaration, should be passed.

Resolution 71/280 also recommended the creation of the post of Special Representative of the Secretary-General on International Migration, to which the Canadian Louise Arbour would eventually be appointed on 9 April 2017. Similarly, the President of the General Assembly was mandated to appoint two facilitators to promote regular consultations and the negotiation process among States and regional groups with the requirement that "the consultations and negotiations must be open, transparent and inclusive in order to promote

[16] While the existence of this obligation to protect persons who face risks and dangers during the migration process has yet to be established as discussed by KOSINSKA, A. M., MIKOLAJCZYK, B., "Does the Right to Migration Security Already Exist: Considerations from the Perspective of the EU's Legal System", *European Journal of Migration and Law*, Vol. 21, Issue 1, 2019, pp. 83-116.

[17] *See* Resolution 71/280 adopted by the General Assembly on 6 April 2017 on Modalities for intergovernmental negotiations of the global compact for safe, orderly and regular migration, Doc. *A/RES/71/280*, 17 April 2017.

[18] Such as the Agenda 2030 for Sustainable Development adopted by Resolution 70/1, the Addis Ababa Agenda for Action of the Third International Conference on Financing for Development, resolution 69/313, annex, and would build on the Declaration of the High-level Dialogue on International Migration and Development, adopted in October 2013, Resolution 68/4.

and strengthen Member States' ownership".[19] Finally, Juan José Gómez Camacho from Mexico and Jürg Lauber from Switzerland were appointed. The leadership exercised by the Presidents of the General Assembly has also been highlighted throughout the process – first, during the 72nd session, that of Miroslav Lajčák, from Slovakia, and then that of María Fernanda Espinosa Garcés from Ecuador during the 73rd session.

The negotiations took place in three phases, starting with a consultation phase in April 2017.[20] This first phase would be followed by a stocktaking phase starting in December 2017 and leading to the third phase of intergovernmental negotiations in which Draft Zero of 5 February 2018, Draft Zero Plus of April 2018 and the latest version of July 2018 that was adopted at the Intergovernmental Conference in Marrakech.[21]

In the consultation phase, a division of preparatory work was carried out according to thematic aspects and also to the specialization of the UN institutions. In the framework of the General Assembly, expert panels were established taking into account geographical balance as well as countries of origin, transit and destination of migration. The regional and subregional dimension of migration would also be addressed through a consultation of the regional economic Commissions.

Furthermore, in each of the United Nations offices, their human resources would be made available for reflection on the basis of their specialization. Thus, at the United Nations Office at Geneva, issues of a general nature but with a strong political content were examined by setting concepts and the framework of discussion to address the human rights of all migrants, irregular and regular migration, and international cooperation and management of migration and borders in all its dimensions. At United Nations Headquarters in New York, social and economic aspects would be addressed with a clear connection to the development dimension that should be clearly established in the final text and, in particular, its link to the Sustainable Development Goals adopted in 2015. The United Nations Office on Drugs and Crime (UNODC) in Vienna focused on issues such as the smuggling of migrants, trafficking in

[19] Paragraph 5 of Resolution 71/280.

[20] Resolution 71/280 establishes an agenda with three phases: a) Phase I (consultations): April to November 2017; b) Phase II (stocktaking): November 2017 to January 2018; c) Phase III (intergovernmental negotiations): February to July 2018.

[21] Draft Outcome Document of the Conference A/CONF.231/3, 30 July 2018.

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 8, janvier-décembre 2020, pp. 51-94
DOI: http://dx.doi.org/10.25267/Paix_secur_int.2020.i8.03

persons and modern forms of slavery, because of its experience and expertise in the implementation of the Palermo Convention on transnational organized crime and its protocols.

In this first phase of the negotiations, States would be consulted in particular on crosscutting. At the same time, their involvement would seek to fulfil the objective of inspiring their national policies through debate and also to ask them for a position on how to address these issues through international cooperation. Thus, they would be invited "to also take into consideration, in phase I, their perspectives with regard to the complex interrelationship between migration and sustainable development, as well as migration and all human rights, gender equality and the empowerment of women and girls, the needs of migrants in vulnerable situations, and perspectives involving migrant children and youth, including unaccompanied migrant children, in order to promote a comprehensive understanding of international cooperation and migration governance in all its dimensions".[22] However, issues of great importance and relevance to the human rights and well-being of the most vulnerable groups were left out, such as the thorny issue of the detention of unaccompanied minors and the alternatives that should be considered to such detention.[23]

The second phase of the stocktaking exercise began in December 2017 at the preparatory conference held in Mexico, in Puerto Vallarta, with funding from the host. This stocktaking exercise was conducted on the basis of the documentation prepared by the facilitators for the adoption of the preliminary draft and with the report prepared by the Secretary-General in consultation with IOM, entitled "Making Migration Work for All".[24] They contained the necessary recommendations and information presented to States as evidence

[22] *See* paragraph 20 of Resolution 71/280.

[23] In this sense, Marta Foresti criticizes the fact that the Compact "falls short of doing the right thing on something as important as child detention – where states could not agree to simply end detaining children, but rather to "ensuring availability and accessibility of a viable range of alternatives to detention in non- custodial contexts, favouring community-based care arrangement", véase FORESTI, M., "Long Live Multilateralism: Why the Global Compact for Migration Matters", *Refugees Deeply*, disponible en la Web https://www.newsdeeply.com/refugees/community/2018/07/19, last consulted on 23 March 2019.

[24] *Doc. A/72/643* de 12 de Diciembre de 2017, available on the Internet at https://undocs.org/en/A/72/643, last consulted on 31 July 2020.

of the need to reach a compromise at the intergovernmental conference in Marrakesh.

As we have already noted, the Marrakesh intergovernmental conference reached the adoption by consensus of the text submitted. However, this consensus was already diminished by the participation of only the 163 States that adhered to the agreed proposal. Some of the non-attending states became its opponents a week later, when they requested a vote within the United Nations General Assembly, where the Global Compact for Migration was adopted by 153 votes in favour, 5 against and 12 abstentions in its Resolution 73/195. The expressions of support and rejection that were made at the Marrakech Intergovernmental Conference and then in the General Assembly when this resolution was voted on will help us to assess the legal nature of the Global Compact for Migration, an issue that I will address in the following sections.

III. THE LEGAL NATURE OF THE GLOBAL COMPACT FOR MIGRATION

As noted above, the New York Declaration contained a mandate for the adoption of two soft law instruments whose objectives and scope would be defined in their annexes. The choice had been made for an instrument that would have no binding legal value, but which would nevertheless be negotiated as if it were a treaty, within an intergovernmental conference. The Vienna Convention on the Law of Treaties would certainly not apply, but General Assembly Resolution 72/244 on modalities for the Intergovernmental Conference for the Adoption of the Global Compact for Safe, Orderly and Regular Migration is extremely detailed on how the process of negotiation and adoption of this non-binding instrument should proceed. The instrument would, however, contain a series of "principles, commitments and understandings between States" on an expected behaviour that would relate to the management of migration in respect of basic human rights.[25] Thus the commitment should be translated, rather than into new obligations, into an understanding that cooperation is the only way to make this type of management possible:

> Recalling also that the global compact for safe, orderly and regular migration would set out a range of principles, commitments and understandings among

[25] As mandated by General Assembly resolution 71/280, p. 1. This resolution was adopted by consensus.

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 8, janvier-décembre 2020, pp. 51-94
DOI: http://dx.doi.org/10.25267/Paix_secur_int.2020.i8.03

> Member States regarding international migration in all its dimensions, make an important contribution to global governance and enhance coordination on international migration, present a framework for comprehensive international cooperation on migrants and human mobility, deal with all aspects of international migration, including the humanitarian, developmental, human rights-related and other aspects of migration, and be guided by the 2030 Agenda for Sustainable Development and the Addis Ababa Action Agenda of the Third International Conference on Financing for Development and informed by the Declaration of the High-level Dialogue on International Migration and Development adopted in October 2013.[26]

Thus, the Global Compact for Migration, as a soft law instrument, had the mission of articulating the bases of a migration governance understood as a set of rules, a *lex migratoria* that should inspire multilateral cooperation as well as the coordination that should be assumed by the UN institutions for a management of human mobility in respect of human rights.

1. The Global Compact for Migration as a Soft Law Instrument

Recourse to soft law and to the broad repertoire of non-binding –but not devoid of legal character– instruments has become the most frequent option when consensus cannot be reached and consent is conditional on the provision of a wide margin of discretion by the State to preserve the national interest.[27] The instrument of soft law becomes in such cases the functional equivalent of international treaties. For this reason, a soft law instrument is chosen in negotiation processes where a limitation of sovereignty is foreseen through the proposal of measures that imply a progressive development of international law or that have to be developed in the domestic legal system. These conditions are present in the numerous soft law instruments that have been adopted in the field of migration in the last two decades, since the United Nations took up the challenge of articulating a global response, first, based on the migration and development binomial and, later, from multilateral cooperation for its management. In the case of the Global Compact for Migration, the soft law instrument reconciles the affirmation of the sovereignty of States to establish their national policies for managing migration, with the commitment

[26] *Ibid.*

[27] On soft law, *see* FAJARDO DEL CASTILLO, T., "Soft Law", *Oxford Bibliographies*, Oxford University Press, 2014, p. 1-40.

to prevent the harm suffered by migrants, through complementary multilateral and transnational cooperation for the management of mobility.

In the light of the soft law nature of the Global Compact for Migration, it is worth asking what its legal effects are in the light of general and particular international law, as well as its capacity to generate the necessary *opinio juris* in the process of forming customary norms. The soft law offers a normative way without primary obligations and without consequences derived from its noncompliance, but creating normative expectations that may result in expressions of greater legal intensity in the future. Ultimately, the normative intensity depends on the intention of the States parties, so that if their intention is to comply with the recommendations of the Compact, the latter can acquire a normative nature through its incorporation into domestic law, or into particular international law, as is the case with the European Union, in whose normative processes soft law is transmuted into enforceable norms.

Similarly, one may ask what are the functions of soft law that have been attributed to the Global Compact or which have been excluded in the light of the Declarations of the States adhering to the Compact at the Marrakesh Intergovernmental Conference[28] and on the basis of the explanations of a vote in the United Nations General Assembly.[29] From this point of view, these declarations convey to us the idea that the Compact has only succeeded in

[28] All the statements made are compiled on the Intergovernmental Conference website at https://www.un.org/en/conf/migration/statements.shtml, last consulted on 17 May 2019.

[29] On the value of these statements, Wouters and Wauters believe that "Every State that participated in the Intergovernmental Conference of Marrakech or in the discussion that culminated in the UNGA's endorsement resolution, was free to produce such a statement. This could take the form of a position statement ('explanation of position') or an explanation of vote. The procedural rules of the Intergovernmental Conference provided for the possibility of making a short explanation of vote before or after the vote, and this possibility is also provided for in the procedural rules of the UNGA. As such, this is not the same as an 'interpretative declaration': that concept refers to a statement made by a State signing or ratifying a treaty, which reflects the view of that State on the interpretation of a specific treaty provision. The following can be noted with regard to the status of the type of statements as made by Belgium in the UNGA. From an *international* legal perspective, such statements form a relevant element for the assessment of State practice and the *opinio juris* of States as part of the investigation into the existence of rules of customary international law. However, an explanation of position or vote to a treaty would not lead to fewer obligations under that treaty for the State concerned, as it does not constitute (in principle) a reservation. At the *domestic* level, such statements can be taken into account by national courts as relevant

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 8, janvier-décembre 2020, pp. 51-94
DOI: http://dx.doi.org/10.25267/Paix_secur_int.2020.i8.03

laying the foundations for a policy of cooperation informed by the minimum standard of rights rather than a set of emerging rules. These statements express not only interpretative nuances but also clear objections to the future crystallizing drifts of normative promises that many would see in the text.[30] For this reason, in view of the potential effects that the Global Compact for Migration may have, and in particular its influence on the future definition of sovereign competences, States have emphasized in their declarations those aspects of competence that cannot be affected by it and that must be preserved as part of an essential core of their sovereignty. For this reason, declarations can be distinguished and grouped according to the function of the soft law that they seek to inhibit or enhance.

Firstly, with regard to the role of soft law in promoting normative expectations and acting as a precursor to customary norms, States have issued declarations making it clear that the Compact is not intended to establish such norms and that it does not alienate the right of the State to decide who enters its territory in the same way that it does not give people a right to decide where to live or a right to migrate, let alone that migration is a human right in itself.[31] Nor would the Compact create legal categories that would distinguish between different types of migrants and grant them benefits accordingly.[32]

Secondly, soft law serves to support pre-existing norms through a *secundum legem* or *praeter legem* interpretation with which to set the scope of conventional and customary norms.[33] However, the position of States is clearly contrary to this trend that has been promoted and supported from academia and institutions to make use of soft law to clarify the content of human rights of

---

interpretative information that may help them to determine the extent of the international commitment entered into by their country. ", WOUTERS, J., WAUTERS, E., *loc. cit.*, p. 13.

[30] Anne Peters "The text will thereby enjoy a much higher prominence than ordinary General Assembly resolutions. Still, the process does not give a decisive clue on the legal status of the resulting text" , PETERS, A., "The Global Compact for Migration: to sign or not to sign?", *EJIL: Talk!,* Noviembre de 2018, disponible en Internet en https://www.ejiltalk.org/the-global-compact-for-migration-to-sign-or-not-to-sign/, last consulted on May 15, 2019.

[31] *Ibidem*.

[32] In this regard, the Declaration of Finland, available on the Internet at http://www.un.org/en/conf/migration/assets/pdf/GCM-Statements/finland.pdf.

[33] This is expressed by Denmark in its Declaration, p. 4, available on the Internet at https://www.un.org/en/conf/migration/assets/pdf/GCM-Statements/denmark.pdf.

migrants. Hence the rejection by States of the use of soft law to determine the extent and understanding of how the human rights of migrants should be applied and respected, because they consider that it is contrary to the principle of sovereignty for other States or the bodies of international organizations in which they participate to impose on them an interpretation that they do not share or to whose adoption they have not contributed.

This does not prevent the intergovernmental negotiations from reaching an understanding on the scope and interpretation of the customary norms that make up the minimum standard of rights, which is in itself a valuable achievement, insofar as the attempts to adopt an interpretation of these rights by the Committees linked to the human rights conventional instruments have not always been well received by the States that consider that it is they and only they that are responsible for any normative and interpretative exercise that affects their competence. This is why it is necessary to highlight the declarations in favour of the minimum standard of rights in the sense that it should protect every human being regardless of where they are, without this implying that there is a human right to migration where it is desired.[34]

Thirdly, it is considered that soft law, regardless of the normative intensity attributed to it, can serve for the resolution of disputes and controversies between States, whatever the means chosen to do so,[35] and in this sense, the Global Compact for Migration will have to serve to overcome the existing differences between countries of origin, transit and destination regarding the fulfilment of obligations as problematic and disputed as those linked to the return of nationals to their countries of origin.[36]

---

[34] *See* in this regard the Declaration by Denmark, which states, "Every human being has human rights. But migration is not a human right", *loc. cit.*, p. 2.

[35] This is a function that Gruchalla-Wesierski attributes to soft law, which characterizes it as "legal or non-legal obligations which create the expectation that they will be used to avoid or resolve disputes. They are not subject to effective third party interpretation, and their subject matter and formation are international in nature", Gruchalla-Wesierski, T., "A Framework for Understanding 'Soft Law'", *McGill Law Journal 30* (1984-1985), pp. 37-88, at p. 44.

[36] In this regard, Gallagher points out that "The Global Compact addresses some of the thorniest aspects of migration, marking out narrow but important areas of accord. The issue of return is one example. Subject to certain protections being in place, states are entitled to remove migrants who do not have a legal right to remain in their territory. But without cooperation from the country of origin, repatriation is invariably slow and often hostile. The Global Compact identifies the complementary responsibilities of countries of destination

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 8, janvier-décembre 2020, pp. 51-94
DOI: http://dx.doi.org/10.25267/Paix_secur_int.2020.i8.03

Nothing is said about the role that soft law can play as an authoritative criterion from which States can reach a common understanding or adopt a normative instrument at a later stage. This has been a successful practice in the past. Thus in the case of the European Union, the 20 Principles for Voluntary Return adopted by the Council of Europe were used by the European institutions and its Member States to negotiate and adopt the Return Directive.[37] And the Global Compact for Migration could be used as an authoritative criterion for future readmission agreements or partnership and development cooperation agreements promoting a policy of reintegration of legal and irregular migrants.

In any case, the practice of the States adhering to the Global Compact for Migration will ultimately determine its legal nature whether at the international, regional or domestic level, and as Dupuy pointed out with regard to soft law instruments it is necessary to observe the degree of discrepancy between what States accept and their subsequent practice.[38] Moreover, as some States

---

and countries of origin to "facilitate[e] safe and dignified return and readmission, as well as sustainable reintegration". By doing this, it creates a framework that can be the basis of a genuine partnership. This won't solve the problem of return and reintegration, but it's much better than what we have now." *See* GALLAGHER, A., "3 reasons all countries should embrace the Global Compact for Migration", World Economic Forum, at https://www.weforum.org/agenda/2018/08/3-reasons-all-count, last consulted on 15 May 2020.

[37] *See* "The Twenty Guiding Principles on Forced Return", CM(2005) 40 final of 9 May 2005, adopted by the Committee of Ministers and prepared by the Ad Hoc Committee of Experts on the Legal Aspects of Territorial Asylum, Refugees and Stateless Persons and how they would be used as an authority criterion by the European Commission in the trialogue leading to the adoption of the Return Directive, FAJARDO DEL CASTILLO, T., "La Directiva sobre el retorno de los inmigrantes en situación irregular*", Revista de Derecho Comunitario Europeo*, Año nº 13, Nº 33, 2009, pp. 453-499, at p. 454.

[38] Thus Dupuy considers that"an accumulation of programmatic soft law instruments may help in the progressive affirmation of the emergence of a binding norm", but he comes to the conclusion that the "expressions of *opinio iuris* that are not sufficiently sustained by practice do not take us particularly far in terms of customary, and thus general, law-making", especially when there are discrepancies between what the state says and what it does, p. 459. DUPUY, P-M., "Formation of Customary International Law and General Principles", in BODANSKY, D., BRUNNÉE, J. y HEY, E. (Eds.) *The Oxford Handbook of International Environmental Law,* Oxford University Press, Nueva York, 2007, p. 459.

mentioned in their statements, in the case of the Global Compact for Migration its success will be measured by the growth of international cooperation.[39]

2. Objections to the Compact

The rejection of the Global Compact for Migration by those States that have participated in some stage of its negotiation has to be considered in the light of international law as an objection to the emergence of a potential customary norm.

The United States is the clear reference for objecting to the Global Compact for Migration, but it has not been the only one to formally consider itself as such, although it has set the trend in the ways in which the objection is carried out, due to the clarity with which it has been expressed. Likewise, its abandonment of negotiations can be considered from different approaches that also transfer the analysis to what would be the rules and principles that govern the processes of concluding international treaties and that can be applied *mutatis mutandis* to the process of concluding soft law. Thus, this early departure from the negotiating process can also be seen as a manifestation of its respect for the principle of good faith that governs the negotiation phase of an international instrument, even if it is a soft law instrument, and to the extent that the United States would adopt a belligerent position on the Compact after its departure.

The statement that the United States made at the time of leaving the negotiating process canonically fulfils the elements of an objection but is much more than that.[40] It is also an inventory of some of the objections the

[39] Thus in Bosnia-Herzegovina's statement, its Ambassador Milos Prica would point out that "…the success of Global Compact will be measured by its implementation on the ground. The more international on migration governance is seen, the higher percentage of migration will be safe , orderly and regular and the success in this field will be greater. But the long-lasting improvement and solution could be made only if the main causes of migration in countries of origin are succssfully resolved, in the world assists least developed and developing countriess in their economic development and technological transformation, post-conflict peacebuilding, if we reverse the process of climate change. Thus, we see the Global Compact on migration only as a first step in tackling this so important global challenge ", p. 3, available on the Internet at https://www.un.org/en/conf/migration/assets/pdf/GCM-Statements/bosniaandherzegovina.pdf , last consulted on 15 May 2020.

40 In its first paragraph, the statement says: "The United States did not participate in the negotiation of the Global Compact for Safe, Orderly, and Regular Migration ("the Compact"), objects to its adoption, and is not bound by any of the commitments or outcomes stemming

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 8, janvier-décembre 2020, pp. 51-94
DOI: http://dx.doi.org/10.25267/Paix_secur_int.2020.i8.03

United States has made to international human rights law by highlighting conventions it has not ratified[41] as well as its restrictive interpretation of the rights contained in them.[42] The defence of its sovereignty has led it not only to reject the Compact and its project of global governance of migration but also to undermine the New York Declaration by stating that

> We believe the Compact and the process that led to its adoption, including the New York Declaration, represent an effort by the United Nations to advance

---

from the Compact process or contained in the Compact itself. The Compact and the New York Declaration for Refugees and Migrants, which called for the development of the Compact and commits to "strengthening global governance" for international migration, contain goals and objectives that are inconsistent and incompatible with U.S. law, policy, and the interests of the American people," *see* the National Statement of the United States of America on the Adoption of the Global Compact for Safe, Orderly, and Regular Migration, 7 December 2018, available in Internet at https://usun.usmission.gov/national-statement-of-the-united-states-of-america-on-the-adoption-of-the-global-compact-for-safe-orderly-and-regular-migration/?_ga=2.3841465.805335299.1596650243-1518615007.1596650243, last consulted on 20 July 2020.

[41] The United States notes, "The Compact's references to a range of international instruments that many countries have not signed or ratified creates a false sense of implicit international support and recognition for such documents. For instance, the United States has not signed or ratified many of the instruments cited, including the International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families, the Convention on the Rights of the Child, and several International Labor Organization (ILO) conventions (e.g., promoting decent work and labor migration)", National Statement of the United States of America... *cit.,* p. 2.

[42] In particular, the United States is critical that "The Compact mentions a "right to family life" and other rights to privacy and legal identity. We are concerned that the way these terms are used throughout the Compact creates false representations of the actual rights represented in relevant international human rights instruments. For instance:

• *Right to Family Life*: There is no "right to family life" as such – only a right not to be "subject to arbitrary or unlawful interference with his … family." (International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR) Art. 17).

• *Right to Privacy*: There is no absolute "right to privacy" in international law. The ICCPR only protects against arbitrary or unlawful interference with privacy.

• *Right to a Legal Identity*: There is no "right to a legal identity" as such. However, there is a "right to recognition everywhere as a person before the law," "right to a nationality" as articulated in the Universal Declaration of Human Rights (UDHR Art. 15(1)) and an obligation under the ICCPR to register "every child…immediately after birth" (Art. 24(2) (regardless of nationality/immigration status). National Statement of the United States of America... *cit., p. 3*.

> global governance at the expense of the sovereign right of States to manage their immigration systems in accordance with their national laws, policies, and interests. While the United States honors the contributions of the many immigrants who helped build our nation, we cannot support a "Compact" or process that imposes or has the potential to impose international guidelines, standards, expectations, or commitments that might constrain our ability to make decisions in the best interests of our nation and citizens.[43]

However, the United States has not been the only objector to the Global Compact for Migration but others have followed its example and clearly proclaimed it, as has Austria that:

> explicitly declares that the Global Compact for Migration is non-legally-binding under international law. The Global Compact for Migration shall not be interpreted as opinio juris or State practice for the emergence of customary international law, nor shall any general principle of law evolve from it. In such a case, Austria would have to be regarded as a persistent objector. Should any binding provision be created or adopted on the basis of the Global Compact for Migration, Austria will not be bound under international law to any such provision.[44]

In the same vein, the Czech Republic and Poland have reportedly stated before the General Assembly that they would also stress that the Global Compact for Migration "Nor should the Compact be treated as a point of reference for legal clarifications in any court proceedings".[45] To this, Poland "objects to the possibility of any State practice of customary soft law established based on the Global Compact for Migration".[46] It also adds that "the Compact will have no impact on our obligations or competences within the European Union".[47] In these statements, the scope of its objections aimed at undermining any legal consequences of the Compact that might be required of it under the principle of estoppel can be seen beyond doubt.

In other cases, the reasons that States have argued for disassociation from the Global Compact for Migration[48] have nothing to do with its content

[43] *Ibidem*.

[44] A/73/PV.60, p. 18.

[45] A/73/PV.60, p. 17.

[46] *Ibidem*.

[47] *Ibidem*.

[48] About them Anne Peters considers that "These excuses for standing aside seem pre-textual. The Compact does not contain any language obliging participating states to admit migrants.

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 8, janvier-décembre 2020, pp. 51-94
DOI: http://dx.doi.org/10.25267/Paix_secur_int.2020.i8.03

or are based on a biased interpretation of it that condemns it for creating unacceptable obligations such as the obligation to receive quotas for migrants - although these were never raised in the negotiations because this matter falls within the exclusive sovereign competence of the State. Nor can the elements of an objection be found among the statements charged with political demagogy; rather, this type of statement falls within the realm of politics, and not precisely international politics, but rather national politics through which certain leaders seek solutions to internal problems. Thus, among the arguments used to reject the Global Compact for Migration would be the pull effect that it could have on the countries that sign it or the security reasons under the long shadow of populism that countries like Hungary have projected.[49] In the latter case, it is more likely that its refusal is aimed at blocking any normative development that the Global Compact for Migration might have within the European Union, which would clearly result in a different legal nature for the commitments undertaken in the light of European law, and whose obligations and legal consequences would be those that Hungary would try to avoid.

IV. THE PRINCIPLES AND OBJECTIVES OF THE GLOBAL COMPACT FOR MIGRATION

1. The Principles and Approaches of the Global Compact for Migration

The principles of the Global Compact for Migration are reflected in the preamble initially proposed by the IOM[50] as well as in one of its main sections

Quite to the contrary, one of the Compact's objectives is "to cooperate in facilitating a safe and dignified return and readmission" of migrants. The states of origin "commit to ensure that our nationals are duly received and readmitted" (objective 21, para. 37)", *loc. cit.*, p. 2.

[49] *See* in this respect the Press Release of 6 November 2018 of the Hungarian Minister of Foreign Affairs and Trade, "The UN Global Compact for migration is endangering the security of the Hungarian people", available on the Internet in https://www.kormany.hu/en/ministry-of-foreign-affairs-and-trade/news/the-un-global-compact-for-migration-is-endangering-the-security-of-the-hungarian-people.

[50] *See* International Organization for Migration, Input to the UN Secretary General's Report on the Global compact for Safe, Orderly and Regular Migration, September 2017, available on Internet in https://www.iom.int/sites/default/files/our_work/ODG/GCM/Input1-IOM-Input-to-SG-Report-Structure-and-Elements.pdf.

under the heading *Our vision and guiding principles*.[51] The preamble refers to the principles and purposes of the Charter of the United Nations as well as to the major human rights conventions and declarations that form a body of general conventional and customary law from which the minimum standard of rights protecting all persons is drawn. This preamble also incorporates the principles derived from the commitments already made by States in the New York Declaration of 2016 and the Agenda 2030 for Sustainable Development. In addition to all these principles, there are also emerging principles derived from the soft law adopted over the last two decades in the area of migration.

Depending on their degree of adherence to the proposals of the Global Compact for Migration, States have chosen between the terms "principles" and "approaches" to record that when an approach is present it means that the legal nature of the principle on which it is based is in question. For this reason, the references made in the Compact to the principles deriving from the Charter of the United Nations and the main conventions on human rights and humanitarian law constitute a reaffirmation of all those accepted and consolidated principles that derive from a process of abstraction of pre-existing norms of conventional and customary law and that form not only the core of the minimum standard of rights but also what could be called a *lex migrationis*, understood as the set of rules of varying normative intensity that address the migration phenomenon. The principles of this *lex migrationis* would also have to be complemented by systemic principles with which to articulate the necessary relations with normative regimes in potential conflict

---

[51] In its paragraph 15 (*Res. 73/195*, p. 3-5), it says "We agree that this Global Compact is based on a set of cross-cutting and interdependent guiding principles:

(a) *People-centred* […];
(b) *International cooperation* […];
(c) *National sovereignty* […];
(d) *Rule of law and due process* […];
(e) *Sustainable development* […];
(f) *Human rights* […];
(g) *Gender-responsive.* [...];
(h) *Child-sensitive* […];
(i) *Whole-of-government approach*. The Global Compact considers that migration is a multidimensional reality that cannot be addressed by one government policy sector alone. […];
(j) *Whole-of-society approach.* […]".

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 8, janvier-décembre 2020, pp. 51-94
DOI: http://dx.doi.org/10.25267/Paix_secur_int.2020.i8.03

or in potential synergy, such as international human rights law, international humanitarian law or development cooperation law.

The section of the Compact on *Our vision and guiding principles* brings together ten principles that "are cross-cutting and interdependent"[52] and, without fully responding to the definition of principles that we have used, they encompass the consolidated and emerging principles and approaches that inform migration management. Their enumeration with an ambiguous order as well as their formulation show that they are the result of an addition of recommendations and guidelines of a political nature that acquire greater force when they interact with the general principles of international law as well as those of international human rights law. Thus, Paragraph (a) introduces the guiding principle that the Compact is people-centred and as such is a recommendation that informs the Compact as a whole. Paragraph (b) refers to multilateral cooperation in that the Compact becomes its manifestation and through its expression attempts to marry the non-binding nature of the Compact with its authority to guide cooperation:

> (b) *International cooperation*. The Global Compact is a non-legally binding cooperative framework that recognizes that no State can address migration on its own because of the inherently transnational nature of the phenomenon. It requires international, regional and bilateral cooperation and dialogue. Its authority rests on its consensual nature, credibility, collective ownership, joint implementation, followup and review;

It should also be added that the Global Compact for Migration has been a confirmation of the principle of multilateral cooperation not only as an expression of support for multilateralism within the United Nations but also as a pragmatic acceptance that this is the only way to address the global phenomenon of migration. This principle would also have been complemented by the principle of shared responsibility by countries of origin, transit and destination following the positions promoted by France[53] and also

[52] *Ibidem*.

[53] Thus the Secretary of State, Jean Baptiste Lemoyne, would have declared that "Nous sommes tous concernés par le phénomène migratoire, que nous le voulions ou non: nous sommes tous, à un titre ou à un autre, pays d'origine, de transit ou de destination, parfois tout cela à la fois. C'est une illusion de penser que chaque Etat peut traiter seul le défi des migrations. C'est ce qu'affirme ce Pacte, fondé sur le príncipe de la responsabilité partagée entre pays d'origine, de transit et de destination –principe promu par le gouvernement français depuis 2017, et que la France a tenu à voir clairement figurer dans le Pacte. En endossant ce texte, nous affirmons

by the Human Rights Council in its resolution 35/17 "Protecting the human rights of migrants: a global compact for safe, orderly and regular migration"[54] which was adopted without a vote.[55] However, this shared responsibility was also resoundingly rejected by Russia on the grounds that it is only States responsible for past interferences that should assume this responsibility.[56] All this raises the problem of implementation and subsequent practice by States, which will be conditional on their capacity. During the voting process in the General Assembly, this was an issue raised openly by Singapore, which claimed that it could comply with the initiatives of the Compact only on the basis of its

---

l'utilité d'une coopération internationale efficace et d'une concertation permanente entre les Etats concernés à tous les titres", *see* Intervention du Sécretaire d'État auprès du Ministre de l'Europe et des Affaires Étrangères 10 December 2018, pp. 2-3, available on the Internet in https://www.un.org/en/conf/migration/assets/pdf/GCM-Statements/france.pdf.

[54] In its paragraph 13 it says that it: "Also calls upon all States to adopt a comprehensive and integral approach to migration policies, to facilitate safe, orderly, regular and responsible migration and mobility of people, to cooperate at the international level on the basis of shared responsibility to harness fully the economic developments and cultural and social opportunities that migration represents, and to address efficiently its challenges in accordance with international human rights standards"; Resolution 35/17 adopted by the Human Rights Council on 22 June 2017. Protection of the human rights of migrants: the global compact for safe, orderly and regular migration, A/HRC/RES/35/17, available on the Internet in https://www.un.org/en/development/desa/population/migration/generalassembly/docs/globalcompact/A_HRC_RES_35_17.pdf.

[55] *See* the Draft resolution submitted by States members of the Council Belgium, Germany, Netherlands, Paraguay, Philippines, Portugal, Switzerland, as well as the following non-member States Bosnia and Herzegovina, Chile, Cyprus, Haiti, Honduras, Mexico, Peru, Romania, Sweden, Turkey, Ukraine, adopted by the Human Rights Council at its thirty-fifth session from 6 to 23 June 2017 to address agenda item 3 on the promotion and protection of all human rights, civil, political, economic, social and cultural rights, including the right to development, A/HRC/35/L.28.

[56] Thus Russia would have stated in the vote in the General Assembly that "We want to once again express our non-acceptance of the concept of shared responsibility, which in its current form merely implies putting the burden of hosting forced migrants on States that frequently have nothing to do with the reasons for the mass migration of peoples. We are not in favour of shifting the burden to others when the current complex migration situation is largely a result of irresponsible interference in the internal affairs of sovereign States in the Middle East and North Africa. In that context, the countries that actively participated in that interference should bear the first and greatest responsibility for its consequences, including those related to migration", *A/73/PV.60***,** p. 13.

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 8, janvier-décembre 2020, pp. 51-94
DOI: http://dx.doi.org/10.25267/Paix_secur_int.2020.i8.03

capacity and resources.[57] On the other hand, there are States –such as Spain– that instead of using the term "principle" have preferred to use the term "approach" to refer to "a multidimensional approach of shared responsibility and solidarity", in an effort to dilute the potential obligation that the principle of multilateral cooperation may have.[58]

With Paragraph (c), the Principle of National Sovereignty is introduced although so many limits are mentioned that its formulation makes it clear that States have carried out their own interpretations of what this principle means in their declarations in the process of voting on Resolution 73/195. Thus it is said that:

> (c) *National sovereignty*. The Global Compact reaffirms the sovereign right of States to determine their national migration policy and their prerogative to govern migration within their jurisdiction, *in conformity with international law*. Within their sovereign jurisdiction, States may distinguish between regular and irregular migration status, including as *they determine their legislative and policy measures for the implementation* of the Global Compact, taking into account different national realities, policies, priorities and requirements for entry, residence and work, *in accordance with international law*.

By limits to the sovereign prerogatives of the State, we mean the affirmation that these will be exercised in accordance with international law and that

[57] Thus, "Singapore regards the global compact as a multilateral effort to improve the prospects for migrants and migration, and we will continue to participate constructively in such efforts. However, we can support them only within the constraints of our national circumstances. The reality is that Singapore is a small country and one of the most densely populated island States in the world, which creates unique constraints and circumstances for us. We believe that all countries have a sovereign right to determine the conditions in which migrants may enter, reside and take up employment in their territories in accordance with international law, including the applicable human rights obligations. We also believe that States have a sovereign right to decide whether and how to implement the operating principles and the policy options listed in the objectives of the global compact. As the international community seeks to address the underlying issues affecting people's safe, orderly and regular movement, we have to recognize and take into account the different national contexts, realities, capacities and levels of development of Member States and respect their national policies and priorities", *A/73/PV.60***,** pp. 13-14.

[58] *See* Speech by the President of the Government, Intergovernmental Conference on the Global Compact for Safe, Orderly and Regular Migration, Marrakesh, 10 December 2018, p. 2, available on the Internet in https://www.un.org/en/conf/migration/assets/pdf/GCM-Statements/spain.pdf, last consulted on 17 July 2020.

the Compact will also be implemented through the adoption of legislative measures on what is further elaborated in Paragraph (d) when referring to the rule of law and procedural guarantees it says that it " recognizes that respect for the rule of law, due process and access to justice are fundamental to all aspects of migration governance. This means that the State, public and private institutions and entities, as well as persons themselves, are accountable to laws that are publicly promulgated, equally enforced and independently adjudicated, and are consistent with international law.[59]

Sustainable development is also introduced as a principle and links it to the achievement of Agenda 2030 and the Sustainable Development Goals, reflecting the link between migration and development and the role that migration should play in achieving the objectives of the Global Compact for Migration.

The international human rights law is made not only as a limit to the exercise of sovereignty but also a source of obligations for States in the field of migration. Therefore, international human rights law will become the parameter of legality and incontestable legitimacy when it comes to examining the application of the Compact and making a judgment on the results achieved in accordance with the commitments made, because it is formulated in a more prescriptive manner than the other principles by stating that

> The Global Compact is based on international human rights law and upholds the principles of non-regression and non-discrimination. By implementing the Global Compact, we ensure effective respect for and protection and fulfilment of the human rights of all migrants, regardless of their migration status, across all stages of the migration cycle. We also reaffirm the commitment to eliminate all forms of discrimination, including racism, xenophobia and intolerance, against migrants and their families.[60]

The gender perspective and the child perspective are intended to broaden the content of this international human rights law but already diminish the prescriptive nature of its wording except with regard to the best interests of the child. [61] It is also the case of the "pan-government" and "pan-social" approaches that become a way of approaching the migration phenomenon that

[59] *Ibidem.*

[60] *Ibidem.*

[61] *See* paragraphs (g) and (h).

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 8, janvier-décembre 2020, pp. 51-94
DOI: http://dx.doi.org/10.25267/Paix_secur_int.2020.i8.03

incorporates not only all levels of State government but also all social sectors involved in the migratory movements addressed by the Global Compact for Migration.[62]

These principles do not include any reference to the principle of non-refoulement as a principle of the Global Compact for Migration, and this is because its respect is only addressed in the framework of return and readmission as one of the issues on which States request to retain their competence. Thus, China, although it supported the Compact and voted in favour of it, expressly objected to the application of the principle of non-refoulement to migratory movements. Therefore, Objective 21 and the first Paragraph in which it is developed is diluted by the positions of the States even though they had committed themselves to it:

> […] to facilitate and cooperate for safe and dignified return and to guarantee due process, individual assessment and effective remedy, by upholding the prohibition of collective expulsion and of returning migrants when there is a real and foreseeable risk of death, torture and other cruel, inhuman and degrading treatment or punishment, or other irreparable harm, in accordance with our obligations under international human rights law. We further commit to ensure that our nationals are duly received and readmitted, in full respect for the human right to return to one's own country and the obligation of States to readmit their own nationals. We also commit to create conducive conditions for personal safety, economic empowerment, inclusion and social cohesion in communities, in order to ensure that reintegration of migrants upon return to their countries of origin is sustainable.[63]

2. The Objectives of the Global Compact for Migration

The Global Compact for Migration contains 23 objectives that are complemented by actions that are 'actionable' and that are considered good practices that States can carry out by incorporating them into their national policies as well as into their multilateral and institutional cooperation. However, this set of proposals suffers from enormous heterogeneity insofar as these objectives aim to map the most problematic aspects of migratory movements without a clearly perceived commitment to institutional concerted action to ensure their achievement.

[62] *See* paragraphs (i) and (j).

[63] *See* the Objective 21 of the Global Compact on Migration: Cooperate in facilitating safe and dignified return and readmission, as well as sustainable reintegration, paragraph 37.

Different classifications have already been applied to these 23 objectives, which we are going to present at the same time as making a proposal for our own classification. To do this, we will start with the 23 objectives of the Compact that we are reproducing below:

1. Collect and utilize accurate and disaggregated data as a basis for evidence-based policies.
2. Minimize the adverse drivers and structural factors that compel people to leave their country of origin.
3. Provide accurate and timely information at all stages of migration.
4. Ensure that all migrants have proof of legal identity and adequate documentation.
5. Enhance availability and flexibility of pathways for regular migration.
6. Facilitate fair and ethical recruitment and safeguard conditions that ensure decent work.
7. Address and reduce vulnerabilities in migration.
8. Save lives and establish coordinated international efforts on missing migrants.
9. Strengthen the transnational response to smuggling of migrants.
10. Prevent, combat and eradicate trafficking in persons in the context of international migration.
11. Manage borders in an integrated, secure and coordinated manner.
12. Strengthen certainty and predictability in migration procedures for appropriate screening, assessment and referral.
13. Use migration detention only as a measure of last resort and work towards alternatives.
14. Enhance consular protection, assistance and cooperation throughout the migration cycle.
15. Provide access to basic services for migrants.
16. Empower migrants and societies to realize full inclusion and social cohesion.
17. Eliminate all forms of discrimination and promote evidence-based public discourse to shape perceptions of migration.
18. Invest in skills development and facilitate mutual recognition of skills, qualifications and competences.

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 8, janvier-décembre 2020, pp. 51-94
DOI: http://dx.doi.org/10.25267/Paix_secur_int.2020.i8.03

19. Create conditions for migrants and diasporas to fully contribute to sustainable development in all countries.
20. Promote faster, safer and cheaper transfer of remittances and foster financial inclusion of migrants.
21. Cooperate in facilitating safe and dignified return and readmission, as well as sustainable reintegration.
22. Establish mechanisms for the portability of social security entitlements and earned benefits.
23. Strengthen international cooperation and global partnerships for safe, orderly and regular migration.

Thus, Vincent Chétail distinguishes them in 5 groups according to the following criteria:

- Objectives that address the reasons for migration and invest in sustainable development (2, 19 and 20).
- Objectives relating to border management to facilitate safe and regular cross-border movements to prevent irregular migration (Objectives 4, 5, 9, 10, 11, 12 and 21).
- Objectives relating to the protection of the human rights of migrants and promoting their inclusion in host states (Objectives 6, 7, 8, 13, 14, 15, 16, 17, 18 and 22).
- Objectives that seek to strengthen international cooperation and global partnerships (Objective 23).
- Objectives concerning the improvement of data and information (Objectives 1 and 3).

On the basis of their classification and analysis, Chétail considers that a compilation and consolidation exercise of the objectives of the main soft law instruments has been carried out with them, without it being possible to consider that new ones have been incorporated, beyond carrying out proposals for national measures.[64]

For her part, Kathleen Newland groups the objectives into three baskets because of the challenge they represent, as follows:

- The first package would consist of the "specific and relatively uncontroversial measures, such as improving migration data (Objective

[64] CHETAIL, V., *op. cit.,* p. 333 y ss.

1), ensuring that migrants have proof of their legal identity (Objective 4), enhancing consular services for migrants (Objective 14) and facilitating remittance transfers (Objective 20)". [65]

- The second would address "specific but controversial issues, such as opening wider legal pathways for migrants".[66]
- The third would encompass the "very broad and aspirational goals, such as reducing the negative drivers of migration (Objective 2), addressing and reducing vulnerabilities in migration (Objective 7), empowering migrants and societies for full social inclusion and cohesion (Objective 16) and eliminating all forms of discrimination and promoting evidence-based public discourse (Objective 17)".[67]

The World Migration Report 2020 of the IOM classifies the objectives according to the difficulties in achieving them and taking into account the various reasons for them:

- Specific and relatively straightforward measures, (Objectives 1, 3, 4, 6, 8, 9, 10, 12, 14, 20, 22), that enjoy a wide support and that are "subject to immediate implementation – indeed, implementation has already begun on some, including on data collection and research, ethical recruitment and remittances, among others". [68]
- Specific but contested issues (Objectives 5, 11, 13, 15, 18, 21), that "will require further negotiation, commitment of resources and summoning of political will".[69]
- Very broad and aspirational goals (Objectives 2, 7, 16, 17, 19, 23), that "will indeed take time to realise".[70]

My proposal for a classification is directly linked to the soft law nature of the Global Compact for Migration and the fact that many of these objectives are ultimately aimed at determining how sovereignty is to be exercised within the national framework and, in particular, how public policies on migration and

[65] Newland, K., *loc. cit.,* p. 658.

[66] *Ibidem.*

[67] *Ibidem.*

[68] IOM, *World Migration Report 2020*, p. 298.

[69] *Ibidem.*

[70] *Ibidem.*

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 8, janvier-décembre 2020, pp. 51-94
DOI: http://dx.doi.org/10.25267/Paix_secur_int.2020.i8.03

border management are to be designed. Therefore, I propose a classification into three blocks according to whether the objectives lead to the adoption of global public policies, to the adoption of national policies and measures and, finally, according to whether the objectives are of a cross-cutting nature that connects them to the protection of human rights and the promotion of sustainable development. Thus, since the objectives have a national destination, it is necessary to distinguish the objectives that have a clear vocation to be developed in the internal order from those objectives that frame and develop multilateral cooperation. It is also necessary to add a third block of transversal objectives that address migration issues from their direct impact on human rights as well as the ultimate causes that lead to transnational mobility.

(A) Objectives for the formulation of global public policies for migration management (Objectives 1, 3, 7, 8, 9, 10, 14, 23)

In view of the need to manage migratory flows, the Objectives can be grouped according to whether they promote global public policies for migratory management, which in a second phase should be developed through the adoption of national public policies. In addition, the necessary information must be available in order to formulate these policies adequately. Thus Objective 1 contributes to generating the information and data needed to articulate a global policy, while Objective 3 aimed at providing accurate and timely information at all stages of migration that also fulfil this function but is equally intended to have a preventive and deterrent effect on irregular migration. Objectives 7, 8, 9 and 10 would address the dangers, threats and harm that migrants may suffer as a result of smuggling of migrants or trafficking in human beings.[71] Objective 14 promotes consular protection, assistance and cooperation throughout the migration cycle in an attempt to develop good practices and with the hope of future adoption of a convention on the subject.

The corollary of the measures aimed at adopting a global public policy for migration management would be Objective 23, which provides for "strengthening international cooperation and global partnerships for safe,

[71] *See* the German Chancellor's speech: "We cannot allow human traffickers and smugglers to decide on whether someone from one country should enter another, robbing poor people of their money in the process. Ultimately, this money is then used for drug trafficking or the purchasing of weapons, which in turn makes these countries even more unsafe", *loc. cit.,* p. 1.

orderly and regular migration", although it should be interpreted further so as to also address the reverse of what it seeks and avoid its negative effects. And by negative effects, we mean that the formulation of global public policies that restrict regular migration will necessarily lead to the growth of insecure, disorderly and irregular migration in the absence of open legal channels for unwanted migration. For this reason, in the third block, the objectives that seek to correct this problem by promoting sustainable development in the communities of origin are essential.

(B) Objectives to be achieved through the adoption of public policies and national measures (Objectives 4, 5, 6, 15, 16, 17, 18, 19)

Global public policies on migration should be developed through national action by formulating specific policies that address issues such as regular migration and the integration of legal migrants into host societies. This would be the case of Objectives 5, 6, 15, 16, 17, 18 and 19, which are a clear example of the measures that would make up a *public policy for the integration of migration*, as shown by the "Strategic Plan for Citizenship and Integration" mentioned by President Sánchez in Spain's speech at the Intergovernmental Conference, which he intends to adopt in order to "promote active policies for the integration of migrants, which contribute to creating more cohesive and inclusive societies".[72]

Among the practices to be adopted through national measures, there would be those requiring all persons to have identity documents (Objective 4), which would allow results to be achieved in terms of legal migration, control of irregular migration as well as aspects relating to internal and border security control, which will also be achieved through national measures in the second block. Similarly, and by virtue of the principle of state sovereignty, it is up to states to manage their borders securely while ensuring migration procedures "for adequate background checks, assessment and referral" (Objectives 11 and 12), which, in line with the principles, should be done in accordance with international law.

[72] Speech by the President of the Government, Intergovernmental Conference on the Global Compact for Safe, Orderly and Regular Migration, Marrakesh, 10 December 2018, p. 2, available on the Internet in https://www.un.org/en/conf/migration/assets/pdf/GCM-Statements/spain.pdf last consulted on 17 July 2020.

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 8, janvier-décembre 2020, pp. 51-94
DOI: http://dx.doi.org/10.25267/Paix_secur_int.2020.i8.03

(C) Cross-cutting Objectives relating to the protection of human rights, development cooperation and sustainable development (Objectives 2, 13, 19, 20, 21 and 22)

As I have already pointed out, this third set of objectives plays a fundamental role, not only because of a desire to respect and preserve the basic rights of all migrants, but also, and especially, those who will be denied legal migrant status, by adopting a policy of restricting regular migration, which is considered necessary for proper management in accordance with the capacities of the destination states and the needs of their labour markets. Therefore, given the need to preserve the human rights of those who participate in migratory flows but will not be able to benefit from legal migration channels, Objective 2 promotes the improvement of conditions for people to remain in their homes, Objetive 13 deals with the conditions of people who will be detained so that alternatives to detention are also sought, and Objective 19, 20, 21 and 22, although they may also refer to regular migrants, address the links of irregular migrants to their home states and communities to which they will return after expulsion, and the stigma of failure, by seeking to "facilitate safe and dignified return and readmission, as well as sustainable reintegration" (Objective 21). However, the problem of promoting voluntary return has not been addressed in a different way from what has been done in recent decades and has failed. The words of Louise Arbour in her final speech in Marrakech as the Special Representative of the Secretary-General on International Migration, while hopeful, do not contain a new formula or promises of change:

> And to the millions who have left their homeland, either recently or a long time ago, most of them in full compliance with the law, we have much more to offer: whether an opportunity to return home, after years abroad, taking back with them their skills and the fruits of their labour, or whether an increased chance to see their children having a better future in a country that they will be proud to call their home.[73]

To some extent, the cross-cutting objectives address the fact that the causes of disorderly, unsafe and irregular migration are found in both developmental problems and in the restrictive measures of regular migration imposed by

[73] On Internet in https://www.un.org/en/conf/migration/assets/pdf/GCM-Statements/closingremarksarbour.pdf last consulted on 18 May 2019.

developed countries.[74] Therefore, from the beginning of the negotiation of the Compact, these objectives would be marked by their relationship with the Sustainable Development Goals as well as with Agenda 2030.[75]

Finally, I would like to point out that these cross-cutting objectives have been the subject of various criticisms from the States that voted against or abstained, but also from those that voted in favour and wanted to show their disagreement with the type of measures proposed for achieving the objectives, because they considered that they exceeded their capacities and went beyond the responsibilities that they were prepared to assume. For this reason, and claiming the wide margin of discretion for States in determining their level of commitment, the United Kingdom would say, "it is for each State to decide whether and how they will follow these examples in developing their national policies".[76]

Objectives	**Global public policies**	**National public policies**	**Cross-cutting issues**
1. Collect and utilize accurate and disaggregated data as a basis for evidence-based policies	*		
2. Minimize the adverse drivers and structural factors that compel people to leave their country of origin			*
3. Provide accurate and timely information at all stages of migration	*		
4. Ensure that all migrants have proof of legal identity and adequate documentation		*	
5. Enhance availability and flexibility of pathways for regular migration		*	
6. Facilitate fair and ethical recruitment and safeguard conditions that ensure decent work		*	
7. Address and reduce vulnerabilities in migration	*		
8. Save lives and establish coordinated international efforts on missing migrants	*		

[74] Thus, Anne Peters criticizes "the responsibilities of the states of origin to improve living conditions so as to forestall the desire or need for migration are not mentioned in the Compact; neither is overpopulation", Peters, A., *loc. cit.*, p. 2.

[75] *See* in this sense Guild, E.,"The UN's Search for a Global Compact on Safe, Orderly and Regular Migration", *German Law Journal,* Vol.18, N°7, 2017, p. 1780.

[76] A/73/PV.60, p. 23.

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 8, janvier-décembre 2020, pp. 51-94
DOI: http://dx.doi.org/10.25267/Paix_secur_int.2020.i8.03

9. Strengthen the transnational response to smuggling of migrants	*		
10. Prevent, combat and eradicate trafficking in persons in the context of international migration	*		
11. Manage borders in an integrated, secure and coordinated manner		*	
12. Strengthen certainty and predictability in migration procedures for appropriate screening, assessment and referral		*	
13. Use migration detention only as a measure of last resort and work towards alternatives			*
14. Enhance consular protection, assistance and cooperation throughout the migration cycle	*		
15. Provide access to basic services for migrants		*	
16. Empower migrants and societies to realize full inclusion and social cohesion		*	
17. Eliminate all forms of discrimination and promote evidence-based public discourse to shape perceptions of migration		*	
18. Invest in skills development and facilitate mutual recognition of skills, qualifications and competences		*	
19. Create conditions for migrants and diasporas to fully contribute to sustainable development in all countries	**		*
20. Promote faster, safer and cheaper transfer of remittances and foster financial inclusion of migrants	**		*
21. Cooperate in facilitating safe and dignified return and readmission, as well as sustainable reintegration	**		*
22. Establish mechanisms for the portability of social security entitlements and earned benefits	**		*
23. Strengthen international cooperation and global partnerships for safe, orderly and regular migration	*		
* Objectives that fall into one of the above categories ** Objectives of a transversal nature that could also inspire global public policies from normative sectors such as international human rights law or international development cooperation law			

Table prepared by the author

V. A SOFT INSTITUTIONAL SYSTEM FOR THE GLOBAL COMPACT FOR MIGRATION

In accordance with the soft law nature of the Global Compact for Migration, the institutional system that will accompany it will also have a soft nature, based on the institutional synergies that are expected to be developed through joint and intersectoral action by the UN and IOM, as well as a system of summits that will be held every 4 years to evaluate the results achieved. It is in this system of summits that "the implementation and review of the Compact will be State-led and State-owned, though open to the participation of relevant stakeholders".[77]

This institutional system also fills a gap[78] in the coordination and distribution of mandates and competences in migration management of international institutions and which is addressed by the New York Declaration and the Global Compact for Migration by giving IOM a leading role in the management of the most relevant issues in cooperation on mobility, while the role of the United Nations High Commissioner for Refugees with its consolidated structure would be reflected in the Global Compact for Refugees.

1. The role of the International Organization for Migration

IOM joined the group of international organizations belonging to the United Nations family in July 2016,[79] on the occasion of the adoption of the New York Declaration, with the aim of becoming one of its specialized agencies and leading the future of the Global Compact for Migration. The cooperation between the UN and the IOM was sealed by Resolution 70/296, which strengthened the legal and working relationship between the two, while recognizing the IOM's status as the leading global agency in the field of migration.

---

[77] *See* the explanation of vote of Bangladesh, *A/73/PV.60*, p. 19.

[78] Years ago, Betts criticised this gap pointing out "there is a lack of clear division of responsibility among international organisations for protection of vulnerable migrants, especially on an operational level. These gaps pose problems both because they lead to unfulfilled protection needs and to a lack of guidance for states on how to respond to these protection needs", Betts, A., *loc. cit.,* pp. 335-336.

[79] *See* Guild, E., Grant, S. & Groenendijk, K., "IOM and the UN: Unfinished Business", *School of Law Legal Studies Research Paper* No. 255/2017, Queen Mary University of London, 2017.

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 8, janvier-décembre 2020, pp. 51-94
DOI: http://dx.doi.org/10.25267/Paix_secur_int.2020.i8.03

Now, this organisation, which is headed by the former Commissioner for Home Affairs of the European Commission, Antonio Vitorino, will also be responsible for setting up the United Nations Migration Review Network, which will serve as its Secretariat. In this Network, states and organizations will have to address cross-cutting issues and management aspects. The expertise that IOM has developed over the years will be essential to this process and will be used to coordinate the network effectively, avoiding duplication of effort and working in synergy with the United Nations development system.[80]

It was surprising, however, that the International Labour Organization had not been given a greater role and that greater recognition had not been given both to its conventional instruments on regular migration and to the soft law instruments already adopted by that organization, which could have served as the necessary reference for certain issues relating to the integration of migrants into the labour market. One possible explanation for this would be the need to find a unitary solution at the institutional level to the fragmentation of the rules covering the migration phenomenon, which extends to treaty rules on human rights, humanitarian law, labour law and international criminal law. It is thus hoped that the institutional action of IOM and the structures arising from the Compact will address the problems of institutional fragmentation that would result from having to distribute tasks to each of the competent international bodies in specific cross-cutting areas. This question will have to be answered in practice, and in the way IOM will address the aspects relating to the human rights of migrants that have hitherto been dealt with by treaty bodies such as the Committee against Torture, the Human Rights Committee, the Committee on the Elimination of Racial Discrimination or the High Commissioner for Human Rights.[81]

States also expressed their expectations of IOM by mentioning in their Marrakesh Declarations and explanations of vote in the General Assembly what they expected of IOM: from road maps to a greater role in managing crises as they occurred. They also expect that:

> The IOM will serve as the coordinator and secretariat of all constituent parts of the Network. We hope that the Network will function transparently and inclusively. On the question of operation, the Network should take into consideration the views and concerns of Member States and make full use of

[80] 60th Session, p. 15.

[81] *See* OHCHR and Migration, http://www2.ohchr.org/english/issues/migration/taskforce/.

> the expertise and capacities of its United Nations members, fully respecting their various mandates.[82]

On the other hand, the States participating in the negotiation process of the Global Compact for Migration showed clearly enough their desire not to develop traditional mechanisms leading to the evaluation of their behaviour[83] and therefore to the responsibility derived from it, which is the price to be paid for a compact whose ultimate aim is to influence the way in which States will exercise their internal competences in the field of migration. That was why the establishment of the International Migration Review Forum would be proposed as early as at the seat of the General Assembly.

2. The International Migration Review Forum

Following the adoption in Marrakech of the Global Compact for Migration, the General Assembly would also decide to contribute to the follow-up process. This would give concrete expression to Paragraph 49 (a) of the Compact by stating that, "since international migration requires a global forum in which Member States can review progress in its implementation and guide the work of the United Nations, the Heads of State and Government and High Representatives will decide that the high-level dialogue on international migration and development scheduled to take place every four sessions of the General Assembly should be reconvened and renamed the 'International Migration Review Forum', beginning in 2022".[84] Until that time, much remains to be decided as, in accordance with Paragraph 54 of the Global Compact, the President of the General Assembly will be requested to initiate and conclude in 2019 open, transparent and inclusive intergovernmental consultations to determine the specific modalities and organizational aspects

[82] *See* the statement of Bangladesh, A/73/PV.60, pp. 19-20.

[83] Ambassador D. Donoghue pointed out that "From the negotiations on the GCM, and also on the preceding New York Declaration, it is clear that in certain parts of the world there is little appetite for international scrutiny and accountability in relation to migration policy and commitments. This is a political reality with which we must live, and Marrakech provided renewed evidence of it. The UN will have a delicate task to perform as it tries to support states in their implementation of the GCM, treading a line between respecting national sensitivities and maintaining a clear focus on the many commitments entered into by states in this agreement", D. Donoghue, "The UN system needs to rise to the challenge", in ODI, https://www.odi.org/blogs/10712-163-states-just-approved-global-compact-migration-now-what.

[84] *See* A/73/PV.60, p. 2.

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 8, janvier-décembre 2020, pp. 51-94
DOI: http://dx.doi.org/10.25267/Paix_secur_int.2020.i8.03

of the International Migration Review Forum and to determine how regional reviews and other relevant processes will contribute to the deliberations of the Forum, as a means of further enhancing the effectiveness and overall coherence of the follow-up and review activities identified in the Global Compact.[85]

In 2022, when it first meet will be the moment of truth for the Global Compact for Migration, because the Forum will examine the information that States will have had to provide periodically on its implementation. It will then, and thanks to this, be when States as the ultimate judges of the process will be constituted as an intergovernmental Forum where they will discuss and present the progress made in the implementation of all aspects of the Compact and where they will identify the best practices at the different levels of its application: local, national, regional and global. This will also be the time to "identify opportunities for further cooperation".[86] It will be on this global platform that it will become clear that the Compact does not provide for sanctioning mechanisms but only for extremely soft ways of promoting compliance that are to the liking of States, without accountability and without sanctions. Any attempt to hold States accountable for their actions will be on the basis of their degree of compliance with the international instruments for the protection of human rights that will be required of them in the context of the exercise of their national sovereignty, which must always be carried out "*in accordance with international law*".

VI. CONCLUSIONS

It has not been altruism or humanism but the selfishness of national interest[87] that has led to the acceptance of a proposal for a Global Compact for Migration, unthinkable if it were not for the context of the global

[85] Therefore, once decisions are taken on the modalities, format and organization of the forums in 2019, in accordance with paragraph 54 of the Global Compact, the Secretary-General will submit the corresponding costs of such requirements, pursuant to rule 153 of the rules of procedure of the General Assembly.

[86] *See* Paragraph 49, letter d) of the Global Compact on Migration.

[87] Thus, for example, the German Chancellor will point out that Germany's interest is in the skilled workers it needs, saying "So we will be reliant on legal migration as far as qualified experts are concerned and will need to talk to other countries about what is in our interests", *loc. cit.,* p. 1.

migration crisis, which cannot be addressed through individual or unilateral responses as the United States wants. With enormous differences distancing the positions of the States that have adopted it, the Compact becomes the source of the new rules of the game for the management of a problem that past formulas have only made worse. These differences are bridged thanks to the principles that, although they are enshrined in the United Nations Charter and in international human rights law, are now being redefined through the affirmation of multilateralism and "the approach of shared responsibility and solidarity". In this way, both the countries of destination and the countries of origin of the former colonies in Africa, the Pacific and the Caribbean, as well as those in Asia and Latin America, which had always wanted to see recognition of the past in migration policies, have accepted a framework of reference from which to choose agreed formulas with which to resolve common problems.

That is why the process of negotiating the Global Compact for Migration has itself been an achievement of the sovereign States, guided by the UN and the IOM. And from this process an understanding has emerged on what global migration governance should be, as multilateral cooperation for the management of massive migratory flows through a global public policy inspired by "principles, understandings and commitments" that guarantee the respect of the minimum standard of rights of all migrants, in accordance with general international law. This common understanding will serve to consolidate a *lex migrationis* through the practice of States, which in recent decades has been shaped by the numerous normative and soft law instruments that have been adopted in a fragmented manner in the various international bodies.

From a legal point of view, this *lex migrationis,* although formulated in a soft law document, is not lacking in ambition; on the contrary, it will be the normative horizon for cooperation between States, as well as the model for the reformulation of fundamental concepts for all national migration policy, however isolated it may be from the legal influence of conventions and customary norms. Because the Global Compact for Migration incorporates concepts, standards, principles that potentially have the capacity to redefine sovereign competencies, making them the expression of a more humanized sovereignty. For this reason, States have sought to prevent such effects by reaffirming their sovereign rights to establish their migration policies. For this

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 8, janvier-décembre 2020, pp. 51-94
DOI: http://dx.doi.org/10.25267/Paix_secur_int.2020.i8.03

reason, one of the innovative contributions of the Compact is to adopt a bottom-up approach that is based on the proposal of each State and that must be respectful of the principle of State sovereignty by virtue of which the State claims exclusive competence to develop its national policies for the management of migration and its borders, albeit "in accordance with international law".[88]

The rule of law[89] in the framework of the Global Compact for Migration takes on a new meaning insofar as it enshrines a limit to State sovereignty that is no longer contested, such as the procedural guarantees due to all persons regardless of their legal status. Thus, making explicit their value, procedural guarantees are the only limits accepted by States in the exercise of their sovereignty and are also the substance of the minimum standard of rights recognized in every person.

With the Global Compact for Migration, the first steps have also been taken to create a soft institutional structure, a new architecture for institutional and inter-State cooperation that will be led by the IOM and that will help to design and consolidate. Criticizing the soft governance established by the Global Compact for Migration when none of these existed before necessarily leads to a negative judgment about the institutional weakness of multilateralism. However, it has always been through soft formulae that the foundations have been laid for what in time would become mechanisms for promoting and monitoring multilateral compliance, saving unilateral or regional attempts to make a vision prevail. The achievements made at the Marrakesh Conference and at the United Nations General Assembly must now be consolidated with the development in the coming years of monitoring bodies with which to achieve the cohesion and continuity that it has not been possible to achieve through the many regional forums that have followed one another over and over again and where results have never been achieved over an adequate institutional structure. These soft mechanisms for monitoring compliance with the Compact will be based on voluntary and concerted action

[88] As President Pedro Sanchez would recall in his statement that "States have the right to define their own migration policies and defend their borders but not to violate internationally recognized human rights", *loc. cit.*, p. 2.

[89] On the concept of the rule of law in international and European law, *see* as a reference work, Liñán Nogueras, D. J; Martín Rodríguez, P. J. (Dirs.), *Estado de derecho y Unión Europea,* Tecnos, 2018.

of varying profile in the International Migration Review Forum, where good practices and success stories will be selected which, in addition to avoiding any responsibility or prosecution for failures, will highlight the commitments that are achieved.[90]

As Louise Arbour said, 'yet the drawings of lines on maps have never sufficed to confine people whose needs, ambitions, dreams and opportunities expanded their horizons'.[91] However, one of the issues that has not been addressed is the cause-and-effect relationship on irregular migration of the increasing reduction in legal migration channels.[92] During the economic crisis, many countries, including Spain, left their quota of immigrant labour at zero. Therefore, in the future, the implementation of the Global Compact for Migration should mitigate the formulation of global public policies that restrict regular migration, which will necessarily lead to the growth of insecure, disorderly and irregular migration in the absence of open legal channels for unwanted migration. It will then be necessary to demonstrate that the ultimate objective of the Global Compact for Migration is not the containment of migratory flows but their humanised management in accordance with international law.

[90] In this regard, Ambassador Daniel Donoghue would have pointed out that "Monitoring a non-binding agreement with no agreed benchmarks or targets is, of course, challenging. However, in addition to the four-yearly International Migration Review Forum, there will be a number of other processes that will enable us to keep track of implementation on an on going basis. The Global Forum on Migration and Development will provide space for informal exchanges. Regional platforms and processes will have a role to play (bearing in mind that most migration takes place within regions). And fora such as IOM's International Dialogue on Migration will also make an important contribution, helping to disseminate best practices and innovative approaches. Altogether these fora will, I hope, facilitate detailed monitoring and evaluation of the steps being taken by states to implement the GCM. The emphasis should be on mutual support, lesson-learning and partnership", "The UN system needs to rise to the challenge", in ODI... *cit.*

[91] Arbour, L., "Statement by Louise…" *cit.,* p. 2.

[92] In this sense, Foresti, M., *loc. cit.,* p. 2.

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 8, janvier-décembre 2020, pp. 51-94
DOI: http://dx.doi.org/10.25267/Paix_secur_int.2020.i8.03

BIBLIOGRAPHICAL REFERENCES

ALEINIKOFF, T.A., "The Unfinished Work of the Global Compact on Refugees", *International Journal of Refugee Law*, Vol.30, 2018, nº 4, p. 611-617.

APPLEBY, K., "Strengthening the Global Refugee Protection System: Recommendations for the Global Compact on Refugees", *Journal on Migration and Human Security*, Vol. 5, Issue 4, 2017, pp. 780-799.

ARBOUR, L., UN Secretary-General's Special Representative on International Migration, Statement, available on the website of the Intergovernmental Conference at https://refugeesmigrants.un.org/migration-compact.

BETTS, A., "The Global Compact on Refugees: Towards a Theory of Change", *International Journal of Refugee Law*, Vol. 30, Issue 4, December 2018, pp. 623-626.

BETTS, A., "Soft law and the protection of vulnerable migrants", *Georgetown Immigration Law Journal*, Vol. 24, 2010, pp. 533-552.

CHETAIL, V., "Soft Law and Global Migration Governance", in Chetail, V., *International Migration Law*, Oxford University Press, 2019, pp. 280-392.

CHIMNI, B.S., "Global Compact on Refugees: One Step Forward, Two Steps Back", *International Journal of Refugee Law*, Vol. 30, Issue 4 (December 2018), pp. 630-634.

DONOGHUE, D., "The UN system needs to rise to the challenge", in ODI, https://www.odi.org/blogs/10712-163-states-just-approved-global-compact-migration-now-what

DUPUY, P-M., "Formation of Customary International Law and General Principles", in Bodansky, D., Brunnée, J. and Hey, E. (Eds.) *The Oxford Handbook of International Environmental Law,* Oxford University Press, Nueva York, 2007, pp. 449-456.

FAJARDO DEL CASTILLO, T., "El Pacto Mundial por una migración segura, ordenada y regular: un instrumento de soft law para una gestión de la migración que respete los derechos humanos", *Revista electrónica de estudios internacionales (REEI)*, Nº. 38, 2019, pp. 1-36.

FAJARDO DEL CASTILLO, T., "Soft Law", *Oxford Bibliographies*, Oxford University Press, 2014, p. 1-40.

FAJARDO DEL CASTILLO, T., "La Directiva sobre el retorno de los inmigrantes en situación irregular*", Revista de Derecho Comunitario Europeo*, Año nº 13, Nº 33, 2009, pp. 453-499.

FORESTI, M., "Long Live Multilateralism: Why the Global Compact for Migration Matters", *Refugees Deeply*, available at https://www.newsdeeply.com/refugees/community/2018/07/19, last consulted on 23 March 2019.

GENINA, V., "Proposals for the Negotiation Process on the United Nations Global Compact for Migration", *Journal on Migration & Human Security*, Vol. 5, 2017, p. 682-693.

GLADSTONE, R., "U.S. Quits Migration Pact, Saying It Infringes on Sovereignty", *N.Y. TIMES* (Dec. 3, 2017), available on Internet at https://www.nytimes.com/2017/12/03/world/americas/united-nations-migration-pact.html?rref=collection%2Fsectioncollection%2Fworld.

GRUCHALLA-WESIERSKI, T., "A Framework for Understanding 'Soft Law'", *McGill Law Journal 30* (1984-1985), pp. 37-88.

GUILD, E.,"The UN's Search for a Global Compact on Safe, Orderly and Regular Migration", *German Law Journal,* Vol.18, Nº7, 2017, pp. 1779-1796.

GUILD, E., GRANT, S. & GROENENDIJK, K., "IOM and the UN: Unfinished Business", *School of Law Legal Studies Research Paper* No. 255/2017, Queen Mary University of London, 2017.

KOSINSKA, A. M., MIKOLAJCZYK, B., "Does the Right to Migration Security Already Exist: Considerations from the Perspective of the EU's Legal System", *European Journal of Migration and Law*, Vol. 21, Issue 1, 2019, pp. 83-116.

LIÑÁN NOGUERAS, D.J. and MARTÍN RODRÍGUEZ, P. J. (Dirs.), *Estado de derecho y Unión Europea,* Tecnos, 2018.

McADAM, J. "The Global Compacts on Refugees and Migration: A New Era for International Protection?", *International Journal of Refugee Law*, Vol. 30, 2018, nº 4, pp. 571-574.

NEWLAND, K., "The Global Compact for Safe, Orderly and Regular Migration: An Unlikely Achievement", *International Journal of Refugee Law*, 2019, Vol XX, No 4, pp. 657–660.

PETERS, A., "The Global Compact for Migration: to sign or not to sign?", *EJIL: Talk!,* Noviembre de 2018, available on the Internet at https://www.ejiltalk.org/the-global-compact-for-migration-to-sign-or-not-to-sign/.

POZO SERRANO, P., "El Pacto Mundial sobre los Refugiados: Límites y Contribución a la Evolución del Derecho Internacional de los Refugiados", (the Global Compact On Refugees: Limits and Contribution to the Development of International Refugee Law), *REEI*, núm. 38, December 2019, pp. 1-29.

TURK, V., "The Promise and Potential of the Global Compact on Refugees", *International Journal of Refugee Law*, Vol. 30, Issue 4, December 2018, pp. 575-583.

WOUTERS, J., WAUTERS, E., "The UN Global Compact for Safe, Orderly and Regular Migration: Some Reflections", *Leuven Centre for Global Governance Studies Working Paper Nº 210*, February 2019, pp. 1-18.

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 8, janvier-décembre 2020, pp. 51-94
DOI: http://dx.doi.org/10.25267/Paix_secur_int.2020.i8.03

PAIX ET SÉCURITÉ INTERNATIONALES
Journal of International Law and International Relations
Num 8, janvier-décembre 2020 | ISSN 2341-0868
DOI http://dx.doi.org/10.25267/Paix_secur_int.2020.i8.04

Citation: RODRIGO, A. J. : "Between Grotius and the Pro Communitate Principle: the Limits to the Principle of Freedom of the Seas in the Age of Marine Global Commons", *Paix et Sécurité Internationales*, num. 8, 2020, pp. 95-119.

Received: 2 October 2020.
Accepted: 13 October 2020.

BETWEEN GROTIUS AND THE *PRO COMMUNITATE* PRINCIPLE: THE LIMITS TO THE PRINCIPLE OF FREEDOM OF THE SEAS IN THE AGE OF MARINE GLOBAL COMMONS

Ángel J. RODRIGO[1]

I. INTRODUCTION – II. THE FREEDOM OF THE SEAS AND THE PRINCIPLE OF TERRITORIAL JURISDICTION AS CONSTITUTIVE PRINCIPLES OF THE INTERNATIONAL SYSTEM – III. THE SEAS AND OCEANS AS GLOBAL COMMON SPACES AND RESOURCES (*GLOBAL COMMONS*) – IV. A LAW OF THE SEA FOR THE PROTECTION OF THE GENERAL INTERESTS OF THE INTERNATIONAL COMMUNITY IN AREAS BEYOND NATIONAL JURISDICTION. CONCLUSIONS.

ABSTRACT: This work aims to defend and argue the need to increase the limits to the principle of freedom of the seas, which Hugo Grotius had proposed in the early seventeenth century, in order to help better protect the general interests of the community international. Marine spaces and resources that are beyond national jurisdiction can now be considered *marine global commons*. The protection and administration of these global common resources advises and even demands the increase of the limits to the traditional freedoms of the seas. The answer is neither in the land winds that is the bearer of sovereignty nor in the high seas winds that is loaded with freedom. The option is to establish limits to the traditional rules but not in the name of sovereignty but of the general interest of the international community.

The fundamental ideas that are exposed and analyzed are, firstly, that the freedom of the seas together with the principle of territorial jurisdiction are constitutive principles of the international system of States that was created after the Peace of Westphalia of 1648. Secondly, it is argued that the increase in uses, users, relationships and practices in the high seas and in the natural resources found in it allows such spaces and resources to be considered as *marine global commons*. Thirdly, it is found that the traditional rules derived from the freedoms of the seas currently pose serious problems for global marine common spaces and resources. And, finally, it is proposed that a Law of the Sea is necessary with a greater and better legal toolbox making possible to reconcile the activities and

[1] Associate Professor (Profesor Titular) of Public International Law, Universitat Pompeu Fabra, Barcelona, Spain.

interests of States, be they coastal, port or flag, and non-State actors with the protection of the general interests of the international community.

KEY WORDS: General interests of the international community, *Mare publicum,* Marine global commons, Principle of freedom of the seas, Principle of territorial jurisdiction, Principle *pro communitate*.

ENTRE GROCIO Y EL PRINCIPIO *PRO COMMUNITATE*: LOS LÍMITES DEL PRINCIPIO DE LA LIBERTAD DEL MAR EN LA ÉPOCA DE LOS RECURSOS MARINOS MUNDIALES

RESUMEN: Este trabajo tiene por objeto defender y argumentar la necesidad de incrementar los límites al principio de libertad de los mares, que había propuesto Hugo Grocio en los inicios del siglo XVII, con la finalidad de ayudar a una mejor protección de los intereses generales de la comunidad internacional. Los espacios y recursos marinos que se encuentran más allá de la jurisdicción nacional pueden ser considerados ahora como recursos marinos globales (*marine global commons*). La protección y administración de estos recursos comunes globales aconseja y aun exige el incremento de los límites a las libertades tradicionales de los mares. La respuesta no está ni en el viento de tierra que es portador de soberanía ni en el viento de alta mar que está cargado de libertad. La opción es establecer límites a las reglas tradicionales pero no en nombre de la soberanía sino del interés general de la comunidad internacional.

Las ideas fundamentales que se exponen y analizan son, en primer lugar, que la libertad de los mares junto con el principio de jurisdicción territorial son principios constitutivos del sistema internacional de Estados que se crea a partir de la Paz de Westfalia de 1648. En segundo lugar, se defiende que el incremento de usos, usuarios, relaciones y prácticas en la alta mar y en los recursos naturales que en ella se encuentran permite considerar tales espacios y recursos como *marine global commons*. En tercer lugar, se constata que las reglas tradiciones derivadas de las libertades de los mares plantean en la actualidad serios problemas en los espacios y recursos comunes globales marinos. Y, por último, se propone que es necesario un Derecho del mar con una mayor y mejor caja de herramientas jurídicas que permita compatibilizar las actividades y los intereses de los Estados, sean ribereños, de puerto o de pabellón, y de los actores no estatales con la protección de los intereses generales de la comunidad internacional.

PALABRAS CLAVE: Intereses generales de la Comunidad internacional, *Mare publicum*, Principio de libertad de los mares, Principio de jurisdicción territorial, Principio *pro comunitate*, Recursos comunes marinos globales.

ENTRE GROTIUS ET LE PRINCIPE *PRO COMMUNITATE*: LES LIMITES DU PRINCIPE DE LA LIBERTÉ DE LA MER AU TEMPS DES RESSOURCES MARINES MONDIALES

RÉSUMÉ : Cet article vise à défendre et à argumenter la nécessité de repousser les limites du principe de liberté des mers, proposé par Hugo Grotius au début du XVIIe siècle, afin de contribuer à mieux protéger les intérêts généraux de la communauté international. Les espaces marins et les ressources qui ne relèvent pas de la juridiction nationale peuvent désormais être considérés comme des ressources marines mondiales (*marine global commons*). La protection et l'administration de ces ressources communes mondiales conseillent et exigent même l'augmentation des limites des libertés traditionnelles des mers. La réponse n'est ni dans le vent de terre qui est porteur de souveraineté ni dans le vent de haute mer chargé de liberté. L'option est de fixer des limites aux règles traditionnelles mais pas au nom de la souveraineté mais de l'intérêt général de la communauté internationale.

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 8, janvier-décembre 2020, pp. 95-119
DOI: http://dx.doi.org/10.25267/Paix_secur_int.2020.i8.04

Les idées fondamentales qui sont exposées et analysées sont, d'une part, que la liberté des mers ainsi que le principe de la juridiction territoriale sont des principes constitutifs du système international d'États qui a été créé à partir de la Paix de Westphalie de 1648. Deuxièmement, on fait valoir que l'augmentation des utilisations, des utilisateurs, des relations et des pratiques en haute mer et dans les ressources naturelles qui s'y trouvent permet à ces espaces et ressources d'être considérés comme des biens communs marins mondiaux. Troisièmement, il est à noter que les règles traditionnelles dérivées des libertés de la mer posent actuellement de graves problèmes dans les espaces et ressources marins communs mondiaux. Et, enfin, il est proposé qu'un droit de la mer soit nécessaire avec plus et mielleux d'outils juridiques permettant de concilier les activités et les intérêts des États, qu'ils soient côtiers, portuaires ou battant pavillon, et des acteurs non étatiques avec la protection des intérêts généraux de la communauté internationale.

MOTS-CLÉS : Intérêts généraux de la communauté internationale, *Mare publicum*, Principe de liberté des mers, Principe de juridiction territoriale, Principe *pro comunitate*, Ressources marines communes mondiales.

I. INTRODUCTION

This work aims to defend and argue the need to increase the limits to the principle of freedom of the seas, which Hugo Grotius had proposed in the early seventeenth century, in order to help better protect the general interests of the international community.

The fundamental ideas that are exposed and analyzed are, firstly, that the freedom of the seas together with the principle of territorial jurisdiction are constitutive principles of the international system of States that was created from the Peace of Westphalia of 1648. Secondly, it is argued that the increase in uses, users, relationships and practices in the high seas and in the natural resources found in it allows such spaces and resources to be considered *marine global commons*. Thirdly, it is found that the traditional rules derived from the freedoms of the seas currently pose serious problems for global marine common spaces and resources. And, finally, it is proposed that a Law of the Sea is necessary with a greater and better legal toolbox making it possible to reconcile the activities and interests of States, be they coastal, port or flag, and non-State actors with the protection of the general interests of the international community.

The work is structured in three parts. In the first part, the principle of freedom of the seas and the principle of territorial jurisdiction are analyzed as constitutive principles of the international system and the consequences that they have had until the 20th century. In the second part, the classification of marine spaces and resources beyond national jurisdiction as *marine global*

commons and the demand for a new type of global governance are argued. And, in the third part, some of the existing norms, institutions, procedures and techniques in the Law of the Sea which can contribute to improve the administration of the high seas and its global common resources and to the protection of the global public interest are exposed.

II. THE FREEDOM OF THE SEAS AND THE PRINCIPLE OF TERRITORIAL JURISDICTION AS CONSTITUTIVE PRINCIPLES OF THE INTERNATIONAL SYSTEM

In the first half of the 17th century, two of the constitutive principles of the international system related to the seas and oceans and to the territory appeared: the principle of freedom of the seas and the principle of territorial jurisdiction. Both principles became basic legal norms due to their systemic importance, they not only regulated international relations at sea the first and on the land surface the second, but also they helped to maintain order in modernity until the twentieth century and helped Europe conquer the entire world.

1. The territory and the principle of territorial jurisdiction

The territory can be considered as a political technology that spatially delimits sovereignty and that, with the help of the science of cartography, has been used by modern rulers to create, in Weberian terms, an administrative and rational state that exercises monopoly of coercion and force in a given area.[2] The territory would be a means used by the modern State to exercise its regulatory, executive and judicial power (*jurisdiction*) over the people who are in it and, at the same time, is the first object of said power.[3]

From the Peace of Westphalia in 1649, territorial differentiation, defined, fixed and mutually exclusive, was the fundamental characteristic of the form of government of the new system of States. In this context, the territory acquired a central role in international law, in which the principle of territorial jurisdiction became an essential principle of the new system of States. This principle has a constitutive function in the operation of the international system: on the one hand, it guaranteed each State the exclusivity of the

[2] Elden, S., *The Birth of Territory*, Chicago, Chicago University Press, 2013, p. 327.

[3] Ford, R.T., "Law's Territory (A History of Jurisdiction)", *Michigan Law Review*, 1999, vol. 97, pp. 843-930, in particular, p. 904.

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 8, janvier-décembre 2020, pp. 95-119
DOI: http://dx.doi.org/10.25267/Paix_secur_int.2020.i8.04

exercise of its powers in a given territory in matters that it considered internal over which it exercised exclusive jurisdiction (*jurisdiction*); and, on the other hand, foreign affairs that went beyond territorial borders derived from its relations with other States were regulated by international law and in which, only exceptionally, it could exercise some powers by virtue of the principle of extraterritoriality.

2. Hugo Grotius and the freedom of the seas

In response to the Portuguese claims for exclusive access to ports and trade with the East Indies, on February 25, 1603, the Dutch admiral Jacob van Heemskerk at the service of the Dutch East India Company, seized the Portuguese ship *Santa Caterina*. In order to legitimize such arrest before the Dutch Court and to convince the Mennonist shareholders of said company, Hugo Grotius wrote between 1604 and 1605 an extensive argumentative work, *De iure praedeae*. Some changes in the relations between the Netherlands and the Hispanic monarchy (of which Portugal was a part at that time) discouraged the publication of this work. However, in 1609 he published, first anonymously and later with his name, the main chapter of it with the title of *Mare Liberum*,[4] which became a work of capital importance for international law. In it, he defended the freedom of the seas for all States and free and shared access among all nations in all seas. The legal arguments put forward by Grotius were, in synthesis, that the Eastern Islands were accessible to all the States because the Portuguese did not have dominion (sovereignty) by discovery or by pontifical donation or by title of war. Consequently, he concluded that the Portuguese did not have the exclusive right of navigation and trade with the East Indies by occupation, by pontifical donation or by prescription or custom. These ideas were not new since, in essence, some authors of the Spanish School of International Law of the 16th century had previously defended them. Specifically, Francisco de Vitoria had defended the freedom of trade (*ius communicationis*)[5] in 1532 and Fernando Vázquez de Menchaca in 1564 the freedom of the seas. This defense of the freedoms of the seas served Grotius, on the one hand, to claim the freedom of access and trade of the Dutch East

[4] Grocio, H., *Mare Liberum*, 1609 (spanish traducción by V. Blanco García and L García Arias, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1979).

[5] Vitoria, F. de, *Las relecciones de Indis y De Iure Belli*, ed. and preliminar note by J. Malagón, Washington, Unión Panamericana, 1963, pp. 221-222.

India Company, which, like all companies of this type, had a mixed public and private nature at the same time, since, as stated by Max Huber in the matter of the *Island of Palmas*, "companies formed by individuals and dedicated to economic purposes (Companies created by Charter) were granted, by those States on which they depended, powers of a public nature for the acquisition and administration of colonies".[6] And, on the other hand, these freedoms were also the legal argument for the Netherlands' claim for access to English ports and North Sea fisheries resources. In short, "the *Mare Liberum* was written against Portugal, published against Spain and used against Great Britain by the Dutch. And in the same way, written to defend the freedom of the seas for navigation and commerce through all the Oceans, it was printed to try to obtain the freedom of fishing in the nearby seas".[7]

The answer to H. Grotius' theses came through the publication of two works. The first, by Serafín de Freitas in 1625 and, later, by John Selden in 1635, which started the so-called "great book battle".[8] Serafín Freitas, in his work *De iusti imperio lusitanorum asiático*, refuted each of Grotius's arguments by resorting to all kinds of sources, especially those of canon law, and claimed ownership of the seas of the eastern islands for the King Felipe IV of Spain (and III of Portugal). According to this author, Portugal would have acquired them by prescription or custom that began at the time of the papal concession of Martin V in 1417 and that would have been reinforced by the occupation of said route by the Portuguese sailors.[9] The battle was continued by John Selden, who in 1635 published the work *Mare clausum* in which he defended the exclusive rights of the coastal States over their neighboring seas.[10]

[6] *Isla de Palmas* Case (Nations Unies, *Recueil des Sentences Arbitrals*, vol. II, pp. 829 and ss.).

[7] García Arias, L., "Estudio preliminar", in H. Grocio, *De la Libertad de los mares*, trad. V. Blanco García and L. García Arias, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1979, pp. 14-15.

[8] The expression is of NYS, E.,Études de Droit *international et Droit politique*, Paris, 1901, pp. 260 y ss. A synthesis of the legal fight for the oceans can be seen in Vervlje, J., "General Introduction", in H. Grotius, *Mare Liberum 1609-2009*, The Hague, Brill, 2009, pp. IX-XXVIII.

[9] Martínez Torres, J.A., "'Gobernar el Mundo'. La polémica *Mare Liberum versus Mare Clausum* en las Islas Orientales (1603-1625)", *Anuario de Estudios Americanos,* 2017, vol. 74, Nº 1, pp. 71-96; cfr. Miaja De La Muela, A., "Las ideas fundamentales del Derecho de Gentes en la obra de Fray Serafín de Freitas", *Anuario de la Asociación Francisco Vitoria*, V, 1932-1933, pp. 171-201.

[10] Brito Vieira, M., "*Mare Liberum vs. Mare Clausum*: Grotius, Freitas, and Selden's Debate on Dominion over the Seas", *Journal of History of Ideas*, 2003, vol. 64, Nº 3, pp. 361-377.

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 8, janvier-décembre 2020, pp. 95-119
DOI: http://dx.doi.org/10.25267/Paix_secur_int.2020.i8.04

Paradoxically, a few decades later, the English hegemony in the seas ended up imposing the proposal of H. Grotius of freedom of the seas. In fact, as early as 1703, C. van Bynkershoek emphasized that the consideration that the high seas was not under the sovereignty of any State was already a dominant idea.[11] This basic idea became part of the content of classical international law. In this sense, L. Oppenheim affirmed that "the sea is open by nature, that it cannot be the object of possession through occupation and that it can never be under the sovereignty of any State".[12] However, Grotius had a spatial conception of the seas. The seas were a means to facilitate communication between different parts of the globe and an instrument to promote freedom of trade.

3. Consequences for the State system up to the 20th century

Both the principle of territorial jurisdiction and the principle of freedom of the seas are constitutive principles of the Westphalian State system that articulated the international order in modernity until the beginning of the 20th century. Both principles helped Europe to conquer, in one way or another, the entire globe. Thus, at the beginning of the 20th century, the era of great discoveries had already come to an end and pointed to two fundamental consequences: the strategic effects on the essential unity of the world's oceans and the temporal and spatial implosion of the globe.[13] The first consequence was derived, on the one hand, from the unity of the seas, from what J.H. Parry considered as "the great discovery was the unity of the sea, that all seas are one"[14] And, on the other hand, it was derived from the English naval supremacy that gave it the dominion of the seas and the responsibility to guarantee the freedom of trade. The second consequence, which was more ignored by the commentators of the time, today we know that it had enormous impact, was the integration of different modernities, of different separate and coexisting world systems that enjoyed a relative autonomous social existence and that

[11] Bynkershoek, C. van, *Dissertatio de Dominio Maris*, 1ª ed., 1703.

[12] Oppenheim, L., *International Law: A Treatise*, vol. I, 2ª ed., Logmans, Green and Co., 1912, p. 318.

[13] Mackinder, H.J., "The Geographical Pivot of History", *Geographical Journal*, 1904, vol. XXIII, Nº 4 (April), pp. 421-437 (reproduced also with subsequent discussion with the author in *Geographical Journal*, 2004, vol. 170, Nº 4, pp. 298-321).

[14] Parry, J.H., *El descubrimiento del mar*, trad. J. Beltrán, Barcelona, Crítica, 1989, p. 9.

had their own laws of historicity, in a single post-modern world system already different from that of the 'Columbian' era of the great discoveries.[15]

In this Westphalian State system, international law relating to the seas and oceans regulated a minimum legal order to guarantee the exercise of the freedoms of the seas, conceived as a means of navigation and commerce. In this context, freedom of navigation appeared and became international customary norms, which was articulated around the legal link of the flag and the principle of exclusive jurisdiction of the flag state (with very few exceptions), and freedom to fish almost without restrictions.

Now, in relation to the seas and oceans, the principle of territorial jurisdiction and the principle of freedom of the seas have always been carriers of winds of different nature. R-J. Dupuy explained it very graphically with an elegant metaphor: "the sea has always been whipped by two winds of opposite sign: the wind that blows from the high seas towards land is a wind of freedom; and the wind that blows from land to the high seas is the bearer of sovereignty. The law of the sea has always been in the midst of these conflicting forces".[16]

III. SEAS AND OCEANS AS GLOBAL COMMON SPACES AND RESOURCES

This traditional conception of modernity that conceived of the seas and oceans, especially the high seas, solely as a means of communication has been modified and completed in practice. The high seas is now a new form of spatiality in which new types of international relations, uses and practices are developed. And this new form of spatiality demands a new type of governance different from the traditional one that was based on the freedoms of the seas. This traditional conception of the seas and oceans was challenged by at least three factors. The first was the extension of the competences of the coastal States, which is explained by means of different legal arguments: the sovereignty of the coastal State, the exercise of functional competences,

---

[15] Ruggie, J.G., "Territoriality and beyond: problematizing modernity in international relations", *International Organization*, 1993, vol. 47, Nº 1, pp. 139-174, in particular, p. 168; also Keene, E., *Beyond the Anarchical Society. Grotius, Colonialism and Order in World Politics*, Cambridge, Cambridge University Press, 2004.

[16] Dupuy, R-J., "Th Sea under National Competence", en R-J.Dupuy and D. Vignes, *A Handbook on the New Law of the Sea*, vol I, Dordrecht, Nijhoff, 1991, p. 247; also in Dupuy, R-J., *L'Océan Partagé*, Paris, Editions A. Pedone, 1979, p. 24.

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 8, janvier-décembre 2020, pp. 95-119
DOI: http://dx.doi.org/10.25267/Paix_secur_int.2020.i8.04

the recognition of jurisdictional rights, the adjacency principle, the notion of continental platform extension or the claim of special interests and the possibility of exercising the so-called progressive or rampant jurisdiction (*creeping jurisdiction*) beyond its Exclusive Economic Zone. The second challenge came from the development of technology that allows possibilities for the exploration and exploitation of marine spaces and resources that had not been possible at all. And the third factor has been the increase in uses and legal relations on the spaces, resources and goods that the seas and oceans can provide. The preamble of the 1982 United Nations Convention on the Law of the Sea recognizes the convenience of establishing a legal order for the seas and oceans that, with due respect for the sovereignty of all States, "facilitates international communication and promote the peaceful uses of the seas and oceans, the equitable and efficient use of their resources, the study, protection and preservation of the marine environment and the conservation of its living resources" (para. 4).

In particular, in the case of the high seas, the basic rules applicable to fishery resources (freedom of access for all and rivalry in the use and enjoyment of such resources) are those that characterize the so-called global commons and spaces. For this reason, the evolution and intensification of the activities of the different types of actors in the high seas allow us to maintain that said marine space provides global common resources, such as fisheries resources, and also global public goods, such as freedom of air and maritime navigation. Furthermore, the intensification of uses in the high seas, their consideration as global commons and the legal regime applicable to space and resources has generated the already known problem in common spaces and resources of another nature with the expressions of 'the tragedy of the commons'[17] or 'plunder of the commons'.[18]

---

[17] Hardin, G., "The Tragedy of Commons", *Science*, 1968, vol. 162, pp. 1243-1248.

[18] STANDING, G., *Plunder of the Commons. A Manifesto for Sharing Public Wealth*, London, Penguin, 2019.This author defends that common goods have been subjected to a continuous looting that has resulted in the private appropriation of said goods and the deprivation to the community of the benefits derived from public wealth. The author focuses on the case of the commons of England which, since the *Forest Charter* of 1217, have been disappearing and being privatized. G. Standing shows in his work that there is an inversely proportional relationship between the reduction of the commons in England and the increase of the wealth of the elites.

Addressing these types of problems requires new forms of governance and the modification of the current legal regime. The proposals made can be synthetically systematized into two options: on the one hand, the appropriation and division of all marine spaces; and, on the other hand, the global governance of global common spaces and resources and global public goods.[19]

1. The division and appropriation of the seas and oceans

G. Hardin explained the 'tragedy of the commons' from a communal pasture plot where, for generations, the inhabitants of a community had fed their livestock. But at a certain point, each of the shepherds, as rational beings, sought to maximize their profit by increasing the number of heads they brought to the communal meadow. The result of individual rationality led to the tragedy of common resources: "Ruin is the destiny towards which all men go who seek to maximize their benefit in a society that believes in the freedom of common resources. The freedom of common resources leads to ruin for all".[20] More specifically, regarding the oceans, he stated that "they will continue to suffer from the survival of the philosophy of common resources. The coastal states still automatically respond to the axiom of "the freedom of the seas." By professing the belief in 'the inexhaustible resources of the oceans', they are leading the various species of fisheries resources and whales closer to extinction".[21] His proposal to deal with this problem was to adopt coercive social systems, including creating a coercive system of privatization and division of common resources and the attribution of property rights. However, at the end of his life he recognized that perhaps he should have titled his famous article 'the tragedy of unmanaged commons' because in such situations we encounter the real problems.[22]

[19] This is not a new problem. Already in the sixties of the twentieth century, in a context of the creation of new States in the international community, an increase in population and an increase in the needs for access and consumption of natural resources, approaches were offered that basically align with the options presented. A good example was the debate around the governance of the seabed and ocean and the use of natural resources found in them to which G. Hardin and A. Pardo offered quite different answers. *Vid.* the interesting work of Ranganathan, S., "Global Commons", *EJIL*, 2016, vol. 27, Nº 3, pp. 693-717.

[20] Hardin, G., *op. cit.*, 1968, p. 1244.

[21] *Ibid*, p. 1245.

[22] Hardin, G., "Extensions of 'The Tragedy of Commons'", *Science*, 1998, vol. 280, pp. 682-683. This author recognized that: "[T]he weightiest mistake in my synthesizing paper was

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 8, janvier-décembre 2020, pp. 95-119
DOI: http://dx.doi.org/10.25267/Paix_secur_int.2020.i8.04

At the international level, there is also the temptation to close the global commons, to appropriate them, divide them and place them under the sovereignty of the States. In the case of seas and oceans, the division of spaces has been proposed as an alternative to the limitations and problems of the current *statu quo*. G. Hafner has suggested that maritime territorial differentiation would allow beneficiary States to better protect common spaces because or they would do it in their own interest.[23]

However, although international law in its origins contributed to this process of *commodification* of natural resources, today there are examples and authors that show that it is possible to protect and manage global common resources in another way, in a more sustainable way and that serve the general interests of the international community.[24]

2. Global governance of global marine common spaces and resources

The starting point for this proposal for global governance of global marine common spaces and resources is the rule-based theory of collective action developed by the Economics Nobel Prize winner E. Ostrom to address the challenges posed by collective action regarding to common resources.[25] However, its application in the international sphere requires adapting and qualifying the conceptual and institutional loan given that the social system in which they operate is different.

---

the omission of the modifying adjective 'unmanaged'. … A 'managed commons' describes either socialism or the privatism of free enterprise. Either one may work; either one may fail: 'The devil is in the details.' But with an unmanaged commons … ruin is inevitable. With this modification firmly in place, 'The Tragedy of the Commons' is well tailored for further interdisciplinary syntheses" (p. 683).

[23] Hafner, G., "The Division of the Commons? The Myth of the Commons: Divide or Perish", in H. Hestermeyer*et al.* (eds.), *Law of the Sea in Dialogue*, Heidelberg, Springer, 2011, pp. 91-112, in particular, p. 97.

[24] Schutter, O. de, "From eroding to enabling the commons: the dual movement in International Law", chap. 12, pp. 231-265; and Cogolati, S. and Wouters, J., "International Law to save the commons", chap. 12, pp. 266-290 in S. Cogolati y J. Wouters (eds.), *The Commons and a New Global Governance*, Cheltenham, Edward Elgar, 2018.

[25] Ostrom, E., *El gobierno de los bienes comunes. La evolución de las instituciones de acción colectiva*, 2ª ed., México, FCE, 2011 (1ª ed. in english in 1990). Cfr. The previous work of Olson, M., *The Logic of the Collective Action: Public Goods and the Theory of Groups*, Cambridge, Harvard University Press, 1965.

A. Common resources as a social system

Common resources "can no longer be abstracted from the social networks that participate in their production and protection: without communities, there are no common resources." S. Cogolati and J. Wouters describe the commons as social systems that are the result of three cumulative elements. The first is the object, that is, the existence of a *set of resources* that can be of a tangible nature, such as pastures, land, seeds, forests, water resources, or they can have an intangible nature such as traditional Internet knowledge. The second necessary element is the subject, that is, the existence of *a community* that has exclusive access to the resource in question and that manages it in common. And the third element is the *commoning practice*, which consists of the activity of governing the resource in question through collective action and in accordance with the norms and institutions established for it.[26]

B. The high seas and its resources as marine global commons

The transfer of the notion of common resources to the space of the high seas and its fishing and marine genetic resources poses some difficulties. The *marine global commons* bring together some of the elements that characterize the aforementioned social system: the principle of freedom of the seas allows free access to ships of all States both to the marine space and to fishing resources and, in addition, there may be rivalry (and, therefore, exclusion) in the use made of common resources by the different actors who have access. However, major problems represent, on the one hand, the absence of institutions for collective action such as regional fishing organizations or other organizations in the case of access to existing marine genetic resources beyond national jurisdiction; and, on the other hand, the deficient functioning for various reasons of the institutions that are already in operation. As recognized by T. De Moor, at present, marine spaces and resources on the high seas are even closer to being considered *res communis ommnium* than *marine global commons*.[27] In sum, it can be concluded that the greatest difficulties are not in the object (the high seas and

[26] Cogolati, S. and Wouters, J., "Introduction: democratic, institutional and legal implications of the commons for global governance", in the work of which they are editors, *The Commons*… *cit.*, 2018, p. 4.

[27] De Moor, T., "From Common Pastures to Global Commons: A Historical Perspective on Interdisciplinary Approaches to Commons", *Natures Sciences Sociétés*, 2011, vol. 19, Nº 4, pp. 422-431, in particular, p. 424.

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 8, janvier-décembre 2020, pp. 95-119
DOI: http://dx.doi.org/10.25267/Paix_secur_int.2020.i8.04

its global common resources) or in the subject (the existence of a community of users, although it has important peculiarities) but in common practices (the *commoning*). In other words, the challenge is to improve the governance of global common marine spaces and resources through more legitimate and effective norms and institutions for collective action.

IV. A LAW OF THE SEA FOR THE PROTECTION OF THE GENERAL INTERESTS OF THE INTERNATIONAL COMMUNITY IN AREAS BEYOND NATIONAL JURISDICTION

The aim is therefore not only to better manage the high seas and its common resources but also to better manage the global marine common resources located in areas beyond national jurisdiction by harmonizing the particular interests of coastal and flag States with the general interests of the international community. Stewardship of the high seas requires the progressive recognition of legal limitations on access, use, appropriation, conservation, and benefits obtained from global marine common spaces and resources. To this end, the Law of the Sea provides a set of rules, institutions, and different types of legal obligations, procedures and techniques that can help improve the mentioned administration. In any case, beyond the individualized existence of this set of available and easily identifiable legal resources, all activities carried out on the high seas are subject to international law. In other terms, and as it happens with other spaces,[28] the high seas is not an "outside the law" space, as the European Court of Human Rights has recognized in several judgments[29] and the arbitration case law in the *The Artic Sunrise* case.[30]

[28] García, C., "La construcción de normas globales, entre el avance del cosmopolitismo blando y el retorno de la geopolítica. La regulación global de la ciberseguridad", *Curso de Derecho internacional y Relaciones Internacionales de Vitoria-Gasteiz,* 2019, points out that cyberspace, even though there are no specific rules about it, is not an outside of law space because the general rules of international law will always be applicable (p. 42).

[29] *Case Medvedyed and others v. France* (Application nº 3394/03), Grand Chamber, 29 March 2010, pár. 81. The Court repeats a similar formulation, but perhaps even clearer, in the case *Hirsi Jamaa and others v. Italy* (Application nº 27765/09), Grand Chamber, 23 February 2012: "the Court has already stated that the special nature of the maritime environment *cannot justify an area outside the law* where individuals are covered by no legal system capable of affording them enjoyment of the rights and guarantees protected by the Convention which the States have undertaken to secure to everyone within their jurisdiction" (par. 178).

[30] A good example that all activities carried out at sea are subject to international legal norms and institutions is the *Arctic Sunrise* case. This Dutch-flagged Greenpeace ship was carrying

The Law of the Sea constitutes a basic tool for creating and regulating the functioning of institutions for collective action that govern the conduct and activities of the community of users of global marine common spaces and resources. International practice on the matter shows the design and operating limitations of these institutions, especially regional and subregional fisheries organizations that have been denounced by the international law doctrine.[31]

The Law of the Sea also offers a set of principles of a different legal nature, some already incorporated in international law and others are still agreed international standards, which can help the governance of areas beyond national jurisdiction: conditional freedom of the seas; the principle of protection and conservation of the marine environment; the international cooperation principle; the science-based approach to managing the marine environment; the precautionary approach; the ecosystem approach; the principle of sustainable and equitable use; the principle of public availability of information; the principle of decision-making through an open and

---

out a protest campaign against the oil exploration activities in Arctic waters that Russia was carrying out and was seized by the Russian authorities in international waters in the Russian Exclusive Economic Zone. To resolve the dispute, an arbitral tribunal was constituted according to the 1982 UNCLOS Annex, which, although Russia refused to participate and rejected its jurisdiction, adopted three arbitration judgments: on jurisdiction on November 26, 2014; on the merits on August 14, 2015; and on reparation on July 10, 2017 (*Vid.* arbitration decision at https://pca-cpa.org/en/cases/21/). Later, on March 17, 2019, the Netherlands and Russia concluded a joint agreement in which they incorporated the essential elements of the judgment on the merits and partially those of the award on reparation. The award on the merits and the subsequent agreement recognizes the rights of protest at sea as a lawful act within certain parameters and that the adoption of enforcement measures by the coastal State regarding protest actions must be compatible with human rights standards (para. 227).Cfr. Oude Elferink, A.G., "The *Arctic Sunrise* Incident: A Multi-faceted Law of the Sea Case with a Human Rights Dimension", *International Journal of Marine and Coastal Law*, 2014, vol. 29, Nº 1, pp. 244-289, in particular, p. 269.

[31] Sobrino Heredia, J.M., "La cooperación internacional en la conservación y gestión de los recursos pesqueros de la Alta Mar", *CEBDI*, vol. II, 1998, pp. 429-525; Vázquez Gómez, E., *Las organizaciones internacionales de ordenación pesquera. La cooperación para la conservación y gestión de los recursos vivos del alta mar*, Sevilla, 2002; Hinojo Rojas, M., "El acceso de terceros Estados a las organizaciones internacionales de pesca: Una cuestión a revisar", in: J.M. Sobrino Heredia (dir.), *La toma de decisiones en el ámbito marítimo: su repercusión en la cooperación internacional y situación de las gentes del mar*, Albacete, Ed. Bomarzo, 2016, pp. 167-188.

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 8, janvier-décembre 2020, pp. 95-119
DOI: http://dx.doi.org/10.25267/Paix_secur_int.2020.i8.04

transparent process; the principle of responsibility of States as stewards of the global marine environment.[32]

Third, the Law of the Sea provides rules of public interest such as, among others, rules on the conservation and sustainable use of fishery resources on the high seas.[33] They are norms that protect collective or general interests of the international community that create collective obligations either of an interdependent nature or of an integral structure and that have a vocation of universality.[34]

Fourth, the Law of the Sea also provides procedural obligations to inform, notify, and disseminate information or prior assessment of the environmental impact that contribute to a better administration of the *marine global commons*.[35]

Likewise, and fifthly, the Law of the sea has created different mechanisms for the management of global marine common spaces and resources that are based on the delimitation of geographical areas that have certain characteristics and that are subject to a more demanding or more restrictive legal regime of the freedoms and rights of the intervening actors. Some of these modalities are the Particularly Sensitive Marine Areas (PSSA) created and designated

[32] Freestone, D., "Modern Principles of High Seas: The Legal Underpinnings", *International Environmental Policy and Law*, 2009, vol. 39, Nº 1, pp. 44-49; and Oude Elferink, A.G., "Governance Principles for Areas beyond National Jurisdiction", *The International Journal of Marine and Coastal Law*, 2012, vol. 27, pp. 205-259.

[33] Like those of art. 119 of the 1982 UNCLOS or those of arts. 5 and 6 of the Agreement on the Conservation and Management of Straddling Fish Stocks and Highly Migratory Fish Stocks of 1995.

[34] Rodrigo, A.J., "Más allá del Derecho internacional. El Derecho internacional *público*", en R. Méndez Silva (coord.), *Derecho internacional*, México DF, UNAM/El Colegio Nacional, 2019, pp. 67-98, in particular, pp. 75-81.

[35] Advisory opinion of the Chamber of Seabed Disputes Chamber of the International Tribunal for the Law of the Sea, 1 February, 2011 on t*he responsibilities and obligations of States sponsoring persons and entities with respect to activities in the Area*, paras. 141-150 on the evaluation of the impact on the environment. Too Brunnée, J., "Procedure and substance in international environmental law and the protection of the global commons", in S. Cologati y J. Wouters (eds.), *op. cit.*, 2018, pp. 291-321.

by IMO,[36] the special areas under the MARPOL Convention,[37] the areas of special environmental interest that exclude the possibility of carrying out mining exploration and exploitation activities,[38] the areas of control of the emissions[39] or areas to avoid to prevent marine pollution in the Mediterranean Sea and in the Antarctica.

In addition, a sixth option for the protection of general interests has been the appearance in international law of an increasing set of limitations on the freedoms of the seas and traditional principles of the Law of the Sea, such as, among others, the general obligation of due respect for the rights and interests of other States and a restrictive interpretation of the freedom of navigation and of the principle of exclusive jurisdiction of the flag State. And it is that, as D. Freestone has rightly recalled, all the freedoms of the seas are "conditional freedoms", which are subject to a number of limitations and the corresponding obligations derived from them.[40] The general obligation of due respect (*due regard*) is recognized in art. 56.2 of the UNCLOS (the coastal State, in its EEZ, "shall take due account of the rights and duties of the other States"), in art. 58.3 (the third States in the EEZ "shall duly take into account the rights and duties of the coastal State and shall comply with the laws and regulations issued by the coastal State") and in art. 87.2 (the freedoms of States on the high seas "shall be exercised by all States with due regard to the interests of other States in the exercise of their freedom of the high seas"). This obligation of due regard or taking due account has been interpreted and applied in some judicial decisions such as the advisory opinion of the International Tribunal for the Law of the Sea on the *responsibilities of the flag State in the exclusive economic zone of*

[36] Regulated by Revised Guidelines for the Determination and Designation of Particularly Sensitive Marine Areas (PSSA) approved in 2005 (resolution A.982 (24)). Currently 16 of these zones have been designated. *Vid.* http://www.imo.org/es (visited on December 10, 2019).

[37] Created by virtue of Annexes I, II, IV and V of the MARPOL 1973/1978 Convention.

[38] Established by the International Seabed Authority. *Vid.* http://www.isa.org.jm.

[39] Created by the Annex VI of the MARPOL 1973/1978 Convention.

[40] Freestone, D., "International Governance, Responsibility and Management of Areas beyond National Jurisdiction", *The International Journal of Marine and Coastal Law*, 2012, vol. 27, pp. 191-204, in particular, pp. 200-201.

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 8, janvier-décembre 2020, pp. 95-119
DOI: http://dx.doi.org/10.25267/Paix_secur_int.2020.i8.04

other States[41] and in various arbitration decisions in which the arbitral tribunals found the violation of said obligation.[42] The conclusions that can be obtained, according to J. Gaunce, are the following two: the obligation of due regard implies a relationship between States based on legal equality and a change from the traditional freedoms based on laissez-faire in the seas to an order law under the UNCLOS more normatively dense and more comprehensive of the different interests, rights, obligations and freedoms of all the States that intervene. The practical consequences of the first are that, beyond the territorial sea, no State enjoys priority of use in the seas based on its own interests or on the freedoms of the seas. And the second consequence is that the content of the obligation of due regard supposes a more robust normative standard than its predecessor (*reasonable regard*) because it allows taking into account obligations that protect the interests of the international community.[43]

The restrictive interpretation of the freedom of navigation and of the principle of exclusive jurisdiction of the flag State is the result of a process of progressive expansion of the existing exceptions already in the UNCLOS (the right of visit, that of persecution and that of arrest). In some cases, the exceptions are prescribed in other international treaties such as the 1988 Convention against Illicit Traffic in Narcotic Drugs and Psychotropic Substances which, with prior authorization from the flag State, allows the inspection, boarding and seizure of third party vessels States on the high seas. In other cases, exceptions have been introduced through Security Council resolutions that allow either to inspect, seize or even alienate ships that are

[41] Advisory opinion, 2 April, 2015, ITLOS, *Report, 2015,* pár. 150. Cfr. Scovazzi, T., "'Due Regard' Obligations, with Particular Emphasis on Fisheries in the Exclusive Economic Zone", *The International Journal of Marine and Coastal Law*, 2019, vol 34, Nº 1, pp. 56-72.

[42] The arbitration award of March 18, 2015 in the *Chagos Marine Protected Area case (Mauritius v. United Kingdom)*, Merits, paras. 519-520, 534 and 536; the arbitration award of August 14, 2015 on the merits in *The Arctic Sunrise* case, paras. 230 and 231; and in the arbitration award on the merits in the *South China Sea case (Philippines v. China)*, dated July 12, 2016, in which the court examined the nature of the due regard obligation (paras. 742-743) and concluded that China had violated the obligation of due respect in relation to the Philippines (para. 757).

Cfr. Forteau, M., "The Legal Nature and Content of 'Due Regard' Obligations in Recent International Case Law", *The International Journal of Marine and Coastal Law*, 2019, vol 34, Nº 1, pp. 25-42.

[43] Gaunce, J., "On the Interpretation of the General Duty of 'Due Regard'", *Ocean Yearbook*, 2018, vol. 32, pp. 27-59.

on the high seas off the coast of Libya in order to combat the smuggling of migrants and trafficking of people,[44] or they authorize the inspection on the high seas of ships originating from and destined for Libya to contribute to the maintenance of peace in that State.[45] Together with these exceptions, the possibility of justifying new exceptions protected by customary international law and the *Lotus principle* is gaining support. In the first case, despite the extensive interpretation that the majority of the International Tribunal for the Law of the Sea has made of the freedom of navigation in the case *M / V 'Norstar' (Panama v. Italy)* of April 10, 2019,[46] both the dissenting opinion of seven judges[47] and the doctrine[48] have admitted that customary international law allows a State to exercise its prescriptive criminal jurisdiction with respect to illegal activities that are carried out in whole or in part in its territory. Furthermore, in the second case, the judges who sign the dissenting opinion make an updated interpretation of the *Lotus principle* which is now used to protect the general interest, would allow States to exercise prescriptive criminal jurisdiction as agents of the international community "with respect to conduct on the high seas when such conduct is part of a crime committed in the

[44] These exceptions were introduced by resolution 2240 (2015), paras. 7, 8, 9 and 10 and have been successively renewed for one year by resolutions 2316 (2016), 2380 (2017) and 2437 (2018).

[45] These exceptions were introduced by resolution 2292 (2016) and have been exceptionally extended for one year for each of resolutions 2357 (2017) and 2420 (2018).

[46] The majority of the Court affirmed as a general rule that "any act that subjects the activities of a foreign vessel on the high seas to the [prescriptive and executive] jurisdiction of States other than the flag State constitutes a violation of the freedom of navigation, except in exceptional cases provided for in the Convention or in other international treaties "(paras. 224-225).

[47] The dissenting opinion of judges Cot, Pawlak, Yanai, Hoffman, Kolodkin and Lijzaad and Judge *ad hoc* Treves argue that nothing in the Convention, nor in the preparatory work, nor in other international treaties, nor in customary international law "excludes the right of third States to exercise their prescriptive criminal jurisdiction with respect to activities on the high seas"(paras. 19-20).

[48] Guilfoyle, D., "Article 92", in A. Proelss (ed.), *The United Nations Convention on the Law of the Sea. A Commentary,* 2017, pp. 700-701; RYNGAERT, C., *Jurisdiction in International law*, 2nd. Ed., Oxford, Oxford UniversityPress, 2015, pp. 78-79.

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 8, janvier-décembre 2020, pp. 95-119
DOI: http://dx.doi.org/10.25267/Paix_secur_int.2020.i8.04

territory of the State not only when it is justified or permitted by international law, but when it is not prohibited by international law".[49]

A seventh option allowed by the current Law of the Sea is the possibility for States to act as agents of the international community for the protection of the general interest with respect to spaces and resources located beyond national jurisdiction. For this, one way may be the exercise of legislative and executive powers of the port State to give effect to generally applicable international norms and standards that regulate such global marine common spaces and resources. The legal basis of the jurisdiction of the port State can be, on the one hand, a broad interpretation of the principle of territoriality that would allow the exercise of its executive jurisdiction and, with more limitations, also of the prescriptive jurisdiction; and, on the other hand, although less frequent, it may also be in international treaties that allow the exercise of the jurisdiction of the port State.[50] In these cases, the State would assume the role of an organ of the international community for the protection of community interests and its conduct could be considered "as the individual application of the right of *dédoublement fonctionnel*.[51]

And, finally, the *pro communitate* principle can contribute to the protection of the general interests of the international community in spaces and resources beyond national jurisdiction. It is an interpretive principle that operates in areas such as these spaces and resources in which rules that protect particular or common interests of some States and collective interests that are found in different international regimes such as the Law of the Sea, the human rights, international humanitarian law or environmental law, among others. In these cases of plurality of interests and applicable norms or, even, possible normative conflicts, the *pro communitate* principle facilitates, in some cases, the total or partial integration of the content of other existing norms in other regimes that protect general interests by means of the interpretation of the

[49] Dissenting opinion in the *M / V 'Norstar' case* of April 10, 2019, para. 36.

[50] Ryngaert, C., and Ringhom, H., "Introduction: Port State Jurisdiction: Challenges and Potential", *The International Journal of Marine and Coastal Law*, 2016, vol. 31, pp. 379-394; and Kopela, S., "Port State Jurisdiction, Extraterritoriality and the Protection of Global Commons", *Ocean Development and International Law*, 2016, vol. 47, Nº 2, pp. 89-130.

[51] Tanaka, Y., "Protection of Community Interest in International Law: The Case of the Law of the Sea", *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, 2011, vol. 15, pp. 329-375, in particular, pp. 350-364.

rules of the Sea Law;[52] and, in other cases, it can facilitate the preferential application, without affecting the validity of the default rule, of the public interest norms.

V. CONCLUSIONS

The traditional conception of the seas and oceans as a means of navigation and commerce has been modified and completed by the evolution of practice. The high seas is now a new form of spatiality that demands a new kind of governance. The justification for the new governance models can be of different kinds: demands for intra- and intergenerational distributive justice, economic efficiency, sustainability or even the urgency to face the problems that arise.

Marine spaces and resources that are beyond national jurisdiction can be considered as *marine global commons*. The protection and administration of these global common resources advises and even demands the increase of the limits to the traditional freedoms of the seas. The answer is neither in the land winds that is the bearer of sovereignty nor in the high seas winds that is loaded with freedom. The option is to establish limits to the traditional rules but not in the name of sovereignty but of the general interest of the international community. However, the increase in limitations does not imply the abolition of the freedom of the seas, but implicitly or, at times, explicitly its use and enjoyment is subject to greater collective legitimation, to greater and better regulation by means of public interest norms that protect the general interests in such spaces and resources, and the supervision of the application of the norms preferably by international institutions of collective action and, alternatively, by individual States acting as agents of the international community.

Although we do not yet have the appropriate vocabulary to describe and name the changes and evolution that are taking place in spaces and resources located beyond national jurisdiction, we are aware that something new is happening. To do this, between the *Mare Liberum* by H. Grotius and the *Mare Clausum* by S. Freitas and J. Selden, other terms have been proposed that seek to verify and designate the need to combine and harmonize the traditional

[52] Rodrigo, A.J., "La integración normativa y la unidad del Derecho internacional público", in Rodrigo, A.J.. y García, C. (eds.), *Unidad y pluralismo en el Derecho internacional público y en la comunidad internacional*, Madrid, Tecnos, 2011, pp. 321-355.

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 8, janvier-décembre 2020, pp. 95-119
DOI: http://dx.doi.org/10.25267/Paix_secur_int.2020.i8.04

freedoms of the seas with the need to protect the general interests. Some of the new terms that are struggling to prevail in the market of ideas are *Mare Legitimum*;[53] that of *Mare Geneticum* to capture the need to regulate the access, use and sharing of benefits derived from the genetic diversity of genetic resources located beyond national jurisdiction;[54] and that of *Mare Publicum* in which it is possible to combine and make compatible the activities and interests of States (riverside, flag and port) and non-state actors with the protection of the global public interest by means of a truly public international law.

BIBLIOGRAPHICAL REFERENCES

BRITO VIEIRA, M., "*Mare Liberum vs. Mare Clausum*: Grotius, Freitas, and Selden's Debate on Dominion over the Seas", *Journal of History of Ideas*, 2003, vol. 64, Nº 3, pp. 361-377.

BRUNNÉE, J., "Procedure and substance in international environmental law and the protection of the global commons", in S. Cologati y J. Wouters (eds.), *op. cit.*, 2018, pp. 291-321.

BYNKERSHOEK, C. van, *Dissertatio de Dominio Maris*, 1ª ed., 1703.

COGOLATI, S; WOUTERS, J., "Introduction: democratic, institutional and legal implications of the commons for global governance", in S. Cogolati y J. Wouters (eds.), *The Commons and a New Global Governance*, Cheltenham, Edward Elgar, 2018.

COGOLATI, S; WOUTERS, J., "International Law to save the commons", chap. 12, pp. 266-290 in S. Cogolati y J. Wouters (eds.), *The Commons and a New Global Governance*, Cheltenham, Edward Elgar, 2018.

DE MOOR, T., "From Common Pastures to Global Commons: A Historical Perspective on Interdisciplinary Approaches to Commons", *Natures Sciences Sociétés*, 2011, vol. 19, Nº 4, pp. 422-431.

DUPUY, R-J., "Th Sea under National Competence", en R-J.Dupuy and D. Vignes, *A Handbook on the New Law of the Sea*, vol I, Dordrecht, Nijhoff, 1991.

[53] HEINES, S., "The End of the GrotianEra? Maintaining Order and Good Governance at Sea", Gresham College, 28 November 2013 (https://www.gresham.ac.uk/).

[54] VANAGT, TH. *et al.*, "*Mare Geneticum*: towards Implementing Agreement for Marine Genetic Resources in International Waters", in Freestone, D. (ed.), *Conserving Biodiversity in Areas beyond National Jurisdiction*, Brill, 2019, chap. 10, pp. 267-297.

DUPUY, R-J., *L'Océan Partagé*, Paris, Editions A. Pedone, 1979.

ELDEN, S., *The Birth of Territory*, Chicago, Chicago University Press, 2013.

FORD, R.T., "Law's Territory (A History of Jurisdiction)", *Michigan Law Review*, 1999, vol. 97, pp. 843-930.

FORTEAU, M., "The Legal Nature and Content of 'Due Regard' Obligations in Recent International Case Law", *The International Journal of Marine and Coastal Law*, 2019, vol 34, Nº 1, pp. 25-42.

FREESTONE, D., "Modern Principles of High Seas: The Legal Underpinnings", *International Environmental Policy and Law*, 2009, vol. 39, Nº 1, pp. 44-49.

FREESTONE, D.,"International Governance, Responsibility and Management of Areas beyond National Jurisdiction", *The International Journal of Marine and Coastal Law*, 2012, vol. 27, pp. 191-204, in particular, pp. 200-201.

GARCÍA ARIAS, L., "Estudio preliminar", in H. Grocio, *De la Libertad de los mares*, trad. V. Blanco García and L. García Arias, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1979.

GARCÍA, C., "La construcción de normas globales, entre el avance del cosmopolitismo blando y el retorno de la geopolítica. La regulación global de la ciberseguridad", *Curso de Derecho internacional y Relaciones Internacionales de Vitoria-Gasteiz*, 2019.

GAUNCE, J., "On the Interpretation of the General Duty of 'Due Regard'", *Ocean Yearbook*, 2018, vol. 32, pp. 27-59.

GROCIO, H., *Mare Liberum*, 1609 (spanish traducción by V. Blanco García and L García Arias, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1979).

GUILFOYLE, D., "Article 92", in A. Proelss (ed.), *The United Nations Convention on the Law of the Sea. A Commentary,* 2017, pp. 700-701.

HAFNER, G., "The Division of the Commons? The Myth of the Commons: Divide or Perish", in H. Hestermeyer *et al.* (eds.), *Law of the Sea in Dialogue*, Heidelberg, Springer, 2011, pp. 91-112.

HARDIN, G., "The Tragedy of Commons", *Science*, 1968, vol. 162, pp. 1243-1248.

HARDIN, G.,"Extensions of 'The Tragedy of Commons'", *Science*, 1998, vol. 280, pp. 682-683.

HEINES, S., "The End of the GrotianEra? Maintaining Order and Good Governance at Sea", Gresham College, 28 November 2013 (https://www.gresham.ac.uk/).

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 8, janvier-décembre 2020, pp. 95-119
DOI: http://dx.doi.org/10.25267/Paix_secur_int.2020.i8.04

HINOJO ROJAS, M., "El acceso de terceros Estados a las organizaciones internacionales de pesca: Una cuestión a revisar", in: J.M. Sobrino Heredia (dir.), *La toma de decisiones en el ámbito marítimo: su repercusión en la cooperación internacional y situación de las gentes del mar*, Albacete, Ed. Bomarzo, 2016, pp. 167-188.

KEENE, E., *Beyond the Anarchical Society. Grotius, Colonialism and Order in World Politics*, Cambridge, Cambridge University Press, 2004.

KOPELA, S., "Port State Jurisdiction, Extraterritoriality and the Protection of Global Commons", *Ocean Development and International Law*, 2016, vol. 47, Nº 2, pp. 89-130.

MACKINDER, H.J., "The Geographical Pivot of History", *Geographical Journal*, 1904, vol. XXIII, Nº 4 (April), pp. 421-437 (reproduced also with subsequent discussion with the author in *Geographical Journal*, 2004, vol. 170, Nº 4, pp. 298-321).

MARTÍNEZ TORRES, J.A., "'Gobernar el Mundo'. La polémica *Mare Liberum versus Mare Clausum* en las Islas Orientales (1603-1625)", *Anuario de Estudios Americanos,* 2017, vol. 74, Nº 1, pp. 71-96.

MIAJA DE LA MUELA, A., "Las ideas fundamentales del Derecho de Gentes en la obra de Fray Serafín de Freitas", *Anuario de la Asociación Francisco Vitoria*, V, 1932-1933, pp. 171-201.

NYS, E.,Études de Droit international et Droit politique, Paris, 1901.

OLSON, M., *The Logic of the Collective Action: Public Goods and the Theory of Groups*, Cambridge, Harvard University Press, 1965.

OPPENHEIM, L., *International Law: A Treatise*, vol. I, 2ª ed., Logmans, Green and Co., 1912.

OSTROM, E., *El gobierno de los bienes comunes. La evolución de las instituciones de acción colectiva*, 2ª ed., México, FCE, 2011 (1ª ed. in english in 1990).

OUDE ELFERINK, A.G., "Governance Principles for Areas beyond National Jurisdiction", *The International Journal of Marine and Coastal Law*, 2012, vol. 27, pp. 205-259.

OUDE ELFERINK, A.G., "The *Arctic Sunrise* Incident: A Multi-faceted Law of the Sea Case with a Human Rights Dimension", *International Journal of Marine and Coastal Law*, 2014, vol. 29, Nº 1, pp. 244-289.

PARRY, J.H., *El descubrimiento del mar*, trad. J. Beltrán, Barcelona, Crítica, 1989.

RANGANATHAN, S., "Global Commons", *EJIL*, 2016, vol. 27, Nº 3, pp. 693-717.

RODRIGO, A.J., "La integración normativa y la unidad del Derecho internacional público", in Rodrigo, A.J.. y García, C. (eds.), *Unidad y pluralismo en el Derecho internacional público y en la comunidad internacional*, Madrid, Tecnos, 2011, pp. 321-355.

RODRIGO, A.J., "Más allá del Derecho internacional. El Derecho internacional *público*", en R. Méndez Silva (coord.), *Derecho internacional*, México DF, UNAM/El Colegio Nacional, 2019, pp. 67-98.

RUGGIE, J.G., "Territoriality and beyond: problematizing modernity in international relations", *International Organization*, 1993, vol. 47, Nº 1, pp. 139-174.

RYNGAERT, C., *Jurisdiction in International law*, 2nd. Ed., Oxford, Oxford UniversityPress, 2015.

RYNGAERT, C., y RINGHOM, H., "Introduction: Port State Jurisdiction: Challenges and Potential", *The International Journal of Marine and Coastal Law*, 2016, vol. 31, pp. 379-394.

SCHUTTER, O. de, "From eroding to enabling the commons: the dual movement in International Law", chap. 12, pp. 231-265 in S. Cogolati y J. Wouters (eds.), *The Commons and a New Global Governance*, Cheltenham, Edward Elgar, 2018.

SCOVAZZI, T., "'Due Regard' Obligations, with Particular Emphasis on Fisheries in the Exclusive Economic Zone", *The International Journal of Marine and Coastal Law*, 2019, vol 34, Nº 1, pp. 56-72.

SOBRINO HEREDIA, J.M., "La cooperación internacional en la conservación y gestión de los recursos pesqueros de la Alta Mar", *CEBDI*, vol. II, 1998, pp. 429-525.

STANDING, G., *Plunder of the Commons. A Manifesto for Sharing Public Wealth*, London, Penguin, 2019.

TANAKA, Y., "Protection of Community Interest in International Law: The Case of the Law of the Sea", *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, 2011, vol. 15, pp. 329-375.

VANAGT, TH. *et al.*, "*Mare Geneticum*: towards Implementing Agreement for Marine Genetic Resources in International Waters", in Freestone, D. (ed.), *Conserving Biodiversity in Areas beyond National Jurisdiction*, Brill, 2019, chap. 10, pp. 267-297.

VÁZQUEZ GÓMEZ, E., *Las organizaciones internacionales de ordenación pesquera. La cooperación para la conservación y gestión de los recursos vivos del alta mar*, Sevilla, 2002.

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 8, janvier-décembre 2020, pp. 95-119
DOI: http://dx.doi.org/10.25267/Paix_secur_int.2020.i8.04

VERVLJE, J., "General Introduction", in H. Grotius, *Mare Liberum 1609-2009*, The Hague, Brill, 2009.

VITORIA, F. de, *Las relecciones de Indis y De Iure Belli*, ed. and preliminar note by J. Malagón, Washington, Unión Panamericana, 1963.

PAIX ET SÉCURITÉ INTERNATIONALES
Journal of International Law and International Relations
Num 8, janvier-décembre 2020 | ISSN 2341-0868
DOI http://dx.doi.org/10.25267/Paix_secur_int.2020.i8.05

Citation: ACOSTA SÁNCHEZ, M. A. : "An Analysis of Integrated Management of the External Borders of the European Union", *Paix et Sécurité Internationales*, num. 8, 2020, pp. 121-144.

Received: 23 June 2020.
Accepted: 16 October 2020.

AN ANALYSIS OF INTEGRATED MANAGEMENT OF THE EXTERNAL BORDERS OF THE EUROPEAN UNION

Miguel A. ACOSTA SÁNCHEZ[1]

I. INTEGRATED MANAGEMENT AS A COMPONENT OF THE CONTROL OF EUROPEAN EXTERNAL BORDERS. II. INTEGRATED BORDER MANAGEMENT (IBM): MATERIAL CONTENT. III. IN SEARCH OF A FORMAL DEFINITION OF INTEGRATED BORDER MANAGEMENT (IBM). IV. TOWARDS AN IBM STRATEGY. V. FINAL IDEAS

ABSTRACT: One of the most prominent elements of external policy in the Area of Freedom, Security and Justice is that of "integrated border management". Its material content is defined and legislated in the current regulations on the European Border and Coast Guard Agency, limiting its field of action to the control of migratory flows at the border. However, no formal analysis has been conducted of the concept of integrated border management. Even the most specialist literature has been limited to identifying and analysing the material content, barely considering the term "integrated" within the framework of shared competences between the EU and Member States.

Consequently, the aim of the present paper is to identify a formal definition of "integrated border management", by analysing the development of the concept and its material component. I shall also highlight the short-term implications of this formal definition for the EU, especially with respect to the adoption of an EU "integrated management strategy" consistent with the national strategies of Member States.

---

[1] Associate Professor (Profesor Titular) of International Law and International Relations, University of Cadiz (Spain). This study was carried out as part of the Jean Monnet Centre of Excellence ("Migration and Human Rights in Europe's External Borders") and the Erasmus+ Programme of the European Union (587177-EPP-1-2017-1-ES-EPPJMO-CoE).
Member of the *University Research Institute for Sustainable Social Development* (Spanish initials: INDESS), University of Cadiz (Spain): indess.uca.es.
A previous version of this Study was published in Spanish as a Working Paper in, Acosta Sanchez, M. A., "Sobre el concepto de Gestión Integrada de Fronteras Exteriores Europeas", *Working Papers on European Migration Law*, ISSN 2531-4009, 2019, No. 8, Osservatorio sul diritto europeo dell'immigrazione, Pisa (http://migration.jus.unipi.it/publications/working-papers).

KEY WORDS: Area of Freedom, Security and Justice; European Border and Coast Guard Agency; External Borders; Integrated Management; Shared Competence.

UN ANÁLISIS DE LA GESTIÓN INTEGRADA DE LAS FRONTERAS EXTERNAS DE LA UNIÓN EUROPEA

RESUMEN: Uno de los elementos más destacados de la política exterior en el Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia es el de la «Gestión Integrada de Fronteras». Su contenido material está definido y regulado en la normativa vigente de la Agencia Europea de la Guardia de Fronteras y Costas, lo que limita su campo de acción al control de los flujos migratorios en la frontera. Sin embargo, no se ha realizado un análisis formal del concepto de gestión integrada de fronteras. Incluso la literatura más especializada se ha limitado a identificar y analizar el contenido material, apenas considerando el término «integrado» en el marco de las competencias compartidas entre la UE y los Estados miembros.

En consecuencia, el objetivo del presente estudio es identificar una definición formal de «Gestión Integrada de Fronteras», mediante el análisis del desarrollo del concepto y su componente material. También se destacará las implicaciones a corto plazo de esta definición formal para la UE, especialmente con respecto a la adopción de una «Estrategia de Gestión Integrada» de la UE coherente con las estrategias nacionales de los Estados miembros.

PALABRAS CLAVE: Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia; Agencia Europea de la Guardia de Fronteras y Costas; Fronteras exteriores; gestión integrada; Competencia compartida.

UNE ANALYSE DE LA GESTION INTÉGRÉE DES FRONTIÈRES EXTÉRIEURES DE L'UNION EUROPÉENNE

RÉSUMÉ: L'un des éléments les plus importants de la dimension extérieure de l'espace de liberté, de sécurité et de justice est la «gestion intégrée des frontières» (Integrated Border Management - IBM). Son contenu matériel a été identifié dans la réglementation actuelle relative à l'Agence européenne des garde-frontières et des garde-côtes, en cours d'élaboration normative et limitant son champ d'application au contrôle des flux migratoires frontaliers. D'un autre côté, il n'existe actuellement aucune approche formelle du concept de gestion intégrée des frontières. Même la doctrine la plus spécialisée a opté pour une identification et une analyse de son contenu matériel, sans entrer simplement dans la particule «intégrée» et dans le cadre des politiques partagées entre l'UE et les États membres.

Cependant, cette étude tente d'identifier une définition formelle de la gestion intégrée des frontières, pour laquelle l'évolution du concept et de sa composante matérielle sera utilisée. Il convient également de souligner les répercussions de cette définition formelle dans l'avenir le plus immédiat de l'UE, notamment en ce qui concerne l'adoption de sa propre stratégie de gestion intégrée et cohérente avec les stratégies nationales des États membres.

MOTS-CLÉS: Espace de liberté, de sécurité et de justice; Agence européenne des garde-frontières et des garde-côtes; Frontières extérieures; Gestion intégrée; politique partagée.

One of the elements that currently form part of external policy in the Area of Freedom, Security and Justice is the integrated management of external borders (henceforth referred to as Integrated Border Management - IBM).

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 8, janvier-décembre 2020, pp. 121-144
DOI: http://dx.doi.org/10.25267/Paix_secur_int.2020.i8.05

This integrated management has been formulated and pursued in such a way that the agency essentially responsible for implementation is the European Border and Coast Guard (henceforth Frontex), limiting the field of action to border control and the prevention of irregular migration flows[2].

However, more importantly, a formal concept of IBM does not yet exist[3], only material descriptors that have been passed through legislation more or less successfully. Even the most specialist literature has failed to address this question, steering clear of the scope of the concept of "integrated" in particular or the possible medium- and long-term consequences in the context of a competence, let us not forget, that is shared between the EU and Member States.

Therefore, our aim here is examine the development of the concept and its material component in order to reach a definition of IBM and its possible short-term consequences for the EU, in particular with respect to the adoption of an EU strategy consistent with the national policies of Member States.

I. INTEGRATED MANAGEMENT AS A COMPONENT OF THE CONTROL OF EUROPEAN EXTERNAL BORDERS

The first reference to the concept of integrated management of external borders[4] (IBM) occurred at the Tampere European Council held in October

[2] This fact has been confirmed by the United Nations. *See* UN Doc. Rapp. A/HRC/23/46, *Report of the Special Rapporteur on the Human Rights of Migrants, Regional study: Management of the External Borders of the European Union and its impact on the Human Rights ofMmigrants,* of 24.04.2013, ap. 42-43.

[3] Hokovsky, R., "The Concept of Border Security in the Schengen Area", *Central European Journal of International and Security Studies,* 2016, no. 2, pp. 72-93, on p. 72.

[4] *See* Doc. COM (2002) 233, *Towards integrated management of the external borders of the member states of the European Union*, of 07.05.2002. *See* also Doc. Council 10019/02, *Plan for the management of the external borders of the Member States of the European Union*, of 14.6.2002; *The Hague Programme: strengthening freedom, security and justice in the European Union*, *OJ*, C 53, of 03.03.2005; *Global Approach to Migration: Priority Actions focusing on Africa and the Mediterranean,* Annex I, Presidency Conclusions, European Council, Brussels, December 2005; *Reinforcing the Southern External Maritime Borders*, Council Conclusions, of 05-06.10.2006 (Doc. Council 13068/06, of 06.10.2006); Doc. COM (2008) 69, *Preparing the next steps in border management in the European Union*, of 13.02.2008; *Management of external borders of the member states of the EU*, Council Conclusions, of 05-06.06.2008 (Doc. Council 9956/08, of 06.06.2008). *See* also Carrera, S., "The EU border management strategy: Frontex and the challenges of irregular immigration

1999, in relation to implementation of the provisions of the Treaty of Amsterdam. Thus, within the framework of the Area of Freedom, Security and Justice, the European Council indicated in its Conclusions that there was a need to implement coherent control of external borders in order to prevent illegal immigration and combat transnational organised crime[5].

This position was subsequently endorsed by the Laeken European Council in December 2001, when it was indicated that there was a need for better management of external border control in order to combat terrorism, crime and human trafficking. To achieve this goal, the Council and the Commission were asked to define mechanisms for cooperation between border control agencies with a view to creating *a mechanism or common services to control external borders*[6].

Nevertheless, the most relevant document and the one that launched IBM is unquestionably the Communication of the European Commission of May 2002, on the Integrated Management of the External Borders of Member States[7], which provides a first definition of "external border management" —omitting any reference to "integration"— and its material component. The Commission defined "external border management" as follows:

> The activities carried out by public authorities of the Member States to:
>
> – carry out checks and surveillance at external borders provided for by Articles 5 and 6 of the Schengen Convention;
>
> – gather, analyse and exchange any specific intelligence or general information enabling the border guard to analyse the risk that a person, object or asset constitutes for the internal security of the common area of freedom of movement, law and order or the national security of the

in the Canary Islands", CEPS, *WD*, no. 261, March 2007; Hobbing, P., "Integrated border management at the EU level", *CEPS WD* no. 227 / August 2005; Monar, J., "The EU's Integrated Management of External Borders", in De Barbeleben, J. (ed.), *Soft and Hard Borders: Managing the Divided in an Enlarged Europe*, Aldershot, Ashgate, 2005; ID., "The External Shield of the Area of Freedom, Security and Justice: Progress and Deficits of the Integrated Management of External EU Borders", in Zwaan, K., Goodppel, F. (eds.), *Freedom, Security and Justice in the EU*, Asser, The Hague, 2006, pp. 73-88; Rijpma, J.J., "EU Border Management after the Lisbon Treaty", *Croatian Yearbook of European Law & Policy*, 2009, no. 5, pp. 121-149.

[5] According to Hobbing, the origin of IBM is located in programmes for Eastern European countries such as PHARE, TACIS and CARDS. *See* Hobbing, P., *loc. cit.*, p. 3.

[6] Presidency Conclusions, European Council, Laeken, December 2001, ap. 42.

[7] Doc. COM (2002) 233 final, *Towards integrated management of the external borders of the member states of the European Union*, of 07.05.2002.

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 8, janvier-décembre 2020, pp. 121-144
DOI: http://dx.doi.org/10.25267/Paix_secur_int.2020.i8.05

> Member States, and for general compliance with Community legislation;
> – analyse the development of the threats likely to affect the security of the external borders and to set the priorities for action by border guards accordingly;
> – anticipate the needs as regards staff and equipment to ensure security at external borders.

According to this definition, the scope of action is limited to the control of external borders in order to ensure internal security and the free movement of people. Three risks or threats were identified, which would subsequently be included in the European Security Strategies[8]. These were terrorism, transnational organised crime and irregular migration flows, highlighting the interconnected nature of these and the need for multilateral preventive action. Illegal immigration is inexorably linked to transnational organised crime. This transnational or cross-border crime poses a clear threat to international peace and security insofar as it endangers the safety of humans and obstructs the State's fundamental obligation to maintain the rule of law. Furthermore, organised crime feeds off illicit trafficking in drugs and humans[9] and incites corruption in States, destabilising their social, political and economic structure. In particular, the General Assembly considered that organised crime poses a severe threat to maritime safety, as an instigator of irregular migration flows, and necessitates multilateral cooperation, particularly in the Mediterranean region[10].

---

[8] *See A Global Strategy for the European Union's Foreign and Security Policy* (Doc. Council 10715/16, of 28.06.2016). *See* also Doc. COM (2015) 185 final, *The European Agenda on Security*, of 28.04.2015. In the international context, *see* UN Doc. A/59/565, *A More Secure World: Our Shared Responsibility. Report of the High-Level Panel on Threats, Challenges and Change*, of 02.12.2004; UN Doc. A/59/2005, *In Larger Freedom: Towards Development, Security and Human Rights for All*, of 21.03.2005.

[9] Thus, par. 1 of the Resolution of the Security Council 2331 (2016) of 20 December *S/RES/2331(2016)*, stated "Condemns in the strongest terms all instances of trafficking in persons in areas affected by armed conflicts, and stresses that trafficking in persons undermines the rule of law and contributes to other forms of transnational organized crime, which can exacerbate conflict and foster insecurity and instability and undermine development".

[10] *See* General Assembly Resolutions A/RES/74/77, *Strengthening of security and cooperation in the Mediterranean region*, of 23.12.2019; and A/RES/74/19, *Oceans and the law of the seas*, of 20.12.2019, ap. 157-159.

To combat these threats, the Commission advocated drawing together the various functions of external border control within a single agency, initially through cooperation between the relevant security forces —border guards— of the Member States, taking the United States Coast Guard as a model[11]. However, in a context where competences are shared[12], achieving the envisaged objectives will ultimately rely on the sovereign will of the Member States. In any event, the goal would be to strengthen control of external borders (land, sea, airports and even air[13]), as a paradigm of Schengen, in the quest to ensure a high and uniform level of control and surveillance as an essential element for the free movement of persons.

At present, the explicit reference to integrated management of external borders uses identical wording to the provisions of art. III-265 of the failed Treaty establishing a Constitution for Europe and appears in art. 77.1 c) TFEU. In reference to external border control and surveillance as one of the objectives envisaged in the Lisbon Treaty (art. 3.2 TEU), this article indicates:

> 1. The Union shall develop a policy with a view to: c) the gradual introduction of an integrated management system for external borders.

However, execution of this policy does not appear to be as straightforward as, for example, asylum or immigration policies (shared competences). Thus, art. 77.2 d) TEU simply indicates that:

> The European Parliament and the Council, acting in accordance with the ordinary legislative procedure, shall adopt measures concerning […] any

---

[11] Duez, D., "A Community of Borders, Borders of the Community: The EU's Integrated Border Management Strategy", in Vallet, E. (ed.), *Borders, Fences and Walls. State of Insecurity?*, Ashgate, Farnham, 2014, pp. 51-66; Hobbing, P., *loc. cit.,* p. 4.

[12] *See* Del Valle Gálvez, A., "Inmigración, Extranjería y Fronteras en la UE: cinco problemas conceptuales", in *Las Fronteras Exteriores de la UE e Inmigración a España: Relaciones Internacionales y Derecho*, AEPDIRI-Escuela Diplomática, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pp. 43-80. *See* also art. 7 Regulation (EU) 2019/1896 of the European Parliament and of the Council of 13 November 2019 on the European Border and Coast Guard and repealing Regulations (EU) No 1052/2013 and (EU) 2016/1624, *OJ*, L 295, of 14.11.2019 (Frontex Regulation). About new Frontex Regulation, *see*, Acosta Sanchez, M.A., "Reglamento 2019/1896/UE sobre la guardia europea de fronteras y costas: ¿Frontex 3.0?", IEEE, *Documento de Opinión* 111/2019, de 02.12.2019.

[13] On air borders, *see* art. 30 Frontex Regulation.

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 8, janvier-décembre 2020, pp. 121-144
DOI: http://dx.doi.org/10.25267/Paix_secur_int.2020.i8.05

> measures neccesary for the gradual establishment of an integrated management system for external borders.[14]

This *Integrated System for Management of External Borders* would be based on four levels of action: a) border control, b) investigation and prosecution of cross-border crime, c) cooperation between agencies, and d) coordination between Member States and the EU[15], all of which would be performed while also fully observing fundamental rights.

This general goal, with Frontex as the security force and cornerstone of IBM, encompasses five specific objectives[16]:

1. The crossing of borders, governed by means of the Schengen Borders Code[17];

2. A common visa regime based on Regulation 2019/1155/EU[18];

---

[14] *See* Del Valle Galvez, A., "Refugiados y crisis migratorias: fronteras y desterritorialización en las puertas de Europa", in Ripol Carulla, S. (Dir.), *Inmigración, Derecho y Empresa*, Ed. Marcial Pons, Barcelona, 2019, pp. 85-112, on pp. 102-103. *See* also Del Valle Galvez, A., "Europa como espacio de libertad, seguridad y justicia. Las previsiones del Tratado Constitucional", in Bou Franch, V., Cervera, M. (Coord.), *El derecho de la Unión Europea: 20 años después de la adhesión de España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pp. 143-178; ID., "Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia y Tratado de Lisboa", in Perez De Nanclares, J. (Coord.), *El Tratado de Lisboa: la salida de la crisis constitucional, Jornadas de la AEPDIRI, Madrid, 17 y 18 de diciembre de 2007*, Iustel, Madrid, 2008, pp. 417-435. *See* also Rijpma, J.J., *loc cit.*, p. 141.

[15] *See* Doc. Council 13926/3/06 REV 3, *Integrated Border Management: Strategy deliberations*, of 21.11.2006, p. 4; Doc. Council 15801/06, *Integrated Border Management*, of 4/5.12.2006, p. 27. *See* also Marenin, O., "Challenges for Integrated Border Management in the European Union", Geneva Centre for the Democratic Control of Armed Forces (DCAF), *Occasional Paper*, 2010, no. 17, pp. 65-67.

[16] Doc. COM (2002) 233, *Towards Integrated Management of the External Borders of the Member States of the European Union*, of 07.05.2002, p. 12-13.

[17] Regulation (EU) 2016/399 of the European Parliament and of the Council of 9 March 2016 on a Union Code on the rules governing the movement of persons across borders (Schengen Borders Code), *OJ,* L 77, of 23.04.2016. *See* also Doc. Council 15010/06, *Commission Recommendation establishing a common "Practical Handbook for Border Guards (Schengen Handbook)" to be used by Member States' competent authorities when carrying out the border control of persons*, of 09.11.2006. Also Regulation (EC) No 1931/2006 of the European Parliament and of the Council of 20 December 2006 laying down rules on local border traffic at the external land borders of the Member States and amending the provisions of the Schengen Convention, *OJ*, L 405, of 30.12.2006.

[18] Regulation (EU) 2019/1155 of the European Parliament and of the Council of 20 June 2019 amending Regulation (EC) No 810/2009 establishing a Community Code on Visas (Visa

3. Operational cooperation through Frontex, to which must be added the European Border Surveillance System (Eurosur), incorporated into Frontex by Regulation (EU) 2019/1896[19];

4. Assistance in situations of need by Frontex's rapid intervention teams, embodied in the various operations that the European Border and Coast Guard Agency can currently carry out; and

5. Collection and exchange of information by means of the network of immigration liaison officers[20].

It should be noted that this *Integrated System* has subsequently been reduced to IBM, which seems to have a more limited scope due to Member States' reluctance to unify external border management criteria and to the multitude of national agencies responsible for border control. Hence, IBM at present is limited to developing Frontex as a security force tasked with curbing irregular immigration at external borders[21], despite the will of Member States to promote greater integration in external border management and even to reorganise national bodies and agencies with responsibilities in the matter, as we shall see below. In our opinion, as soon as such integration is achieved, formulas could be devised to unify the various border agencies within a single body while also widening their powers beyond control of migratory flows to include policing matters, transborder cooperation and even human rights protection, in compliance with the provisions envisaged in the TEU, as an integrated system for external border management.

Code), *OJ*, L 188, of 12.07.2019.

[19] *See* arts. 18-23 Frontex Regulation. *See* Acosta Sanchez, M. A., "El Sistema Europeo de Vigilancia de Fronteras (EUROSUR): a vueltas con la participación del Reino Unido en Schengen. Sentencia del Tribunal de Justicia de la UE, de 8 de septiembre de 2015, España c. Parlamento y Consejo", *Revista General de Derecho Europeo,* 2016, no. 39.

[20] Regulation (EU) 2019/1240 of the European Parliament and of the Council of 20 June 2019 on the creation of a European network of immigration liaison officers, *OJ*, L 198, of 25.07.2019.

[21] *See* Moreno-Lax, V., *Accessing Asylum in Europe. Extraterritorial Border Controls and Refugee Rights under EU Law*, Oxford Studies of European Law, Oxford, 2017, pp. 13-45.

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 8, janvier-décembre 2020, pp. 121-144
DOI: http://dx.doi.org/10.25267/Paix_secur_int.2020.i8.05

II. INTEGRATED BORDER MANAGEMENT (IBM): MATERIAL CONTENT

IBM has only ever been defined in material terms[22]. As regards its content, in 2002 the Council described a minimum of five related elements, in which an emphasis on security was already evident[23]. These were:

a) A common corpus of legislation;

b) A common operational coordination and cooperation mechanism;

c) Common integrated risk analysis;

d) Personnel trained in the European dimension and inter-operational equipment;

e) Burden-sharing between Member States with a view to establishing a European corps of border guards.

Clarification of the material content finally came with the adoption of Regulation (EU) 2016/1624, creating the European Border and Coast Guard[24] and also, in art. 4, defining the components of IBM, which would require further legislative development. These elements have remained unchanged in the new Regulation (EU) 2019/1896 (Frontex Regulation), where art. 3 lists 12 components of integrated management:

a) Border control, including measures to prevent irregular immigration and illegal trafficking and combat terrorism, and mechanisms to identify persons wishing to apply for international protection. This would essentially be based on the Schengen Borders Code;

---

[22] De Bruycker, P., "The European Border and Coast Guard: a New Model built on an old logic", *European Papers*, 2016, vol. 1, pp. 559-569, on p. 563; Santos Vara, J., "La transformación de Frontex en la Agencia Europea de Guardias de Fronteras y Costas: ¿Hacia una centralización en la gestión de las fronteras?", *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 2018, no. 59, pp. 143-186, on pp. 149-152.

[23] *See* Doc. Council 10019/02, *Plan for the Management of the External Borders of the Member States of the European Union,* of 14.6.2002, pp. 29-30.

[24] Regulation (EU) 2016/1624 of the European Parliament and of the Council of 14 September 2016 on the European Border and Coast Guard and amending Regulation (EU) 2016/399 of the European Parliament and of the Council and repealing Regulation (EC) No 863/2007 of the European Parliament and of the Council, Council Regulation (EC) No 2007/2004 and Council Decision 2005/267/EC, *OJ*, L 251, of 16.09.2016. *See* Acosta Sanchez, M.A., "La nueva Guardia Europea de Fronteras y Costas: una necesaria evolución de FRONTEX", Instituto Español de Estudios Estratégicos, *Documento de Opinión* 108/2016, of 24.10.2016.

b) Search and rescue operations at sea, in accordance with Regulation (EU) 656/2014[25];

c) Analysis of the risks for internal security and external borders posed by migratory flows, pursuant to art. 29 of the Frontex Regulation;

d) Cooperation between Member States in relation to Frontex through information exchange, joint training and joint operational actions;

e) Inter-agency cooperation among the national authorities in each Member State responsible for border control, including authorities responsible for return and, where appropriate, protection of fundamental rights. This component, included for the first time in 2019, reinforces the shared nature of this policy and promotes a high degree of harmonisation between national agencies responsible for border control and management;

f) Cooperation with other relevant agencies, explicitly including the European External Action Service, the European Asylum Support Office (EASO), the EU Fundamental Rights Agency, Eurojust, Europol, the Satellite Centre, the European Maritime Safety Agency and the European Fisheries Control Agency (art. 68 of the Frontex Regulation);

g) Cooperation with third countries, especially in neighbouring countries and countries of origin and/or transit for illegal immigration, through arts. 71-77 of the Frontex Regulation[26];

h) Technical and operational measures in the Schengen area to tackle illegal immigration and cross-border crime;

i) Return of third-country nationals, in accordance with arts. 48-53 of the Frontex Regulation[27];

---

[25] Regulation (EU) No 656/2014 of the European Parliament and of the Council of 15 May 2014 establishing rules for the surveillance of the external sea borders in the context of operational cooperation coordinated by the European Agency for the Management of Operational Cooperation at the External Borders of the Member States of the European Union**,** *OJ***,** L 189, of 27.06.2014.

[26] *See* Hernandez I Sagrera, R., "Exporting EU Integrated Border Management beyond EU Borders: Modernization and Institutional Transformation in Exchange for more mobility?", *Cambridge Review of International Affairs*, 2014, no. 27, pp. 167-183. *See* also Doc. COM (2016) 385 final, *on establishing a new Partnership Framework with third countries under the European Agenda on Migration*, of 09.06.016.

[27] *See* Directive 2008/115/EC of the European Parliament and of the Council of 16 December 2008 on common standards and procedures in Member States for returning illegally staying third-country nationals, *OJ,* L 348, of 24.12.2008.

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 8, janvier-décembre 2020, pp. 121-144
DOI: http://dx.doi.org/10.25267/Paix_secur_int.2020.i8.05

j) Use of state-of-the-art technology, including large-scale information systems[28];

k) A quality control mechanism at national and European level to ensure implementation of EU legislation in the area of border management and enhance consistency and harmonisation between national bodies[29];

l) Solidarity mechanisms, in particular Union funding instruments, pursuant to art. 80 TFEU[30].

Thus, as De Bruycker has observed, IBM does not refer solely to where to control borders, but also to the function and purpose of such control[31]. The components listed in art. 3 are further specified in the functions assigned to Frontex in art. 10, while the overall mission described in art. 1 of the Frontex Regulation indicates that the European Border and Coast Guard shall be responsible for the integrated management of external borders[32]. This further emphasises the security aspect of IBM that we have been highlighting,

[28] *See* Regulation (EU) No 1077/2011 of the European Parliament and of the Council of 25 October 2011 establishing a European Agency for the operational management of large-scale IT systems in the area of freedom, security and justice, *OJ*, L 286, of 01.11.2011. *See* also Regulation (EU) 2017/2225 of the European Parliament and of the Council of 30 November 2017 amending Regulation (EU) 2016/399 as regards the use of the Entry/Exit System; and Regulation (EU) 2017/2226 of the European Parliament and of the Council of 30 November 2017 establishing an Entry/Exit System (EES) to register entry and exit data and refusal of entry data of third-country nationals crossing the external borders of the Member States and determining the conditions for access to the EES for law enforcement purposes, and amending the Convention implementing the Schengen Agreement and Regulations (EC) No 767/2008 and (EU) No 1077/2011, *OJ*, L 327, of 09.12.2017.

[29] *See* art. 33 Frontex Regulation.

[30] *See* Regulation (EU) No 513/2014 of the European Parliament and of the Council of 16 April 2014 establishing, as part of the Internal Security Fund, the instrument for financial support for police cooperation, preventing and combating crime, and crisis management and repealing Council Decision 2007/125/JHA; and Regulation (EU) No 515/2014 of the European Parliament and of the Council of 16 April 2014 establishing, as part of the Internal Security Fund, the instrument for financial support for external borders and visa and repealing Decision No 574/2007/EC**,** *OJ,* L 150, of 20.05.2014.

[31] De Bruycker, P., *loc. cit.,* p. 563.

[32] I do not share Rijpma's view that the integrating elements of IBM do not agree with the proper functions of Frontex as stated by Regulation (EU) No 1624/2016. *See* Rijpma, J.J. "The proposal for a European Border and Coast Guard: evolution or revolution in external border management?" Study for the LIBE Committee of the European Parliament, 2016, p. 14.

focusing it solely and exclusively on (irregular) immigration control. In turn, this distances IBM from tasks related to internal security, appearing to obviate the pressing need to synthesise European domestic and external security strategies in order to endow the EU with an integrated, global capacity.

However, one novelty in the new regulation was Parliament's introduction, during adoption of Regulation (EU) 2019/1896, of a second paragraph in art. 3, which reads as follows[33]:

> Fundamental rights, education and training, as well as research and innovation shall be overarching components in the implementation of European integrated border management.

This appears to represent the first step towards a possible widening of the scope of integrated management, albeit this would be subject to legislative development requiring the essential participation of Member States.

III. IN SEARCH OF A FORMAL DEFINITION OF INTEGRATED BORDER MANAGEMENT (IBM)

In our opinion, no clear definition yet exists of "Integrated Management of External Borders"; instead, such management has only been described in material terms that do not consider the element of integration pursued by the various agents involved[34]. As noted previously, in 2002 the Commission[35] indicated that external border management entailed a series of actions carried out by the public authorities of Member States with responsibility for border control. In 2008, the first reference to externalisation was included in relation to a combination of migratory flow control mechanisms, especially

---

[33] *See* Doc. Council 8498/19, *Outcome of the European Parliament's first reading and Corrigendum procedure*, of 23.10.2019.

[34] *See* De Bruycker, P., *loc. cit.*, p. 563; Santos Vara, J., *loc. cit.*, pp. 149-152. According to Rijpma, citing A. Hills ("The Rationalities of European Border Security", *European Security*, 2006, no. 15, pp. 67-88, on p. 69), "external borders management" means "the processes and procedures associated with border checks, which take place at authorised crossing points, including airports, and border surveillance, which is carried out on the so-called green (land) borders between authorised crossing points and along the blue (sea) borders". To this definition could be added sea and air borders. *See* Rijpma, J.J., *loc. cit.*, p. 121.

[35] Doc. COM (2002) 233, *Towards integrated management of the external borders of the member states of the European Union*, of 07.05.2002, p. 23.

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 8, janvier-décembre 2020, pp. 121-144
DOI: http://dx.doi.org/10.25267/Paix_secur_int.2020.i8.05

as regards cooperation with third States[36]. The development and complexity of border control, essentially triggered by the migrant crisis, have prompted a reformulation of the concept. Thus, in 2015, the Commission noted that IBM goes beyond border control at external borders to include measures in third States —States of migrant origin and transit— and Member States in the Schengen Area, in particular as regards the return of irregular migrants. To this must be added other elements such as rigorous risk analysis by means of Eurosur, enhancing cooperation between EU agencies[37] and use of state-of-the-art technology[38].

However, at no time has the word "integrated" been analysed[39] as an essential element in external border management. In fact, a solution is still pending to the complexities involved in the existence of multiple national units with responsibility for crisis management and the simultaneous need to ensure consistency and coordination not only between these but also at European level[40].

---

[36] "The concept of an integrated border management involves combining control mechanisms and the use of tools based on the flows of persons towards and into the EU. It involves measures taken at the consulates of Member States in third countries, measures in cooperation with neighbouring third countries, measures at the border itself, and measures taken within the Schengen area". *See* Doc. COM (2008) 69, *Preparing the next steps in border management in the European Union*, of 13.02.2008, p. 3.

[37] *See* Franco-Garcia, M.A., "El alcance de la cooperación entre las agencias de la Unión Europea implicadas en seguridad", *Revista General de Derecho Europeo*, 2018, no. 44, pp. 13-54; Pi Llorens, M., "El nuevo mapa de las agencias europeas del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia", *Revista de Derecho Comunitario Europeo,* 2017, no. 56, pp. 77-117.

[38] Doc. COM (2015) 673 final, *A European Border and Coast Guard and Effective Management of Europe's External Borders*, of 15.12.2015, p. 4.

[39] According to the Royal Spanish Academy (Spanish initials: RAE), the Spanish word for "integrate" (*integrar*) means completing a whole with the missing parts (1st meaning), or joining or merging two or more separate concepts, schools of thought, etc., into a single one that synthesises them (5th meaning). The EU's recent desire to adopt integrated policies is also evidenced in its Integrated Maritime Policy (IMP). *See* Gonzalez Garcia, I., Acosta Sanchez, M.A., "La difícil aplicación de la Estrategia Marina europea y la protección del medio marino en la Bahía de Algeciras/Gibraltar", *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 2013, no. 25.

[40] Thus, in the context of maritime borders, the Commission stated "There are currently more than 300 civilian and military authorities in the Member States responsible for carrying out coastguard functions in a wide range of areas such as maritime safety, security, search and rescue, border control, fisheries control, customs control, general law enforcement and

The literature[41] identifies up to three levels of integration in the area of border management, which we believe would be consecutive over time.

The first level, at which the origins of IBM itself are located, is reflected in the area of the Common Foreign and Security Policy (CFSP) / Common Security and Defense Policy (CSDP), most particularly in actions aimed security sector reform leading to the creation of civilian and military capacities for monitoring, mentoring, assessing and training, among other matters related to the police, the rule of law, border management and the fight against terrorism. These operations are carried out in third States and involve the participation of several European agencies such as Frontex, Europol, Eurojust and the EU Fundamental Rights Agency[42].

The second level focuses on the EU and contains a marked security element, especially following 11-S. It entails the development of particular security agencies for the purposes of harmonising operation at European level, especially in the field of information exchange. In this case, Europol and Eurojust are the primary agencies involved, followed by Frontex[43].

The third and final level entails the creation of an EU police force, initially called the *European Coast Guard Service*[44]. This service draws together a series

environmental protection". *See* Doc. COM (2015) 673 final, *A European Border and Coast Guard and Effective Management of Europe's External Borders*, of 15.12.2015, p. 7.

[41] Hobbing, P., *loc. cit.,* p. 7; Hokovsky, R., *loc. cit.*, pp. 48-50; Marenin, O., *loc. cit.*, pp. 17-19; Moreno-Lax, V., *Accessing Asylum in Europe…cit*, pp. 17-23. These authors already evidence the problems of integration due to the multitude of national agencies with border responsibilities.

[42] For example, EUSEC RD CONGO and EU SSR Guinea Bissau, EUBAM Libya, EUBAM Moldova and Ukraine and EUBAM Rafah. *See* Doc. Council 13998/16, *Council Conclusions on EU – wide Strategic Framework to support Security Sector Reform (SSR)*, of 14.11.2016.

[43] The proposals envisaged at this level included strengthening and standardising European border control; assisting candidate countries; preventing illegal immigration and other forms of cross-border crime; providing standardised training courses; creating a European training institute for the prevention and control of illegal immigration; and issuing a Common Manual on checks at external borders, etc. *See* Doc. Council 14570/01, *European Management Concept on Border Control*, of 27.11.2001.

[44] *See* Doc. de l'Assemblée de l'UEO, no. 1920, *La surveillance de l'espace maritime et des zones côtières dans les pays européens,* of 06.12.2005; Doc. De l'Assemblée de l'UEO, no. 1929, *Les aspects civils de la PESD-Réponse au rapport annuel du Conseil*, of 16.05.2006. *See* Directive 2005/35/EC of the European Parliament and of the Council of 7 September 2005 on ship-source pollution and on the introduction of penalties for infringements, *OJ*, L 255, of 30.09.2005, pp. 11-21; *Global Approach to Migration: Priority Actions focusing on Africa and the Mediterranean,* Annex I, Presidency

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 8, janvier-décembre 2020, pp. 121-144
DOI: http://dx.doi.org/10.25267/Paix_secur_int.2020.i8.05

of technical means and missions, as well as the necessary changes in Member States' legislation and regulations. It is primarily aimed at the rescue of persons and assistance with goods, surveillance and policing of maritime fishing, but also includes other functions related to public order and security in the broad sense, such as the fight against drug trafficking, irregular immigration and terrorism[45]. Since 2004, the creation and subsequent reform of Frontex have initially involved two elements of interest. First, it has been necessary to adapt Frontex —by means of reform— in order to tackle the refugee crisis and protect fundamental rights, clearly evidencing the lack of a long-term vision. Second, its main function, integrated border management, continues to be a shared competence between Member States, which heightens the complexity entailed in border management at all levels.

Thus, two management models can be distinguished: one concerns the integration of all border control functions within a single unit (the EU via Frontex) while the other concerns effective cooperation and coordination between all units with border control responsibilities (Member States via their national agencies)[46]. The present parallel existence of these two models further complicates the situation, although the adoption of the new Frontex Regulation (EU) 2019/1896 has regulated two questions of the highest

Conclusions, European Council, Brussels, December 2005.

[45] Even as far back as 2006, the creation of a permanent *Mediterranean Coastal Patrol Network* (MEDSEA) was foreseen, created and managed by Frontex and the Member States involved. This network would enable Member States to coordinate their coastal patrols, share their civilian and military resources and exchange strategic and tactical information in real time. Third countries would be allowed to participate in this network. *See* Doc. Council 11490/1/03 REV 1, *Etude de faisabilité relative au contrôle des frontières maritimes de l'UE – Rapport final*, of 19.09.2003; Doc. COM (2006) 275, *Green Paper - Towards a future Maritime Policy for the Union: a European vision for the oceans and seas*, of 07.06.2006; *Reinforcing the Southern External Maritime Borders,* Council Conclusions, of 05-06.10.2006 (Doc. Council 13068/06, of 06.10.2006); Doc. Council 12049/06 EXT 1, *Frontex feasibility Study on Mediterranean Coastal Patrols Network – MEDSEA, of 20.11.2006*; and Doc. COM (2006) 733, *Reinforcing the management of the European Union's Southern Maritime Borders*, of 30.11.2006. The first step was achieved in May 2007 with the creation of a *European Patrols Network* (ENP), which through multilateral cooperation between some Member States (Cyprus, Slovenia, Spain, France, Greece, Italy, Malta and Portugal) sought to combat illegal immigration at the EU's southern maritime borders through joint operations. *See* MEMO/07/203, of 24.05.2007.

[46] *See The Stockholm Programme — An open and secure Europe serving and protecting citizens*, *OJ*, C 115, of 04.05.2010, par. 5.1. Also Duez, D., *loc. cit.*, pp. 51-66.

interest, namely the fluid exchange of information and continuous training for border agents.

Arts. 11-17 of the Frontex Regulation establish that Frontex and the national authorities responsible for border management have a duty to act in good faith and exchange all necessary information in a timely and accurate manner. In order to facilitate this exchange, Member States should appoint a National Contact Point, as well as national liaison officers at the Frontex headquarters. In addition, the integration of *Eurosur* in Frontex (arts. 18-28 of the Frontex Regulation) extends the latter's scope of operation and action to encompass all aspects of integrated management of external borders. Thus, Eurosur is to be used for border control and integrated management, improving operational cooperation and information exchange with third countries.

Training has been regulated with the necessary participation of Member States. In coordination with national training institutions and, where applicable, the European Asylum Support Office (EASO), the EU Fundamental Rights Agency (FRA), the EU Agency for the Operational Management of Large-Scale IT Systems in the Area of Freedom, Security and Justice (EU-LISA) and the EU Agency for Law Enforcement Training (CEPOL), Frontex shall develop training tools specific to its functions and responsibilities, including those relating to the protection of children and other vulnerable persons[47]. Such training shall employ a common core curricula, based on the values enshrined in the Treaties, and shall be consistent with national training cultures.

This training shall be delivered in national centres or centres associated with Frontex in the Member States, and the possibility of creating a dedicated training centre is also envisaged. In addition, Frontex shall establish a good practices exchange programme for border guards from the Member States

[47] According to art. 62 of the Frontex Regulation, all statutory staff to be deployed as members of the teams shall receive adequate training in relevant Union and international law, including on fundamental rights, access to international protection, guidelines for the purpose of identifying persons seeking protection and directing them towards the appropriate procedures, guidelines for addressing the special needs of children, including unaccompanied minors, victims of trafficking in human beings, persons in need of urgent medical assistance and other particularly vulnerable persons, and, where it is intended that they participate in sea operations, search and rescue. The Agency shall establish and further develop an internal quality control mechanism to ensure a high level of training, expertise and professionalism of statutory staff.

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 8, janvier-décembre 2020, pp. 121-144
DOI: http://dx.doi.org/10.25267/Paix_secur_int.2020.i8.05

and may also organise training activities in cooperation with Member States and third countries on their territory.

This legal framework regarding information exchange and training is seen as an important step towards achieving consistent results in border management by Member States. Ultimately, however, everything will depend on the Member States and their effective commitment to the constitutive principles of European integration.

In sum, integrated border management could be defined as **an instrument that, in accordance with common and coordinated parameters, is aimed at integrating a series of activities relating to control and surveillance by the public authorities of Member States in order to ensure external border security in full compliance with Community and international legislation**. These parameters shall be agreed between Frontex and Member States, and shall form part of the border guard training plans. This is thus a proposal for progressive, integrated management which will initially require a consistent approach to management at national level before subsequently endowing Frontex with greater —perhaps even executive— powers. However, this does not resolve the present situation, dominated by the role of Member States and their complex internal structure for border management.

Arts. 4.2 TEU and 72 TFEU are very clear as regards the national sovereignty of States[48], and any internal modification of the same shall require the approval of the bodies that represent national sovereignty. This summons up a picture of a distant and possibly uncertain future in an EU with 27/28 States in which some of them retain a traditional separation of responsibilities between border units[49]. Hence, the present situation suggests that the most viable option would be coordination between the various national units, with Frontex acting as a point of reference. The possibility of unification under a

[48] Art. 4.2 TEU states that "The Union shall respect the equality of Member States before the Treaties as well as their national identities, inherent in their fundamental structures, political and constitutional, inclusive of regional and local self-government. It shall respect their essential State functions, including ensuring the territorial integrity of the State, maintaining law and order and safeguarding national security", while art. 72 TFEU states that the Area of Freedom, Security and Justice "…shall not affect the exercise of the responsibilities incumbent upon Member States with regard to the maintenance of law and order and the safeguarding of internal security".

[49] In Spain, this would include the Civil Guard, the National Police Corps, the Customs Surveillance Service and the Armed Forces.

supranational body does not appear to be feasible, at least in the medium term, although the provisions of the Frontex Regulation would seem to facilitate a very embryonic step in that direction.

Furthermore, in the revised Frontex Regulation, arts. 13 and 19 of the previous 2016 regulation have remained unchanged in the present arts. 32 (vulnerability assessment) and 42 (Situation at external borders requiring urgent action), respectively. In both cases, in situations of extreme urgency it will be possible for the Council, following a proposal from the Commission, to adopt an implementing act requiring full cooperation from the Member State concerned. This represents an important step forwards as regards overcoming the system of shared competences in this field. Thus, the Member States' approval of the new Frontex Regulation evidences a clear political will to unify criteria, and this may well sow the seeds of a common policy in external border management that will prove vital to tackle the present crises.

IV. TOWARDS AN IBM STRATEGY

The migrant crisis —especially since 2015— and the limited impact of Frontex actions seem to have prompted the reactivation of IBM[50]. Thus, in March 2018[51], a plan was launched to adopt an IBM Strategy, highlighting the principle unifying elements. These are intended to strengthen solidarity and joint integrated action between Member States and the EU, making use of all available means and capabilities. In our opinion, this latter could even involve recourse to military means[52].

---

[50] Del Valle Galvez, A., *loc. cit*., pp. 102-103.

[51] *See* Annex 6 Doc. COM (2018) 250, *Progress report on the implementation of the European Agenda on Migration,* of 14.03.2018. *See* also Doc. COM (2017) 467 final, *on the operationalisation of the European Border and Coast Guard*, of 06.09.2017; Doc. Council 9000/18, *Draft Council Conclusions on European Integrated Border Management (EUIBM)*, of 28.05.2018, which envisages cooperation between the Commission and Member States, taking into account the eleven strategic elements included in art. 4 Regulation (EU) No 656/2104 (current art. 3 Frontex Regulation). Lastly, *see* European Parliament Resolution of 30 May 2018 *on the Annual Report on the functioning of the Schengen area* (A8-0160/18).

[52] *See*, Acosta Sánchez, M.A., "Sobre la seguridad marítima y el uso de fuerzas navales europeas frente al reto de la inmigración", in Sobrino Heredia, J.M., Oanta, G.A. (coords.), *La construcción jurídica de un espacio marítimo común europeo*, Bosch Editor, Barcelona, 2020, pp. 695-713.

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 8, janvier-décembre 2020, pp. 121-144
DOI: http://dx.doi.org/10.25267/Paix_secur_int.2020.i8.05

This March 2018 plan indicates a number of fundamental principles: i) inter-agency cooperation at European and national level, in order to facilitate effectively integrated joint action; ii) cooperation between Frontex and national authorities, especially as regards pooling of resources and information exchange; iii) the development of Frontex capabilities to ensure situational awareness; iv) full observance at all times of fundamental rights, especially as regards vulnerable people and the principle of non-refoulement; and v) satisfactory training and professional capacity of the authorities responsible for border control and surveillance.

The strategy should also act in full coordination with national internal border measures in order to ensure greater integration. In sum, the strategy would provide advance knowledge of all the means available, present risks and how to apply these means in response to a crisis situation, in order to achieve a global, integrated and more effective response.

With this aim in view, the European Commission took advantage of the proposal for a new Frontex Regulation to incorporate this strategy as part of the new agency. Consequently, as we have seen, the new Regulation introduces legislation on training and information exchange in addition to integrating *Eurosur* in Frontex. Also, it envisages improving capabilities through the creation of a permanent corps formed of 10,000 units (arts. 54-60), urgent actions at external borders in response to critical situations (art. 42), control by the Court of Justice (art. 98) and improved cooperation with other agencies in Member States, the EU and third States (arts. 68-78).

Nonetheless, the most striking content with regard to an IBM strategy is that contained in arts. 8-9 of the Regulation. Art. 8 details the definition and implementation of a "multiannual strategic policy cycle for European integrated border management". Based on a strategic risk analysis[53], the European Commission shall adopt a communication on strategic policy following discussion with the Council and Parliament. With a duration of five years, this multiannual strategic policy shall establish how to address border management and return challenges in a coherent, integrated and systematic

[53] Every two years, the Agency, in close consultation with the Member States, shall prepare a strategic risk analysis for European integrated border management (art. 29.2). This analysis will collect data derived from migration flows to and within the Union, in terms of migration trends, volumes and routes, and other trends or possible challenges at the external borders and in terms of return.

manner, identify policy priorities and provide strategic guidelines. The policy shall be implemented in parallel with the adoption of consistent strategies at national level.

Based on this strategic policy, the new Frontex Regulation establishes an integrated planning process for border and return management on three parallel and complementary levels. Thus, there is an *operational* planning process aimed at identifying critical, high impact border areas; *contingency* processes describing all measures and resources necessary for possible reinforcement of capacities, including logistics and support at national and Frontex level; and *capability development plans* describing medium- and long-term development of national capabilities[54].

This strategic policy will establish long-term planning with clearly marked goals, available means and required improvements, in full cooperation with Member States. In this case, mutual trust between the EU and its Member States embodied in the fluid exchange of all relevant information is of the utmost importance, together with the clear commitment of Member States to develop their internal border infrastructures.

V. FINAL IDEAS

A series of final ideas can be drawn from the present study.

The lack of a formal definition of IBM hinders identification of the model of integration proposed for European institutions. The present existence of two models —the creation of Frontex versus the present situation of multiple national border agencies— impedes a long-term vision of IBM. In our opinion, integration in the short and medium term will require protocols of action between national agencies, where Frontex acts as a regulatory, training and even advisory mechanism. In the long term, bearing in mind the sovereignty of Member States and an inescapably shared competence, greater integration could be achieved by means of gradual transfer of border responsibilities. This latter could also be reinforced and even accelerated by the provisions of the new Frontex Regulation with respect to the possibility of adopting

[54] It is very interesting to note that these capability development plans adopt the same direction as capability development in the EU's Common Security and Defence Policy (CSDP). This tends to unify criteria and procedures for improvement at all levels, and in all internal and external dimensions of security.

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 8, janvier-décembre 2020, pp. 121-144
DOI: http://dx.doi.org/10.25267/Paix_secur_int.2020.i8.05

implementing acts that oblige the Member States concerned to take specific measures at external borders, thus transcending the traditional separation of competences between responsibility for border management (Member States) and policy development and legislation on border control and surveillance (EU), as indicated in art. 7 of the new Frontex Regulation.

Furthermore, this must be translated into a multiannual strategic policy for Frontex, in order to determine, in cooperation with Member States, the existing risks, the means and capacities available and the unified action to take to combat cross-border crime, because it is criminal groups who are truly behind continuous irregular migration flows.

In addition, consolidation of IBM will also require legislative development of its material component, consistent with national laws and transcending an exclusively security approach. In this latter case, the inclusion of art. 3.2 in the new Frontex Regulation, where fundamental rights, education, training, research and innovation figure among the general components of IBM, suggests an enlarged scope for this latter. Hence, IBM is moving beyond the control of migration routes and towards the future constitution of an *Integrated System*, as reflected in the TFEU itself.

Lastly, within this integrated system, border control and management should be combined with other, clearly defined measures: a contribution to land border control, including in third States through economic and political support; increased cross-border cooperation wherever feasible in accordance with the existing security situation; scrupulous respect for human rights in the treatment of immigrants; and the contribution of all available policies, whether internal or external, in order to provide a global response to existing risks[55].

[55] A. del Valle even proposes the creation of a new *external borders policy*, encompassing a European border model with extraterritorial measures and units of externalisation of the management and control of migratory flows. *See* Del Valle Galvez, A., "La fragilidad de los Derechos Humanos en las fronteras exteriores europeas y la externalización/extraterritorialidad de los controles migratorios", *Anuario de los Cursos de Derechos Humanos de Donostia-San Sebastián,* Vol. XVIII, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 25-57, on pp. 54-57.

BIBLIOGRAPHICAL REFERENCES

ACOSTA SÁNCHEZ, M.A., "El Sistema Europeo de Vigilancia de Fronteras (EUROSUR): a vueltas con la participación del Reino Unido en Schengen. Sentencia del Tribunal de Justicia de la UE, de 8 de septiembre de 2015, España c. Parlamento y Consejo", *Revista General de Derecho Europeo,* 2016, no. 39.

ACOSTA SÁNCHEZ, M.A., "La nueva Guardia Europea de Fronteras y Costas: una necesaria evolución de FRONTEX", Instituto Español de Estudios Estratégicos, *Documento de Opinión* 108/2016, of 24.10.2016.

ACOSTA SÁNCHEZ, M. A., "Sobre el concepto de Gestión Integrada de Fronteras Exteriores Europeas", *Working Papers on European Migration Law*, ISSN 2531-4009, 2019, No. 8, Osservatorio sul diritto europeo dell'immigrazione, Pisa (http://migration.jus.unipi.it/publications/working-papers).

ACOSTA SÁNCHEZ, M.A., "Reglamento 2019/1896/UE sobre la guardia europea de fronteras y costas: ¿Frontex 3.0?", IEEE, *Documento de Opinión* 111/2019, de 02.12.2019.

ACOSTA SÁNCHEZ, M.A., "Sobre la seguridad marítima y el uso de fuerzas navales europeas frente al reto de la inmigración", in Sobrino Heredia, J.M., Oanta, G.A. (coords.), *La construcción jurídica de un espacio marítimo común europeo*, Bosch Editor, Barcelona, 2020, pp. 695-713.

CARRERA, S., "The EU border management strategy: Frontex and the challenges of irregular immigration in the Canary Islands", CEPS, *WD*, no. 261, March 2007.

DE BRUYCKER, P., "The European Border and Coast Guard: a New Model built on an old logic", *European Papers*, 2016, vol. 1, pp. 559-569.

DEL VALLE GÁLVEZ, A., "Europa como espacio de libertad, seguridad y justicia. Las previsiones del Tratado Constitucional", in BOU FRANCH, V., CERVERA, Mª (Coord.), *El derecho de la Unión Europea: 20 años después de la adhesión de España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pp. 143-178.

DEL VALLE GÁLVEZ, A., "Inmigración, Extranjería y Fronteras en la UE: cinco problemas conceptuales", in *Las Fronteras Exteriores de la UE e Inmigración a España: Relaciones Internacionales y Derecho*, AEPDIRI-Escuela Diplomática, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pp. 43-80.

DEL VALLE GÁLVEZ, A., "Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia y Tratado de Lisboa", in PEREZ DE NANCLARES, J. (Coord.), *El Tratado de Lisboa: la salida*

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 8, janvier-décembre 2020, pp. 121-144
DOI: http://dx.doi.org/10.25267/Paix_secur_int.2020.i8.05

de la crisis constitucional, Jornadas de la AEPDIRI, Madrid, 17 y 18 de diciembre de 2007, Iustel, Madrid, 2008, pp. 417-435.

DEL VALLE GÁLVEZ, A., "Refugiados y crisis migratorias: fronteras y desterritorialización en las puertas de Europa", in Ripol Carulla, S. (Dir.), *Inmigración, Derecho y Empresa*, Ed. Marcial Pons, Barcelona, 2019, pp. 85-112.

DEL VALLE GÁLVEZ, A., "La fragilidad de los Derechos Humanos en las fronteras exteriores europeas y la externalización/extraterritorialidad de los controles migratorios", *Anuario de los Cursos de Derechos Humanos de Donostia-San Sebastián,* Vol. XVIII, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 25-57, on pp. 54-57.

DUEZ, D., "A Community of Borders, Borders of the Community: The EU's Integrated Border Management Strategy", in VALLET, E. (ed.), *Borders, Fences and Walls. State of Insecurity?*, Ashgate, Farnham, 2014, pp. 51-66.

FRANCO-GARCIA, M.A., "El alcance de la cooperación entre las agencias de la Unión Europea implicadas en seguridad", *Revista General de Derecho Europeo*, 2018, no. 44, pp. 13-54.

GONZÁLEZ GARCIA, I., ACOSTA SÁNCHEZ, M.A., "La difícil aplicación de la Estrategia Marina europea y la protección del medio marino en la Bahía de Algeciras/Gibraltar", *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 2013, no. 25.

HERNÁNDEZ I SAGRERA, R., "Exporting EU Integrated Border Management beyond EU Borders: Modernization and Institutional Transformation in Exchange for more mobility?", *Cambridge Review of International Affairs*, 2014, no. 27, pp. 167-183.

HOBBING, P., "Integrated border management at the EU level", *CEPS WD* no. 227 / August 2005.

HOKOVSKY, R., "The Concept of Border Security in the Schengen Area", *Central European Journal of International and Security Studies,* 2016, no. 2, pp. 72-93, on p. 72.

MARENIN, O., "Challenges for Integrated Border Management in the European Union", Geneva Centre for the Democratic Control of Armed Forces (DCAF), *Occasional Paper*, 2010, no. 17, pp. 65-67.

MONAR, J., "The EU's Integrated Management of External Borders", in DE BARBELEBEN, J. (ed.), *Soft and Hard Borders: Managing the Divided in an Enlarged Europe*, Aldershot, Ashgate, 2005.

MONAR, J., "The External Shield of the Area of Freedom, Security and Justice: Progress and Deficits of the Integrated Management of External EU Borders",

in Zwaan, K., Goodppel, F. (eds.), *Freedom, Security and Justice in the EU*, Asser, The Hague, 2006, pp. 73-88.

MORENO-LAX, V., *Accessing Asylum in Europe. Extraterritorial Border Controls and Refugee Rights under EU Law*, Oxford Studies of European Law, Oxford, 2017, pp. 13-45.

PI LLORENS, M., "El nuevo mapa de las agencias europeas del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia", *Revista de Derecho Comunitario Europeo,* 2017, no. 56, pp. 77-117.

RIJPMA, J.J., "EU Border Management after the Lisbon Treaty", *Croatian Yearbook of European Law & Policy*, 2009, no. 5, pp. 121-149.

RIJPMA, J.J. "The proposal for a European Border and Coast Guard: evolution or revolution in external border management?" Study for the LIBE Committee of the European Parliament, 2016, p. 14.

SANTOS VARA, J., "La transformación de Frontex en la Agencia Europea de Guardias de Fronteras y Costas: ¿Hacia una centralización en la gestión de las fronteras?", *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 2018, no. 59, pp. 143-186.

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 8, janvier-décembre 2020, pp. 121-144
DOI: http://dx.doi.org/10.25267/Paix_secur_int.2020.i8.05

PAIX ET SÉCURITÉ INTERNATIONALES
Journal of International Law and International Relations
Num 8, janvier-décembre 2020 | ISSN 2341-0868
DOI http://dx.doi.org/10.25267/Paix_secur_int.2020.i8.06

Citation: AVELLO MARTÍNEZ, M. : "Human Rights and Gender Aspects in United Nations Peacekeeping Operation Mandates: How did they sneak in?", *Paix et Sécurité Internationales*, num. 8, 2020, pp. 145-183.

Received: 6 May 2020.
Accepted: 24 June 2020.

HUMAN RIGHTS AND GENDER ASPECTS IN UNITED NATIONS PEACEKEEPING OPERATIONS MANDATES: HOW DID THEY SNEAK IN?

María AVELLO MARTÍNEZ[1]

I.INTRODUCTION – II. MANDATES OF FINISHED UN PEACEKEEPING OPERATIONS BETWEEN 1995 AND 2018: HUMAN RIGHTS AND GENDER GAINING ACCEPTANCE – III. THE ONGOING PEACEKEEPING OPERATIONS AND THEIR INCLUSIVE MANDATES – IV. CONCLUSION

ABSTRACT: Human rights and gender issues within the framework of Women, Peace and Security Agenda have been introduced into the UN peacekeeping operations in different ways. Taking into account that these operations have not been foreseen in the San Francisco Charter, this article intends to reflect on the evolution of both aspects in the UN Security Council resolutions that contain the UN peace operations mandates. They are the ADN of the peace operations as legal basis of their deployment and include the objectives to be accomplished. In the actual multidimensional operations, human rights and gender related objectives have evolved to become a relevant part of peacekeeping mandates though their interaction is not always clear and their implementation under the protection of civilians' umbrella could be compromised.

KEY WORDS: human rights, gender, peacekeeping operations, mandates, UN Security Council resolutions, protection of civilians.

LOS DERECHOS HUMANOS Y LAS CUESTIONES DE GÉNERO EN LOS MANDATOS DE LAS OPERACIONES DE MANTENIMIENTO DE LA PAZ DE LAS NACIONES UNIDAS: ¿DE QUÉ FORMA SE INTRODUJERON?

RESUMEN: Las cuestiones de derechos humanos y de género en el marco de la Agenda de Mujeres, Paz y Seguridad se han introducido en las operaciones de mantenimiento de la paz de las Naciones Unidas de diferentes maneras. Teniendo en cuenta que estas operaciones no se han previsto en la Carta de San Francisco, este artículo pretende reflexionar sobre la evolución de ambos aspectos en las resoluciones del Consejo de Seguridad que contienen los mandatos de las operaciones de paz de la ONU. Son el ADN de estas operaciones, la base legal de su despliegue e incluyen los objetivos a

[1] PhD International Law. Assistant professor (Profesora Asociada) of International Law and International Relations, University of Oviedo., Spain

cumplir. En las operaciones multidimensionales reales, los objetivos relacionados con los derechos humanos y el género han evolucionado para convertirse en una parte relevante de los mandatos de mantenimiento de la paz, aunque su interacción no siempre es clara y su implementación bajo la protección del paraguas de los civiles podría verse comprometida.

PALABRAS CLAVE: derechos humanos, género, operaciones de mantenimiento de la paz, mandatos, resoluciones del Consejo de Seguridad, protección de civiles.

LES DROITS DE L'HOMME ET LES QUESTIONS DE GENRE DANS LES MANDATS DES OPÉRATIONS DE MAINTIEN DE LA PAIX DES NATIONS UNIES: ¿COMMENT ONT-ILS ÉTÉ INTÉGRÉS ?

RESUMÉ: Les questions relatives aux droits de l'homme et à l'égalité des sexes dans le cadre du Programme pour les Femmes, la Paix et la Sécurité ont été introduites de différentes manières dans les opérations de maintien de la paix des Nations Unies. Compte tenu du fait que ces opérations n'ont pas été prévues dans la Charte de San Francisco, cet article vise à réfléchir sur l'évolution des deux aspects dans les résolutions du Conseil de sécurité qui contiennent les mandats des opérations de maintien de la paix des Nations Unies. Ils sont l'ADN de ces opérations, la base juridique de leur déploiement et ils incluent les objectifs à atteindre. Dans de véritables opérations multidimensionnelles, les objectifs relatifs aux droits de l'homme et à l'égalité des sexes ont évolué pour devenir un élément pertinent des mandats de maintien de la paix, bien que leur interaction ne soit pas toujours claire et leur mise en œuvre sous la protection des civils pourraient être compromis.

MOTS CLÉ: droits de l'homme, genre, opérations de maintien de la paix, mandats, résolutions du Conseil de Sécurité, protection des civils.

I. INTRODUCTION

Peacekeeping operations have been evolving along the last decades, especially from the end of the last XX century to become multidimensional operations. It has been a response to the new challenges of the present conflicts, where border or cease-fire monitoring are not enough to guarantee sustainable end of the conflict and ultimately, peace. Human rights[2], and

[2] There has been an evolution in peacekeeping to integrate human rights and gender related issues in these operations, that can be traced in following United Nations documents: S/1998/318: Secretary-General on the "Causes of Conflict and the Promotion of Durable Peace and Sustainable Development in Africa", 13 April 1998, par. 50; *An Agenda for Peace*, A/47/277-S/24111, 17 June 1992; the *Vienna Declaration and Programme of Action*, 25 June 1993; Brahimi Report, A/55/305–S/2000/809, 21 August 2000, pars. 18, 41; A/59/2005, *In larger freedom: towards development, security and human rights for all*, 21 March 2005; DPKO, United Nations Peacekeeping Operations/Department of Field Support. "United Nations Peacekeeping Operations. Principles and Guidelines", New York, 2008; Ban-Ki-Moon, UN Secretary General, Human *Rights Up Front Initiative*, New York, 2014; A/70/95–S/2015/446, Comprehensive review of the whole question of peacekeeping operations in all their aspects, 17 June 2015; A/RES/70/262 y S/RES/2282: Review of the United Nations peacebuilding architecture, 12 May 2016.

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 8, janvier-décembre 2020, pp. 145-183
DOI: http://dx.doi.org/10.25267/Paix_secur_int.2020.i8.07

gender issues, framed in the "Women, Peace and Security Agenda" have been incorporated to the objectives of the peacekeeping operations, acting mostly on Chapter VII mandates.

However, and despite of the common rhetoric that places human rights and gender issues at the core of sustainable peace[3], not much attention has been paid to the way these two issues have been included in the peacekeeping operations mandates[4]. They are the legal and political basis that allow the development and implementation of the agreed objectives of each peacekeeping operation. Lately, their large scope has been noticed by both UN relevant actors, such as the Secretary General Antonio Guterres, referring to them as *Christmas trees* and the need to shrink them and make them more adjusted to the field realities. Also, scholars have wondered if this era of multidimensional peacekeeping with multi-faceted and multi-tasked peacekeeping operations is approaching the end[5].

This article intends to explore and analyze how the promotion and protection of human rights and also gender related issues in the framework of the "Women, Peace and Security Agenda" from the Security Council have been incorporated into the mandates of the United Nations peacekeeping operations. It is acknowledgeable that mandate implementation is not within our research scope, as our purpose is focusing on the mandates themselves: objectives non-defined specifically in mandates cannot be easily taken into reality.

---

[3] Women, Peace and Security Agenda was inaugurated by the Security Council Resolution 1325, S/RES/1325 (2000), 31 October 2000; the resolution linked women to the peace and security agenda, intending to introduce a gender perspective to analyze war impact and consequences on women/girls, providing also for an active role of them in peacekeeping processes. 9 UN Security Council resolutions followed and developed and enlarged the content of Resolution 1325, available at http://www.peacewomen.org/why-WPS/solutions/resolutions.

[4] ESCOBAR FERNÁNDEZ, C., "Paz y Derechos Humanos: una nueva dimensión de las operaciones de mantenimiento de la paz", en *Cursos de Derecho Internacional de Vitoria Gasteiz,* 1997, pp. 47-102. MANSSON, K., "Integration of Human Rights in Peace Operations: is there an ideal model?" *International Peacekeeping,* 13 (Issue 4), 2006, pp. 547-563. However, the Women, Peace and Security Agenda has not been included.

[5] Security Council Report, Is Christmas Really Over? Improving the Mandating of Peace Operations, 2019, No. 1, 22 February 2019. Available at www.securitycouncilreport.org, last seen in November 2019.

Each peacekeeping mandate is a legal binding document adapted to the corresponding conflict and they should be interpreted individually. They are included in United Nations UN Security Council resolutions and approved unanimously[6], once the Security Council has declared that the situation constitutes a *threat to international peace and security*[7]*;* consensus about situations of possible human rights violations in a territory have not been easy in the present political period, despite the fact that the Security Council has used Chapter VII resolutions incrementally in time[8] until becoming *business as usual*[9].

Not all these resolutions relate to peacekeeping operations, as Chapter VII includes also political missions under article 41[10]. However, mainly in the last decade, the percentage of resolutions within Chapter VII scope is stabilized in 50% annually, showing a sustained increase along the last two decades. Our main interest lays in analyzing if this increase in peacekeeping mandates also corresponds to the inclusion in them of human rights and gender components and objectives.

Mandates should be "clear, feasible and respectful of International Law"[11] as also encourages the *Agenda for Peace*, a relevant United Nations policy document that would include the core principles of the new multidimensional peace operations. Our research has focused in the analysis of the mandates of the peacekeeping operations –not political missions– already finished from 1995 until 2018. We have also excluded from our study the mandates of the still existing classical peacekeeping operations, as mostly do not include human rights or gender related components[12].

---

[6] https://peacekeeping.un.org/en/mandates-and-legal-basis-peacekeeping, last seen in January 2019.

[7] Security Council Practice Acts, 1996-1999, pp. 1147.

[8] Security Council, *Chapter VII Resolutions and Resolutions by year,* 2019, 25 pp.

[9] Patrik, J., "The Humdrum Use of Ultimate Authority: Defining and Analyzing Chapter VII Resolutions", *Nordic Journal of International Law*, n. 78, 2009, pp. 309-342.

[10] United Nations Charter, art. 41, https://www.un.org/en/charter-united-nations/.

[11] Manrique de Luna Barrios, A., "Los mandatos de mantenimiento de la paz y la protección de los derechos fundamentales en el siglo XXI", *Dikaion*, n.17, Chia, Colombia, 2008, pp. 245-264.

[12] Walter Dorn, A.*, Keeping Watch: Monitoring Technology and Innovation in UN Peace Operations Traditional peacekeeping: Cases*, Chapter 6, pp. 77-100. The present operations with a more classical peacekeeping mandate are following: United Nations Truce Supervision Organization (UMTSO); United Nations Military Observer Group in India and Pakistan (UNMOGIP);

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 8, janvier-décembre 2020, pp. 145-183
DOI: http://dx.doi.org/10.25267/Paix_secur_int.2020.i8.07

Another aspect excluded corresponds to the gender related issue of the sexual exploitation and abuse (SEA) carried out by the peacekeeping military personnel and civilian in some cases[13]. It is clearly one of the challenges that the peacekeeping operations encounter regarding gender issues, but it is not properly within the activities *mandated* to them. It corresponds to the necessary ethical behavior that all those serving under United Nations should keep[14]. Despite of the gravity of this issue it was not until 2002 that such provisions were included in the PKO resolutions[15]. Further on, in 2003 the United Nations Secretary General issued a definition of this concept in one of his Bulletins[16], stating a policy of "zero tolerance" towards the conducts included in it. In the UN Security Council resolutions there is usually a standardized paragraph[17] not included in the hardcore mandate that refers to this issue. The

United Nations Peacekeeping Force in Cyprus (UNFICYP); United Nations Disengagement Observer Force (UNDOF); United Nations Interim Force in Lebanon (UNIFIL).

[13] *See* BUCHANAN, E., *UN Peacekeeping: Allegations of Sexual Exploitation and Abuse—A 20 Year History of Shame*, International Business Times, Mar. 7, 2016, https://www.ibtimes.co.uk/un-peacekeeping-allegations-sexual-exploitation-abuse-20-year-history-shame-1547581. There are also several reports regarding this issue, mainly related to the operations in Africa and in the Balkans. LUPI, N., "Report by the Enquiry Commission on the Behavior of Italian Peacekeeping troops in Somalia' (1998) *1Yearbook of International Humanitarian Law* 375; Human Rights Watch, "Hopes Betrayed: Trafficking of Women and Girls to Post-conflict Bosnia and Herzegovina for Forced Prostitution" (2002); MARTIN, S., 'Must Boys be Boys? Ending Sexual Exploitation and Abuse in Peacekeeping Missions', *Refugee International*, 2005. UNHCR and Save the Children UK (UNHCHR/STCUK), *Sexual Violence and Exploitation: The Experience of Refugee Children in Liberia, Guinea and Sierra Leone*, 2002; HIGATE, Paul H., 'Gender and Peacekeeping Case Studies: The Democratic Republic of the Congo and Sierra Leone" ,Pretoria, *Gender and Peacekeeping*, Institute for Security Studies, 2004, 91 Monograph Series; East Timor Institute for Reconstruction Monitoring and Analysis, "Commentary: International Security Forces and Sexual Misconduct', *The La'oHamutuk Bulletin* (online), August 2001 http://www.laohamutuk.org/Bulletin/2001/Aug/bulletinv2n5.html; LEDGERWOOD, J., *UN peacekeeping missions: the lessons from Cambodia*, Asia Pacific Issues no. 11 (Honolulu: East-West Center, 1994), http://www.seasite.niu.edu/khmer/ledgerwood/PDFAsiaPacific.htm.

[14] UNITED NATIONS, *Ten Rules/Code of Personal Conduct for Blue Helmets*, New York 1998.

[15] This resolution corresponds to the Sierra Leona PKO mandate and it is included in par. 15, at the end of the resolution. *See* S/RES/1436 (2002), 24 September 2002, par. 15.

[16] ST/SGB/2003/13, 9 October 2003, Section 1.

[17] As an example of this paragraph, the following corresponds to the MONUSCO PKO in the Democratic Republic of Congo; *see* S/RES/1925 (2010), 28 May 2010, par. 15: "15.

development of policies by the United Nations to address the cases has not yet achieved the complete eradication of these behaviors, but State members are responsible for their military and police contingents and national tribunals should decide on each case ultimately. The analysis of sexual exploitation and abuse in peacekeeping operations is an issue on itself and exceeds the objective of this article.

Initial and extension mandates have been analyzed following a "two-steps" methodology: 1) semantic and quantitative search, based on the terms "human rights" and "gender" or "woman/en"; 2) a qualitative research, analyzing the previously extracted paragraphs of the UN Security Council resolutions where these terms were embedded. In addition to these terms, we have also considered wider concepts such as "international human rights law", "minority", "sexual violence", "discrimination" among others. The main limitation of this methodology corresponds to other human rights or gender related areas that could be within UN peacekeeping operations mandates but not under this exact wording. However, this has been addressed as we have also included in our analysis those mandates where these concepts have not been found clearly, but where some functions that could be related to human rights or gender have been found. This is the case of institutional reforms, such as police reform, training or capacity building.

The methodology has also studied the UN Security Council resolutions that include the peacekeeping operations mandates to trace where human rights and gender related issues have been placed. These resolutions have an introductory part -not numbered, followed by numbered paragraphs, where the *core mandate* is included. Human rights and gender related issues can be spread all over the UN Security Council resolution, but only when they are placed at the *core mandate* itself its implementation can be ensured with adequate resources.

Requests the Secretary-General to take the necessary measures to ensure full compliance of MONUSCO with the United Nations zero-tolerance policy on sexual exploitation and abuses and to keep the Council informed if cases of such conduct occur".

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 8, janvier-décembre 2020, pp. 145-183
DOI: http://dx.doi.org/10.25267/Paix_secur_int.2020.i8.07

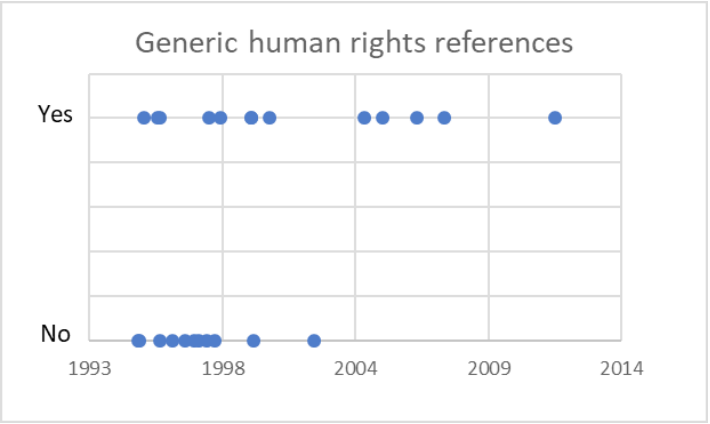
II. MANDATES OF FINISHED UN PEACEKEEPING OPERATIONS BETWEEN 1995 AND 2018: HUMAN RIGHTS AND GENDER GAINING ACCEPTANCE

As WOOD[18] stated, UN Security Council resolutions use the preamble as a sort of *dumping ground* where Security Council members relegate those issues that would not be deemed to approval if part of the core mandate. This assertion should be taken carefully in the case of human rights. Our analysis of mandates of already finished peacekeeping operations (PKO) from 1995 until 2018[19] shows that from 1995 until 1999, generic references to human rights are not to be found or are very scarce. But this pattern will be completely altered from 2001 on (Fig. 1) as 100% of PKO are including at least generic human rights references –not in the core mandate– but in these preliminary parts of the UN Security Council resolutions.

[18] WOOD, MC., "The interpretation of UN Security Council resolutions", *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, n. 73, 1998, pp. 86-87.

[19] UNAVEM III: S/RES/1118 (1997), 30 June 1997; UNMIBH: S/RES/1035 (1995), 21 December 1995; UNTAES: S/RES/1037 (1996), January 1996; UNMOP: S/RES/1038 (1996), 15 January 1996; UNSMIH: S/RES/1063 (1996), June 1996; MINUGUA: S/RES/1094 (1997), 20 January 1997; MONUA: S/RES/1118 (1997), 30 June 1997; UNTMIH: S/RES/1123 (1997), de 30 July 1997; MIPONUH: S/RES/1141 (1997), 28 November 1997; UNCPSG: S/RES/1145 (1997), 19 December 1997; MINURCA: S/RES/1159 (1998), 27 March 1998; UNOMSIL: S/RES/1181 (1998), 13 July 1998; UNAMSIL: S/RES/1270 (1999), 22 October 1999; UNTAET : S/RES/1272 (1999), 25 October 1999; MONUC: S/RES/1291 (2000), 24 February 2000; UNMEE: S/RES/1320 (2000), 15 September 2000; UNMISET : S/RES/1410 (2002), 17 May 2002; MINUCI, S/RES/1479 (2003), 17 May 2003; UNMIL: S/RES/1509 (2003), 19 September 2003; UNOCI: S/RES/1528 (2004), 27 February 2004; MINUSTAH: S/RES/1542 (2004), 30 April 2004; ONUB: S/RES/1545 (2004), 21 May 2004; UNMIS: S/RES/1590 (2005), 24 March 2005; UNMIT: S/RES/1704 (2006), 25 August 2005; MINURCAT: S/RES/1778 (2007), 25 September 2007; UNSMIS: S/RES/2043 (2012), 21 April 2012.

Fig. 1 Generic references to human rights in finalized peacekeeping operations 1995-2012



Source: Own elaboration based on finished PKO mandates

This means something more than being a *dumping* part of the resolutions, especially if we consider this factor together with those resolutions that do include human rights in the core mandate itself. In this regard, we have observed that from 1995 until 1998 only 23% of peacekeeping operations included human rights related objectives in the core mandate[20]. However, after 1998, there has been a significant change, as 82% of them included them. Consequently, we can assert that specifically from 1998 there has been a significant increase in the presence of human rights as part of PKO mandates, both as a generic reference and as a core part of the mandate itself. The fact that they have not been excluded from the preamble reinforces that they are a fundamental factor in today peacekeeping operations, at least from a mandate perspective, not its implementation, which is not our area of analysis.

[20] *Ibidem* note 19.

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 8, janvier-décembre 2020, pp. 145-183
DOI: http://dx.doi.org/10.25267/Paix_secur_int.2020.i8.07

Fig. 2. Relationship between the PKOs that possess and lack the express mandate of human rights in the completed PKOs before and after 1998

Source: Author based on the original PKO mandates[21]

An explanation to it lies in the evolution of the peacekeeping operations, trying to adapt to the realities of the new internal conflicts and to a certain "humanization" of the Security Council, allowing for *the protection of civilians*, considered to be a social issue, to become a security issue and a *leit motiv* of these operations, specifically including gender related aspects through the Security Council Resolution 1325 (2000) and its development from 2008 until present[22]. The massacre of civilians in conflicts where the UN troops where present, such as in Srebrenica (Bosnia) or Rwanda and lately Sri Lanka have pushed the Security Council agenda into this direction, making human rights related questions a relevant factor for achieving the objectives embedded in the United Nations peacekeeping operations mandates.

In the case of gender related issues, they have not been included in United Nations PKO mandates until the end of the XX century, more specifically the Sierra Leona 2001 mandate extension[23]. This operation had been in place since 1999 but the original mandate did not include gender related references. The 1325 Resolution on "Women, Peace and Security" that inaugurated this Agenda within the Security Council dates from 2000. In this regard, this resolution seems very contemporary as it links human rights and gender related issues in

[21] *Ibidem* note 19.

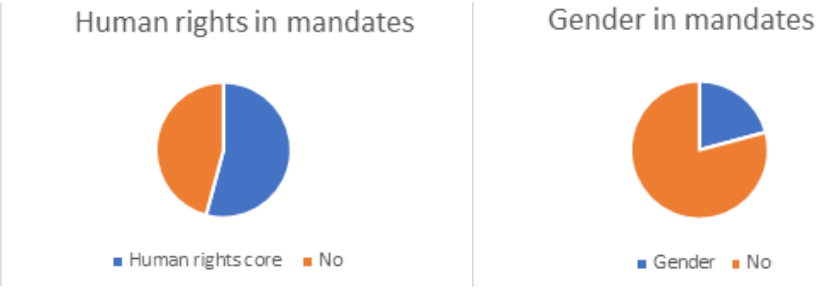
[22] BARBÉ IZUEL, E. "Contestación normativa y Consejo de Seguridad: la Agenda de mujeres, paz y seguridad o de la resolución 1325 a la resolución 2242", *Revista Española de Derecho Internacional,* Vol. 68, No. 2, julio-diciembre 2016, pp. 103-131.

[23] S/RES/1370 (2001) 18 September 2001, par. 4.

its paragraph 4, stating the need to address *the widespread violation of the human rights of women and children, including sexual violence* ensuring *that all human rights monitoring positions within UNAMSIL are filled*. Usually in the mandates analyzed these aspects are included and drafted in separate parts of the resolution.

This relation between human rights and gender related issues has initially experienced a similar development and evolution. Both human rights and gender issues were not expressly part of the initial core mandate of peacekeeping operations; furthermore, as human rights were being integrated into the mandate activities, same destiny happened to gender issues, as the "Women, Peace and Security Agenda" found its echo in the Security Council. However, at present, it seems that human rights issues have taken advantage on gender, as they are present in most peacekeeping operations, while gender is not there yet (fig. 3)[24].

Fig. 3. Relationship between the PKOs that possess and lack the express mandate of human rights in the completed PKOs before and after 1998.



Source: Author based on the original PKO mandates[25]

In terms of the relation between generic human rights references and those that are part of the core mandate, we have observed that there is a correlation between both in the initial PKO mandates. As Fig. 4 shows below, PKO where human rights are part of the core mandate include also several generic human rights references in other parts of the SC resolution. Consequently, it can be

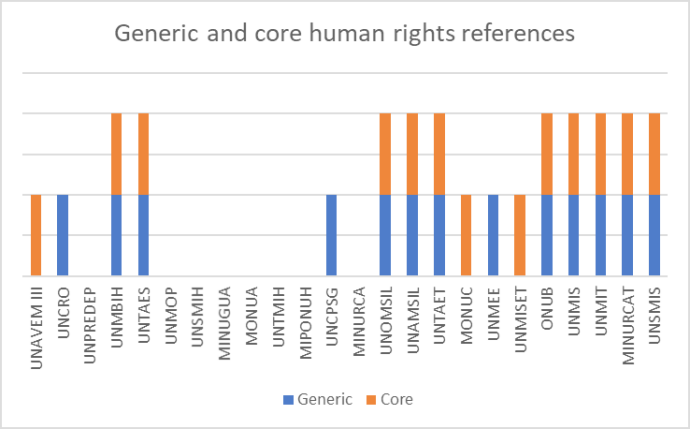
[24] Graphs have been created from 1998, first date where human rights were part of the core mandate, until 2018 and they reflect already finished PKO. Gender references date from 2001, but data are comparable as there is not significant variation regarding the analysis made, that sets the significant minor relevance of gender related issues compared to human rights within PKO mandates.

[25] *Ibidem* note 19.

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 8, janvier-décembre 2020, pp. 145-183
DOI: http://dx.doi.org/10.25267/Paix_secur_int.2020.i8.07

asserted that both type of references complements each other and contribute to the development of a stronger human rights inclusive mandate.

Fig. 4 Generic and core references in the mandates of the PKOs 1995-2018 ordered chronologically



Source: Author from the original PKOs mandates 1995-2018[26]

Human rights and gender related issues in the framework of the Women, Peace and Security Agenda have become operational in the mandates of the United Nations peacekeeping operations from 1995 until 2018 as its evolution shows and they have done it in different ways: 1) surrounding the core mandates; 2) being placed at the center of the mandates and finally 3) through its incorporation in the extensions of the mandates.

1. Human Rights and Gender issues Surrounding the Core Mandate

There is no standard procedure or a unique way of incorporating human rights or gender to the UN Security Council resolutions including peacekeeping operations mandates. They should adapt to the particular situation on the ground, but this should not prevent mandates from adding human rights and gender related elements repeatedly and steadily. These generic paragraphs usually call both parties in conflict to make the necessary efforts to fulfill and protect human rights within the territory. Monitoring mechanisms are usually included to this purpose although not always defining the operational aspect

[26] Same mandates as the one quoted in footnote 19.

of it, making it more difficult to be budgeted as these paragraphs do not belong to the core mandate itself.

An example of this can be already seen in the United Nations Confidence Restauration Operation in Croatia (UNCRO) where an introductory paragraph[27] states the need to protect human rights by the police authorities and the need of adding a monitoring mechanism to it; also, the peacekeeping operation in Eastern Slavonia (UNTAES)[28], incorporates the convenience of monitoring the compliance of the parties involved to respect the highest standards of human rights and fundamental freedoms. However, this task should be carried out by a provisional police force to be created by the peacekeeping operation, as defined in paragraph 11[29]of this SC Resolution. Also, this mandate sets up the need for Croatia to "remove legal obstacles and other impediments to two-way returns, including through the resolution of property issues, the establishment of straightforward procedures for returns"[30].

Fundamentally, human rights have not been placed at the center of the core mandate, but one paragraph below, indicating somehow that they are "principles/standards" more than applicable norms or operational tasks of the peacekeeping operation. Furthermore, the creation and development of a monitoring police force is a relevant and frequent task in United Nations peacekeeping mandates, and it involves human rights rand gender elated aspects, as international police monitoring should be done according to international human rights standards, especially regarding displaced/returned populations in conflict areas.[31]

Other types of actions indirectly included in the original human rights mandates are aimed at the creation of democratic institutions within the territory, among them specifically human rights related, as Ombudsman. This corresponds mainly to missions that hold administrative functions for a nascent state, as was the case of Timor or is still today, that of Kosovo. In the case of the Transitional Administration Mission in East Timor, UNTAET,

[27] S/RES/981 (1995), 31 March 1995: introductory paragraph "Recognizing that major provisions of the United Nations peace-keeping plan for the Republic of Croatia (S/23280, annex III) […]".

[28] S/RES/1037 (1996), 12 January 1996, par. 12.

[29] *Ibidem*, par. 11.

[30] S/RES/1145 (1997), 19 December1997, par. 7.

[31] *Ibidem*, par. 13.

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 8, janvier-décembre 2020, pp. 145-183
DOI: http://dx.doi.org/10.25267/Paix_secur_int.2020.i8.07

paragraph 8 refers to the need for the mission to consult and cooperate with the people of East Timor to carry out their mandate and develop local democratic institutions, including an "independent human rights institution for East Timor"[32]. Again, we observe a generic reference to human rights outside the specific mandate.

Finally, another aspect in which generic human rights references can be found is regarding the training of PKO staff, by recommending that mission personnel should have received adequate training in human rights. This has also been observed in the PKO in East Timor, where paragraph 15 states the relevance that UNTAET personnel receives training in matters such as "international humanitarian, human rights and refugee law, including child and gender-related provisions"[33].

Generic human rights clauses have a positive aspect since, at least, they underline relevant aspects of human rights in resolutions that create PKO, granting them some relevance. However, it would be convenient for this first "generic" stage to be overcome by other types of resolutions in which human rights and gender issues are considered pillars of the mandate, not simple rhetoric *makeup*.

2. Human Rights and Gender issues at the Hardcore of the Mandate

So far, we have been able to verify that human rights and gender issues are included through generic references in UN Security Council resolutions that host the PKO mandates. In this section we will describe one step further in the integration of human rights issues in the *hardcore* of the mandate, thus forming an indisputable part of the mission and the main function of the PKO. In this regard, the first United Nations Observer Mission in Sierra Leone (UNOMSIL) can be considered as a milestone in the introduction of human rights as part of the core mandate.

UNOMSIL was established in the middle of a serious humanitarian situation in 1998, as set up in the introductory paragraph of the SC resolution that approves its mandate, trying to respond to the human rights[34] violations and the humanitarian consequences on the population, including children, an specific mention not usually incorporated in mandates previously. The mandate

[32] S/RES/1272 (1999) 25 October 1999, par. 8.

[33] *Ibidem*, par. 15.

[34] S/RES/1181 (1998) de 13 July 1998, introductory paragraph.

of the PKO is divided between tasks attributed to military observers on one side and to a civil team on the other. Regarding the military observer, their tasks are described in paragraphs 6a) and 6b) and includes apart from monitoring the military and security situation and disarmament and demobilization of former combatants, an special paragraph, 6c), specifically dedicated to "assist in monitoring respect for international humanitarian law, including at disarmament and demobilization sites, where security conditions permit". It is the first time where such a task is included directly in the mandate.

The civilian team also includes among its functions in paragraph 8b) "to report on violations of international humanitarian law and human rights in Sierra Leone, and, in consultation with the relevant United Nations agencies, to assist the Government of Sierra Leone in its efforts to address the country's human right's needs". This mandate is relevant since it is the first time that the task of monitoring compliance with International Humanitarian Law and human rights has been made explicit. In short, this mandate seems to resolve and centralize the lack of systematization observed so far in the resolutions that created peacekeeping operations[35].

The immediate consequence was that in the next resolution that created an increased peacekeeping force in the territory of Sierra Leone in order to face the monitoring and compliance with the Peace Accords, the human rights component would play a leading role since its inception. UNAMSIL[36] was created in 1999 with the purpose of assisting Sierra Leone government to implement Lomé Peace Agreements. First reading of the mandate[37] could be interpreted as not enlarging the previous human rights related mandate significantly. It states that some of the objectives in the core mandate are "to facilitate the delivery of humanitarian assistance and (h) To support the operations of United Nations civilian officials, including the Special Representative of the Secretary-General and his staff, human rights officers and civil affairs officers".

However, this peacekeeping operation will include a new element that somehow reinforces human rights at its core, the so-called *protection of civilians*, framing this new operation in Chapter VII of the United Nations Charter.

[35] S/1998/486, 9 June 1998, par. 24.

[36] S/1999/1270, 22 October 1999.

[37] *Ibidem*, par. 8g) and 8h).

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 8, janvier-décembre 2020, pp. 145-183
DOI: http://dx.doi.org/10.25267/Paix_secur_int.2020.i8.07

This expression means that "in the discharge of its mandate UNAMSIL may take the necessary action […] within its capabilities and areas of deployment, to afford protection to civilians under imminent threat of physical violence"[38]. It is the first time that an explicit reference is made to the "protection of civilians", which implies intervening in case there is an imminent threat of physical violence. In this sense, the protection of civilians is an "umbrella" protection of the basic right to life and physical integrity, basis of other human rights[39].

In brief, UNAMSIL mandate includes human rights and gender components in an unsystematic way: these are distributed in different paragraphs of the resolution and not in number 8, the *hardcore* one. However, the inclusion of the protection of civilians for the first time in a mandate constitutes a move towards a greater and radical protection of human rights[40].

Once human rights have been included in the core mandate, international peacekeeping operations under the United Nations flag will see an increase of these type of mandates, where human rights and gender related questions will be put at the center of the operation. Timor, Congo, Liberia and Sudan will be territories where this sort of *New Deal* in peacekeeping will be set into practice.

UNMISET[41] is an example of PKO where human rights have been put at the core of the mandate. It incorporates two novel approaches so far: focal points for gender and HIV / AIDS issues and, on the other hand, a Human Rights Unit. Another important aspect that has not appeared so far is the mention of *internationally accepted human rights principles*, which will be an integral part not only of the training but also of the *capacity building* that the mission should carry out according to paragraph 2. In this sense, it is unique that it relates to human *rights principles* and not to the *International Law of Human Rights*, which would give clearly human rights more legal value in the mandate. *The internationally accepted human rights principles* have been chosen in order to probably soften the implementation of the mandate regarding human rights.

The continuation of this PKO, the integrated mission of the UN in East

[38] S/RES/1270 (1999), par. 14.

[39] *Ibidem*, par. 15.

[40] CURRAN, D., WOODHOUSE, T., "Cosmopolitan Peacekeeping and Peacebuilding in Sierra Leone: What Can Africa Contribute?", *International Affairs* 83:6, 2007, pp. 1055-1070.

[41] S/RES/1410 (2002), 17 May 2002, par. 3a).

Timor, includes since its initial resolution and its first mandate a specific human rights component in paragraph 4g), 4i) and 4k) of S/RES/1704 (2006), of August 26[42], where direct mention is made of human rights as an integral part of the mandate. The task of the peace operation will be to assist in strengthening the capacity of institutions and society to monitor, promote and protect human rights. Coupled with this are the aspects related to the promotion of justice and reconciliation, also incorporating a gender perspective into the mandate, something unusual to date.

Along the same lines as the two PKO in Timor mentioned above, the Congo mission initiated in 1999[43] and it incorporated a clear mandate in human rights and fight against impunity, along with staff assigned to this task. The situation of the vulnerable population is mentioned, separating human rights actions from the issue of displaced persons and refugees which is framed from a "humanitarian perspective", not a legal one involving claim and protection of rights.

The functions of the human rights component were also clearly defined in paragraph 5 of the same resolution, something that had not been the usual practice until now. Among them is maintaining links with all parties to the ceasefire agreement to facilitate the provision of humanitarian assistance to displaced persons, refugees, children and other affected persons, in addition to referring specifically to the task of providing *assistance in the protection of Human Rights, including the rights of the child.*

Among these peacekeeping operations with specific human rights mandates we also place the PKO in Liberia, which ended in March 2018, being the last to be completed. Human rights had a preponderant role since its inception as, together with humanitarian assistance, they are one of the four pillars on which the mandate[44] is based. This is one of the first PKO elaborated under the prism of the "integrated approach" [45], which implies putting the different United Nations structures in the country under the same chain of command,

[42] S/RES/1704 (2006), 26 August, par. 4g), 4i) and 4g). In par. 4i) the fight against immunity is introduced, setting up that the PKO should get involved in the assistance to the Office of the Prosecutor General to complete investigations in cases of serious human rights violations committed in 1999. Gender perspective is also part of the mandate, specifically in 4k).

[43] S/RES/1279 (1999), 30 November 1999, par. 4 and par. 5 (e).

[44] S/RES/1509 (2003), 19 September 2003, par. 3.

[45] Hull, C., *Integrated Missions-A Liberia case-study,* Sweden, FOI, August 2008, 76 pp.

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 8, janvier-décembre 2020, pp. 145-183
DOI: http://dx.doi.org/10.25267/Paix_secur_int.2020.i8.07

including the peace operation. For this purpose, Country Support Teams were configured, which integrated different capacities and mandates in each of the teams deployed in each province of the country. Human rights work benefits from this joint approach, since many of its activities can have a greater and more lasting impact when carried out in this type of shared context. Although it was an "ad hoc" development of the operation, it was a novelty and perhaps a way forward for the following operations.

Likewise, in the case of Sudan, it can be observed that the specific mandate on human rights is established once the relevance of human rights has been defined in two introductory paragraphs[46]. This introduction serves to subsequently include human rights as a part of the operation's mandate[47]. Thus, this includes, as in the case of Liberia, support for the parties so that they can consolidate the rule of law and human rights, directly related to the implementation of the Peace Agreement. In order to make this objective possible, it is also expected that there will be an adequate human rights component in the field to carry out activities for the promotion, protection and supervision of these rights. This can be considered as one of the "pioneer" mandates to include in such a concrete way the need for a specific component in the area of human rights.

In another section of the mandate, the role of the United Nations in this field is reinforced once again, stating that they must *contribute towards international efforts to protect and promote human rights in Sudan*[48]. And, at the end of the resolution, a paragraph[49] also urges to increase the number of human rights monitors deployed in Darfur, once again reinforcing its operational relevance. In conclusion, it is pertinent to affirm that the mandate of the Sudan operation is one of the most inclusive in the field of human rights as well as one of the most reinforced.

3. Human Rights and Gender issues in the Extensions of the Mandate

The mandates of peacekeeping operations must be adapted to the evolution that is being observed in the field. The United Nations Department of Peace Operations is interested in the fact that, once an operation has been initiated,

[46] S/RES/1590 (2005), 24 March 2005, introductory paragraphs.

[47] *Ibidem*, par: viii).

[48] *Ibidem*, par. d).

[49] *Ibidem*, par. 17.

it will achieve its objectives. For this purpose, the Secretary General makes necessary recommendations in his periodic reports to adapt the mandates to the requirements of each specific situation. This seems to be the most common situation in the PKO already completed that we are analyzing since 1995.

Extensions seem to be the way to "adjust" original mandates to new situations not incorporated from the beginning of the PKO but considered relevant afterwards. Sometimes, mainly when human rights are mentioned generically in the mandate, they usually are not considered "operational" initially; once the PKO has been deployed and it is effectively running it is when human rights are included more specifically.

As an example, in the operations in Croatia and in Bosnia-Herzegovina, the extensions of the mandates include paragraphs affirming the need to strengthen the work on human rights. In the case of Bosnia, some provisions are clearly introduced which, on the one hand, give the OSCE a key role in monitoring and reporting the situation of human rights in the field, closely linked in this case, to the situation of minorities. On the other hand, it urges the parties to the Peace Accords to collaborate with the national institutions responsible for human rights, such as the Ombudsman and the Chamber of Human Rights[50].

These are provisions that reiterate requests already included in the initial mandates but emphasizing their lack of compliance by any of the parties. This is also the case of the East Slavonia mission, where the Croatian government is reminded of its lack of compliance with human rights in general, including the rights of persons belonging to minorities[51]. In this sense, the mandate and the necessary legislative indications seem clear. They are not called human rights, but they mention the right of return of refugees and displaced persons, as well as the law of appropriation and temporary administration of property of Croatia, which seems to constitute an obstacle to the realization of this right. In the case of references to human rights, it is notable that these are not included in any of the international human rights treaties, but rather that they "name" the possible rights.

[50] S/RES/1088 (1996) 12 December 1996, par. 10.

[51] S/RES/1120 (1997), 14 July 1997, introductory paragraphs, par. 4.

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 8, janvier-décembre 2020, pp. 145-183
DOI: http://dx.doi.org/10.25267/Paix_secur_int.2020.i8.07

In the case of Angola, the first extension of the mandate[52] does not make a clear mention of human rights and the possible violations that were being carried out by both parties, given that the conflict in its military phase was not yet settled despite the peace agreement. It is in the second resolution[53], extending the mandate, when the Security Council emphasizes the importance of strengthening human rights and the rule of law. It does not establish a clear human rights activity, but it incorporates at least a generic recommendation stating the relevance of human rights protection.

UNAMSIL in Sierra Leona is also a relevant case of how the extension and modification of the original mandate incorporate elements of human rights. In addition to extending the mandate successively in order to strengthen it, the Security Council also approved resolutions that, indirectly, sought to curb serious human rights violations. In this sense, the prohibition of buying rough diamonds from the country, as well as the creation of an International Court were steps in this direction. Thus, resolution S/RES/1315 (2000)[54], establishes the creation of an independent Special Court, given the circumstances of the country, with very serious crimes and a strong need to put an end to the situation of impunity, which prevented national reconciliation and, ultimately, peacekeeping.

In short, the original generic mandates could be criticized for relegating human rights issues to those parts of the UN Security Council resolutions that part of the doctrine considers *dumping ground*[55], such as the preambles. They include those issues that would not be acceptable in the operative and numbered part of the resolution, such as human rights. However, and, on the other hand, the inclusion of references to human rights in these generic parts also indicates the possibility that these issues will be dealt with later, through their development through the extensions of the mandates so that their introduction in the "less operational" part of UN Security Council resolutions does not necessarily imply that they are abandoned or later despised, but that they can be retaken and converted into main elements more easily.

---

[52] S/RES/1190 (1998), 13 August 1998.

[53] S/RES/1202 (1998) 15 October 1998, par. 11.

[54] S/RES/1315 (2000), August 2000, pars. 2 and 3.

[55] Wood, MC., "The interpretation of UN Security Council resolutions", *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, n. 73, 1998, pp. 86-87.

In conclusion, the last operations initiated at the beginning of the present century incorporate some examples of reinforced and comprehensive human rights mandates, such as the operations of Liberia and Sudan, either generically or forcefully in the original mandates or through the successive extensions of the corresponding operations. Gender issues in operations already completed have gradually strengthened their mandates, although to a lesser extent than human rights and limited to some specific aspects of the Agenda for Women, Peace and Security such as issues arising from sexual violence derived from conflict. In the next section we will see if both human rights and gender issues have become a sort of a "model" for those peacekeeping operations currently underway.

III. THE ONGOING PEACEKEEPING OPERATIONS AND THEIR INCLUSIVE MANDATES

The previous analysis has led us into the second decade of the XXI century, since the operations have been extended until very recently, such as the Liberian one, that ended in March 2018. Therefore, we have been able to verify how initially there has been an absence of human rights and gender issues in the mandates, to become slowly a sort of a reality. One aspect to note is that, the operations currently in existence are those of longer duration, if we exclude the classic border surveillance operations. These more classical peacekeeping operations will not be the subject of this study, since their tasks can be considered within the maintenance of classical peace, which did not include aspects of human rights or gender mostly[56] and nor will we include MINURSO[57].In this sense, among multidisciplinary operations, the one located in Kosovo has reached 20 years of deployment. The case of the peace operation in the Democratic Republic of the Congo (MONUSCO) is also paradigmatic regarding the 23 years of continued presence of the United

[56] *See* note 12.

[57] The United Nations Mission for the Referendum in Western Sahara mandate excludes human rights, the exception that confirms the rule. The main objective of the PKO is to hold a referendum in Western Sahara that has not yet been possible since its creation in 199. *See* Capella Soler, R., "Los Derechos Humanos, ¿un obstáculo para la paz en el Sáhara Occidental?", *Real Instituto Elcano*, ARI 47/2011 - 08/03/2011. Available at http://www.realinstitutoelcano.org/wps/portal/rielcano_es/contenido?WCM_GLOBAL_CONTEXT=/elcano/elcano_es/zonas_es/ARI47-2011, last seen in March 2020.

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 8, janvier-décembre 2020, pp. 145-183
DOI: http://dx.doi.org/10.25267/Paix_secur_int.2020.i8.07

Nations in a conflict territory, although we will only analyze the last phase since June 2010. Other operations to be analyzed began in the second decade of this century, except for the one in Darfur -UNAMID- which began in 2007.

If, as part of the doctrine defends, to achieve success in a peace operation time[58] is a relevant factor, it could be affirmed that the remaining active operations are born to remain still operational[59]. On the other hand, it could also be argued that the current operations with reinforced mandates are not obtaining the desired results, given that the conflicts in which they have been deployed have not only not been terminated, but, sometimes, as in the case of South Sudan, have resurfaced.

Next, we will conduct an analysis of the mandates of ongoing operations that include a reinforced human rights component; within these operations, we will address gender issues in the framework of the Agenda for Women, Peace and Security. The Department of Peace Operations states that, currently, of the 13 existing peacekeeping operations, six have human rights teams, together with five special political missions[60]. We will focus on the analysis of the six peacekeeping operations under Chapter VII of the Charter, which include human rights and gender issues since their inception in their original mandates.

We have identified among these operations following patterns that somehow confirm the evolution of UN peacekeeping operation mandates towards an integration of human rights and gender related aspects conceived partly as foreseen in the Women, Peace and Security Agenda. In this regard, three aspects could be highlighted. First, in these six peacekeeping operations human rights and gender are clearly introduced in the *core mandate*, only one exception, UNMIK in Kosovo- no gender.

---

[58] Koko, J. L., & Essis, Essoh J. M. C., *Determinants of success in UN peacekeeping operations*, Lanham, University Press of America, 2012, 114 pp.

[59] S/RES/2350 (2017): The situation in Haiti (MINUJUSTH) 13 April 2017. S/RES/1925 (2010): The situation in the Democratic Republic of Congo (MONUSCO), 28 May 2010. S/RES/1244 (1999): The humanitarian situation in Kosovo (UNMIK), 10 June 1999. S/RES/2149 (2014): The situation in the Central African Republic (MINUSCA), 10 April 2014. S/RES/2100 (2013): The situation in Mali (MINUSMA), 25 April 2013. S/RES/2164 (2014): The situation in Mali (MINUSMA), 25 de June 2014. S/RES/1769 (2007): Secretary General report on Sudan (UNAMID), 31 July 2007. S/RES/1990 (2011): The situation in Abyei (ABYEI), 27 June 2011. S/RES/2155 (2014): Secretary General report on Sudan and South Sudan (UNMISS), 27 May 2014.

[60] DPO, https://peacekeeping.un.org/en/promoting-human-rights, last seen in May 2020.

Secondly, all mandates are very detailed regarding human rights and less in gender related areas; in this regard, it is important to note that it has been already clearly stated by the doctrine[61] that peacekeeping mandates have narrowed the Women, Peace and Security Agenda originated in Resolution 1325 to aspects related to sexual violence derived from conflict. Some consider that peacekeeping operations have limited themselves to a sort of *add and stir* gender issues, limiting them to include "more women" in the military troops/ police or to tackle sexual violence[62].

There are few guidelines that allow PKO to operationalize this Agenda and the most recent one, dating from this present year, *The Handbook for United Nations Field Missions on Preventing and Responding to Conflict-Related Sexual Violence*[63], is a very useful tool precisely oriented towards this aspect. Despite of the fact that the Women, Peace and Security Agenda has been designed through policies that advocate for participation, protection, prevention and humanitarian assistance it seems that in PKO sexual violence has become the main priority, as our mandate analysis also show us. Some authors point out that the issue of sexual violence has been developed widely by the UN Security Council resolutions developing the resolution 1325 (2000)[64] preventing other areas, such as peacebuilding to do equally[65].

[61] Kreft, A.-K., "The gender mainstreaming gap: Security Council resolution 1325 and UN peacekeeping mandates", *International Peacekeeping*, 24:1, pp. 132-158; Kreft, A.-K, "Gender and Peacekeeping: Progress and Challenges", *Blog Oxford Research Group*, 2019, https://www.oxfordresearchgroup.org.uk/blog/gender-and-peacekeeping-progress-and-challenges, last seen June 2020.

[62] Solhjell, R., "Sin mujeres por aquí. Discursos de género en las OMP de Naciones Unidas", *Relaciones Internacionales*, Número 27, octubre 2014 - enero 2015, https://revistas.uam.es/relacionesinternacionales/article/view/5239, last seen June 2020. Also, Rodríguez Manzano, I., "¿Más que víctimas?: una lectura teórico-discursiva de la Resolución 1325, relativa a las mujeres, la paz y la seguridad", in Vázquez Gómez, E.M., Adam Muñoz, M.D., Cornago-Prieto, N. (Coords.) *El arreglo pacífico de las controversias internacionales: XXIV Jornadas de la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones internacionales* (AEPDIRI), Córdoba, 20-22 de octubre, 2013, pp. 1041-1054.

[63] United Nations, *The Handbook for United Nations Field Missions on Preventing and Responding to Conflict-Related Sexual Violence,* 2020, 170 pp.

[64] Bigio J. and Vogelstein R., *Countering Sexual Violence in Conflict*, Council on Foreign Relations, Center for Preventive Action Women and Foreign Policy, September 2017, 48 pp.

[65] Reilly, N., "How Ending Impunity for Conflict-Related Sexual Violence Overwhelmed the UN Women, Peace, and Security Agenda: A Discursive Genealogy", *Violence Against Women*,

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 8, janvier-décembre 2020, pp. 145-183
DOI: http://dx.doi.org/10.25267/Paix_secur_int.2020.i8.07

Furthermore, other authors[66] have highlighted that an excessive emphasis on issues related to sexual violence can harm an analysis of inequality and lack of access to human rights such as health or education, which also have even more perverse effects on women in conflict zones. As an example, trends in maternal mortality show that the highest rates correspond to conflict areas[67].

Consequently, it does not seem that the Women, Peace and Security Agenda has been oriented mainly towards a human rights perspective, but it has focused more on aspects related to protection within an optic influenced strongly by International Humanitarian Law not as holistic as International Human Rights law. It seems that human rights related issues have been incorporated into the mandates but have not been mainstreaming into gender related issues, partly because of the interpretation and development of the Women, Peace and Security Agenda following a "victim centered" approach[68].

Finally, we will analyze new challenges that emerge as these mandates incorporate human rights and gender related aspects as they collide with other objectives.

1. Detailed Mandates: Human Rights and Gender aspects at the Center of Modern Peacekeeping?

UNMIK in Kosovo is the exception that proves the rule. Human rights but not gender related issues have been introduced in the core mandate as a direct product of its time, 1999, where the Women, Peace and Security Agenda was not still in place. This is perceived in the language of resolution 1244 which, on the one hand, authorizes the armed presence in the territory of Kosovo and, on the other, establishes a Provisional Administration. The functions

2018, Vol. 24(6), pp. 631–649.

[66] CHARLESWORTH, H. and CHINKIN, C., "An Alien's Review of Women and Armed Conflict" Scholarship of Emeritus Professor Judith Gardam, STEPHENS, D. and BABIE, P. (Eds.), RegNet Research Paper, Adelaide University Press, N. º 73, 2015, pp. 171-194.

[67] WHO, UNICEF, UNFPA, World Bank Group and the United Nations Population Division, *Trends in Maternal Mortality: 1990 to 2015*, 2015, 92 pp. Available at https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/194254/9789241565141_eng.pdf;jsessionid=9C1E0B752838D401631AF7DE786CFB0C?sequence=1.

[68] KREFT, A.; "The gender mainstreaming gap: Security Council resolution 1325"... *cit.*, pp. 132-158. Also BARROW, A., "UN Security Council resolutions 1325 and 1820: constructing gender in armed conflict and international humanitarian law", International Review of the Red *Cross*, Volume 92, Number 877, March 2010, pp. 228-232.

of this Administration are formulated in paragraph 11 of the resolution[69], including among them "j) protect and promote Human Rights". It also envisages coordinating with other humanitarian aid agencies and achieving the "safe and free" return of all displaced persons and refugees from Kosovo.

Taking into account the complex situation in relation to human rights[70] and gender issues that occurred in the province of Kosovo, the mandate is too brief and leaves place to developing the what and the how's, though it could have defined them more clearly, incorporating at least the Organization for Security and Cooperation in Europe (OSCE), mainly responsible for carrying out the work of institutional development, police training and the promotion and protection of human rights[71].

Furthermore, the other five peacekeeping missions analyzed have included thoroughly both human rights and gender within their core mandates although in all of them except one, they are not usually formulated together. The exception is the UNAMID operation in Sudan, the United Nations-African Union Mission in Darfur[72], that states[73] clearly under the tasks attributed to "Rule of law, governance, and human rights", that the operation should "(v) ensure an adequate human rights and gender presence capacity, and expertise in Darfur in order to contribute to efforts to protect and promote human rights in Darfur, with particular attention to vulnerable groups".

This mandate, that has been included in a preliminary report of the Secretary General is clearly very detailed due partly to the fact that this is one inaugurates the so-called "hybrid operations" within the United Nations framework. This concept[74] relates to operations where other organizations

[69] S/RES/1244 (1999), par. 11.

[70] For a summarized vision of the human rights situation in Kosovo a variety of sources is available. Beurtman, K., *Human Rights in Kosovo*. Hum Rights Rev (2008). O'neill, W. G., *Kosovo, an unfinished peace*. International Peace Academy Occasional Paper Series, 2002, 157 pp. Bacevich, A. J. and Cohen, E. A. (Eds), *War over Kosovo: Politics and Strategy in a Global Age*, Columbia University Press, New York, 2001, 256 pp.

[71] A/RES/55/179, 2 March 2001, Cooperation between the United Nations and the OSCE, par. 10.

[72] UNAMID, Department of Peace Operations, https://peacekeeping.un.org/en/mission/unamid, last seen in 31 March 2020.

[73] S/RES/1769 (2007) 31 July 2007, par.1.

[74] Tardy, T., "Hybrid peace operations: Rationale and challenges", *Global Governance*, n. 20(1),

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 8, janvier-décembre 2020, pp. 145-183
DOI: http://dx.doi.org/10.25267/Paix_secur_int.2020.i8.07

intervene and are part of the operations directly, as this is the case here of the African Union. This is maybe one of the reasons of the detailed description of tasks within the mandate, to guarantee the correct interpretation and ensure cooperation on clear matters between the two bodies of the operation, the United Nations and the African Union.

MONUSCO, the peacekeeping operation in the Democratic Republic of Congo, has structured its mandate in two main tasks: on the one side, protection of civilians and on the other side, stabilization and peace consolidation. Human rights and gender issues are considered a protection of civilian task[75] and include the protection of the human rights defenders and the support to the State in order to guarantee an effective protection and the application of the International Humanitarian Law and International Human Rights, including all forms of sexual and gender-based violence.

Gender related aspects have been signaled both in the introductory paragraph of the resolution[76] as a reference to the Women, Peace and Security Agenda and in the core mandate, embedded in the general recommendation to apply and respect International Humanitarian Law and human rights. Also, in a brief reference to the women protection advisers[77], that are considered part of the United Nations system-wide protection strategy in the country. The mandate has been renewed to reinforce human rights objectives[78].

2014, pp. 95-118. One of the characteristics of hybrid operations according to this author and others is that they are granted their character by means of a Security Council resolution. In the case of Darfur, the intervention of the African Union served to give some legitimacy to the political process in which there was opposition by the President of Sudan to accept the PKO. The African Union would intervene with its troops and its work with the civilian population to facilitate the development of the PKO.

[75] S/RES/1925 (2010), 28 May 2010, par. 12a).

[76] *Ibidem*, introductory paragraph.

[77] *Ibidem*, par. 12f). In relation to Women Protection Advisers, please *see*: Abril Stoffels, R., "El papel del/de la asesora/asesor de género en las misiones de paz en las que intervienen fuerzas armadas" en Grignon, J. (Dir.), *Hommage á Jean Pictet par le Concours de Droit International Hummanitaire Jean Pictet, é*ditions Yvon Blais, Québec, 2016; Robles Carrillo, M. (coord.), *Género, conflictos armados y seguridad. La asesoría de géneros en operaciones,* Granada, Universidad de Granada, 2012. Also the article of the author: Avello Martínez, M.: "Asesores de género en las operaciones de mantenimiento de la paz de las Naciones Unidas: un instrumento de la agenda de mujer, paz y seguridad", *Revista Española de Relaciones Internacionales*, 2019, no 10.

[78] S/RES/2053 (2012) *, par. 17.

As established in MONUSCO, the United Nations Mission in South Sudan, UMISS, created in July 2011, in South Sudan, places human rights related components under the protection of civilians objective[79], described in a wider context of "support the Government of the Republic of South Sudan in exercising its responsibilities for conflict prevention, mitigation, and resolution and protect civilians"[80], being human rights related mandate described as "(iii) Monitoring, investigating, verifying, and reporting regularly on human rights and potential threats against the civilian population as well as actual and potential violations of international humanitarian and human rights law, working as appropriate with the Office of the High Commissioner for Human Rights, bringing these to the attention of the authorities as necessary, and immediately reporting gross violations of human rights to the UN Security Council".

The mandate was reinforced in 2014, as the human rights situation deteriorated[81], prioritizing the new one the reinforcement of the protection of civilians[82] "irrespective of the source of such violence, within its capacity and areas of deployment, with specific protection for women and children, including through the continued use of the Mission's Child Protection and Women Protection Advisers". Also, human rights have been put at the center of the mandate[83], but this time not directly under the protection of civilians tasks. This detailed paragraph can be considered a novelty in the way it has been drafted, as the activities to be carried out are described in a concrete way, dedicating specific references to conflict-related sexual violence and grave violations against children, that need to be investigated and punished.

---

[79] S/RES/1996 (2011), 8 July 2011.

[80] *Ibidem*, par. 3b).

[81] UNMISS, South Sudan, Human Rights Section, *Conflict in South Sudan: A Human Rights Report*, 8 May 2014, 62 pp. This report prepared by the peace operation itself highlights the violations of human rights and International Humanitarian Law committed by both parties to the conflict. The situation also caused the African Union to become involved in the investigation of the incidents, which also led to a report that emphasizes these violations. All this reconfigured the mandate to reinforce the role of the protection of civilians within the mission.

[82] S/RES/2155 (2014), 27 May 2014, par. 4 a) i.

[83] *Ibidem*, par. 4 a) vi. (b).

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 8, janvier-décembre 2020, pp. 145-183
DOI: http://dx.doi.org/10.25267/Paix_secur_int.2020.i8.07

Following mission mandate extensions[84], more tasks were included under the protection of civilians scope, as a reference to *deter and prevent sexual and gender-based violence*[85] ; regarding human rights, tasks have been reinforced and increased to include *monitor, investigate and report on incidents of hate speech and incitement to violence*[86], together with increasing cooperation with all agencies and actors that are working in human rights in the country. The last extension of the mandate took place on 12 March 2020 until 15 March 2021[87] and it intends to build upon previous mandates, including the support to the implementation of the last peace agreement called the *Revitalized Agreement*. Again, the protection of civilians and the monitoring and investigation of human rights violation are within the *hardcore* of this mandate, including the creation of an hybrid court for South Sudan, that would contribute to the fight against impunity.

Finally, both the United Nations Multidimensional Integrated Stabilization Mission in the Central African Republic (MINUSCA) and the United Nations Multidimensional Integrated Stabilization Mission in Mali (MINUSMA) fall into the category of hybrid operations, integrating additional regional military operations to implement their mandate. Human rights and gender related issues have been incorporated into the core mandate of these operations.

MINUSMA[88] was created from the integration of the AFISMA military operation, authorized by the Security Council in Resolution 2085 of December 20, 2012[89]. The operation's mandate include different tasks[90], formulated in terms of "stabilization of key population centers and support for the reestablishment of State authority throughout the country", including the more political side that contemplates support "for the implementation of the transitional road map, including the national political dialogue and the electoral process". Following, the protection of civilians and promotion and

[84] S/RES/2406 (2018), 15 March 2018.

[85] *Ibidem*, par. 7.a) v).

[86] *Ibidem*, par. 7.c) iii).

[87] S/RES/2514 (2020), 12 March 2020. Special references are included in pars. 8a) and 8d) of the resolution.

[88] S/RES/2100 (2013), 25 April 2013.

[89] *Ibidem*, par. 7.

[90] *Ibidem*, par. 16 a) and par. 16b).

protection of human rights are incorporated as separated objectives, though complementary.

In terms of human rights promotion and protection[91], it is foreseen to deploy human rights officers that will be able to "monitor, help investigate and report to the Council on any abuses or violations of human rights or violations of international humanitarian law committed throughout Mali", unifying human rights and sexual violence in armed conflict, that are put under the same umbrella of responsibility. This unification of human rights and gender related issues has not been a clear practice until the last existing peacekeeping operations, and we must signal the convenience of it as it stands for cooperation between other components that could facilitate access to justice of sexual violence victims. Furthermore, gender related questions are included in pars. 24 and 25[92], mentioning the Women, Peace and Security Agenda resolutions and the relevant role that women should play in the efforts to bring peace to the country. It would have been more appropriate to frame the gender perspective within the introductory part but somehow it is a clear mention that serves to the same purpose.

MINUSCA, the United Nations Multidimensional Integrated Stabilization Mission in the Central African Republic has also been launched[93] after one existing operation called MISCA, the African-led International Support Mission in the Central African Republic. Paragraph 30 incorporates its mandate with a high, detailed number of tasks to be performed[94], and it can be considered a real example of multidimensional operation including human rights and gender related aspects. A specific mandate for the promotion and protection of human rights has been introduced, incorporating some fundamental tasks of assistance both to the State and to information and monitoring of violations

[91] *Ibidem*, par. 16 d) "(d) *Promotion and protection of human rights*

[92] S/RES/2100 (2013), 25 April 2013, par. 24.

[93] S/RES/2149 (2014), April 2014, par. 21.

[94] *Ibidem*, par. 30. The resolution includes following aspects, describing clear tasks for each of them: protection of civilians, support for the implementation of the transition process, including efforts in favor of the extension of State authority and preservation of territorial integrity, facilitation of the immediate, full, safe and unhindered delivery of humanitarian assistance, protection of the United Nations, promotion and protection of human rights, support for national and international justice and the rule of law and disarmament, demobilization, reintegration (DDR) and repatriation (DDRR).

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 8, janvier-décembre 2020, pp. 145-183
DOI: http://dx.doi.org/10.25267/Paix_secur_int.2020.i8.07

of international humanitarian law and abuses and violations of human rights, with special reference to those carried out by armed groups. Human rights observers will be the instrument in charge of implementing this mandate[95].

Gender related aspects have been included transversally as par. 35 indicates, stating that MINUSCA should "take fully into account gender considerations as a cross-cutting issue throughout its mandate", mentioning specifically that this perspective should be applied in following: "ensuring the full and effective participation, involvement and representation of women in all spheres and at all levels, including in stabilization activities, security sector reform and DDR and DDRR processes, as well as in the national political dialogue and electoral processes". For achieving this objective, it would be necessary to incorporate, *inter alia*, gender advisers.

This formulation is certainly a novelty among mandates, and it shows how the Women, Peace and Security Agenda could be considered in peacekeeping operations. However, there is a shortage too: it has not been formulated within the core mandate paragraph. The lack of effective gender related tasks within the mandate has been resolved operationally as indicated by the last report of the Secretary General on the mission[96]. It shows how human rights and issues related to sexual violence are treated under the same category, jointly, including the protection of children and sexual violence in conflict. Also, the extended mandate reinforces the implementation of gender related objectives, as it recommends the "deployment of Child Protection Advisers, Women Protection Advisers and Gender Advisers"[97], specialized staff able to mainstream gender throughout the peacekeeping operation.

It is highly relevant to establish accurate and comprehensive mandates that include a cross-gender perspective involving human rights work in it. This perspective is defended by several authors and also by United Nations personnel who occupy gender related functions in the field. The Gender Advisor of the UN operation in Somalia has currently defended these types of mandates, which make it possible to integrate and mainstream gender

[95] S/RES/2149 (2014), April 2014, par. 30.

[96] S/2018/125, 15 February 2018, par. 51-56.

[97] S/RES/2301 (2016), July 2016, par. 33a) ii).

issues. If the mandates do not expressly include these objectives, there will be no budgets that convert what has been devised into concrete realities[98].

Last but not least the multidimensionality of both MINUSMA and MINUSCA mandates is reflected in their strategies to reinforce a rule of law state through fighting impunity. Both human rights and gender related aspects are included when designing strategies that tackle the fragility of the legal systems in both countries and its strong consequences particularly on women.

MINUSMA has created a "Human Rights and Protection Division" within the operation that works together with the Ministry of Justice and the Head of Human Resources of the Armed Forces, in order to monitor jointly the cases of complaints regarding human rights. Therefore, even those detained by counterterrorism operations are monitored by the same system, establishing human rights guarantees[99]. In general, human rights are a relevant objective within the mandate in this operation, dedicating personnel and efforts to ensuring that they are inserted in all actions, including those that are motivated by the fight against terrorism carried out by the Sahel Group 5, as recently recognized by the MINUSMA Assistant Secretary General for Human Rights[100]. If the work carried out by the military forces against terrorism is not completed with the passage of those arrested by a judicial system, the peacekeeping operation will not fulfill its mandate but the opposite: it can turn against the operation itself.

Furthermore, the UN Office of the High Commissioner for Human Rights (OHCHR) maintains technical cooperation with the PKO and collaboration

---

[98] Interview conducted by María Avello, the author, with Ms. Shipra Bose, Gender Advisor, UN Assistance Mission in Somalia. March 14, 2018. The interview was conducted by Skype with a qualitative semi-structured interview methodology, which allowed the interviewee to contribute her point of view on other issues not included in the previous script. This is not a proper peacekeeping operation, but it was established at the end of one, with which the interviewee had also held similar positions in other PKO. In addition, the perspective of someone who has been able to closely observe the relevance of the change of mandates and that they incorporate gender and Human Rights objectives in them is of interest.

[99] https://peacekeeping.un.org/en/promoting-human-rights, last seen April 2020.

[100] Mali: Senior UN official calls for human rights and justice to be at heart of fight against terrorism. Available at http://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=22370&LangID=E, last seen in May 2020.

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 8, janvier-décembre 2020, pp. 145-183
DOI: http://dx.doi.org/10.25267/Paix_secur_int.2020.i8.07

is observed[101], supported by other instruments of the United Nations system, such as the Independent Expert from Mali, whose mandate has been renewed for one more year. In its latest report about human rights, there is growing concern about its deterioration in areas occupied by extremist groups[102], but also some achievements linked to the establishment of government structures dedicated in a specialized way to human rights, as well as the electoral law -which guarantees that 30% of the electoral lists contain candidates within the various political parties for the 2018 elections[103].

Another relevant area of work regarding gender issues relates to training the Mali security and police forces together with the inaugurated dialogue with the arm groups in order to end sexual violence in conflict. One of its relevant outputs was the coordination of the visit of the Special Representative of the Secretary General for Sexual Violence in conflict with this dialogue. It contributed to strengthening institutional structures dedicated to fighting conflict-related sexual violence[104].

As said, MINUSCA has seemingly used this approach of reinforcing the rule of law through human rights and gender work within the PKO. The Human Rights Division of MINUSCA, has worked in collaboration with the Office of the High Commissioner on Human Rights (OHCHR) and it has played a primary role in preparing the OHCHR report[105] as it can serve as a deterrent for the perpetrators of future violations, given that they are aware that there is a clear attitude to attack and end the existing impunity. Also, a full section of this report is devoted to sexual violence derived from the conflict, internalizing the gender approach.

Additionally, MINUSCA has also developed a "Case Documentation Project" to fight impunity for violations of international humanitarian law

[101] This materializes, for example, in the preparation of joint reports –MINUSMA/OHCHR– such as the one mentioned in this report, A/HRC/RES/37/39, 5 April 2018.

[102] A/HRC/37/78, 2 February 2018.

[103] A/HRC/RES/37/39, 5 April 2018, par. 13.

[104] A/71/690, 14 December 2016, par. 25.

[105] OHCHR: Report of the Mapping Project documenting serious violations of international human rights law and international humanitarian law committed within the territory of the Central African Republic between January 2003 and December 2015, May 2017, 372 pp. http://www.ohchr.org/EN/Countries/AfricaRegion/Pages/CARProjetMapping2003-2015.aspx, last seen in May 2018.

and human rights. The Bangui Forum[106] agreed that issues of impunity were a serious impediment to achieving the pacification of the territory. The Prosecutor of the International Criminal Court has launched an investigation in this regard, that resulted on the partially confirmation on 11 December 2019 by the Pre-Trial Chamber II of the charges of war crimes and crimes against humanity, brought by the Prosecutor against Mr Yekatom and Mr Ngaïssona and committed them to trial[107].

Currently and responding to this need to work on reconciliation through transitional justice, a special criminal jurisdiction has been created in the country to try to prosecute some of the crimes committed or that may be committed against human rights. However, it is necessary to consider the human rights challenges[108] that it will encounter, as they are broader than the mandate conferred.

In conclusion, it can be seen that the work undertaken by both the Human Rights Division of MINUSMA and MINUSCA can be considered an example of good practice, given that it condenses new approaches to multidimensional operations; in addition, this also includes human rights and gender perspectives and collaborating with the country's government in order to create justice-based reconciliation, aiming to the desired stabilization and peace, the mandate's main objective. Also, another element to highlight is the joint and coordinated work of institutions external to the peace operation, responding to the concept of "multidimensionality" increasingly present in

---

[106] S/RES/2301 (2016), July 2016, párr. 33b)(i).

[107] International Criminal Court, Situation in the Central African Republic II, Article 53(1) Report, September 2014. https://www.icc-cpi.int/carII, last seen April 2020.

[108] In relation to the extremely difficult human rights situation in the country both at the beginning of the conflict and during 2013, before the establishment of MINUSCA, there are several reports, both from the High Commissioner for Human Rights, as well as Amnesty International and Human Rights Watch. Below, they are quoted for informational purposes, in order to get an idea of the enormous challenges of the human rights mandate in such a territory: UN Human Rights Council, "Situation of Human Rights in the Central African Republic", A/HRC/24/59, 12 September 2013, par. 27. AI, "Central African Republic: Human rights crisis spiraling out of control", 29 October 2013, p. 16. HRW, "I can still smell the dead - The forgotten human rights crisis in the Central African Republic", 18 September 2013, p. 64. AI, "Central African Republic: Human rights crisis spiraling out of control", 29 October 2013, p. 16. UN Human Rights Council, "Situation of Human Rights in the Central African Republic", A/HRC/24/59, 12 September 2013, par. 29.

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 8, janvier-décembre 2020, pp. 145-183
DOI: http://dx.doi.org/10.25267/Paix_secur_int.2020.i8.07

current operations. Thus, both PKO collaborate with other specialized UN human rights agencies, mainly the UN Office of the High Commissioner for Human Rights, and also in the case of gender issues, with UN Women.

2. Challenges to the Human Rights and Gender related aspects in an Era where the "Protection of Civilians" prevails

In all these operations, it seems that human rights and gender related aspects as introduced by the 1325 Security Council Resolution are part of the core mandates. It should translate in budgetary implications and in effective results. However, there are notable challenges to implementation that can be already observed as both aspects have been usually framed under the protection of civilians perspective. Even when this has not been the case, protecting civilians still demands for armed intervention that can collide with the needed neutrality when working in human rights or gender related aspects in post conflict settings.

The presidential statement from the 8521ª Security Council session on 7 May 2019 on "United Nations Peacekeeping Operations" [109] reminds States of the "efforts undertaken by the Secretary-General to mobilize all partners and stakeholders in support of more effective United Nations peacekeeping through his initiative 'Action for Peacekeeping'"[110], clearly advocating for a realistic peacekeeping able to end conflicts and human rights violations in the territories where operations are working. In the same session intervened the MONUSCO Chief in command, describing the complexity of its mandate and the objective of following an integrated approach throughout the operation, something that involves "changing the mindset of all peacekeepers, civilians, military and police, who must comprehend the environment and evolving challenges, with civilian protection as the core mandate"[111].

The hybrid model of the Sudan peacekeeping operation has revealed itself as a complex situation given that the African Union scarcely contributes with economic resources or with sufficient experience in peacekeeping operations,

[109] S/PRST/2019/4: Statement by the President of the Security Council**,** 7 May 2019.

[110] United Nations, Action for Peacekeeping, https://peacekeeping.un.org/en/action-for-peacekeeping-a4p, last seen in April 2020.

[111] SC/13800, Security Council 8521ST meeting (am), "Security Council Issues Presidential Statement Underscoring Key Role of Peacekeeping in Promoting, Maintaining International Peace", 7 May 2019.

creating an asymmetric relationship with the United Nations that has not always had a positive impact on the development of its mandate[112], especially in human rights and gender related questions, that has sometimes suffered from a lack of coordination between the two organizations. The mandate has been extended successively[113] due to the lack of political solution to end the conflict.

Adding to this, there is a clear reference to the need to "comply with their obligations under international human rights law and international humanitarian law"[114], stating also that there are "operational challenges"[115] preventing the fulfillment of the mandate. Among them, it is clearly addressed the "visa restrictions targeted at some elements of UNAMID, particularly the human rights section", indicating the lack of support for their work. That is why par. 15 of the extended mandate makes clear reference to the support of the peacekeeping operation to the protection of human rights that the government and institutions of Sudan should implement. For that purpose, the new mandate incorporates a reinforced mission capacity[116].

Similar challenges are experience in the gender related tasks, also reinforced in par. 27[117] of the extended mandate, including *through the swift deployment of Women Protection Advisers* in order to deal with sexual violence derived from conflict. In this regard, it is needed to end up with the impunity attached to it, a challenging objective, as described in the last report of the Independent Expert on the situation of human rights in the Sudan[118], as legislation is not suitable and even "create obstacles to the successful prosecution of members of the Sudan Armed Forces and those of the national security agencies". Through indirect policies, the government of Sudan prevents effective human rights and gender related work, which indicates the real difficulties that these sections sometimes face in the context of a peacekeeping operation.

[112] Salama, D., "Is Hybrid Peacekeeping a Model of Success? The Case of UNAMID", *United Nations University*, July 2016, available at https://unu.edu/publications/articles/hybrid-peacekeeping-case-of-unamid.html, last seen in April 2020.

[113] S/2017/553, 29 June 2017.

[114] *Ibidem*, introductory paragraphs.

[115] *Ibidem*, Operational Challenges.

[116] *Ibidem*, par. 15, vii).

[117] *Ibidem*, par. 27.

[118] A/HRC/36/63, 27 July 2017, par. 41.

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 8, janvier-décembre 2020, pp. 145-183
DOI: http://dx.doi.org/10.25267/Paix_secur_int.2020.i8.07

In the case of South Sudan, there has been an extended mandate reinforcing human rights and gender related tasks and competencies[119], but little progress has been seen in the pacification of the new state. There is still great instability and the mandate of the operation has not been revised "downward" in any respect. The consequences of this emphasis on human rights/gender in the new mandate are not entirely clear, as the government keeps emphasizing that the United Nations is not acting as neutrally. The reluctant attitude of government authorities to follow human rights-based policies is partly because they feel that the United Nations views government authorities and the opposition forces in the same way, rejecting the neutrality principle, basis of peacekeeping operations.

IV. CONCLUSION

From 1995 to the present, a clear evolution towards a sustained integration of human rights and gender issues in peacekeeping operations can be verified, the latter being later incorporated. Initially, peacekeeping operations included issues related to human rights in an ambiguous way and without specifying the necessary actions to be undertaken. Therefore, they were consequently located in those places of the resolution "least binding" and not in their operational and programmatic part. However, it is noteworthy the relevant role of the extensions of the mandates, which have been one of the instruments used to turn human rights into clear objectives, once the operation was launched. This way of proceeding is a foretaste of what would happen to peacekeeping operations deployed at the beginning of the XXI century, where human rights have gradually been central to mandates, as is the case of operations in Liberia and in Sudan.

Although human rights are incorporated to a greater extent in the existing multidimensional operations mandates, it is not the same with issues related to gender and the Women, Peace and Security Agenda. These are included in the mandates less frequently than human rights and focus mainly on actions related to sexual violence derived from the conflict. Gender mainstreaming is not still happening in the mandates that constitute the legal basis of peacekeeping operations.

[119] S/RES/2406 (2018), 15 March 2018.

Likewise, the link between human rights and gender issues in the mandates has not been developed strategically or operationally. Both human rights and gender work in a peacekeeping operation relate usually to the same victims, since the sexual violence derived from the conflict involves a violation of various human rights and may even be considered a crime against humanity. However, it has been detected that both spheres work in different ways in different components of the peacekeeping operations, which translates into non-complementary and also contradictory or fragmented information. Lately certain confluence has been observed in the mandate extensions of the present peacekeeping operations in the African continent, as in South Sudan, Mali or the Democratic Republic of Congo, mainly due to the severe human rights violations that are still happening despite the international presence. It is necessary to deepen the links between human rights and gender in post-conflict societies, as a way of channeling injustices and inaugurating new practices within the nascent State after the conflict.

Furthermore, both human rights and gender aspects as framed in the Women, Peace and Security Agenda are part of ongoing peacekeeping operations, especially those in Chapter VII that include the use of force to protect civilians. They have normally been categorized under the broad umbrella of civilian protection, some including very detailed tasks regarding either human rights or gender. Furthermore, the cooperation with the Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights has been institutionalized in the mandates itself although not in its totality, aspect that would be desirable.

Finally, there are operational challenges in the implementation of human rights and gender related aspects of peacekeeping operation mandates, mainly regarding the difficulty to maintain neutrality in reinforced operations. In the peacekeeping operations in Sudan, South Sudan or the Democratic Republic of Congo, having situated human rights implementation under the protection of civilian's tasks has not contributed to ease up the situation with the host governments. However, the operations in Mali and in the Central African Republic have separated human rights tasks from protection of civilians, setting up a path for cooperation with national institutions and local communities that could alter the negative/unneutral assessment of the peacekeeping operations by the host governments. The creation of mechanisms that include sustained

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 8, janvier-décembre 2020, pp. 145-183
DOI: http://dx.doi.org/10.25267/Paix_secur_int.2020.i8.07

work with institutions at the national level, as well as with local communities on human rights and gender aspects, undoubtedly contributes to the perception that peacekeeping operations are not agents supporting the armed struggle against insurgent factions, but neutral pacification actors. This is probably the path to follow and the effective way to protect civilians, not compromising peacekeeping principles.

BIBLIOGRAPHICAL REFERENCES

ABRIL STOFFELS, R., "El papel del/de la asesora/asesor de género en las misiones de paz en las que intervienen fuerzas armadas" en Grignon, J. (Dir.), *Hommage á Jean Pictet par le Concours de Droit International Hummanitaire Jean Pictet, é*ditions Yvon Blais, Québec, 2016.

AVELLO MARTÍNEZ, M.: "Asesores de género en las operaciones de mantenimiento de la paz de las Naciones Unidas: un instrumento de la agenda de mujer, paz y seguridad", *Revista Española de Relaciones Internacionales*, 2019, número 10.

BACEVICH, A. J. and COHEN, E. A. (Eds), *War over Kosovo: Politics and Strategy in a Global Age*, Columbia University Press, New York, 2001.

BEURTMAN, K., *Human Rights in Kosovo*. Hum Rights Rev (2008).

BIGIO J. and VOGELSTEIN R., *Countering Sexual Violence in Conflict*, Council on Foreign Relations, Center for Preventive Action Women and Foreign Policy, 2017.

BARROW, A., "UN Security Council resolutions 1325 and 1820: constructing gender in armed conflict and international humanitarian law", *International Review of the Red Cross*, Volume 92, Number 877, March 2010, pp. 228-232.

CAPELLA SOLER, R., "Los Derechos Humanos, ¿un obstáculo para la paz en el Sáhara Occidental?", *Real Instituto Elcano*, ARI 47/2011-08/03/2011. http://www.realinstitutoelcano.org/wps/portal/rielcano_es/contenido?WCM_GLOBAL_CONTEXT=/elcano/elcano_es/zonas_es/ARI47-2011.

CHARLESWORTH, H. and CHINKIN, C., "An Alien's Review of Women and Armed Conflict" Scholarship of Emeritus Professor Judith Gardam, Stephens, D. and Babie, P. (Eds.), *RegNet Research Paper*, Adelaide University Press, N. º 73, 2015, pp. 171-194.

CURRAN, D., WOODHOUSE, T., "Cosmopolitan Peacekeeping and Peacebuilding in Sierra Leone: What Can Africa Contribute?", *International Affairs*, 83:6, 2007, pp. 1055-1070.

ESCOBAR FERNÁNDEZ, C., "Paz y Derechos Humanos: una nueva dimensión de las operaciones de mantenimiento de la paz", en *Cursos de Derecho Internacional de Vitoria Gasteiz,* 1997, pp. 47-102.

HIGATE, P.H., 'Gender and Peacekeeping Case Studies: The Democratic Republic of the Congo and Sierra Leone" ,Pretoria, *Gender and Peacekeeping*, Institute for Security Studies, 2004, 91 Monograph Series

IZUEL BARBÉ, E. "Contestación normativa y Consejo de Seguridad: la Agenda de mujeres, paz y seguridad o de la resolución 1325 a la resolución 2242", *Revista Española de Derecho Internacional,* Vol. 68, No. 2, julio-diciembre 2016, pp. 103-131.

HULL, C., *Integrated Missions-A Liberia case-study,* Sweden, FOI, August 2008.

KOKO, J. L., & ESSIS, ESSOH J. M. C., *Determinants of success in UN peacekeeping operations*, Lanham, University Press of America, 2012.

KREFT, A.-K., "The gender mainstreaming gap: Security Council resolution 1325 and UN peacekeeping mandates", *International Peacekeeping*, 24:1, pp. 132-158.

KREFT, A.-K, "Gender and Peacekeeping: Progress and Challenges", *Blog Oxford Research Group*, 2019, https://www.oxfordresearchgroup.org.uk/blog/gender-and-peacekeeping-progress-and-challenges.

LEDGERWOOD, J., *UN peacekeeping missions: the lessons from Cambodia*, Asia Pacific Issues no. 11 (Honolulu: East-West Center, 1994), http://www.seasite.niu.edu/khmer/ledgerwood/PDFAsiaPacific.htm.

LUPI, N., "Report by the Enquiry Commission on the Behavior of Italian Peacekeeping troops in Somalia' (1998) *Yearbook of International Humanitarian Law,* 375 pp.

MANRIQUE DE LUNA BARRIOS, A., "Los mandatos de mantenimiento de la paz y la protección de los derechos fundamentales en el siglo XXI", *Dikaion*, n.17, Chia, Colombia, 2008, pp. 245-264.

MANSSON, K., "Integration of Human Rights in Peace Operations: is there an ideal model?" *International Peacekeeping,* 13 (Issue 4), 2006, pp. 547-563.

MARTIN, S., 'Must Boys be Boys? Ending Sexual Exploitation and Abuse in Peacekeeping Missions', *Refugee International*, 2005.

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 8, janvier-décembre 2020, pp. 145-183
DOI: http://dx.doi.org/10.25267/Paix_secur_int.2020.i8.07

O'NEILL, W. G., *Kosovo, an unfinished peace.* International Peace Academy Occasional Paper Series, 2002.

PATRIK, J., "The Humdrum Use of Ultimate Authority: Defining and Analyzing Chapter VII Resolutions", *Nordic Journal of International Law*, n. 78, 2009, pp. 309-342.

REILLY, N., "How Ending Impunity for Conflict-Related Sexual Violence Overwhelmed the UN Women, Peace, and Security Agenda: A Discursive Genealogy", *Violence Against Women*, 2018, Vol. 24(6), pp. 631–649.

ROBLES CARRILLO, M. (coord.), *Género, conflictos armados y seguridad. La asesoría de géneros en operaciones,* Granada, Universidad de Granada, 2012.

RODRÍGUEZ MANZANO, I., "¿Más que víctimas?: una lectura teórico-discursiva de la Resolución 1325, relativa a las mujeres, la paz y la seguridad", en *El arreglo pacífico de las controversias internacionales: XXIV Jornadas de la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones internacionales* (AEPDIRI), Córdoba, 20-22 de octubre, Vázquez Gómez, E.M., Adam Muñoz, M.D., Cornago-Prieto, N. (Coords.), 2013, pp. 1041-1054.

SALAMA, D., "Is Hybrid Peacekeeping a Model of Success? The Case of UNAMID", *United Nations University*, July 2016, https://unu.edu/publications/articles/hybrid-peacekeeping-case-of-unamid.html.

SOLHJELL, R., "Sin mujeres por aquí. Discursos de género en las OMP de Naciones Unidas", *Relaciones Internacionales*, Número 27, octubre 2014 - enero 2015, https://revistas.uam.es/relacionesinternacionales/article/view/5239.

TARDY, T., "Hybrid peace operations: Rationale and challenges", *Global Governance*, n. 20(1), 2014, pp. 95-118.

WALTER DORN, A., *Keeping Watch: Monitoring Technology and Innovation in UN Peace Operations Traditional peacekeeping: Cases*, Chapter 6, pp. 77-100.

WOOD, MC., "The interpretation of UN Security Council resolutions", *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, n. 73, 1998, pp. 86-87.

PAIX ET SÉCURITÉ INTERNATIONALES
Journal of International Law and International Relations
Num 8, janvier-décembre 2020 | ISSN 2341-0868
DOI http://dx.doi.org/10.25267/Paix_secur_int.2020.i8.07

Citation: SEDIKKI, N. : "Repenser la Responsabilité en affaires dans un monde globalisé", *Paix et Sécurité Internationales*, num. 8, 2020, pp. 185-210.

Received: 9 June 2020.
Accepted: 4 July 2020.

REPENSER LA RESPONSABILITE EN AFFAIRES DANS UN MONDE GLOBALISE

Nora SEDDIKI[1]

I-INTRODUCTION – II- LA NOTION DE RESPONSABILITÉ EN DROIT ET EN MANAGEMENT : CONTEXTE ORIGINEL ET ANTÉRIORITÉ DE CERTAINES CARACTÉRISTIQUES – III- RESPONSABILITÉ EN CONTEXTE DIFFÉRENT – IV-CONCLUSION.

RESUME : Une réflexion est menée sur l'origine de la responsabilité dans le monde des affaires, en Europe et aux Etats-Unis, pour déboucher sur un modèle de responsabilisation de l'entreprise dans son contexte. Le degré d'importance de la règlementation d'un pays n'est pas, à lui seul, un indicateur suffisant d'appréciation du niveau de prise en considération de la responsabilité et particulièrement de la responsabilité sociale des entreprises (RSE).La démarche réflexive, déductive, à approche modélisatrice et interdisciplinaire (le droit et le droit des affaires, le management), démontre qu'il existe différentes visions de la responsabilité selon les contextes nationaux.

MOTS CLES : Responsabilité, RSE, comportements antisociaux, contraintes, contexte national.

RETHINKING RESPONSIBILITY IN BUSINESS IN A GLOBALIZED WORLD

ABSTRACT : A reflection is carried out on the origin of responsibility in the business world, in Europe and in the United States, to lead to a model of corporate responsibility in its context. The degree of importance of a country's regulation is not, in itself, a sufficient indicator of appreciation of the level of consideration of responsibility and more specifically of corporate social responsibility (CSR). The reflexive, deductive approach, with a modeling and interdisciplinary approach (particularly law and business law, management), demonstrates that there are different visions of responsibility according to national contexts.

KEYWORDS: Responsibility, CSR, antisocial behavior, constraints, national context.

---

[1] Professeure habilitée (Associate Professor) à L'École Nationale de Commerce et de Gestion de Tanger (ENCGT), Maroc. Chargée d'encadrement et de recherche (Research Fellow) au Centre de recherche Économie et Management des Risques, Université Abdelmalek Essadi, Tanger, Maroc.

REPENSAR LA RESPONSABILIDAD EN NEGOCIOS EN UN MUNDO GLOBALIZADO

RESUMEN : Este trabajo es una reflexión sobre el origen de la responsabilidad en el mundo de los negocios en Europa y en los Estados Unidos, para llevar a cabo un modelo de responsabilidad de las empresas en su contexto. El grado de la reglamentación de un país no es, en sí mismo, un indicador suficiente para la evaluación del nivel de la responsabilidad y, sobre todo, la responsabilidad social de las empresas (RSE). El método reflexivo, deductivo, con un enfoque modelador e interdisciplinario (derecho y derecho comercial, y gestión), demuestra que existen diferentes visiones de responsabilidad según los contextos nacionales.

PALABRAS CLAVE: Responsabilidad, RSE, conductas antisociales, desafíos, contexto nacional.

I. INTRODUCTION

Porter une réflexion sur la question de la responsabilité en affaire revient tout d'abord à rattacher la notion à la sphère particulière qui est celle des affaires et de ses acteurs principaux, les entreprises.

Traditionnellement la notion de responsabilité évoque le fait pour une personne physique ou morale de devoir répondre de ses actes et de ceux de ses préposés. Cette notion relève du domaine juridique (responsabilité civile, contractuelle, délictuelle, pénale), pour autant celle-ci a été reprise comme outil de management et retenue sous l'appellation de responsabilité sociale ou sociétale des entreprises (RSE).

S'interroger sur la responsabilité en affaire ne relève pas de la simple rhétorique d'autant que la mondialisation de l'économie, manifestée par la conquête des marchés internationaux et le principe de libre circulation des produits, a permis le développement de comportements antisociaux à l'échelle d'un, voire de plusieurs pays. La liberté de circulation des capitaux et la financiarisation du monde des affaires n'a fait qu'accentuer le phénomène[2].

L'internationalisation des échanges, de même que la libre circulation des entreprises, n'a pas malgré cela entrainé la mise en place d'un cadre normatif contraignant. Ce sont donc essentiellement les Etats (sauf exception) qui légifèrent sur cette question.

Il existe pour autant une conscience à l'échelle planétaire qui ne cesse de croître. Celle-ci met en exergue la responsabilité des entreprises en rapport

[2] Il est avéré que la finance encastre l'économie dite « réelle », voire à ce sujet les travaux de Polanyi, K., *The Great Transformation*, Farrar, et Rinehart, New York, 1944, édité en français, *La Grande Transformation. Aux origines politiques et économiques de notre temps*, Gallimard, Paris, 1983.

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 8, janvier-décembre 2020, pp. 185-210
DOI: http://dx.doi.org/10.25267/Paix_secur_int.2020.i8.07

avec des agissements considérés comme antisociaux[3]. De sorte que lorsque l'on évoque l'entreprise on ne peut ignorer ses actions et comportements et leurs impacts sur les personnes et les territoires.

Pour aborder la question de la responsabilité en affaire il s'avère légitime de s'interroger sur la notion rattachée au monde des affaires. Peut-on considérer que cette notion et son contenu transcendent les espaces et le temps ou bien alors qu'il existe plusieurs types et niveaux de responsabilité ? La responsabilité d'aujourd'hui est-elle celle d'hier et de demain ou alors évolue-t-elle selon les périodes et les circonstances ? La notion de RSE englobe-t-elle la responsabilité au sens juridique ? Pour explorer ces questionnements et tenter d'y répondre il est nécessaire de s'interroger d'abord sur la responsabilité dans les affaires en mettant en avant l'approche managériale de la responsabilité (I). Il sera ensuite abordé les environnements macro et micro de deux pays, amenant les entreprises à conceptualiser leur conception de la RSE et son implémentation sur un territoire donné. Il s'agira en outre de proposer un modèle type de Responsabilité au sens managérial vers lequel les entreprises devraient s'orienter (II).

La démarche réflexive, déductive, à approche modélisatrice et interdisciplinaire (particulièrement le droit et le droit des affaires, le management), démontre qu'il existe différentes visions de la responsabilité selon les contextes nationaux.

II. LA NOTION DE RESPONSABILITÉ EN DROIT ET EN MANAGEMENT : CONTEXTE ORIGINEL ET ANTÉRIORITÉ DE CERTAINES CARACTÉRISTIQUES

La question de la responsabilité n'est pas née avec l'émergence de la notion de Responsabilité sociale des entreprises ou sa conceptualisation. Elle l'a précédée. Pour autant, nous verrons d'abord le contexte originel ayant donné naissance à la notion (1) puis l'antériorité des éléments qui caractérisent la RSE (2).

[3] Ce sont à la fois des agissements et des négligences qui violent les normes légales réglementant la vie des affaires, mais plus largement qui sont considérés comme anti-sociaux et immoraux. Certains de ces agissements relèvent de la criminalité d'affaires dite également en col blanc (terminologie utilisée par Edwin Hill dès 1872 et consacrée par SUTHERLAND, Edwin en 1939). Dans le milieu des affaires le crime doit s'entendre de toute conduite anti-sociale, même non pénalement réprimée.

1. Naissance d'une notion la RSE et contexte juridique-managerial

La notion est apparue avec le développement des grandes firmes, dans les années cinquante, aux États-Unis[4]. Le droit des sociétés reconnait déjà aux sociétés de capitaux (corporation) la personnalité morale. De sorte que celles-ci disposent d'une reconnaissance juridique distincte de celles des associés. Cela se traduit par le fait qu'elles se trouvent dotées des attributs de la personne juridique : un nom, une adresse, une nationalité, un patrimoine…

Ces sociétés émettent des actions, et la particularité de l'époque, par rapport aux époques qui la précèdent, réside dans le fait que les actionnaires participent peu à la gestion courante de la société.Le management est assuré par le Conseil d'administration, dont les membres sont élus par l'assemblée générale des actionnaires.La plupart des actionnaires se trouvent être uniquement des bailleurs de fonds de la société, gérée au quotidien par des salariés. Tandis que généralement les principaux actionnaires font partie du Conseil d'administration.

Dans ce contexte l'auteur de la notion de responsabilité sociale des hommes d'affaires, H. Bowen, ne visait pas directement l'entreprisemais ceux qui créaient les sociétés, à savoir, les investisseurs, les actionnaires, les associés, différentes appellations pour désigner le même corps de personne.

Le développement des grandes sociétés avec personnalité morale ne devait pas déresponsabiliser les personnes qui les constituaient au prétexte que le droit des sociétés a autorisé à créer une entité juridique abstraite, la société, distincte de la personne des associés, y compris en matière de patrimoine.

D'autre part, la corporation est quasiment l'équivalent de la société anonyme, existant dans de nombreux pays. Cela signifie que les associés ont une responsabilité limitée au montant de leurs apports respectifs. De sorte qu'ils ne sont pas personnellement tenus de rembourser les dettes sociales.

De plus, la problématique de la responsabilité limitée amène probablement les associés à être moins vigilants en matière de contrôle des actes des dirigeants et autres managers qui gèrent l'entreprise. D'autant que généralement le top management (Conseil d'administration) regroupe les plus gros actionnaires tandis que le management opérationnel est laissé à un corps de salariés.

[4] Corporate social responsability.

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 8, janvier-décembre 2020, pp. 185-210
DOI: http://dx.doi.org/10.25267/Paix_secur_int.2020.i8.07

Cela signifie que les actes et pratiques positifs mais aussi négatifs sont entrepris par des personnes qui n'ont pas un intérêt patrimonial direct dans la société.

Nous avons donc là un double laisser-aller ou laisser-faire : les associés ont moins de pression car la loi ne leur impose pas une responsabilité personnelle sur le passif social. Et en second lieu, les salariés gèrent quotidiennement la société dans une logique qui n'est pas forcément liée au nécessaire développement de l'entreprise, le court terme pouvant l'emporter sur le long terme.

Ces derniers passent régulièrement des contrats, et certaines transactions sont certainement particulièrement engageantes. De même que certains actes et comportements peuvent être nuisibles au corps social de l'entreprise, y compris aux associés, qui du fait de leur retrait de la société (particulièrement les actionnaires minoritaires) sont considérés comme des parties prenantes de celle-ci, au même titre que les salariés, victimes de ces agissements et comportements.

Finalement, ils deviennent partie-prenante dès lors qu'une décision nuisible a été prise soit par d'autres actionnaires et des salariés, soit par les seuls salariés. Ils n'ont donc pas participé à la prise de décision et ils se trouvent victimes de l'impact négatif d'une telle décision (baisse de dividendes, baisse de la valeur de l'action, OPA, fusion, licenciement économique…).

La RSE est donc d'abord née dans un contexte de création et de croissance en nombre de grandes firmes, dont la forme juridique permet de limiter la responsabilité des associés. De plus, l'obligation de constituer un conseil d'administration devant réunir plusieurs dirigeants entraîne une dilution de la responsabilité. Dans le premier cas l'atténuation de la responsabilité est directement d'ordre juridique tandis que dans le second celle-ci est plutôtfactuelle. Dans le même ordre d'idée faut-il ajouter que cette dilution de responsabilité est le fait également de la subdivision de la société en service, en département avec différents responsables à leur tête.

En outre, la nature des actions émises par la société ne suscite pas la prise de responsabilité de la part des actionnaires. En effet, celles-ci sont des valeurs mobilières cessibles et transmissibles à la forme commerciale. Cela signifie que les actionnaires peuvent facilement « commercialiser » leur titre.Tandis que dans la PME l'approche est différente, bien qu'elle puisse disposer de la

personnalité morale. Celle-ci est envisagée avant tout comme un groupement de personnes physiques.

Dès lors que les associés ont une responsabilité personnelle et illimitée[5] vis-à-vis des dettes et engagements de la société l'appréhension du sort de la société et de ses résultats est différente pour les associés.

En étant personnellement engagé, les comportements et actes s'en trouve modifiés. L'entreprise est conçue comme un bien à préserver sur le long terme et sous la responsabilité directe des associés, d'autant que les créanciers de la société ont un droit indirect sur les biens personnels des associés.

De sorte que ces derniers se chargent le plus souvent de la direction et de la gestion courante de l'entreprise. Il n'y a pas de dilution de la responsabilité.Mais aussi, les parts sociales sont liées à la personne de l'associé et donc nominatives et porteuses d'*intuitu personae*[6] fort. De sorte qu'elles ne sont généralement pas librement cessibles.

Lorsque H. Bowen a envisagé la question de la responsabilité, cela ne visait pas directement la société elle-même dans une approche juridique de la personnalité morale, mais plutôt la prise en compte des comportements et actes négatifs, nuisibles aux associés non impliqués dans la gestion de l'entreprise et également aux salariés.

De plus, est-il utile de souligner que plus l'entreprise est de grande taille plus elle est susceptible de rechercher une forme juridique qui lui permette de faire un appel de capitaux. Le nombre considérable d'actionnaires oblige à distinguer les actionnaires-investisseurs et les actionnaires petits porteurs. D'un point de vue juridique l'*affectio societatis* est difficile à appréhender, à savoir la volonté de s'associer sur un même pied d'égalité, profiter des droits et répondre aux obligations. Cet *affectio societatis* est particulièrement présent dans les sociétés de petite et moyenne taille.

Nous pouvons donc affirmer que le contexte territorial, économique, règlementaire et managérial qui a vu naitre la notion de responsabilité sociale de l'homme d'affaire a été pour beaucoup dans l'appropriation du concept et la réorientation de la responsabilité vers l'entreprise.

---

[5] Le droit continental retient l'expression de responsabilité indéfinie et solidaire des associés d'une société dite de personne, et particulièrement de la Société en nom collectif.

[6] Considération de la personne.

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 8, janvier-décembre 2020, pp. 185-210
DOI: http://dx.doi.org/10.25267/Paix_secur_int.2020.i8.07

2. Antériorité des éléments constitutifs de la RSE

Le code de commerce français, dès 1807, vient reconnaitre dans la sphère des affaires l'existence d'actionnaires peu responsables. Cette reconnaissance sera reprise dans de nombreux codes de commerce et lois commerciales nationaux.

Tandis que la notion de personne morale, plus ancienne, apparait dans la tradition juridique romaine. Celle-ci est définie comme une entité formée de personnes physiques. De sorte que l'entité ne peut être isolée des personnes qui l'ont constitué. De plus ces personnes sont obligatoirement des personnes physiques.

Donc il ne devrait pas exister de personnes morales avec une seule personne physique en son sein puisqu'elle suppose une addition de personnes. Ces personnes créaient et développent ensemble l'entité. Il existe alors une conscience forte selon laquelle l'entreprise n'est rien d'autre que le groupement qu'ils forment. Ainsi, chaque action individuelle a des répercussions sur le groupe et donc sur l'entreprise, d'où l'importance à la fois de l'autocontrôle et du choix des associés (droiture, moralité, utilité).

La question de la responsabilité limitée des associés ne se pose donc pas ici. Celle-ci est de reconnaissance plus tardive.

D'autre part, l'apparition des grandes entreprises amène Max Weber à réfléchir à sa meilleure organisation. Il considère qu'une organisation rationnelle de type bureaucratique et hiérarchique est la plus adaptée. Cela nécessite de définir clairement la hiérarchie des emplois et des fonctions. Le salarié se distingue des associés, propriétaires des moyens de production. Il est lié à son employeur par le fait d'un contrat de travail en acceptant de travailler sous la direction d'un supérieur hiérarchique moyennant une contrepartie financière. L'employé est soumis à une discipline stricte.

La règlementation du travail est alors peu développée et n'est pas suffisamment protectrice des intérêts du salarié[7], laissant la place au rapport de force. De sorte que les règles et procédures écrites, propres à l'entreprise dominent plutôt que celles de l'Etat, et cela afin de définir l'autorité, les tâches et les responsabilités.

[7] Le syndicalisme se développera particulièrement dans les pays germaniques et scandinaves, marquant le rôle important des corps intermédiaires, groupes sociaux et humains (partis politiques, associations, corporations…).

On assiste à une dépersonnalisation des décisions et des relations pour une plus grande coordination et un meilleur contrôle. D'après M. Weber la dépersonnalisation des relations vise à renforcer l'équité dans les organisations.

En matière de responsabilité, cet auteur lie cette question à celle de l'éthique. Il prend alors en considération le contexte économique et socioculturel de son époque en se référant particulièrement à la morale religieuse protestante.

L'éthique de la responsabilité (à distinguer de l'éthique de la conviction) est relative à une attitude déterminée de l'homme, en rapport avec ses actions « nous devons répondre des conséquences prévisibles de nos actes ». On retrouvera ce principe d'imputabilité des actes répréhensibles notamment en droit pénal, y compris en droit pénal des affaires.

Dans le cadre des affaires, la multiplication des firmes industrielles et le recrutement massif d'une force de travail, considérée comme un outil de production, a donné lieu à des contestations, notamment au cours des révolutions industrielles.

Le mouvement ouvrier organise la contestation en groupant les personnes et les revendications. Les pouvoirs publics se doivent de légiférer pour mieux protéger les salariés en général et les ouvriers en particulier. D'autant plus que les grèves et autres manifestations de mécontentements perturbent le bon fonctionnement de l'entreprise en interrompant la production et nuisant à la paix sociale.

La force de ces regroupements et leurs actions apparait comme étant pour la firme une réelle contrainte sociale. Contrainte qui ne peut être ignorée par l'effet de propagation qu'elle porte en elle. Les syndicats des ouvriers prennent leur force à la fois du nombre croissant d'adhérents mais également de la prise en considération de leurs exigences, soit par l'Etat soit par les firmes elles-mêmes. Cette contrainte sociale devient alors soit une contrainte légale, soit une contrainte conventionnelle liant l'entreprise à son personnel. Cela permet de délimiter le champ de responsabilité des propriétaires de l'entreprise vis-à-vis de leurs employés.

L'obligation légale, et donc la responsabilité de l'employeur avant 1950 était encore plutôt marginale. Celle-ci portait essentiellement sur le droit au salaire et sur la durée de travail. D'autant que le statut de salarié était l'un des

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 8, janvier-décembre 2020, pp. 185-210
DOI: http://dx.doi.org/10.25267/Paix_secur_int.2020.i8.07

statuts professionnels les plus précaires[8] avec un recrutement à la journée pour les ouvriers.

La faiblesse des réglementations du travail à l'échelle du monde sur la base des obligations et des responsabilités a donc suscité la contestation et la résistance du salarié, mettant en péril la performance de l'entreprise, sa pérennité et la paix sociale.

De sorte que la contrainte sociale (syndicalisme) a permis de placer les firmes dans un processus d'intégration des revendications, devenant ainsi une contrainte par convention. En effet l'acceptation n'est plus relative à un choix mais une nécessité pour l'entreprise et ses propriétaires. Les obligations de l'employeur sont alors d'ordre juridique et il engage ainsi sa responsabilité. En cas de défaillance, celui-ci doit répondre de ses manquements devant la justice de l'État.

III. RESPONSABILITÉ EN CONTEXTE DIFFÉRENT

Il y a autant de responsabilité que de contextes nationaux et règlementaires différents dans le monde. Pour autant, il existe bien au moins une caractéristique commune et constante de la responsabilité et ce peu importe les espaces et le temps, celle de la contrainte.

1. Deux approches différentes en Allemagne et aux États unis

Pour approcher la responsabilité au sens managérial(RSE) on ne peut se focaliser sur son expression dans un territoire déterminé et dans un espace-temps donné et la généraliser, car comme nous l'avons précisé *supra*, cela dépendait forcément à la fois des contextes économiques et socioculturels de chaque pays mais également des forces en présence dans une phase de temps.

L'approche macro-environnementale s'avère porteuse. Au-delà de la nécessaire prise en considération première de l'environnement économique et règlementaire, il convient d'analyser les environnements socioculturel et technologique. Le niveau de prise en compte de la RSE dépend donc à la fois des contextes et des forces en présence, comme nous le verrons pour l'Allemagne et les États Unis.

[8] *Le Monde diplomatique*, « Précarité pour tous, la norme du futur », France, Mars 2006, p. 18 et 19

A. Le cas allemand : Manifestation d'une prise de responsabilité

La particularité de ce pays réside dans son histoire, avec la réunification d'une Allemagne de l'Est foncièrement sociale, au détriment du développement du tissu économique, et une Allemagne de l'Ouest libérale, défendant le développement économique.

La réunification du pays et l'intégration de cette double vision a certainement participé à construire un modèle d'économie de marché sociale, contribuant à étoffer, en nombre et en qualité, le tissu économique national.

L'Allemagne s'inscrit dans une approche essentiellement patrimoniale de l'entreprise avec une forte orientation sociale, comme en témoigne les *Mittelstands*. On pourrait considérer que la RSE fait ici l'objet d'une démarche volontaire de la part des propriétaires de sociétés. Il faut pourtant prendre en considération le fait que les Mittelstands, comme les grandes firmes, se sentent investis d'une obligation de résultat en matière d'innovation constante, de maintien et d'amélioration de la qualité dans les process, les produits, les services, la ressource humaine et la structure. C'est là une exigence du marché et particulièrement des clients en « Business to Business » et en « Business to Consumer ».

Pour obtenir un niveau élevé de qualité et continuer ainsi à fidéliser ses clients, tout en gagnant de nouveaux marchés à l'international, il est acquis qu'il faille adopter une démarche orientée innovation et qualité.

L'homme est la ressource indispensable pour y parvenir. Mais la performance et la réussite ne peuvent être systématiquement assurées. En témoigne son comportement dans l'organisation qui peut être dirigé à contresens de celui de l'entreprise. La structure n'a pas d'actions autonomes et d'individualité car elle est une création humaine portée par la dynamique des hommes et leur style de management.

De nombreux ouvrages de management évoquent les qualités dont doit disposer un manager ou un leader. Pourtant, le lien hiérarchique avec les subordonnés peut générer un comportement autoritaire devant permettre de marquer l'ascendant du supérieur hiérarchique sur les subordonnés placés sous sa direction. Ces derniers subiraient l'autoritarisme et l'abus de pouvoir, constitutifs à la fois de moyens pour obtenir l'obéissance et la soumission, mais également une fin en soi, puisque l'ego personnel s'en trouve satisfait, de

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 8, janvier-décembre 2020, pp. 185-210
DOI: http://dx.doi.org/10.25267/Paix_secur_int.2020.i8.07

même que le sentiment d'être respecté et admiré. Mais a-t-on suffisamment apprécié les effets d'un tel comportement sur la personne ainsi dirigée ?

En effet, les subordonnés se comportent en conséquence en limitant leurs efforts et leur travail au strict nécessaire pour échapper aux sanctions pouvant être administrées par l'entreprise et par le supérieur hiérarchique direct. On ne peut rien leur reprocher de précis puisque le travail demandé est réalisé, mais la productivité est amoindrie et le sens de l'initiative[9], de la créativité et de l'innovation font défaut.

Une autre illustration de comportements générant de la contreperformance, celle des propriétaires de l'entreprise qui peuvent considérer que le partage de la richesse générée par les employés doit servir uniquement leurs intérêts[10]. Cela se traduit alors par une distribution systématique de dividendes dès lors que les résultats financiers le permettent, et plus rarement par un réinvestissement des fonds au profit de l'entreprise et au bénéfice des salariés[11]. Alors même que les employés considèrent qu'ils sont à l'initiative de la performance de l'entreprise et qu'ils devraient donc pouvoir profiter des résultats.

Cela génère alors un certain niveau d'insatisfaction. La traduction directe est le délitement progressif de l'initiative, de la responsabilité et de l'engagement personnel. Dès lors, à plus ou moins longue échéance, la performance de l'entreprise tournera à la contreperformance dans un futur plus ou moins proche.

Si un tel phénomène est circonscrit et limité à un faible nombre d'entreprises, les dommages collatéraux seront peu perceptibles à l'échelle macroéconomique, mais si cela s'avère plus important cela est susceptible de générer des effets « boule de neige », plus grave à gérer.

On ne peut alors retenir le faux argument du « on ne peut rien faire » ou encore celui du « le système est ainsi fait ». Le développement harmonieux

---

[9] Pourtant, comme l'affirme Henri FAYOL, l'initiative est un puissant stimulant que l'entreprise devrait encourager. *Voir* les quatorze principes généraux d'administration à l'usage des gestionnaires du même auteur. FAYOL, H, *Administration industrielle et générale*, éd. DUNOD, nouvelle édition, Paris, 1916, pp 21-49

[10] D'après DRUCKER « au Japon, en Allemagne et en Scandinavie, on pensait – on pense encore – que les grandes entreprises devraient d'abord créer et maintenir l'équilibre social, c'est-à-dire en fait être gérées au bénéfice des travailleurs manuels ». DRUCKER, P, *L'avenir du management* , éd. Village Mondial, Paris, 1999, p. 64.

[11] Prime de participation.

et continu des activités économiques est le fait de l'homme. Par son action il permet le relèvement accéléré du niveau de vie, du bien-être, le progrès technique mais aussi la protection des intérêts du travailleur, du consommateur et de l'environnement.

L'organisation moderne est approchée à la fois en tant que cellule économique et cellule sociale. Celle-ci est érigée en système[12] social et la recherche d'une efficience et efficacité optimale passe à la fois par cette reconnaissance et par celle de l'existence d'intérêts différents qui peuvent entrer en opposition visiblement ou de manière plus implicite. Cela amène à des pratiques et des modes de fonctionnement des individus qui divergent et génèrent des interactions complexes, des tensions et limite le champ de la performance.

Les *mittelstands* représentent, sans contestation possible, un des pivots de l'avantage compétitif du pays. Ces entreprises composent la quasi-totalité du tissu économique allemand[13]. On peut donc se demander ce qui les caractérise et quelles sont les principales raisons de leur réussite. Peut-on arriver au résultat prouvant que l'homme, par ses actions, les valeurs et principes qu'il défend est à l'origine de la performance ?

Alors même qu'habituellement il est fait un lien entre gestion familiale de la PME-PMI et archaïsme du management, ici ce lien n'a majoritairement pas lieu d'être. Ces *mittelstands* sont des entreprises familiales faisant partie de la catégorie des petites et moyennes structures[14].

---

[12] D'après Russell Ackoff, un système doit être considéré comme un « ensemble qui ne peut être divisé en parties ayant des effets indépendants sur l'ensemble ». Ce qui lui permet d'ajouter que « la performance d'un système n'est pas égale à la somme des performances de ses différentes parties prises séparément : elle dépend de leur interaction ». *Voir*, Ackoff Russell « le rôle de l'entreprise dans une société démocratique », in *MBA, Synthèse des meilleurs cours des grandes Business schools américaines*, éd. Nouveaux Horizons, 1993, p 454.

[13] Elles sont regroupées sous la catégorie des PME-PMI qui constituent 99% des entreprises du pays. 85% des propriétaires sont les managers de leur propre entreprise. Cette grande catégorie regroupe les structures composés de 9 à 500 employés et emploient 80% des apprentis, 60% des employés et génèrent à elles seules 50 milliards d'euros de chiffre d'affaire soit plus de 37 % du CA global et 98% d'entre-elles sont exportatrices.

[14] Bien que le terme allemand équivalant à celui de la PME soit celui de KMU, celui-ci désigne également une entreprise de classe ou de taille moyenne. Ces entreprises échappent aux statistiques car les critères d'identification ne sont pas quantitatifs (Effectif, chiffre d'affaire)

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 8, janvier-décembre 2020, pp. 185-210
DOI: http://dx.doi.org/10.25267/Paix_secur_int.2020.i8.07

Le profil type est édifiant puisque celui-ci nous apprend que l'entreprise familiale est financée par des capitaux privés et majoritairement des fonds propres[15]. Aucune de ces entreprises n'est cotée en bourse et elles constituent la propriété exclusive de la famille fondatrice[16]. Il s'agit donc d'entreprises indépendantes qui agissent de manière autonome sans avoir à rendre des comptes à des actionnaires qui seraient essentiellement intéressés par le rendement de leurs actions et le résultat financier sur le court terme.

Les managers sont les propriétaires de l'entreprise de sorte que non seulement ils conservent le contrôle total de la politique, de la stratégie et des grandes décisions mais également ils sont directement aux commandes des actions opérationnelles entreprises. De plus, La maximisation de la concentration du contrôle ne génère pas pour autant une baisse de la croissance alors même que traditionnellement l'abandon d'une partie du contrôle permet d'augmenter le capital et que ces fonds permettent de financer les possibilités de croissance. Une des raisons majeures est que généralement les bénéfices engendrés sont réinvestis de manière optimale[17].

En outre, le fait que les propriétaires soient les managers évite le feed back de salariés managers qui pourraient essayer de temporiser pour se protéger et ménager les susceptibilités et les intérêts des actionnaires[18] au détriment du personnel et de la pérennité de l'entreprise. La gestion s'en trouve allégée, moins rigide, plus cohérente et particulièrement porteuse d'efficience dans le processus et d'efficacité dans le résultat.

---

mais qualitatifs. Le concept de *Mittelstand*est d'ordre culturel et il est enraciné dans l'histoire allemande. Ces entreprises sont basées dans les communautés rurales.

[15] Le financement est solide puisqu'il est assuré à plus de 50% par des capitaux propres, à près de 30% par les crédits et à un peu plus de 10% par les aides publics.

[16] Ces entreprises sont considérées comme appartenant au patrimoine familial des fondateurs et à ce titre elles constituent un bien à transmettre aux descendants d'où une réelle vision de long terme se répercutant sur le contrôle de l'entreprise et ses modes de financement et de gestion (propriétaire-manager).

[17] Au lieu de distribuer systématiquement les dividendes, les bénéfices sont réinjectés dans l'entreprise en investissant dans les machines et la Recherche et le Développement.

[18] Bien que comme l'ait affirmé James BURHAM les managers salariés, non propriétaires, arrivent finalement à défendre leurs propres intérêts au détriment des autres parties prenantes, y compris des actionnaires. *Voir* , BURHAM, J, *L'ère des organisateurs*, Calman-Lévy, Paris, 1947 (ouvrage publié aux Etats unis, en 1941, sous le titre de *The Managerial Revolution*).

Un autre avantage lié, source de performance, réside dans le fait que ces propriétaires-managers sont en contact direct avec le personnel et les subordonnés. Ces derniers entrent en relation constante avec les actionnaires qui ne se comportent pas en rentier. Ces propriétaires, sur le terrain, offrent ainsi une présence physique à la fois concrète et chargée de puissance en termes de message implicite au personnel, celui de participer directement à la performance de l'entreprise en étant aux côtés des subordonnés. Ils créent ainsi une véritable solidarité et imposent le respect. Les bénéfices générés sont le fruit des efforts de tous dans un seul et même élan et sont considérés comme mérités, y compris lorsqu'il est procédé à la distribution de dividendes.

La relation propriétaire-manager et employés s'en trouve enrichie d'autant que la hiérarchie est peu importante et le lien de subordination n'est pas mis en avant. D'ailleurs, l'employé n'est pas qualifié de salarié-subordonné mais de collaborateur, évitant le rapport marqué de pouvoir et de domination pour développer une relation plus égalitaire. Il est alors certain que cela procure un sentiment de fierté et de reconnaissance suscitant la coresponsabilité, la fidélité[19], le respect du contrat moral et des engagements. Cela favorise également l'appartenance, l'esprit d'initiative, le gain commun et la perte commune amenant à accepter des concessions sur les salaires et les heures supplémentaires. Cette acceptation de la flexibilité participe à procurer une certaine sécurité de l'emploi, y compris dans une période de conjoncture économique difficile.

Cet esprit social, relevant de la RSE, provient de la conscience et de l'acceptation d'une double contrainte : celle des salariés et celle des clients. Pour les salariés, la question de leur motivation est fondamentale afin d'obtenir son engagement plein et entier tout en favorisant l'innovation incrémentale. Innovation qui ne nécessite pas de gros budgets en recherche et développement, à la différence de l'innovation de rupture. Cette exigence sert le marché et particulièrement les clients en recherche de produits innovants et de qualité.

L'esprit social est érigé en système puisqu'il se propage au sein même de la communauté rurale où l'entreprise se trouve territorialement encrée, par

[19] Même dans sa relation « B to B » avec les clients nationaux et internationaux l'entreprise mise sur la fidélisation en gagnant la confiance et la satisfaction de ces derniers. Son expertise, dans un domaine du secteur industriel notamment, lui permet de conserver une certaine niche grâce à la spécialisation et la production haut de gamme. Le calcul des risques pousse ces entreprises à la prudence en visant essentiellement le marché européen.

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 8, janvier-décembre 2020, pp. 185-210
DOI: http://dx.doi.org/10.25267/Paix_secur_int.2020.i8.07

la participation au développement local grâce à des investissements qui ne sont pas exclusivement publics, mais, émanent des *mittelstands* même. L'aide au développement est pragmatique car elle permet aux entreprises de s'installer sur des territoires où les coûts d'installation sont généralement plus faibles que dans le milieu urbain. En outre, pour maintenir les salariés dans ces espaces ruraux faut-il qu'ils y trouvent l'ensemble des commodités nécessaires à une vie en famille.

L'obtention de la performance est l'affaire de tous et donc de l'homme qui se trouve être au cœur de l'organisation. L'illustration de la réussite du *mittelstand* en est une brillante démonstration. Les propriétaires de l'entreprise ont pris le parti de préserver l'indépendance de l'organisation afin d'éviter la pression des actionnaires uniquement préoccupés par le retour rapide sur investissement, matérialisé par le versement de dividendes. Les propriétaires-managers se préoccupent plutôt d'assurer la pérennité de l'entreprise et son développement pour le bien de toutes les parties prenantes[20].

Les propriétaires de ces entreprises ont une forte conscience que la réussite ne dépend pas seulement du capital financier, mais aussi, et de manière plus significative du capital humain. Ils se trouvent être dans l'obligation de prendre en considération l'homme et son environnement. D'autant que ce bien immatériel, l'entreprise, doit conserver une valeur patrimoniale à des fins de legs successoral. La responsabilité, et surtout le sens des responsabilités du propriétaire-dirigeant-gestionnaire s'en trouvent accrue.

B. Le cas des États-unis : une responsabilité imposée par l'opinion publique

Les entreprises peuvent être amenées à considérer la RSE comme un moyen d'action publicitaire afin d'accroitre leur notoriété auprès d'une opinion publique sensibilisée à la question. Les mouvements consuméristes ont pris de plus en plus d'importance au cours du temps et ce depuis notamment les années 1960. Les associations de consommateurs et l'opinion publique en générale se préoccupent des biens vendus, de la façon dont ils ont été

[20] REISACH, U, « La responsabilité sociale de l'entreprise en Allemagne », *Regards sur l'économie allemande* [En ligne], 103 | décembre 2011, mis en ligne le 01 décembre 2013, consulté le 02 septembre 2016. URL : http://rea.revues.org/4361 ; DOI : 10.4000/rea.4361 ; BOURGEOIS, I., « Entreprises familiales : "propriété oblige" », in Bourgeois, I. (dir.), *PME allemandes : Les clés de la performance*, Cergy-Pontoise, 2010.

produits, de leur niveau de qualité et de l'impact des activités de l'entreprise sur l'environnement.

La notion de RSE s'est donc d'abord construite en rapport avec les réclamations et les affaires judiciaires menées par des groupements de consommateurs[21]. L'une des affaires qui a marquée l'opinion publique est celle relative à la Corvette, véhicule défectueux de General Motors. L'action a été menée par Ralph Nader[22], un avocat sensibilisé à la question des comportements et des pratiques antisociales des entreprises. D'ailleurs, depuis le développement de la consommation de masse, les actions judiciaires sont de plus en plus nombreuses et coûteuse pour les entreprises.

Ensuite, faut-il ajouter que la plupart des sociétés américaines intègrent une approche marketing dans leur stratégie de conquête et de fidélisation des clients. Le marketing stratégique prend de plus en plus en considération l'opinion publique. D'autant que celle-ci s'exprime largement et aisément grâce aux réseaux sociaux et par l'outil de l'internet.

Ainsi, au-delà de la nécessaire liaison entre les actions commerciales de l'entreprise et ses clients ou prospect il convient d'intégrer cet acteur, important en termes d'image, de réputation et de crédibilité. Cette importance est considérable car les avis communiqués sont considérés comme étant celle des citoyens dans leur ensemble. Citoyens qui s'expriment, assurent une veille, s'informent et dénoncent. Cette communication a une portée mondiale. Elle est donc rapidement à l'origine d'une bonne ou mauvaise réputation en faisant éclater des scandales.

La RSE va s'exprimer au travers d'actions ostentatoires recourant aux donations et au mécénat dans un objectif d'information. Cela est donc utilisé à des fins de communication afin d'obtenir l'assentiment de cette opinion publique et par là même de ses clients. En communiquant sur ses bonnes actions, l'entreprise souhaite influencer et maitriser le message provenant de

[21] Offrant un appui juridique

[22] C'est également au cours des années 1960 que des chercheurs américains ont redéveloppé le concept de « Leader d'opinion », concept déjà utilisé par Edward Beyams, lobbyiste dans les années 1920. Ils soulignent particulièrement le rôle d'intermédiation entre le récepteur et l'émetteur que pouvait occuper un intellectuel, un politique ou un journaliste. Il s'agit en somme d'un acteur social qui bénéficie d'un certain crédit auprès des foules ou de certains groupes influents (corporations, syndicats, partis politiques, communautés scientifiques ou religieuses, etc.).

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 8, janvier-décembre 2020, pp. 185-210
DOI: http://dx.doi.org/10.25267/Paix_secur_int.2020.i8.07

son environnement. D'autant que l'image de marque se construit de l'intérieur grâce aux compétences du département marketing tandis que la réputation provient de l'environnement de l'entreprise. La réputation peut sérieusement écorner l'image de marque et plus grave encore entrainer la faillite de la société[23].

De même qu'il est communément fait recours à un code d'éthique, où les règles morales de bonnes conduites servent également d'outil de communication, sans qu'elles aient une réelle valeur juridique contraignante. Le système juridique anglo-saxon est relativement permissif. La vision de l'économie est particulièrement libérale, faisant reculer la directivité du droit et avancer le libre contrat[24].

Le droit doit participer à améliorer le système socio-économique du pays. Il est un outil de performance stratégique et opérationnelle grâce à ses trois attributs-fonction : favoriser l'action et la libre entreprise dans la légalité, protéger les plus faibles et sanctionner les mauvais comportements. Le droit américain, et plus largement le droit anglo-saxon, est destiné à faciliter l'action plutôt qu'à protéger les personnes les plus vulnérables et sanctionner pénalement les comportements antisociaux.

Selon l'importance que l'on attribue à l'une ou à l'autre de ces fonctions les effets sur les marchés et les acteurs s'en trouve modifiés. En effet, l'attribut-fonction « ACTION » permet de considérer les intérêts particuliers, jeu de négociations, qui s'expriment par la conclusion de contrats. L'Etat doit intervenir le moins possible, permettant au plus grand nombre de contrats d'être une expression de force, bien que souvent classifiés dans la catégorie des contrats de gré à gré. De même qu'il faille faciliter la conclusion des contrats en lien avec la sphère des affaires d'où la multiplication des contrats consensuels. Il est également utile de relever que le contenu du contrat doit être laissé à la

[23] Les cas sont nombreux, citons quelques exemples : ENRON, WOLDCOM, le célèbre cabinet d'audit Arthur Andersen…

[24] Bien que l'on assiste à un retour en force de la règlementation impérative, notamment aux États-Unis, la loi Sarbanes-Oxley (ou SOX), adoptée en 2002, impose à toutes les entreprises cotées installées sur le territoire américain, de présenter à la Commission américaine des opérations de bourse des comptes certifiés personnellement par leur dirigeant. Les dirigeants sont pénalement responsables des comptes publiés. Les auditeurs (commissaires aux comptes) sont rendus plus indépendants afin de réduire les conflits d'intérêt et les pressions.

libre volonté des parties sans que l'Etat n'intervienne par le biais du contrôle des clauses pouvant être considérées comme abusives.

Cela signifie finalement que l'Etat doit éviter de créer des règles impératives, car celles-ci pourraient venir « fausser » le jeu de la négociation. La tolérance pourrait s'exprimer par le fait que des règles supplétives peuvent être proposées aux contractants, qui les utiliseraient comme outil de gestion[25]. La force du contrat serait supérieure à la force de la loi de l'Etat.

Pourtant, cet attribut-fonction qui favorise la conclusion et la multiplication des contrats doit pouvoir être couplé à l'attribut-fonction « PROTECTION ». La question est de savoir qui protéger ? Dans le système juridique anglo-saxon cette question revêt une importance très faible (outil de réparation plus que de prévention ou de punition). Tandis que dans le système juridique romano-germanique, celle-ci est présente dans son rapport au contrat et dès sa conclusion.

Le système dit de Common Law (anglo-saxon) considère implicitement qu'il suffit d'avoir la capacité civile de contracter pour être apte et totalement libre de s'engager. Le rapport de force déséquilibré et la vulnérabilité n'ont pas à être pris en compte à sa juste importance par le droit.

Enfin, pour l'attribut-fonction « SANCTION », il faut considérer que l'Etat doit pouvoir utiliser au mieux cet attribut pour atténuer, freiner, voire éradiquer les comportements antisociaux des entreprises. Comportements à impact négatif sur l'entreprise elle-même, sur les parties prenantes, sur la Société dans son entier, sur les territoires et plus largement sur les environnements.

Le lobbying des entreprises est assez fort pour atténuer la force des sanctions, avec pour argument, très souvent évoqué, que cela freine l'esprit d'entreprise[26]. Cet argument fallacieux vise à obtenir un lâcher-prise des gouvernements par l'outil du droit et ce afin d'être libre d'utiliser tous les moyens utiles à l'obtention de gains personnels mais aussi de diminuer le niveau de responsabilité[27].

---

[25] L'impérativité ne s'exprime pas *a priori* mais *a posteriori* et en l'absence de volonté commune et autre des parties.

[26] Alors même que depuis particulièrement les années soixante-dix, la délinquance financière est érigée en mode de gestion des entreprises devenant plus transnationale et démontrant une internationalisation accentuée de la délinquance d'affaire.

[27] Escroquerie, abus de confiance, infractions à la législation économique et financière, fraudes, atteintes à l'environnement...

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 8, janvier-décembre 2020, pp. 185-210
DOI: http://dx.doi.org/10.25267/Paix_secur_int.2020.i8.07

2. Proposition d'un modèle idéal-typique : imbrication droit-responsabilité et RSE

Au lieu de considérer la RSE comme une démarche volontaire émanant des dirigeants de l'entreprise, il a paru plus intéressant d'approcher la question de la responsabilité vis-à-vis des actes et comportements antisociaux et la contrainte sous-jacente. Il existe deux types de contraintes : exogènes et endogènes. La question de la responsabilité n'est pas approchée de la même manière. Lorsque la contrainte est d'ordre externe, et donc imposée par l'environnement la prise en compte de la responsabilité se fera à un degré moindre que si la contrainte est intégrée par le dirigeant qui porte en lui des valeurs. L'exemple des mittelstands en Allemagne montre qu'il est tout de même possible par le type de structure et par la volonté des dirigeants d'accepter les responsabilités et de les respecter.

L'avantage du modèle idéal-typique est qu'il permet d'avoir une vision synthétique théorisée et plus stable des responsabilités, des contraintes et des risques des entreprises et des dirigeants. La RSE est alors considérée à *minima* ou à *maxima* selon que l'entreprise accepte ses responsabilités du fait des risques qu'elle encourt ou du fait des impacts négatifs sur les territoires et les hommes.

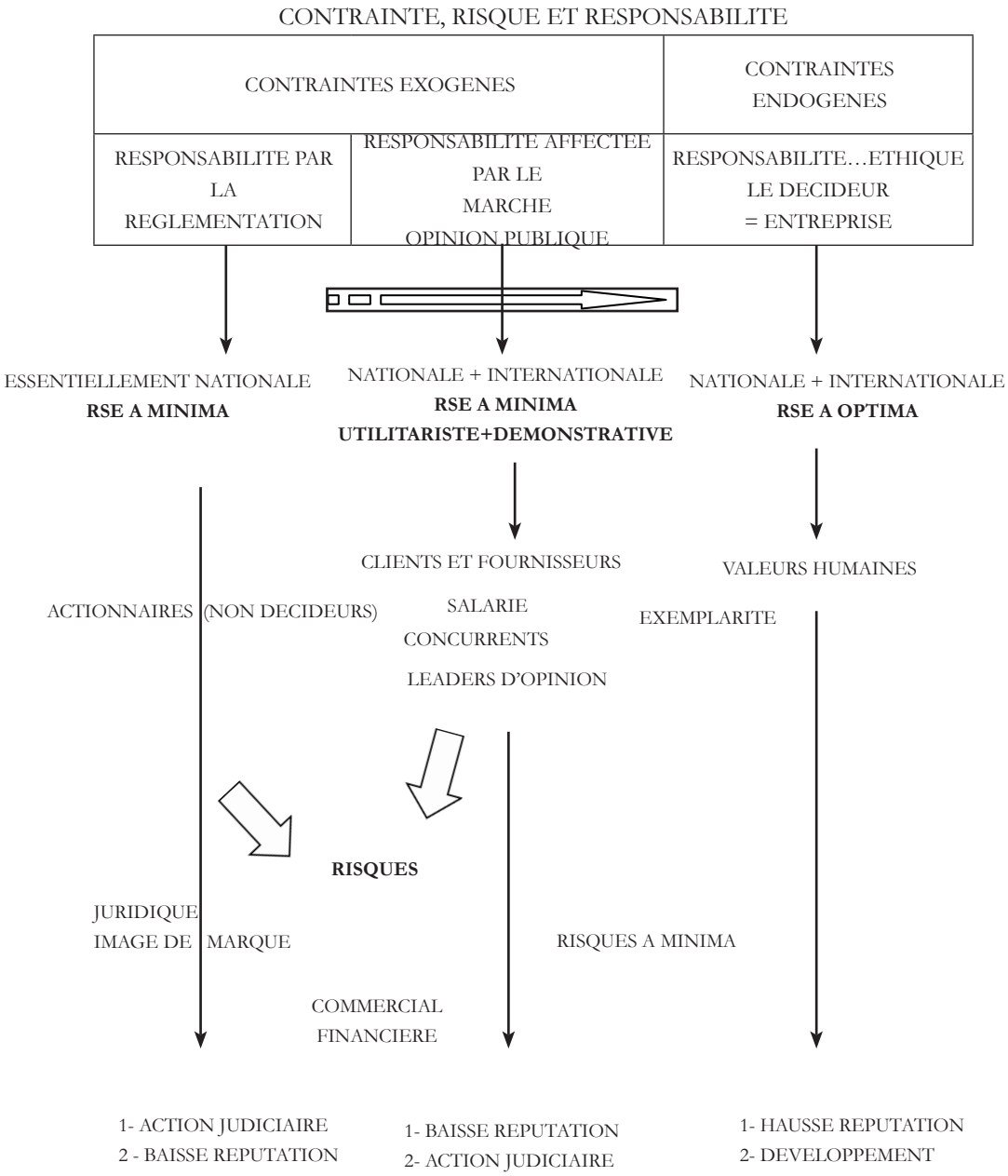
IL permet également de démontrer que le respect du droit et des obligations qu'il porte (droit rattaché explicitement au monde des affaires mais pas uniquement) est un préalable nécessaire à la compréhension de la responsabilité sociale et sociétale de l'entreprise. La RSE englobe donc le droit et la soumission aux obligations qu'il porte et cela dans une optique de prévention des risques ou dans une logique humaniste.

Ces risques sont de plusieurs ordres :

- Juridique ;
- Financier ;
- Commercial ;
- Réputationnel ;

Ils peuvent placer l'entreprise dans une situation de grande difficulté, allant de la perte financière à la faillite.

La légitimité de la RSE réside dans le fait qu'elle est une réponse aux différentes contraintes qui s'imposent directement ou indirectement à l'entreprise et plus généralement à toute organisation, bien que son terrain fertile se trouve être celui de l'entreprise.



Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 8, janvier-décembre 2020, pp. 185-210
DOI: http://dx.doi.org/10.25267/Paix_secur_int.2020.i8.07

Aborder l'objet de l'étude sous l'angle des contraintes-responsabilités permet de remettre en question l'idée fortement établie du caractère volontaire de la démarche d'implémentation.

S'interroger sur la RSE dans son aspect opérationnel revient tout d'abord à dresser le cadre spatio-temporel où celle-ci est pratiquée. C'est d'ailleurs pour cela qu'il a été nécessaire de reprendre la notion dans son contexte originel, celui de l'Amérique du Nord dans les années 50-60. D'autant que la règlementation des affaires était peu développée et que les pratiques antisociales ne cessaient de progresser.

C'est donc essentiellement la société civile, appelée dans le jargon de l'entreprise l'opinion publique, qui a comblé le vide en médiatisant et dénonçant de tels comportements.

Dans ce cas la contrainte majeure provient du marché lui-même. Il s'agit d'une pression qui oblige l'entreprise à plus d'exemplarité et de moralité. La raison première n'est donc pas celle de la volonté des dirigeants d'intégrer dans l'entreprise un ordre moral mais bien plutôt d'éviter les scandales et leurs impacts négatifs sur la société et sa valeur.

De plus le même contexte originel montre que certains dirigeants adoptaient des principes et règles sociales imposées par la morale religieuse (protestante). On peut donc se demander si ces deux types de contraintes : contrainte issue du marché et contrainte religieuse demeurent aussi fortes dans le contexte mondial et actuel. D'autant que dans de nombreux pays la contrainte règlementaire s'est particulièrement renforcée et cela dans les nombreux domaines du droit des affaires : droit social, droit de l'environnement, droit fiscal, droit de la consommation… obligeant les entreprises à son respect.

La RSE s'exprime par **l'effectivité de son respect**. Mais cela constitue une RSE a minima car la contrainte n'est pas forcément bien assumée où encore du fait que la règlementation reste insuffisante. Il est également possible que certaines règlementations soient respectées, telle par exemple celle relative à la protection des salariés, alors que d'autres ne le seraient pas, tel le droit de l'environnement[28].

[28] On peut citer le scandale récentdes logiciels de trucage des tests anti-pollutionutilisés par la société Volkswagen (découvert en septembre 2015 par les autorités américaines). A l'échelle planétaire cela concerne 11 millions de véhicules dont les émissions polluantes sont susceptibles d'atteindre 40 fois les limites autorisées.

A côté de la contrainte règlementaire, plus ou moins importante, se trouve la contrainte issue des marchés. Celle-ci s'est également développée et amplifiée à partir des canaux de communication traditionnels (TV, Radio, Presse) et surtout à l'aide de l'outil internet.

D'une conscience nationale, spécifique et organisée au sein d'un territoire national, est apparue une plus grande conscience internationale. L'intérêt commun ne se limite plus à l'appartenance à un pays et un espace géographique limité mais au monde et ce qui le constitue (respect de l'homme, de la faune et de la flore, de l'environnement et des territoires)[29].

Les risques de mauvaise publicité s'en trouvent démultipliés puisque les impacts sur l'entreprise, elle-même souvent mondialisée, sont exclusivement négatifs lorsque les conduites antisociales sont révélées et dénoncées. Surtout que la valeur d'une telle entreprise est particulièrement liée à sa réputation sur ses propres marchés et même en dehors avec pour risque majeur, la faillite et ses conséquences sur les hommes, les entreprises (partenaires contractuels) et les territoires[30].

Nous pouvons donc affirmer que la RSE est portée par le nécessaire respect des responsabilités qui sont attribuées :

1. Par le droit ;
2. Par l'opinion publique comportant l'obligation de respecter les principes et valeurs attachés à la protection des êtres vivants, de l'environnement et des territoires.
3. Par le dirigeant lui-même

De sorte que pour l'entreprise il n'existe pas un type d'organisation spécifique qui puisse être associé à chaque catégorie proposée. Par contre, il semble évident qu'il faille intégrer dans l'organigramme de l'entreprise des conseillers capables d'informer et de sensibiliser les dirigeants sur les risques attachés à des décisions ou actions antisociales[31].

[29] Il a été créé notamment le concept de patrimoine de l'humanité avec la constitution d'un comité du patrimoine mondial, instauré par la Convention portant sur la protection du patrimoine mondial, culturel et naturel. Convention adoptée le 16 novembre 1972 lors de la XVIIe conférence générale de l'Unesco, et ratifié en novembre 2016 par 192 de ses 195 États membres.

[30] Pour illustrer le propos, les affaires ENRON et PARMALAT sont des exemples intéressants.

[31] La structure par équipe de projetparait être un compromis acceptable en raison de la constitution d'équipes autour d'un projet fédérateur et engageant. Mais aussi du fait qu'il est

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 8, janvier-décembre 2020, pp. 185-210
DOI: http://dx.doi.org/10.25267/Paix_secur_int.2020.i8.07

Lorsque les dirigeants sont nombreux (SA) et la responsabilité particulièrement diluée, mais aussi lorsque la pression financière est importante (faible trésorerie, insolvabilité, forte attente en matière de distribution des dividendes…) il s'avère plus difficile de respecter la règlementation et la volonté de l'opinion publique. Pour autant, la réputation constitue un véritable actif de l'entreprise, même si celle-ci n'a pas de traduction comptable directe.

De sorte que l'entreprise qui s'aligne sur cette double exigence (respect du droit, de la volonté de l'opinion publique) entre dans la RSE imposée par le marché.

Elle pourrait aussi se prévaloir de son respect alors qu'il s'agit finalement d'un simple argument publicitaire[32]. Cela signifie que soit celle-ci l'intègre dans sa stratégie de développement, constituant les fondamentaux, soit il s'agit d'un simple moyen d'action marketing rattaché à son mix marketing et plus précisément à sa politique de communication. Dans ce dernier cas l'entreprise se trouve alors d'abord obligée de financer des actions sociales et environnementales, utiles à étayer et enrichir l'argumentaire publicitaire et ce dans l'objectif d'influencer et de contrôler la réputation.

En troisième lieu il existe une autre RSE, celle qui a la plus grande efficacité (mais est-elle suffisamment présente et étendue ?) celle dite *à maxima.* Les dirigeants considèrent qu'il est de leur **devoir personnel** de porter l'exemplarité.

---

plus aisé de créer l'effet de synergie c'est-à-dire notamment la mise en commun des valeurs. De plus la culture de la communication et de la coopération est*a priori* plus facile à instaurer. Cependant ce type de structure est plus adaptée àl'entreprise de grande taille qu'à la PME-PMI, souvent d'effectif très réduit. Dans ce cas la question de la structure est moins importante que celle de la gouvernance. L'*empowerment* ne peut être admis que si la délégation du pouvoir, des responsabilités et des prises de décision est réalisée au profit de représentants qui disposent d'un solide sens des responsabilités à l'égard de leurs actes. De même qu'il faille disposer d'une vision claire et forte et savoir communiquer pour la transmettre. Cela concerne aussi bien les petites et moyennes structures que les grandes. Mais cela est particulièrement nécessaire à la grande entreprise car la décentralisation est souvent la règle et son contraire l'exception. La décentralisation comporte obligatoirement la délégation de responsabilité. Par contre pour éviter la dilution de responsabilité et les failles de transfert de responsabilité est-il utile de régulièrement se pencher sur le *delayering*en se posant comme question quel est l'encadrement strictement nécessaire.

[32] En 2012, le magazine Times cite une étude sur le comportement d'achat en Grande-Bretagne qui conclut que 77% des consommateurs prennent en considération l'engagement RSE des entreprises : « Why companies can no longer afford to ignore their social responsabilities » publié par Times Magazine dans son supplément business du 28/05/2012.

Il s'agit d'une croyance forte, impulsée soit par la religion soit simplement par la conscience humaine du sort collectif et de l'intérêt commun.

IV. CONCLUSION

Pour plus de pragmatisme et de réalisme est-il utile de préciser que le degré d'importance de la règlementation d'un pays n'est pas, à lui seul, un indicateur suffisant d'appréciation du niveau de prise en considération de la responsabilité et plus précisément de la RSE (A minima ou A maxima). Bien qu'il soit un point d'encrage nécessaire.

Il est fort possible qu'un pays légifère peu en matière de protection des droits des salariés et que des entreprises installées sur le territoire adoptent une réelle politique de gestion des ressources humaines et de respect de l'environnement. Par contre, une entreprise qui s'installe dans un paradis fiscal ne peut prétendre à être considérée comme socialement responsable alors même qu'elle traiterait comme il se doit ses salariés et autres partenaires.

Dans un pays donné il existe certainement différentes formes d'expression de la RSE et ce peu importe la taille de l'entreprise. Mais tant que celle-ci ne s'exprimera pas à son maxima, tant que les dirigeants ne seront pas irréprochables, intégrant des valeurs à forte charge éthique, il sera nécessaire de contraindre par la règlementation, sans compter uniquement sur la force contraignante de l'opinion publique[33].

Finalement, à l'échelle nationale la RSE à son minima doit être le fait du respect de la règlementation des affaires (Droit des contrats, droit du travail, droit comptable, droit financier, droit fiscal, droit pénal…)[34]. La libre concurrence et la loi de marché n'oriente pas naturellement et spontanément vers l'adoption d'un comportement exemplaire et ce d'autant que l'on assiste à un délitement continu de la responsabilité[35].

[33] D'autant que de nombreux comportements antisociaux ne sont pas révélés au public. Il existe de nombreuses possibilités de tourner les lois et règlements, de détecter les failles et les vides juridiques, de jouer dans les marges de la législation.

[34] «Entre le fort et le faible, entre le riche et le pauvre, entre le maître et le serviteur, c'est la liberté qui opprime et la loi qui affranchit» (Lacordere, H., « 52ème conférence – Du double travail de l'homme, 16 avril 1848 », *Conferences de Notre-Dame de Paris*, Tome III, Librairie de Mme Ve Poussielgue-Rusand, 1861).

[35] Cela est constaté particulièrement dans les entreprises de grande taille, voire les multinationalesd'où l'intervention des organisations internationales. Les Principes Directeurs

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 8, janvier-décembre 2020, pp. 185-210
DOI: http://dx.doi.org/10.25267/Paix_secur_int.2020.i8.07

On peut donc considérer que le niveau d'implémentation de la RSE dépend de ce qui précède immédiatement.

Il est ainsi un préalable pour approcher la RSE, celle de son contexte règlementaire, économique et socioculturel sur un territoire donné. Mais également, à l'échelle micro économique, les comportements des entreprises dans leurs dimensions nationale et internationale.

Pour aller vers le développement certain de la RSE *à maxima* sur un territoire donné faut-il ajouter quec'est certainement l'éducation, l'enseignement des valeurs et du respect des autres et des environnements qui amènent à la transformation d'une Société, plus équitable et juste.

Ainsi, d'un contexte national à un autre, la RSE se développera grâce à la conscientisation morale du risque pour l'entreprise (éthique de la responsabilité) ou du fait d'une réelle prise de conscience des impacts, liés aux activités et comportements d'une entreprise, sur les hommes et l'environnement (éthique de la conviction).

En tout état de cause, il ne s'agit pas d'oublier les termes importants : Responsabilité –Social (Sociétale)-Entreprise. La question des responsabilités de l'entreprise vis-à-vis de la Société devrait être placée au centre de la réflexion sur la RSE (réflexion du chercheur en sciences de gestion et en droit) et au centre des décisions des dirigeants. Ces derniers doivent pouvoir adopter l'approche systémique pour détecter les liaisons, les implications, les imbrications et les complexités[36] pour mieux appréhender les réalités et les impacts de décisions et négligences sur l'entreprise elle-même mais aussi sur les personnes et les territoires.

---

de l'OCDE à l'attention des entreprises multinationales constituent le premier référentiel international définissant la responsabilité sociale des entreprises au sens large (1976, modifié en 2000 puis en 2011). Les nouvelles dispositions détaillent les responsabilités des entreprises en matière de respect des droits de l'homme, de conditions de travail et de changement climatique. « Il engage les entreprises à ne pas se contenter de déclamations générales et à procéder à l'évaluation (due diligences) de leurs risques de responsabilité sociale sur des périmètres englobant leurs sous-traitants et leur sphère d'influence ». De même quele Conseil des droits de l'homme de l'ONU a accepté à l'unanimité une résolution sur les Principes directeurs relatifs aux entreprises et droits humains (Le 16 juin 2011).

[36] Complexus en latin signifie ce qui est tissé ensemble.

BIBLIOGRAPHIE

ACKOFF,Russell « le rôle de l'entreprise dans une société démocratique », in *MBA, Synthèse des meilleurs cours des grandes Business schools américaines*, éd. Nouveaux Horizons, 1993.

BOURGEOIS, I., « Entreprises familiales : "propriété oblige" », in Bourgeois, I. (dir.), *PME allemandes,* Cergy-Pontoise, Paris, 2010.

BURHAM, J, *L'ère des organisateurs*, Calman-Lévy, Paris, 1947 (ouvrage publié aux Etats unis, en 1941, sous le titre de *The ManagerialRevolution*).

DRUCKER, P, *L'avenir du management* , éd. Village Mondial, Paris, 1999.

FAYOL, H, *Administration industrielle et générale*, éd. DUNOD, nouvelle édition, Paris, 1916.

LACORDERE, H., « 52ème conférence – Du double travail de l'homme, 16 avril 1848 », *Conferences de Notre-Dame de Paris*, Tome III, Librairie de Mme Ve Poussielgue-Rusand, 1861

POLANYI, Karl, *The Great Transformation*, in Farrar, et Rinehart, New York, 1944, édité en français, *La Grande Transformation. Aux origines politiques et économiques de notre temps*, Gallimard, Paris, 1983.

REISACH, U, « La responsabilité sociale de l'entreprise en Allemagne », *Regards sur l'économie allemande*, décembre 2011.

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 8, janvier-décembre 2020, pp. 185-210
DOI: http://dx.doi.org/10.25267/Paix_secur_int.2020.i8.07

PAIX ET SÉCURITÉ INTERNATIONALES
Journal of International Law and International Relations
Num 8, janvier-décembre 2020 | ISSN 2341-0868
DOI http://dx.doi.org/10.25267/Paix_secur_int.2020.i8.08

Citation: URBANEJA CILLÁN, J. : "The European Union-Turkey Cooperation on Migration Matters: towards a Review of the Migratory Statement of 18 March 2016", *Paix et Sécurité Internationales*, num. 8, 2020, pp. 211-250.
Received: 16 September 2020.
Accepted: 2 November 2020.

THE EUROPEAN UNION-TURKEY COOPERATION ON MIGRATION MATTERS: TOWARDS A REVIEW OF THE MIGRATORY STATEMENT OF 18 MARCH 2016

Jorge URBANEJA CILLÁN[1]

I. PRELIMINARY QUESTIONS: ON THE DETERRITORIALIZATION OF BORDER CONTROLS IN THE EUROPEAN UNION – II. THE COOPERATION BETWEEN THE EUROPEAN UNION AND TURKEY ON MIGRATION POLICY: THE IMMEDIATE BACKGROUND OF THE EU-TURKEY STATEMENT – III. THE EU-TURKEY STATEMENT, 18 MARCH 2016 – IV. THE INEVITABLE REVIEW OF THE EU-TURKEY COOPERATION ON MIGRATORY POLICY – V. FINAL REFLECTIONS.

ABSTRACT: Cooperation between the European Union (EU) and Turkey on migration matters is an essential element in the migration policy of the European Union. This controversial cooperation has been reformulated within the framework of the response to the migration crisis, one of its central elements being the EU-Turkey statement, 18 March 2016. Regardless of the questionable content of the Statement, it is particularly controversial that an agreement of this relevance has been exclusively included in a press release of a Joint Declaration between the EU and Turkey. In this way, the procedure for negotiating and signing international treaties, provided for in the Treaty on the Functioning of the European Union, has been avoided; in particular, the participation of the European Parliament and the intervention of national parliaments. On February 28, 2017, the General Court has dismissed three annulment actions against this Statement. The Court, in an excessively formal interpretation,

[1] PhD, Lecturer (Profesor Ayudante Doctor) of Public International Law, University of Alicante (Spain). Article written within the framework of the R&D projects "El respeto de los Derechos Humanos la actividad exterior de las empresas españolas: retos y respuestas desde el Derecho Internacional", Ministerio de Ciencia e Innovación (PID2019-107311RB-100) and "Empresas transnacionales, responsabilidad social corporativa y Derechos Humanos" (GV/2020/219-Generalitat Valenciana); and Jean Monnet Chair "European Neighbourhood Policy: EU Values and Global Challenges" (599477-EPP-1-2018-ES-EPPJMO-CHAIR).

The author appreciates the collaboration of Laura Navas Llacuna and the observations that the two evaluators have made on this work.

declares its lack of competence to hear the merits of the matter. Thus, the Court considers that the Statement is not an act of the EU, but rather an act adopted by the Heads of State and Government; therefore, it is not competent to rule on the legality of an international agreement concluded by the Member States. The Court is not aware that the aforementioned Statement contains genuine legal obligations for the EU itself, as can be seen from its execution during the period in which it is being applied. In similar terms, the Spanish Supreme Court has avoided making a ruling on the merits and content of the Statement. As of March 2020, at a time of significant tensions between the EU and Turkey, a process of reflection on EU-Turkey cooperation on migration has begun, which should conclude with the review of the commitments contained in the Statement of 2016.

KEY WORDS: European Union, Turkey, immigration, border controls, EU-Turkey Statement, political agreement, international treaty.

LA COOPERACIÓN UNIÓN EUROPEA-TURQUÍA EN MATERIA MIGRATORIA: HACIA UNA REVISIÓN DEL ACUERDO MIGRATORIO DE 18 DE MARZO DE 2016

RESUMEN: La cooperación entre la Unión Europea (UE) y Turquía en materia migratoria es un elemento esencial en la política migratoria de la Unión Europea. Esta controvertida cooperación se ha reformulado en el marco de la respuesta a la crisis migratoria, siendo uno de sus elementos centrales la Declaración de la Unión Europea y Turquía, de 18 de marzo de 2016. Con independencia del contenido cuestionable del Acuerdo, resulta particularmente controvertido que un acuerdo de esta relevancia se haya recogido exclusivamente en una nota de prensa de una Declaración conjunta entre la UE y Turquía. De este modo, se ha evitado el procedimiento de negociación y celebración de tratados internacionales, previsto en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea; en especial, la participación del Parlamento Europeo y la intervención de los parlamentos nacionales. Con fecha 28 de febrero de 2017, el Tribunal General, ha inadmitido a trámite tres recursos de anulación contra dicho Acuerdo. El Tribunal, en una interpretación excesivamente formal, declara su falta de competencia para conocer del fondo del asunto. Así, el Tribunal considera que el Acuerdo no es un acto propio de la Unión, sino un acto adoptado por los Jefes de Estado y de Gobierno; por tanto, no es competente para pronunciarse sobre la legalidad de un acuerdo internacional celebrado por los Estados miembros. El Tribunal no tiene presente que el citado Acuerdo contiene auténticas obligaciones jurídicas para la propia UE, como se desprende de su ejecución durante el período en el que ha está siendo aplicado. En términos similares, el Tribunal Supremo español ha evitado realizar un pronunciamiento sobre el fondo y el contenido de la Declaración. A partir de marzo de 2020, en un momento de importantes tensiones entre la UE y Turquía, se ha iniciado un proceso de reflexión sobre la cooperación UE-Turquía en materia migratoria, que debe concluir con la revisión de los compromisos contenidos en la Declaración de 2016.

PALABRAS CLAVE: Unión Europea, Turquía, inmigración, controles fronterizos, Declaración UE-Turquía, acuerdo político, tratado internacional.

LA COOPÉRATION UNION EUROPÉENNE-TURQUIE EN MATIÈRE DE MIGRATIONS : VERS UNE RÉVISION DE L'ACCORD MIGRATOIRE DU 18 MARS 2016

RÉSUMÉ: La coopération entre l'Union européenne (UE) et la Turquie en matière de migration est un élément essentiel de la politique migratoire de l'Union européenne. Cette coopération controversée a été reformulée dans le cadre de la réponse à la crise migratoire étant la Déclaration de l'Union européenne et de la Turquie du 18 mars 2016, un de ses éléments principaux. Indépendamment du contenu discutable de l'accord, c'est particulièrement controversé qu'un accord de cette importance a été inclus exclusivement dans un communiqué de presse d'une déclaration commune entre l'UE et

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 8, janvier-décembre 2020, pp. 211-250
DOI: http://dx.doi.org/10.25267/Paix_secur_int.2020.i8.09

la Turquie. De cette manière, le processus de négociation et de signature des traités internationaux, prévu dans le Traité sur le Fonctionnement de l'Union européenne, a été évitée; en particulier, la participation du Parlement européen et l'intervention des parlements nationaux. Le 28 février 2017, le Tribunal a rejeté trois recours en annulation contre cet accord. Le Tribunal, dans une interprétation excessivement formelle, déclare son incompétence pour connaître le fond du sujet. Ainsi, le Tribunal considère que la Déclaration n'est pas un acte de l'Union, plutôt un acte adopté par les Chefs d'État et de Gouvernement; donc, il n'est pas compétent pour se prononcer sur la légalité d'un accord international conclu par les États membres. Le Tribunal ne sait pas que l'accord susmentionné contient de véritables obligations juridiques pour l'UE elle-même, comme on perçoit en regardant son exécution pendant la période dans laquelle il est appliqué. Dans des termes similaires, la Cour suprême espagnole a évité de se prononcer sur le fond et le contenu de la Déclaration. Depuis mars 2020, dans un moment de tensions importantes entre l'UE et la Turquie, un processus de réflexion sur la coopération UE-Turquie en matière de migration a commencé, lequel devrait conclure avec la révision des engagements contenus dans la Déclaration de 2016.

MOTS-CLÉ: Union européenne, La Turquie, immigration, contrôles aux frontières, déclaration UE-Turquie, accord politique, traité international.

I. PRELIMINARY QUESTIONS: ON THE DETERRITORIALIZATION OF BORDER CONTROLS IN THE EUROPEAN UNION

The former President of the European Commission, Jean-Claude Juncker, in the 2016 State of the European Union Address stated that "the Union is, at least in part, in an existential crisis". The President of the Commission continued to verify a worrying reality, since "I have never before seen that there is so little in common between our Member States, so few areas in which they agree to work together"[2]. Although this rhetoric has been used on various occasions during the evolution of the European integration process, the truth is that in recent years the European Union (EU) and its states are facing problems of an outstanding magnitude. In this way, neither the European institutions nor the Member States are able to reach agile and efficient solutions that are at the height of the seriousness of the problems that the Union has been facing in the last decade.

The circumstances that have led to this situation of "*existential crisis*" are of a very different nature and with repercussions in different areas of the integration process. Until the outbreak of the health crisis in 2020, as a

[2] *State of the European Union Speech 2016*, delivered by the President of the European Commission, Jean-Claude Juncker, before the European Parliament on September 14, 2016. (Available in https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/c9ff4ff6-9a81-11e6-9bca-01aa75ed71a1/language-en/format-PDF/source-30945725). The links contained in this work have been consulted, on the last occasion, on September 30, 2020.

result of Covid-19, the main factors of this existential crisis in the EU can be highlighted: the economic and financial crisis, Brexit, the weak integration in security and defence matters, the *migration crisis* and the weak position of the Union in the face of global challenges. This set of elements has caused the EU to enter a moment of crisis as an economic, political and social project.

Despite the situation described, the EU has managed to approve certain structural reforms that have allowed, perhaps with little agility, to face some of the problems mentioned[3]. The migration crisis is the area in which the EU's responses are being particularly questionable, mainly due to the profoundly divergent positions of the Member States, calling into question even essential principles enshrined in the Treaties, such as the principle of protection of Fundamental Rights, the principle of solidarity and the principle of loyal cooperation. This is demonstrated by the fact that Ursula von der Leyen, current President of the European Commission, in the State of the Union Address in 2020 and in the midst of the health crisis, continues to consider migration as one of the main challenges for the EU and its members States, pointing out the need for greater European cooperation on migration[4].

The current migration crisis has forced the EU and its Member States to adopt a broad set of measures, sometimes improvised and sometimes counterproductive, aimed at managing the massive displacement of people to the EU. As is known, the migratory crisis, which began immediately in 2013 and worsened as of 2015, finds its main cause in the prolonged armed conflicts in various States of the Middle East, mainly in Syria[5]. In this way, during the

[3] By way of examples, as a reaction to the financial and economic crisis, economic and financial integration (especially among the Eurozone States) has been promoted; the foundations have been laid to advance the Common Security and Defence Policy and adopted a common position on the Paris Agreement on Climate Change.

[4] *State of the European Union Speech 2020*, delivered by the President of the European Commission, Ursula von der Leyen, before the European Parliament on September 16, 2020. (Available in https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/soteu_2020_en.pdf).

[5] There are other relevant conflicts in the International Society that have given rise to the displacement of people: Afghanistan, Iran, Libya, among others. Despite this, the conflict that has led to the largest mass displacement of people has been the protracted Syrian conflict. On the Syrian conflict and the EU's responses, Ferrer Lloret, J., "La Unión Europea ante el conflicto sirio (2014-2016): ¿Una potencia normativa?", in Martínez Capdevila, C. and Martínez Pérez, E., (Dirs.), *Retos para la acción exterior de la Unión Europea*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 21-48; Gutiérrez Espada, C., "El conflicto en Siria (2011-2014)

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 8, janvier-décembre 2020, pp. 211-250
DOI: http://dx.doi.org/10.25267/Paix_secur_int.2020.i8.09

last decade, the EU has suffered an outstanding increase in migratory pressure, through different routes, which end in Mediterranean Sea States: Turkey, Libya and Morocco ("The Gates of Europe")[6].

Although the initiatives promoted by the EU and the Member States have focused on various areas of "Policies on border checks, asylum and immigration"[7], the basis of the measures adopted in recent years is to develop migration control instruments, the sole objective of which is to prevent and / or deter the arrival of migrants to the territory of the EU States. On the one hand, preventive measures or interception measures are established, which are the set of legal, administrative and executive actions aimed at blocking or interrupting the entry, in the European States of destination, to all those migrants who do not access in accordance with immigration regulations. Elements such as: greater cooperation and shared information respond to this logic, through the Border Guard and Coast Agency[8], improved harmonization

a la luz del Derecho internacional y de la (geo)política", *Revista UNISCI*, 37, 2015, pp. 99-131; López-Jacoiste, E., "La Estrategia global de la Unión Europea para Siria", in Gutiérrez Espada, C., and Cervell Hortal, M.J. (Dirs.), *La Unión Europea como actor global de las relaciones internacionales*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 133-196.

[6] In general, the main migratory routes to Europe can be summarized as: the *Eastern Mediterranean route* (the sea crossing from Turkey), being the main route used by people fleeing the conflicts in Syria and Afghanistan; the *Western Mediterranean route*, using migrants from sub-Saharan Africa and North Africa, passing through Morocco; the *Central Mediterranean route*, which facilitates the transit of migrants from sub-Saharan Africa and North Africa through Libya; and the *Western Balkan route*. *Vid.* Mitsilegas, V., "Cartografía de la externalización del control migratorio. Ideas a partir del régimen de la UE sobre tráfico ilícito de migrantes", *Revista Española de Derecho Europeo*, num. 73-74, 2020, pp. 23-64.

[7] Chapter 2 of Title V of the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU). It should be borne in mind that matters referring to the Area of Freedom, Security and Justice belong to the category of shared competences between the EU and the Member States (Article 4.2.j of the TFEU). *Vid.* García Andrade, P., *La Acción Exterior de la Unión Europea en Materia Migratoria: un problema de reparto de competencias*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2014; Díaz Barrado, C.M., "La Unión Europea y el establecimiento de una política común en materia de inmigración", in Díaz Barrado, C.M. and Rodríguez Barrigón, J.M., (Dirs.), *Migraciones internacionales y co-desarrollo: el caso de Ecuador: (conclusiones y respuestas del Seminario de Expertos sobre el desarrollo y derechos de las personas: el caso de Ecuador, en Madrid y en Quito en 2011)*, Universidad Rey Juan Carlos-Comunidad de Madrid, Madrid, 2012, pp. 267-282.

[8] Acosta Sánchez M., 'La nueva Guardia Europea de Fronteras y Costas, una necesaria evolución de FRONTEX', *Boletín IEEE*, nº 4, 2016; Santos Vara, J., "La transformación de Frontex en la Agencia Europea de la Guardia de Fronteras y Costas ¿hacia una centralización

of common rules and standards applied under the Schengen Borders Code; and risk analysis, providing contingency plans and rapid response capabilities. On the other hand, measures of a reactive nature are adopted, which aim to promote the departure of irregular immigrants from the territory of the EU States, through policies of return and readmission to the States of origin[9].

Within the category of preventive or interception measures, one of the core elements of European migration policy is represented by the creation of control mechanisms for migration flows beyond the external borders of the EU. Thus, with the aim of strengthening border control, the EU and its Member States have progressively developed a policy of "*externalization*", "*relocating*" or "*deterritorializing*" *border controls*. Although with different nuances, these concepts refer to a diversity of state actions aimed at establishing border controls and migration policy functions outside the territory (land, air or sea) of the States; either by actions of the State itself beyond its borders or by activities carried out by third States[10].

The term "*extraterritoriality*" of border control functions refers to migration control activities or functions carried out by public officials of the EU and/or its Member States in the territory of third States, with their agreement. In other words, in these cases there is direct or indirect control by the EU or its Member States. Therefore, they are responsible for migration control operations, including international obligations regarding the Human Rights of migrants. As stated by the European Court of Human Rights (ECHR), in

---

en la gestión de las fronteras?, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 59, 2018, pp. 143-186; Soler García, C., "La guardia europea de fronteras y costas ¿Un avance respecto a Frontex? Una valoración provisional", *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, núm. 34, 2017, pp. 1-44.

[9] Sánchez Legido, A., "Externalización de controles migratorios versus derechos humanos", *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, núm. 37, 2019, pp. 1-24.

[10] Abrisketa Uriarte, J., "La dimensión externa del derecho de la Unión Europea en materia de refugio y asilo: un examen desde la perspectiva del non-refoulement", *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 56, 2017, pp. 119-158-pp. 125-131; Del Valle Gálvez, A., "Refugee Crisis and Migrations at the Gates of Europe: Deterritoriality, Extraterritoriality and Externalization of Border Controls", *Paix et Sécurité Internationales*, num. 7, 2019, pp. 117-160-pp.148-150; Taylor Nicholson, E., *Cutting Off the Flow: Extraterritorial Controls to Prevent Migration*, The Chief Justice Earl Warren Institute on Law and Social Policy, University of California, Berkeley Law School, Issue Brief, July 2011, p. 2.

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 8, janvier-décembre 2020, pp. 211-250
DOI: http://dx.doi.org/10.25267/Paix_secur_int.2020.i8.09

the *Hirsi Jamaa Matter*[11], "when a State, through agents operating outside its territory, exercises control and authority, and, therefore, its jurisdiction, over an individual, such State is obliged, by virtue of Article 1, to guarantee this individual all the rights and freedoms provided for in Title 1 of the Convention that are pertinent to the situation of that individual"[12].

However, at present, the possible responsibility of European States has not been determined in those cases in which they do not exercise direct or indirect control over migration control operations but do finance them and provide technical support. For example, this is the case of the lawsuit filed, against Italy, before the ECHR by the British NGO Global Legal Action Network and which focuses on the events that occurred on November 6, 2017, when the Libyan coastguard allegedly obstructed attempts by an NGO boat to rescue 130 migrants from a sinking boat. As a result of this action, about 20 people

[11] This procedure begins with the demand of eleven Somali nationals and thirteen Eritreans, who were part of a group of two hundred people, who boarded in Libya bound for Italy. According to the facts presented in this judgment, all of them were intercepted on the high seas by the Customs Surveillance Service of the Italian police and the Coast Guard, 35 nautical miles south of Lampedusa. The occupants of the boats were transferred, in Italian military ships, to Tripoli (Libya) and handed over to the Libyan authorities. According to the version of the Italian authorities, these actions complied with the bilateral cooperation agreements with Libya to fight against irregular immigration. The plaintiffs alleged that the decision to surrender was not communicated to the Libyan authorities, they were not identified, and their documents and other personal effects were also confiscated.

[12] *Hirsi Jamaa and others v. Italy*, application no. 27765/09; SECHR of February 5, 2002, para. 64. For a doctrinal analysis on this judgment of the European Court of Human Rights, among others, De Castro Sánchez, C., "ECHR - Sentencia de 23.02.2012 (Gran Sala), Hirsi Jamaa E.A. c. Italia, 27765/09 - «Artículo 3 y 13 del CEDH; artículo 4 del Protocolo n.o 4 - Tortura y tratos inhumanos y degradantes - Derecho a un recurso efectivo - Prohibición de las expulsiones colectivas de extranjeros». El CEDH como límite de las políticas migratorias europeas", *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, año 17, n. 46, 2013, 1119-1135; Carrillo Salcedo, J.A., "Reflexiones en torno a la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso Hirsi Jamaa y otros contra Italia (sentencia de 23 de febrero de 2012)", in Torres Bernárdez, S. (Coord.), *El Derecho Internacional en el mundo multipolar del siglo XXI, Obra homenaje al profesor Luis Ignacio Sánchez Rodríguez*, Ed. IPROLEX, Madrid, 2013, pp. 647-665; Moreno-Lax, V., "Hirsi Jamaa and Others v. Italy or the Strasbourg Court versus Extraterritorial Migration Control?", *Human Rights Law Review*, vol. 12, issue 3, 1 september, 2012, pp. 574-598; Soler García, C., "La prohibición de las expulsiones colectivas de extranjeros en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: especial referencia al caso de España", *Revista General del Derecho Europeo*, núm. 45, 2018, pp. 107-160-pp. 120-121.

died and those who survived were returned to Libya. According to the lawsuit, in Libya, these people were illegally detained and subjected to extreme violence and inhumane treatment. This procedure must determine Italy's responsibility for financing and technically supporting the Libyan coastguard.

In similar terms, the same NGO has requested a ruling from the EU Court of Auditors on EU aid to the Libyan coastguard. As is known, in 2011, a conflict broke out in Libya, with consequences in the most diverse areas, affecting the political and economic interests of the EU. Libya has become a failed state, which together with its geographical proximity to the Italian coasts, make it a suitable territory for the operations of migratory mafias. This circumstance determines that, through the EU Emergency Trust Fund for Africa[13], since 2014, the EU has mobilized 338 million € in projects related to migration in Libya; 318 million € below the EU Emergency Trust Fund for Africa and 20 million € as bilateral aid[14]. Undoubtedly, it represents an essential element for the EU Court of Auditors, within its powers, to carry out an audit and control of such an important amount of resources; included, if the actions financed with these resources are in accordance with European Union law and are respectful of Human Rights.

With the expression "*externalization*" of border control or the management of migratory flows, reference is made to those cases in which third States perform border control and migration policy functions as a direct or indirect consequence of an agreement with the EU or with the EU Member States. In this case, the EU-Turkey statement, 18 March 2016[15], which gives a third State, in this case Turkey, a leading position in the control of the external borders of the EU and in the control of migratory routes to across the Eastern Mediterranean[16].

In these terms, the purpose of this work is to carry out an analysis of the EU-Turkey statement, March 18, 2016, which stands out as the most relevant

[13] The general budget of the EU Emergency Trust Fund for Africa represents more than € 4.5 billion (around 89% of contributions come from the EU, and around 11% from its Member States and other donors).

[14] Official information available on EU cooperation on migration with Libya can be found at https://ec.europa.eu/trustfundforafrica/region/north-africa/libya.

[15] EU-Turkey statement, 18 March 2016. (Available in https://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2016/03/18/eu-turkey-statement/).

[16] Del Valle Gálvez, A., "Refugee Crisis and Migrations... *cit.* pp. 147-148.

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 8, janvier-décembre 2020, pp. 211-250
DOI: http://dx.doi.org/10.25267/Paix_secur_int.2020.i8.09

instrument in EU-Turkey relations for managing the migration crisis. Thus, not only will the controversial content of the EU-Turkey statement and its compatibility with European Union law be analyzed, but special attention will also be paid to the legal nature of the EU-Turkey statement, either as a standard of a conventional nature or as a mere political agreement. In this area, the case law of the General Court will be the object of critical evaluation[17], which has not considered the EU-Turkey statement as an EU agreement, opening the possibility of its classification as an agreement of the Member States. Four years after the 2016 Statement, a period of reflection on EU-Turkey cooperation on migration has been opened. Reality shows how Turkey uses migration cooperation as a constant pressure factor in its relations with the EU and that the EU must rethink its relations with Turkey and, therefore, also cooperation in the field of migration.

II. THE COOPERATION BETWEEN THE EUROPEAN UNION AND TURKEY ON MIGRATION POLICY: THE IMMEDIATE BACKGROUND OF THE EU-TURKEY STATEMENT

The migratory crisis reached its highest degree of intensity in 2015, when there was an unprecedented number of displacements of people since World War II. According to the International Organization for Migration, during 2015, 1,005,504 irregular migrants had arrived, by land or sea, in six countries of entry to the European Union: Greece, Bulgaria, Italy, Spain, Malta and Cyprus[18]. According to the United Nations High Commissioner for Refugees (UNHCR), 50% of those displaced to Europe are Syrians[19] fleeing the war in their country; another 20% are Afghans and 7% Iraqis.[20] In this way, the

[17] Order of the General Court, of February 28, 2017, Case T 257/16, ECLI:EU:T:2017:130.

[18] *Mixed migration flows in the Mediterranean and Beyond: Compilation of Available Data and Information— reporting period 28 Jan-03 Feb 2016*. (Available in https://www.iom.int/sites/default/files/situation_reports/file/Mixed-Flows-in-the-Mediterranean-and-Beyond-4February2016.pdf). Greece and Italy accounted for more than 95% of arrivals by sea, 844,000 to Greece and 152,000 to Italy.

[19] The evolution of data on Syrian refugees can be found in https://data2.unhcr.org/en/situations/syria.

[20] According to UNHCR, 84% of these people came from the ten countries in conflict that generate the largest number of refugees. Thus, almost nine out of ten people who arrived in Greece came from Syria, Afghanistan and Iraq, while 41% of those who arrived in Italy came

migratory conflicts promoted migratory routes that were already established, such as the routes that run through the Eastern Mediterranean and the Central Mediterranean[21].

The outbreak of the migratory crisis showed the limitations of European migration policy, with little planning of migratory flows, absence of structural responses and poor management of "*external borders*". Indeed, Italy and, above all, Greece[22] were unable to cope with the massive arrival of migrants. Faced with this situation, as happens so many times in the European crises, the first reactions were mainly state-owned and the measures adopted by the EU and its Member States were insufficient in the face of the massive displacement of people to the EU.

On April 19, 2015, in one of the largest shipwrecks in the recent history of the Mediterranean, between 700 and 900 people died and was a major turning point in the EU. Faced with this situation, the European Commission decided to boost its migration policy, through the adoption, on May 13, 2015, of the European Agenda on Migration[23]. The Agenda is "not only the instrument from which to start in order to adopt urgent measures, but it also constitutes the road map around which the common policies for border control, asylum and migration will be articulated, which will require greater European cooperation to be effective and sustainable in the long term"[24]. Especially illustrative are the statements of Federica Mogherini, former High Representative of the Union for Foreign Affairs and Security Policy (between November 1, 2014

---

from Eritrea, Somalia and Sudan, and 6% from Syria. ACNUR, *Over one million sea arrivals reach Europe in 2015*, Press release, Lesbos, December 30, 2015. (Available in https://www.unhcr.org/5683d0b56.html).

[21] Triandafyllidou, A. y Maroukis, T., *Migrant Smuggling. Irregular Migration from Africa and Asia to Europe*, Ed., Palgrave Macmillan, 2012.

[22] Furthermore, in 2015, Greece was still suffering the effects of the economic and financial crisis and the subsequent budgetary stability policies imposed by the EU, which caused a significant level of adjustment in public services.

[23] Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, *A European Agenda on Migration*, COM (2015) 240 final, Brussels, 13.5.2015.

[24] De Asís Peña Díaz, F., "La Agenda Europea de Migración: últimos desarrollos", *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, núm. 33, 2017, pp. 1-38-p. 4.

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 8, janvier-décembre 2020, pp. 211-250
DOI: http://dx.doi.org/10.25267/Paix_secur_int.2020.i8.09

and December 1, 2019), "in recent years we have created a foreign policy of migration of the EU, when before there were none"[25].

The four pillars on which the European Agenda on Migration is structured are: reducing incentives for irregular immigration, saving lives, making external borders secure, a renewed asylum policy and a new policy on legal migration. Within the first pillar of the European Agenda on Migration, cooperation with third States, especially those of origin and transit, appears as a fundamental element of EU migration policy[26]. Undoubtedly, one of the essential aspects of cooperation with third States (of origin or transit) is represented by establishing a system of incentives for these States to control migratory flows. As mentioned above, by outsourcing border controls, the EU and its Member States establish agreements with third States in order for them to carry out border control functions. Among the functions that these agreements attribute to third States are: the surveillance of their borders, the detention and return of migrants or the regularization processes[27]. This alternative is not a novelty in the EU and its Member States, Spain-Morocco cooperation is based on a similar model. This precedent, which has been considered by the EU, uses external aid to third States as a counterpart or conditions for migration control measures and the acceptance of the readmission of migrants and refugees[28].

This model, based on the *externalization* of border controls, is the one present in the cooperation of the EU and its Member States with Turkey on migration matters; especially, if the transcendental relevance of cooperation with Turkey in this matter is taken into account. Given its geographical situation, Turkey is a prominent host and transit country for migrants and refugees. As a result of the conflicts in Syria and Iraq, around 4 million refugees have arrived in Turkey, the highest number in the world. These include 3.6 million registered

[25] Statements by Federica Mogherini, European Council of October 16, 2019. (Available in https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_19_6075).

[26] *A European Agenda on Migration, loc. cit.* p. 6 and p. 10.

[27] Del Valle Gálvez, A., "Refugee Crisis and Migrations... *cit.* p. 149.

[28] Sanahuja, J.A., "La Unión Europea y la crisis de los refugiados: fallas de gobernanza, securitización y "diplomacia de chequera", in Mesa, M. (Dir.), *Retos inaplazables en el sistema internacional-Anuario CEIPAZ 2015-2016*, pp. 71-106-p. 73.

Syrian refugees and 370,000 registered refugees and asylum seekers, mainly from Afghanistan, Iraq, Iran and Somalia[29].

The European Council, in an extraordinary meeting on April 23, 2015, focused exclusively on migration policy, indicates among the commitments made the need to "improve cooperation with Turkey in view of the situation in Syria and Iraq"[30]. Furthermore, among the essential elements of the European migration policy are mentioned: on the one hand; mobilize instruments (including development cooperation funds) for the implementation of readmission agreements, concluded by the EU and its Member States, with third countries, in order to promote the readmission of unauthorized economic immigrants in the countries of origin and transit; and, on the other hand, establish a new returns program, which respects the right to request asylum, for the rapid return of illegal migrants from front-line Member States, coordinated by Frontex[31]. In similar terms, the European Council of June 25 and 26, 2015, concludes that it is of paramount importance to reinforce "overall cooperation with countries of origin and transit, both on stemming the flows of irregular migrants and on tackling the root causes of migration so as to reduce the incentives for illegal migration and to combat the smuggling networks."[32]. Likewise, the need to promote "cooperation with Turkey and the relevant countries of the Middle East (in particular Iraq, Jordan and Lebanon)" is highlighted[33].

For the last years, the EU and its Member States have promoted a broad set of regulatory and strategic planning instruments, the purpose of which is for Turkey to carry out a function of border control and management of migratory flows to control, restrict or prevent physical access to the territory of the EU States. EU-Turkey cooperation takes shape at the EU-Turkey Summit

[29] On September 10, 2020, there were 3,616,547 registered "Syrian citizens under temporary protection," according to sources from the Turkish General Directorate for Migration Management. Information Available in https://en.goc.gov.tr/temporary-protection27.

[30] Conclusions of the special meeting of the European Council, 23 April 2015. (Available in https://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2015/04/23/special-euco-statement/).

[31] *Ibid.* parrs. 3.m) y 3.l).

[32] European Council conclusions of June 25 and 26, 2015, conclusion no. 6. (Available in https://www.consilium.europa.eu/media/21717/euco-conclusions-25-26-june-2015.pdf).

[33] *Ibid.* conclusion no. 8.

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 8, janvier-décembre 2020, pp. 211-250
DOI: http://dx.doi.org/10.25267/Paix_secur_int.2020.i8.09

of October 5, 2015, which results in the EU-Turkey Joint Action Plan of October 15, 2015[34]. The main commitments made by Turkey under this Joint Action Plan are: to improve the implementation of its bilateral Readmission Agreement with Greece[35]; implement the EU-Turkey Readmission Agreement for third country nationals as of June 1, 2016[36]; strengthen the interception capabilities of the Turkish Coast Guard and strengthen legislation, action and cooperation with EU Member States in the fight against illegal trafficking and smugglers. It is especially surprising that, among the commitments assumed by Turkey, is the implementation of rules of a conventional nature, therefore, already legally binding, such as the bilateral readmission agreement with Greece and the EU-Turkey readmission agreement. In June 2018, the Government of Turkey decided to suspend the bilateral readmission agreement with Greece, as a result of Greece's refusal to extradite eight Turkish soldiers accused of participating in the failed Turkish Coup d'état of July 2016. This situation shows how Turkey uses migration agreements as an element of pressure in the most diverse areas of its relations with the EU.

For its part, the EU, in implementation of the policy of financial support in exchange for cooperation in the area of migration, is committed to activating the Mechanism for Turkey in favour of refugees. As will be explained below, this commitment is one of the essential lines of the EU-Turkey statement and it is specified in the disbursement in favour of Turkey of two tranches of 3,000 million €. Alongside this, the EU assumes commitments of a political nature, such as accelerating compliance with the visa liberalization roadmap and revitalizing Turkey's accession process. The priority areas of action will include humanitarian aid, education, integration into the labour market, access to health care, social inclusion. However, the agreement does not include any

[34] EU-Turkey Joint Action Plan, Brussels, October 15, 2015. (Available in https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/MEMO_15_5860). The provisions included in this EU-Turkey Joint Action Plan were activated, by agreement of the parties, as of November 29, 2015.

[35] In March 2016, Greece and Turkey adopted an agreement on the readmission of immigrants and refugees, in whom it was agreed to return to Turkey any person who illegally entered the territory of Greece, through the land border with Turkey.

[36] *Agreement between the European Union and the Republic of Turkey on the readmission of persons residing without authorisation*, (*OJ* L 134, de 7 de mayo de 2014). It should be borne in mind that this Agreement contemplates its entry into force as of three years after the parties have completed their ratification procedures.

mention of the human rights situation or the *principle of "non refoulement"* on the part of Turkey, nor concrete measures aimed at ensuring that funds from the Facility for Turkey in favour of refugees are effectively used to improve refugee conditions in Turkey[37].

On September 23, 2020, the European Commission presented the New Pact on Migration and Asylum, which will replace the European Agenda on Migration. As will be explained in section IV, this New Pact continues to consider Turkey as an essential partner in matters of migration cooperation and considers that the EU-Turkey statement, 18 March 2016, is an effective instrument for the control of the external borders of the EU[38].

As the main novelties of the New Pact on Migration and Asylum, the European Commission proposes: a new compulsory control prior to entry, through an accelerated procedure on departure, including the performance of health and security controls; common EU system for returns, reinforce Frontex with a permanent corps of more than 10,000 personnel, promote legal migration mechanisms and an "equitable sharing of responsibility and solidarity". This last aspect, subject to significant criticism, allows States to choose between relocation from the main States of entry or to finance returns to countries of origin or transit through technical or financial support. This alternative means continuing with the Common European Asylum System[39]. According to this System, the first country of entry is responsible for examining asylum applications, and the asylum seeker may remain in the territory of the State while their asylum application is resolved. With the system proposed by the European Commission in the New Pact on Migration and Asylum, the states that are the EU's external border will continue to process asylum procedures and bear the human costs of guaranteeing the rights of migrants during the resolution of the asylum procedure.

---

[37] De Asís Peña Díaz, F., "La Agenda Europea de Migración:"... *cit.* p. 8.

[38] Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, *On A New Pact on Migration and Asylum*, Bruselas 23 de septiembre de 2020, COM (2020) 609 final.

[39] Regulation (EU) No 604/2013 of the European Parliament and of The Council of 26 June 2013, *establishing the criteria and mechanisms for determining the Member State responsible for examining an application for international protection lodged in one of the Member States by a third-country national or a stateless person (recast)*, (*OJ* L 180/31, June 29, 2013).

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 8, janvier-décembre 2020, pp. 211-250
DOI: http://dx.doi.org/10.25267/Paix_secur_int.2020.i8.09

III. THE EU-TURKEY STATEMENT, 18 MARCH 2016

1. The acquired Commitments

As mentioned above, the EU-Turkey statement, 18 March 2016 is part of a broad set of relations between the EU and Turkey aimed at managing the migration issue, with the aim of stopping the massive flows of irregular migration that are destined for The EU. However, unlike previous instruments, such as the EU-Turkey Joint Action Plan, this Declaration establishes some very specific legal obligations, "setting a framework for cooperation that is deeper than that which could be expected from an instrument of this nature"[40].

In this way, the first of the acquired commitments establishes that, as of March 20, 2016, new irregular migrants, whose asylum application has been considered unfounded or inadmissible, who pass from Turkey to the Greek islands will be returned to Turkey. In return, the EU undertakes to resettle in its territory the same number of Syrian migrants in a regular situation from Turkey, giving "priority to migrants who have not previously entered or tried to enter the EU in an irregular manner". Despite the fact that these measures are continuous in nature with the Readmission Agreements concluded between the EU and Turkey or between Greece and Turkey, the readmission of all immigrants in an irregular situation has a completely new character, since it was not included in any instrument previous[41].

In addition, as a mechanism for the effective compliance of the obligations acquired, the Statement contemplates that the EU commits to the disbursement of 3,000 million €, through the Mechanism for refugees in Turkey. Throughout the 2016-2017 period, the first € 3,000 million were mobilized, € 1,000 million from the EU budget and the rest from contributions from Member States. In March 2018, the Commission proposed to expand funding under the Facility with an additional 3,000 million €, as the entire

[40] Díaz Barrado, C.M., "La política común de inmigración en la Unión Europea: algunas reflexiones", *Pliegos de Yuste*, núm. 17, 2016, pp. 153-163.

[41] Santos Vara, J., "La declaración Unión Europea-Turquía de 18 de marzo de 2016: ¿Un tratado disfrazado?", in Martínez Capdevila, C. and Martínez Pérez, E., (Dirs.), *Retos para la acción exterior de la Unión Europea*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 289-300, p. 295.

initial budget had already been used[42]. At the European Council of June 28, 2018, the Member States agree to unblock the second tranche, of 3,000 million €, of the Mechanism for refugees in Turkey[43]. At a meeting of the Committee of Permanent Representatives, the States agree that 2,000 million € of that amount is financed from the EU budget. On the other hand, the remaining 1,000 million come from contributions from the Member States calculated according to their share in the gross national income of the EU. As expressly specified in these agreements, the EU and its Member States acknowledge that through this mechanism the commitments assumed with Turkey in the Statement, 18 March 2016 are being fulfilled[44].

Along with these obligations of undoubtedly legal content, the EU-Turkey statement, 18 March 2016 contains agreements of a political nature. Thus, the EU is committed to promoting visa liberalization for Turkish citizens, promoting work on the improvement of the customs union and reinvigorating Turkey's accession process to the EU. Along with this, Turkey is committed to adopting measures aimed at preventing the opening of new illegal migration routes. "Undoubtedly, these commitments are characterized by a marked political nature, in such a way that the political and the legal are intermingled in this Statement, assuming commitments of different nature"[45].

The return of irregular migrants who have not obtained protection by an EU State to Turkey, perhaps, is the most controversial commitment of the EU-Turkey statement, as it implies that the EU considers Turkey a safe third country[46]. Readmission agreements, whatever their nature, of the EU and its Member States have to respect the Directive *laying down standards for the reception*

---

[42] https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_18_1723. These 3,000 million € will be mobilized in two tranches that go, respectively, until mid-2021 and mid-2025.

[43] Conclusions of the European Council of June 28, 2018, conclusion no. 7. (Available in https://www.consilium.europa.eu/media/35936/28-euco-final-conclusions-en.pdf).

44 Council Press Release of June 29, 2018. (Available in https://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2018/06/29/facility-for-refugees-in-turkey-member-states-agree-details-of-additional-funding/).

[45] Díaz Barrado, C.M., "La política común de inmigración en la Unión Europea"... *cit*, p. 153.

[46] Costello, C., "Safe Country? Says Who?", *International Journal of Refugee Law,* vol. 28, núm. 4, 2016, pp. 601-622.

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 8, janvier-décembre 2020, pp. 211-250
DOI: http://dx.doi.org/10.25267/Paix_secur_int.2020.i8.09

of applicants for international protection[47], the European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms and the jurisprudence of the ECHR.

Although the EU-Turkey statement states that it will be applied in accordance with international law and European Union law, there are more than serious doubts as to whether Turkey meets the requirements to be considered a safe third country[48], regulated in the art. 38 of the Directive laying down standards for the reception of applicants for international protection. The first of these is that the applicant for international protection does not see his life or freedom threatened, for reasons of "race, religion, nationality, belonging to a particular social group or political opinion". The second principle requires that applicants for protection do not incur the risk of serious harm. Serious damage is understood as

> the death penalty or its execution, or torture or inhuman or degrading punishment or treatment of an applicant in his / her country of origin, or serious and individual threats against life or physical integrity of a civilian motivated by indiscriminate violence in situations of international or internal armed conflict.[49]

The third of the requirements is respect for the *principle of non-refoulement* enshrined in the 1951 Geneva Convention on the Status of Refugees[50]. The next necessary requirement for qualification as a safe third country is the prohibition of expulsion in case of violation of the right not to be subjected to torture or cruel, inhuman or degrading treatment. Finally, European legislation

---

[47] Directive 2013/33/EU of the European Parliament and of the Council of 26 June 2013, *laying down standards for the reception of applicants for international protection* (recast), (OJEU L 180, June 29, 2013).

[48] Chetail, V., "Will the EU-Turkey migrant deal work in practice?", *Graduate Institute of International and Development Studies*, March 29, 2016. (Available in http://graduateinstitute.ch/home/research/research-news.html/_/news/research/2016/will-the-eu-turkey-migrant-deal).

[49] Art. 15 Directive 2011/95/EU of the European Parliament and of the Council of 13 December 2011 on standards for the qualification of third-country nationals or stateless persons as beneficiaries of international protection, for a uniform status for refugees or for persons eligible for subsidiary protection, and for the content of the protection granted (recast). (*OJ* L 337/9, of December 20, 2011).

[50] Convention relating to the Status of Refugees, made in Geneva on July 28, 1951 and Protocol relating to the Status of Refugees, made in New York on January 31, 1967. The 1951 Geneva Convention limited refugee status to people of European origin, but the 1967 Protocol eliminates this geographical restriction.

requires that a third State offers the possibility of requesting refugee status in accordance with the 1951 Geneva Convention and, where appropriate, benefit from the protection provided therein.

Similarly, article 39 of the Directive laying down standards for the reception of applicants for international protection establishes the concept of a safe European third country. Based on this article, it can only be considered as such when the following requirements are met: having ratified the Geneva Convention without geographical restrictions and observing its provisions, having an asylum procedure provided for by law, and having ratified the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms[51].

From a systematic analysis of European legislation, it can be deduced that Turkey does not meet the stated requirements to be considered a safe third country. Although Turkey has ratified the 1951 Convention Relating to the Status of Refugees, it has not done so with its 1967 New York Additional Protocol, therefore there is a geographical restriction in the application of the provisions of the 1951 Convention. Moreover, the application of refugee status in Turkey will only be possible to those asylum seekers originating in European States[52]. That is, "de jure Syrians cannot apply for refugee status or receive protection under the Geneva Convention, in Turkey, as required by the Directive in order to consider that State a safe third country"[53]. Likewise, at present, there is also no certainty that asylum applications will be analyzed

[51] Turkey has been repeatedly condemned by the European Court of Human Rights (ECHR) for inhuman or degrading treatment of refugees. As the most recent Judgment highlights, S.A. v. Turkey, December 15, 2015.

[52] As mentioned above, the EU-Turkey Declaration establishes the commitment to return irregular migrants to Turkey, but the resettlement commitment only affects migrants of Syrian origin.

[53] Vacas Fernández, F., *El Derecho Migratorio, Internacional y Europeo, como límite desde los derechos humanos a la discrecionalidad de los Estados en materia migratoria*, ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 307-308. As the author points out, it is in this area where there are the most important doubts about the legality of the EU-Turkey Declaration, having analyzed the compatibility of these provisions with EU law, especially with the Directive laying down standards for the reception of applicants for international protection.

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 8, janvier-décembre 2020, pp. 211-250
DOI: http://dx.doi.org/10.25267/Paix_secur_int.2020.i8.09

individually; there are accelerated procedures with reduced deadlines and limited recourse possibilities[54].

Furthermore, the expulsion and return measures agreed by the EU and its States must respect the European Convention on Human Rights and the jurisprudence of the ECHR. In order to decide whether the expulsion of a foreigner is in accordance with the Convention, it is necessary to assess in the specific case whether the expulsion of a foreigner to a certain State entails a risk of violation of any of the provisions of the European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms[55]. In particular, expulsion and return measures must respect: the right to life (Art. 2 Convention, Protocol No. 6 and Protocol No. 13 of the Convention), the prohibition of returns and expulsions under the threat of being applied to them death penalty[56]; the prohibition of torture, punishment or inhuman or degrading treatment[57] and the prohibition of "*non refoulement*" (art. 3 Convention)[58]. Repeated

[54] González Vega, J., "El marco jurídico internacional y europeo de acogida de los refugiados y la incidencia de la Declaración UE-Turquía", *Cursos de Verano de San Sebastián*, 2016, pp. 149-187. (Available in http://repositori.uji.es/xmlui/bitstream/handle/10234/177238/Gonzalez_Refugiados.pdf?sequence=1&isAllowed=y). It should be borne in mind that on this matter there is a clear jurisprudence of the ECHR, prohibiting collective expulsions, guaranteeing an individualized examination of asylum applications and a judicial remedy with all the guarantees. Thus, the ECHR has condemned Italy for the return of a group of Eritreans and Somalis without allowing them to submit an asylum application. ECHR *Hirsi Jamaa and Others v. Italy*, February 23, 2012.

[55] Abrisketa Uriarte, J., "El "tercer país seguro" en el sistema europeo de asilo: ¿nomen est omen?" in Cornago, N., de Castro J.L. and Moure, L., (Eds.), *Repensar la Unión Europea: Gobernanza, Seguridad, Mercado Interior y Ciudadanía*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 209-223-pp. 213-217; Soler García, C., "¿La noción de «país seguro» es segura? Un análisis a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos", *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, num. 66, 2020, pp. 559-600, pp. 594-599.

[56] Among others, ECHR Judgment of July 7, 1989, *Soering v. The United Kingdom*, CE: ECHR: 1989: 0707JUD001403888, par. 111; ECHR judgment of May 31, 2018, *Al Nashiri v. Romania*, CE: ECHR: 2018: 0531JUD003323412, par. 726.

[57] For these purposes, the ECHR has as criteria to assess a possible violation of art. 3 Convention, the general situation of Human Rights in the State where the migrant is expelled or returned and his personal situation in the State of destination. ECHR Judgment of July 11, 2000, *Jabari v. Turkey*, CE: ECHR: 1999: 1028DEC004003598, par. 41 and par. 365.

[58] For example, ECHR Judgment of September 22, 2009, *Abdolkhani and Karimnia, v. Turkey*, CE: ECHR: 2009: 0922JUD003047108, par. 88.

condemnations of Turkey by the ECHR show that Turkey does not comply with the requirements of the ECHR so that an expulsion or return measure can be agreed[59]. In particular, Turkey does not respect the content of the Convention due to detention conditions in refugee camps, characterized by overcrowding and unsanitary conditions (Article 3 Convention)[60] and there are indications that Turkey does not respect the principle of "*non refoulement*"[61].

The ECHR has even condemned Turkey because asylum seekers run the risk of suffering, in Turkish territory, torture and inhuman and degrading treatment[62]. Likewise, the Parliamentary Assembly of the Council of Europe highlights the high risk that, in application of the EU-Turkey statement, migrants returned to Turkey will be sent back to a place where they risk persecution, torture or treatment degrading[63].

---

[59] Fernández Arribas, G., "El difícil encaje de las devoluciones de refugiados a Turquía ¿y a Libia? con el principio de *non refoulement* desarrollado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos", in Cornago, N., de Castro J.L. and Moure, L., (Eds.), *Repensar la Unión Europea: Gobernanza, Seguridad, Mercado Interior y Ciudadanía*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 198-207-pp. 201-204.

[60] ECHR Judgment of October 17, 2019, *G.B. and others v. Turkey*, CE: ECHR: 2019: 1017JUD000463315, pars. 991-13.

[61] Human Rights Watch, "Turkey: Syrians Pushed Back at the Border. Closures Force Dangerous Crossings with Smugglers", press release, November 23, 2015; (available in https://www.hrw.org/news/2015/11/23/turkey-syrians-pushed-back-border#:~:text=(Istanbul)%20%E2%80%93%20Turkey%20has%20all,Human%20Rights%20Watch%20said%20today.&text=As%20of%20mid%2DNovember%2C%20Turkey,managed%20by%20the%20Turkish%20authorities); Amnesty International, "Turkey: illegal mass returns of Syrian refugees Expose Fatal Flaws in Eu-turkey Deal", press release, April 1, 2016; (available in https://www.amnesty.org/en/latest/news/2016/04/turkey-illegal-mass-returns-of-syrian-refugees-expose-fatal-flaws-in-eu-turkey-deal/#:~:text=Large%2Dscale%20forced%20returns%20of,month%2C%20Amnesty%20International%20revealed%20today.&text=All%20forced%20returns%20to%20Syria,Turkish%2C%20EU%20and%20international%20law).

[62] ECHR judgment of September 22, 2009, *Abdolkhani and Karimnia v. Turkey*, CE: ECHR: 2009: 0922JUD003047108.

[63] Resolution 2109 (2016) Parliamentary Assembly Council of Europe, *The situation of refugees and migrants under the EU–Turkey Agreement of 18 March 2016*, 20 de abril de 2016, apartado 2. (Available in https://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=22738&lang=en).

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 8, janvier-décembre 2020, pp. 211-250
DOI: http://dx.doi.org/10.25267/Paix_secur_int.2020.i8.09

Ultimately, the EU-Turkey statement, March 18, 2016 and the European Commission[64], consider Turkey as a "safe third country". This circunstance can be considered as the main legal obstacle to an application of the agreement in accordance with International Law and the European Union Law[65].

2. The Legal Nature. The controverted pronouncement of the General Court

The other of the most controversial elements of the EU-Turkey statement refers to its legal nature and, consequently, the procedure followed for its adoption and publication[66]. As noted, the General Court (GC) has had the opportunity to rule on the nature of the EU-Turkey statement, regarding three annulment actions, in which the plaintiffs (two of Pakistani nationality and one of Afghan nationality) argued that the Statement It is a binding legal act that produces legal effects against them. Within the scope of this appeal, the GC had to answer two essential questions. Firstly, whether the EU-Turkey statement has been concluded by the European Council or by the EU Member States outside the institutional system from the EU[67]. Secondly, if the EU-Turkey statement is a political agreement or a Treaty that produces authentic legal effects, violating the procedure for the conclusion of treaties provided for in art. 218 TFEU.

In this sense, the GC, by Order of February 28, 2017, decided to dismiss the annulment appeals filed by the three asylum seekers against the EU-Turkey statement, as a result of not having jurisdiction to hear the merits of the matter. The GC also considers that there is an imprecision in the identification of the authors of the Statement, 18 March 2016, making it necessary to specify

[64] Communication from the Commission: *next operational steps in EU-turkey cooperation in the field of migration***,** COM/2016/0166 final, Bruselas, 16 de marzo de 2016.

[65] De Asís Peña Díaz, F., "La Agenda Europea de Migración"... *cit*. p. 12.

[66] Cannizzaro, E., "Disintegration through Law?", Editorial, *European Papers*, 2016, num. 1, pp. 3-6.

[67] Annulment allows the CJEU to control the legality of compulsory legal acts adopted by the EU Institutions (arts. 263 and 264 TFEU). The following types of acts may be subject to this appeal: a) legislative acts; b) acts of the Council, the Commission and the European Central Bank that are not recommendations or opinions; and c) acts of the European Parliament and of the European Council intended to produce effects vis-à-vis third parties (art. 263.1 TFEU). However, international agreements concluded by the EU cannot be annulled, since they cannot be equated with acts adopted by the EU Institutions; however, an annulment may be filed against the Council's decision to conclude an international agreement.

the content of the expression "members of the European Council", which is used in the Statement[68]. Therefore, the Court's first element of analysis focuses on determining whether the EU-Turkey statement was concluded by the Institution of the European Council or whether, on the contrary, the Heads of State or Government of the Member States of the Union. The GC begins by warning of the means used to make the Statement public, such as a press release from the European Council. For this reason, the terms used in the EU-Turkey statement cannot be interpreted according to legal parameters, since it is pursued "an informative objective and has no legal value", using "deliberately simplified formulas and simple and concise language"[69]. In view of these circumstances, a literal interpretation of the EU-Turkey statement cannot be resorted to and the expression "members of the European Council" cannot be understood to refer to the European Council Institution.

In this way, the General Court considers that an analysis of the preparatory acts of the EU-Turkey statement must be carried out, in order to identify their authorship. In this sense, the Court notes that on the dates indicated, the Heads of State or Government held two meetings in parallel. The first one under the formation of the European Council, subject to European Union law (March 17). And, the second one, on March 18, 2016, the Heads of State or Government met with the Prime Minister of Turkey, in order to restore public order, essentially on the territory of Greece[70]. In other words, the meetings of March 17 and 18 were organized in parallel and followed different routes from the legal, protocol and organizational point of view.

So, the GC uses surprisingly rigid reasoning and seems to be unaware that precisely the choice of a press release is a deliberate way of bypassing the decision-making procedures provided for in the founding Treaties. Likewise, the Court obviates the substantially different nature of the commitments acquired in the EU-Turkey statement to the commitments assumed in previous meetings between the EU and Turkey. As mentioned previously, the obligation to readmission for all immigrants in an irregular situation who arrived after March 20 is a totally new element that was not included in any

[68] Order of the General Court, of February 28, 2017, Case T 257/16, par. 58.

[69] *Ibidem*, par. 59.

[70] *Ibidem*, pars. 63 -67.

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 8, janvier-décembre 2020, pp. 211-250
DOI: http://dx.doi.org/10.25267/Paix_secur_int.2020.i8.09

previous legal instrument[71]. Finally, it is difficult to understand that the EU-Turkey statement, 18 March 2016 could have been achieved without a drive and an active and decisive participation of the Union's institutional system, using the negotiating position of all 28 EU Member States.

For these reasons, in the Court's opinion it is irrelevant that the EU-Turkey statement is a legal or political act, since

> even assuming that an international agreement had been informally concluded at the meeting of March 18, 2016, which, in the present case, the European Council, the Council and the Commission deny, that agreement would have been reached by the Heads of State or Government of the Member States of the Union and the Turkish Prime Minister.[72]

Thus, according to Article 263 TFEU, the Court does not have jurisdiction to rule on an international agreement concluded by the Member States, since it is not an act attributable to any EU Institution, which constitutes a requirement of admissibility of the annulment.

As a consequence of the argumentative logic followed by the Court and characterized by extreme formalism, the Court does not proceed to assess whether the EU-Turkey statement, March 18, 2016 exceeds the character of a political agreement and is situated in the field of rules of nature conventional. In this matter, the first element of analysis must necessarily be constituted by the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties, which understands that the central element is the production of international-legal effects, regardless of its name and/or its shape[73]. In similar terms, the jurisprudence of the International Court of Justice (ICJ) has consistently considered that the law of treaties does not refer to the name of the Agreement to determine its legal nature. Thus, in the *Matter of Maritime Delimitation and Territorial Issues between*

---

[71] Gatti, M., "The EU-Turkey Statement: A Treaty That Violates Democracy", *European Journal of International Law-Talk*, p. 3, 18 de abril de 2016; (Available in https://www.ejiltalk.org/the-eu-turkey-statement-a-treaty-that-violates-democracy-part-1-of-2/); Santos Vara, J., "La declaración Unión Europea-Turquía"... *cit.* p. 295.

[72] Order of the General Court, of February 28, 2017, Case T 257/16, par. 73.

[73] Art. 1.a) Vienna Convention on the Law of Treaties. *Vid.* Díez de Velasco, M. "Capítulo V: Los Tratados Internacionales (I): El proceso de celebración de los Tratados Internacionales según el Derecho internacional", in Diez de Velasco, M., *Instituciones de Derecho Internacional Público*, Tecnos, Madrid, 18ª ed., 2013, pp. 158-159; Tust, A., *Modern Treaty Law and Practice*, Cambridge University Press, 2007, Cambridge, pp. 49-55.

Qatar and Bahrain, the ICJ admitted as an international treaty a note between the Ministers of Foreign Affairs of both States, stating that

> this instrument is not a simple record of the meeting (…). It is not limited to relating discussions and summarizing points of agreement and disagreement. List the commitments to which the parties have consented. Thus, it creates rights and obligations for the parties in International Law. It constitutes an international agreement.[74]

Accordingly, what "characterizes a treaty is the nature of the act or transaction contained therein, not its form"[75].

These reflections are fully applicable to the EU-Turkey statement, since, as stated above, the content of the Statement reflects the assumption of genuine legal obligations for both parties. Thus, if the circumstances in which it was drawn up and the content of the EU-Turkey statement are taken into account, it can be said that it responds to the logic of conventional norms. Similar conclusions can be reached if an examination of the instrument provided to verify compliance with the Statement is carried out, such as the preparation of periodic reports detailing the degree of compliance with the different commitments acquired. The observation of compliance through periodic reports represents a common technique for controlling the execution of international treaties, especially in the area of Human Rights[76]. Likewise, as will be explained below, it should be borne in mind that the European Commission, as an EU Institution, is responsible for the preparation of said monitoring reports.

By virtue of the foregoing, it can be concluded that, despite the fact that part of the content of the EU-Turkey statement is political in nature, it does not in any way diminish that it has a relevant legal scope. In fact, it is due understand as an international agreement that produces effects of a legal

[74] *Maritime delimitation and territorial issues between Qatar and Bahrain*, ICJ Recueil, 1994, p. 112, par. 23.

[75] ICJ Judgment, of December 19, 1978, in the *Matter of the Continental Shelf of the Aegean Sea*, CIJ Recueil, 1978, p. 39.

[76] Fernández Liesa, C.R., "Notas sobre el mecanismo de informes"... *cit*, pp. 67-84.

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 8, janvier-décembre 2020, pp. 211-250
DOI: http://dx.doi.org/10.25267/Paix_secur_int.2020.i8.09

nature[77]; whether it is an Agreement of the EU or its Member States[78]. The result of this GC pronouncement is to place the EU-Turkey statement in a complex balance, not yet clearly defined, between general international law, EU law and the legal order of the member States.

Thereby, given its nature and content and insofar as it affects competencies shared by the EU and its Member States, the EU-Turkey statement should have been processed under the modality of a mixed agreement, with the participation of the European Institutions and of the Member States[79].

As indicated by the jurisprudence of the Court of Justice of the European Union, recourse to this type of agreement is possible in the following circumstances: a) when the agreement regulates a matter that affects the competences of the EU and the Member States[80]; and b) when the financing of the agreement in question is going to be assumed by the Member States, even if it is related to exclusive competences of the EU[81]. Certainly, the procedure for the conclusion of mixed agreements presents important complexities, which

---

[77] Díaz Barrado, C.M., "La política común de inmigración en la Unión Europea: algunas reflexiones", *loc. cit.* p. 154. Using formal criteria, a small doctrinal sector has come out in favour of the exclusively political nature of the EU-Turkey Declaration. "Since the agreement will take the form of a 'statement', (…) it will not as such be legally binding. Therefore there will be no procedure to approve it at either EU or national level, besides its endorsement by the summit meeting. Nor can it be legally challenged as such". Peers, S., "The draft EU/Turkey deal on migration and refugees: is it legal?" *EU Law Analysis* – 16 de marzo de 2016; (Available in http://eulawanalysis.blogspot.com/2016/03/the-draft-euturkey-deal-on-migration.html). However, as has been stated, the jurisprudence of the ICJ and the CJEU do not adopt this formalistic criterion, since the central element is the production of international-legal effects, regardless of their name and/or their form.

[78] Santos Vara, J., "La declaración Unión Europea-Turquía"... *cit.* p. 296.

[79] García Andrade, P. "EU external competences on migration: which role for mixed agreements?", in Carrera, S, Santos Vara, J. and Strik, T. (Eds.), *Constitutionalising the External Dimensions of EU Migration Policies in Times of Crisis - Legality, Rule of Law and Fundamental Rights Reconsidered*, Edward Elgar Publishing, 2019, pp. 39-56.

[80] Opinion of the Court of 19 March 1993, Convention Nº 170 of the International Labour Organization concerning safety in the use of chemicals at work, EU:C:1993:106, par. 36; Opinion of the Court of 15 November 1994, Competence of the Community to conclude international agreements concerning services and the protection of intellectual property, EU:C:1994:384, par. 108.

[81] Bou Franch, V. (Dir.), *Introducción al Derecho de la Unión Europea*, Civitas/Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2014, pp. 292-293.

extend to the negotiation phase, the expression of consent, the delimitation of obligations between the EU and its States, and international responsibility[82]. In this case, it appears that the Member States have tried to avoid the difficulties of this procedure of concluding joint agreements by concluding an "informal declaration". However, this character does not determine the legal status of the EU-Turkey statement, March 18, 2016, since, as mentioned above, International Law does not require rigid forms[83].

In recent years, a trend can be observed for the EU and its Member States to conclude agreements that contain international commitments, but without them being formally concluded as international treaties[84]. The EU and its Member States have also shown a preference for the conclusion of this type of informal agreements on migration matters. Although the use of *soft law* instruments is not a novel technique, it should be noted that the implementation of informal arrangements and memoranda of understanding in the field of migration might have serious implications for asylum seekers and irregular migrants[85]. Likewise, the conclusion of this type of informal agreements greatly hinders their democratic control (since they are held without parliamentary participation) and their possible judicial control, either by state or supra-state courts.

[82] Leal-Arcas, R. "The European Community and Mixed Agreements", *European Foreign Affairs Review*, 2001, num. 6, 2001, pp. 483-513; García Andrade, P. "EU external competences on migration"... *cit*. pp. 45-ss.

[83] Díez de Velasco, M. "Capítulo V: Los Tratados Internacionales (I): El proceso de celebración de los Tratados Internacionales según el Derecho internacional", in Diez de Velasco, M., *Instituciones de Derecho Internacional Público... cit*. 162.

[84] González Vega, J., "¿Tratados ocultos? sobre ciertas manifestaciones de la acción concertada "no convencional" en el marco de las competencias "reservadas" a los tratados internacionales", in Torres Bernárdez, S. (Coord.), *El derecho internacional en el mundo multipolar del siglo XXI. Obra homenaje al profesor Luis Ignacio Sánchez Rodríguez*, Iprolex, Madrid, 2013, pp. 75-102; Tust, A., *Modern Treaty Law and Practice... cit*., pp. 49-55. As Andrés Sáenz de Santamaría points out, there is a preference for concluding texts, which contain international treaty obligations of a legal nature but are not presented as such a treaty nor are they dominated in this way (Andrés Sáenz de Santamaría, P. "La Unión Europea y el Derecho de los Tratados: una relación compleja" *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 68, núm. 2, 2016, pp. 51-102, p. 87).

[85] Santos Vara. J., "Soft international agreements on migration cooperation with third countries: a challenge to democratic and judicial controls in the EU", in Carrera, S, Santos Vara, J. and Strik, T. (Eds.), *Constitutionalising the External Dimensions... cit*., pp. 21-38.

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 8, janvier-décembre 2020, pp. 211-250
DOI: http://dx.doi.org/10.25267/Paix_secur_int.2020.i8.09

As an example, one can cite the Memorandum of Understanding between Italy and Libya[86], by virtue of which Italy assists Libyan maritime authorities to intercept vessels at sea[87]. However, the implementation of this agreement is leading to significant violations of the Human Rights of migrants, as people are returned to detention centers in Libya, where they are illegally detained and suffer serious abuses, including rape and torture[88]. As noted above, there is currently an open procedure at the ECHR, in which Italy's responsibility for financing and technically supporting the Libyan coastguard must be determined, in application of this Memorandum.

3. The Pronouncement of the Spanish Supreme Court

The Spanish Supreme Court had the opportunity to rule on the EU-Turkey statement, March 18, 2016 on the occasion of a complaint, against the President of the Government, presented by Izquierda Unida and Unidad Popular. In the opinion of the complainants, the participation of the Prime Minister in the conclusion of the EU-Turkey statement implies the following criminal acts: against humanity punished (art. 607 bis of the Penal Code); against persons and property protected in the event of a planned and punished armed conflict (arts 608 et seq. of the Penal Code); against moral integrity (art. 173 et seq. of the Penal Code); and that committed by a public official against constitutional guarantees (art. 542 of the Penal Code).

The Supreme Court, by means of an "Auto" of July 11, 2016, agrees that it is inadmissible, because the facts do not constituting any criminal offense[89]. As the Supreme Court Order indicates, the purpose of the criminal procedure is to determine the existence or not of criminal responsibility of the defendant for the crimes mentioned in the complaint. However, in addition to the reasoning

[86] Available in English in http://eumigrationlawblog.eu/wp-content/uploads/2017/10/MEMORANDUM_translation_finalversion.doc.pdf.

[87] Palm, A., "The Italy-Libya Memorandum of Understanding: The baseline of a policy approach aimed at closing all doors to Europe?", *EU Immigration and Asylum Law and Policy*, October 2, 2017. (Available in https://eumigrationlawblog.eu/the-italy-libya-memorandum-of-understanding-the-baseline-of-a-policy-approach-aimed-at-closing-all-doors-to-europe/).

[88] Amnesty International, Libia: la renovación del acuerdo sobre migración confirma la complicidad de Italia en la tortura de personas migrantes y refugiadas, Press release, January 30, 2020. (Available in https://www.amnesty.org/es/latest/news/2020/01/libya-renewal-of-migration-deal-confirms-italys-complicity-in-torture-of-migrants-and-refugees/).

[89] Auto of the Supreme Court of July 11, 2016, ES: TS: 2016: 6281A.

in criminal matters, the arguments of the Supreme Court on the Statement are of interest.

By the Supreme Court, using formal criteria, argues its decision on the basis that the EU-Turkey statement has been adopted following the provisions of art. 79 TFEU (common immigration policy) and art. 80 TFEU (principle of solidarity and equitable sharing of responsibility among the Member States). The Spanish Supreme Court expressly states that

> the adopted agreement, alone, can be seen as the institutional development of the principles of solidarity and equitable distribution in a massive immigration crisis caused by fear of reprisals from a warlike conflict, since the Agreement it only seeks the protection of displaced persons and the equitable and orderly distribution of migratory flows.[90]

For this reason, in the opinion of the Supreme Court, the EU, within its institutional and financial possibilities, "tries to place immigrants in a space in which, by recovering their status as persons, their persecution is ended with full respect for their integrity moral, this does not imply degrading treatment or impairment of their integrity"[91].

Based on these arguments, the Supreme Court affirms that it decides to reject the complaint for processing since the participation of the President of the Government in the EU-Turkey statement is not illegal. However, the Supreme Court refuses to carry out a more in-depth examination of the content of the Statement, in which it is analysed whether the commitments regarding the return of Syrian migrants to Turkey are compatible with the international obligations, assumed by Spain and the EU, regarding to asylum, subsidiary protection and temporary protection[92].

4. The Results of the EU-Turkey Statement: Difficulties for the Evaluation

Four after the EU-Turkey statement, it is necessary to verify its effects on migratory flows through migratory routes to the EU, especially the Eastern Mediterranean route. It is also necessary to assess the consequences on the rights of migrants affected by the Declaration, as well as the use of funds transferred to Turkey through the Facility for Refugees in Turkey. The main official instrument for monitoring the EU-Turkey statement is made up of

[90] *Ibidem,* FJ 4.

[91] *Ibidem.*

[92] González Vega, J., "El marco jurídico internacional y europeo"... *cit.* pp. 186-187.

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 8, janvier-décembre 2020, pp. 211-250
DOI: http://dx.doi.org/10.25267/Paix_secur_int.2020.i8.09

the Commission Reports to the European Parliament, the Council and the European Council on the progress made in its implementation. As mentioned above, it is surprising that, according to the jurisprudence of the General Court, being an agreement outside the EU institutional system, the main monitoring mechanism is the European Commission Reports. In addition, the work of government organizations and NGOs dedicated to field to this sector is essential in this matter. Through direct contact with migrants, they provide useful information on the effects of the migration policy of the EU and its Members States on the rights and living conditions of migrants.

Initially, the EU-Turkey statement achieved its fundamental objective, which was to stop the massive arrival of migrants to the Greek coasts. Just one week after March 20, 2016, irregular arrivals to Greece dropped from 1,740 to 47 per day. Likewise, there was a notable decrease in the number of people leaving Turkey for Greece. In the three weeks prior to the application of the EU-Turkey statement, 26,878 people arrived irregularly on the Greek islands. In the three following weeks, 5,847 irregular arrivals were registered[93]. However, many other commitments in the Declaration are far from being fulfilled. Thus, since 2016 barely 2,000 returns have been executed from Greece to Turkey, due to the refusal of the Greek courts to accept Turkey as a safe country. Regarding resettlement, only 25,000 refugees (out of a total that had been set at 72,000 places) have been relocated from Turkey to the EU[94].

However, as mentioned in the Commission Reports on the implementation of the EU-Turkey statement and subsequent events have confirmed, there was a risk of enhancing the other illegal migration routes to the EU, especially the southern and western Mediterranean route[95]. As the Commission has found, the number of arrivals via the western Mediterranean and Atlantic

[93] Communication from the Commission to the European Parliament, the European Council and the Council, *First Report on the progress made in the implementation of the EU-Turkey Statement*, COM (2016) 231 final, Brussels, April 20, 2016.

[94] Garcés Mascareñas, B., "Cuatro años del Acuerdo UE-Turquía", *CIDOB opinion*, march, 2020. (Available in https://www.cidob.org/es/publicaciones/serie_de_publicacion/opinion_cidob/migraciones/cuatro_anos_del_acuerdo_ue_turquia).

[95] Report from the Commission to the European Parliament, the European Council and the Council, *Sixth Report on the Progress made in the implementation of the EU-Turkey Statement,* COM/2017/0323 final. Strasbourg, June 13, 2017.

route started to increase since June 2017[96]. Thus, throughout 2017 and 2018, there was a notable increase in the number of arrivals at the southern Spanish border; even surpassing arrivals to Italy via the central route and to Greece via the eastern route. Throughout the first half of 2018, a total of 15,000 arrivals by sea to Spain were registered, 40% more than in the same period in 2017. At the end of 2018, almost 60,000 arrivals, overcoming the 2006 crisis[97]. This circumstance forced the reactivation of the Readmission Agreement signed with Morocco in 1992[98] and, especially, accelerated returns to Morocco[99].

The other essential element in the application of the EU-Turkey Statement is to assess what are the consequences on the rights of migrants affected by the Satement. As various NGOs have repeatedly denounced, the application of the EU-Turkey statement has caused the collapse of the Greek asylum system and that migrants live in refugee camps in overcrowded, unsanitary and insecure conditions. Furthermore, the Turkish authorities, already struggling to meet the basic needs of the people, are not guaranteeing refugees and asylum seekers the possibility of living in dignity. According to Amnesty International, Turkey has carried out returns of asylum seekers and refugees to countries where they were at risk of serious Human Rights violations, such as Syria, Iraq and Afghanistan[100].

Precisely, the funds disbursed to Turkey through the Facility for Refugees in Turkey are intended to improve the situation of migrants in Turkey.

---

[96] European Agenda on Migration... *cit.* p. 2 et seq.

[97] Comisión Española de Ayuda al Refugiado, *Externalización de Fronteras España-Marruecos*, March, 2020. (Available in https://www.cear.es/wp-content/uploads/2020/03/Externalizaci%C3%B3n-fronteras-Espa%C3%B1a-Marruecos.pdf).

[98] *Acuerdo entre el Reino de España y el Reino de Marruecos relativo a la circulación de personas, el tránsito y la readmisión de extranjeros entrados ilegalmente, firmado en Madrid el 13 de febrero de 1992*, BOE num. 100 of April 25, 1992.

[99] On August 23, 2018, the Spanish Government agreed to the expulsion of 116 migrants who had illegally entered Spain through the Ceuta border. The news can be consulted at https://elpais.com/politica/2018/08/23/actualidad/1535027599_502354.html. The lawyers who assisted the migrants have appealed against the expulsion decisions, since they consider that they were made without due guarantees. At present, this appeal is in administrative proceedings.

[100] Gogou, K., *El acuerdo UE-Turquía, un año de vergüenza para Europa*, Amnesty International, March 20, 2017. (Available in https://www.amnesty.org/es/latest/news/2017/03/the-eu-turkey-deal-europes-year-of-shame/).

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 8, janvier-décembre 2020, pp. 211-250
DOI: http://dx.doi.org/10.25267/Paix_secur_int.2020.i8.09

According to the European Commission, the Mechanism has been applied to humanitarian aid (1,400 million €) and non-humanitarian aid (1,600 million €). On the one side, humanitarian aid applies to the most vulnerable refugees and other people in difficulties, providing assistance in areas such as education and health in emergency situations. On the other side, non-humanitarian aid targets structural issues, related to the socio-economic, health and educational prospects of refugees[101].

In exercise of its powers, the EU Court of Auditors[102] has proceeded to examine whether the Mechanism effectively supported refugees in Turkey, focusing on the management of the Mechanism and the results achieved to date within its humanitarian branch. The Court of Auditors welcomes the rapid mobilization of funds from the Facility for Refugees in Turkey and notes that the needs of the refugees were correctly assessed. However, the Court of Auditors considers that the needs related to municipal infrastructure and socio-economic support have not been adequately assessed, as a result of disagreements between Turkey and the EU on how to address these areas. Furthermore, the Court of Auditors points out that the monitoring of cash assistance projects and the measurement of results presented deficiencies[103].

IV. THE INEVITABLE REVIEW OF THE EU-TURKEY COOPERATION ON MIGRATORY POLICY

As discussed above, the EU and its Member States view Turkey as the key partner in controlling the migration route from the Eastern Mediterranean. As mentioned above, the New Pact on Migration and Asylum highlights the importance of EU-Turkey cooperation and highlights the results of the EU-Turkey statement, 18 March 2016[104].

[101] Communication from the Commission to the European Parliament and the Council, Second Annual *Report on the Facility for Refugees in Turkey*, COM (2018) 91 final, Brussels, March 14, 2018.

[102] Art. 287.4 par. 2 TFEU: "The Court of Auditors may also, at any time, submit observations, particularly in the form of special reports, on specific questions and deliver opinions at the request of one of the other institutions of the Union".

[103] Special Report of the EU Court of Auditors num. 27/2018, *The Facility for Refugees in Turkey: helpful support, but improvements needed to deliver more value for Money*. (Available in https://www.eca.europa.eu/Lists/ECADocuments/SR18_27/SR_TRF_EN.pdf).

[104] Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, *On A New*

However, four years after the EU-Turkey statement, EU-Turkey relations are marked by a climate of mutual mistrust and with major open disputes between the EU and its States, and Turkey. These circumstances mean that, on a constant basis, the Turkish authorities use migration cooperation as an element of pressure in their relations with the EU. Even in July 2019, the Turkish Foreign Minister, Mevlüt Çavusoglu, announced that the application of the immigrant readmission agreement adopted between the European Union and Turkey was suspended. As mentioned above, the effective implementation of the Migrants Readmission Agreement is one of the essential commitments of the EU-Turkey statement, 18 March 2016. On the one hand, the Turkish authorities pointed out that the EU had not initiated the liberalization process of visas, as agreed in the EU-Turkey statement, 18 March 2016. On the other hand, Turkey stated that the suspension of the Readmission Agreement constitutes a response to the EU's rejection of Turkey's explorations in the territorial waters of Cyprus and Greece.

The EU Institutions have expressed their concern about the increase in the arrival of migrants through the Eastern Mediterranean route[105]. Thus, the Justice and Home Affairs Council, of March 4, 2020, pointed out that "it strongly rejects Turkey's use of migratory pressure for political purposes. This situation at EU's external borders is not acceptable. The Council expects Turkey to fully implement the provisions of the 2016 Joint Statement with regard to all Member States"[106].

Faced with this situation, on March 9, 2020, the President of the European Council, Charles Michel, and the President of the European Commission, Ursula von der Leyen, meet with President Recep Tayyip Erdoğan in Brussels. Despite major disagreements with Turkey, the EU expresses its commitment to the EU-Turkey Statement. As the President of the European Council noted, "Today's meeting with President Erdoğan is an important step in the right

---

Pact on Migration and Asylum, *loc. cit*. p. 18.

[105] Justice and Home Affairs Council, October 7-8, 2019. (Available in https://www.consilium.europa.eu/en/meetings/jha/2019/10/07-08/).

[106] *Statement on the situation at the EU's external borders*, Justice and Home Affairs Council, 4 March 2020. (Available in https://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2020/03/04/statement-on-the-situation-at-the-eus-external-borders/).

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 8, janvier-décembre 2020, pp. 211-250
DOI: http://dx.doi.org/10.25267/Paix_secur_int.2020.i8.09

direction. Both Turkey and the EU must work on the full implementation of the EU-Turkey Declaration on Migration in order to defuse tensions"[107].

Turkey's gas exploration in the waters of Cyprus and Greece continues in 2020 and is currently one of the main points of tension between the EU and Turkey[108]. This situation has forced the European Council, of 1 and 2 October 2020, to condemn "firmly the violations of the sovereign rights of the Republic of Cyprus, which must cease. The European Council calls on Turkey to refrain from taking similar actions in the future that violate international law"[109].

In short, there are significant tensions between the EU and Turkey as Turkey uses the control of migratory flows as an instrument of pressure in its relations with the EU. Despite this, the EU is committed to maintaining migration cooperation with Turkey in the terms established in the EU-Turkey. statement, March 18, 2016 and the application of the EU-Turkey Migrants Readmission Agreement. At the European Council on 1 and 2 October, the EU notes its commitment to modernizing the customs union and facilitating trade with Turkey and permanent cooperation on migration issues, in line with the EU-Turkey statement, 18 March 2016.[110]

However, this position may significantly weaken the position of the EU and its Member States in their relations with Turkey and compromises their position in defense of the principles of democracy, the rule of law and the defense of Human Rights in foreign action (Articles 21 and 22 of the Treaty on European Union). For this reason, the EU has been forced to point out that if Turkey continues with its violations of International Law and of the sovereignty of Greece and Turkey, the EU will make use of all the instruments and options at its disposal, in accordance with, among others, the Article 29 of

---

107 *Remarks by President Charles Michel after the meeting with President of Turkey Recep Tayyip Erdoğan in Brussels*, March 9, 2020. (Available in https://www.consilium.europa.eu/es/press/press-releases/2020/03/09/remarks-by-president-charles-michel-after-the-meeting-with-president-of-turkey-recep-tayyip-erdogan/).

108 Marcou, J., "Le casse-tête du grand jeu gazier et de la reconfiguration stratégique qui l'accompagne, en Méditerranée orientale", *Policy Paper, num. 571, Fondation Robert Schuman*, September 21, 2020. (Available in https://www.robert-schuman.eu/fr/doc/questions-d-europe/qe-571-fr.pdf).

109 European Council Conclusions, Special meeting, October 1-2, 2020, par. 16. (Available in https://www.consilium.europa.eu/media/45910/021020-euco-final-conclusions.pdf).

110 *Ibidem,* par. 20.

the TEU and Article 215 of the TFEU (interruption or reduction, in whole or in part, of economic and financial relations with one or more third countries), to defend their interests and those of their Member States.[111]

Therefore, Turkey's positions and its constant recourse to migration control oblige the EU and its Member States to review migration cooperation with Turkey under the conditions expressed in the EU-Turkey statement, 18 March 2016. As long as the EU continues with its policy of deterritorialization of border controls, Turkey will have an important instrument of pressure in its relations with the EU.

V. FINAL REFLECTIONS

In recent years, the European Union and its Member States have had to manage a major migration crisis, with profound repercussions on the structural aspects of the integration process. The responses of the European Union have shown the limitations of the European migration policy, with little planning of migratory flows, absence of structural responses to the migratory phenomenon and deficient management of the "external borders".

The basis of the measures adopted in recent years is to develop migration control instruments, whose main objective is to prevent and / or dissuade the arrival of migrants to the territory of the EU States. In this way, with the aim of strengthening the control of external borders, the EU and its Member States have progressively developed a policy of "deterritorialization" of border controls. Thus, the European Union and its Member States have promoted the establishment of border controls outside the territory (land, air or sea) of the EU States; either by actions of the State itself beyond its borders or by activities carried out by third States.

Turkey represents an essential state in controlling migration routes to Europe, particularly due to its geographical proximity to European Union states (especially Greece). For this reason, the Union and its Member States promote close cooperation with Turkey, which has as its essential objective the control by Turkey of migratory flows to the European Union.

Within the framework of this migration cooperation between the EU and Turkey, the EU-Turkey Statement is inserted. As has been stated throughout this paper, the aforementioned Statement deserves deep criticism, both for its form

[111] *Ibidem*, par. 21.

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 8, janvier-décembre 2020, pp. 211-250
DOI: http://dx.doi.org/10.25267/Paix_secur_int.2020.i8.09

and for its content. In the first place, the EU-Turkey statement, 18 March 2016, despite establishing commitments of an undoubted legal nature, has not been concluded as an international treaty, which has not allowed the participation of either the European Parliament or the national parliaments in its holding procedure. Second, the commitments made in the EU-Turkey statement new irregular migrants, whose asylum application has been considered unfounded or inadmissible, who go from Turkey to the Greek islands will be returned to Turkey. This commitment implies that the EU and its Member States regard Turkey as a safe third country. However, as has been stated, the current reality of Turkey prevents it from being considered a safe third country and returns to Turkey are not compliant with the Directive laying down standards for the reception of applicants for international protection, nor with the Convention European Human Rights and Fundamental Freedoms and the jurisprudence of the European Court of Human Rights (ECHR). The jurisprudence of the Court of Justice of the European Union, applying formalistic criteria, has chosen not to rule on the compatibility of the EU-Turkey statement both with the EU Law an International Law.

These elements determine that Turkey constantly resort to border control as a means of pressure in its relations with the European Union. This is evidenced by Turkey's illegal explorations in waters under the sovereignty of Cyprus and Greece, which represent a violation of the sovereignty of the European Union States. As Romano Prodi, former President of the European Commission, recently pointed out, EU policies have now allowed control of the Mediterranean Sea to be in the hands of Turkey and Russia.[112]

Based on these circumstances, the European Union and its member states have opened a period of reflection in their relations with Turkey and, therefore, also on migratory cooperation. Despite this, the EU continues to support the validity of the EU-Turkey statement, March 18, 2016. The EU must promote migratory cooperation with Turkey that respects Human Rights and addresses the structural causes of migratory flows. Specifically, the EU should make the disbursement of future financial assistance to Turkey conditional on compliance with international obligations regarding the protection of the rights of migrants.

[112] Interview with Romano Prodi, September 18, 2020. (Available in https://www.elconfidencial.com/mundo/europa/2020-09-18/entrevista-romano-prodi-coronavirus_2749408/).

BIBLIOGRAPHICAL REFERENCES

ABRISKETA URIARTE, J., "El "tercer país seguro" en el sistema europeo de asilo: ¿nomen est omen?" in Cornago, N., de Castro J.L. and Moure, L., (Eds.), *Repensar la Unión Europea: Gobernanza, Seguridad, Mercado Interior y Ciudadanía*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 209-223.

ABRISKETA URIARTE, J., "La dimensión externa del derecho de la Unión Europea en materia de refugio y asilo: un examen desde la perspectiva del non-refoulement", *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 56, 2017, pp. 119-158.

ACOSTA SÁNCHEZ M., 'La nueva Guardia Europea de Fronteras y Costas, una necesaria evolución de FRONTEX', *Boletín IEEE*, nº 4, 2016.

ANDRÉS SÁENZ DE SANTAMARÍA, P. "La Unión Europea y el Derecho de los Tratados: una relación compleja" *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 68, núm. 2, 2016, pp. 51-102.

BOU FRANCH, V. (Dir.), *Introducción al Derecho de la Unión Europea*, Civitas/Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2014.

CANNIZZARO, E., "Disintegration through Law?", Editorial, *European Papers*, 2016, nº. 1, pp. 3-6.

CARRILLO SALCEDO, J.A., "Reflexiones en torno a la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso Hirsi Jamaa y otros contra Italia (sentencia de 23 de febrero de 2012)", in Torres Bernárdez, S. (Coord.), *El Derecho Internacional en el mundo multipolar del siglo XXI, Obra homenaje al profesor Luis Ignacio Sánchez Rodríguez*, IPROLEX, Madrid, 2013, pp. 647-665.

CASTRO SÁNCHEZ, C., "ECHR - Sentencia de 23.02.2012 (Gran Sala), Hirsi Jamaa E.A. c. Italia, 27765/09 - «Artículo 3 y 13 del CEDH; artículo 4 del Protocolo n.o 4 - Tortura y tratos inhumanos y degradantes - Derecho a un recurso efectivo - Prohibición de las expulsiones colectivas de extranjeros». El CEDH como límite de las políticas migratorias europeas", *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, año 17, n. 46, 2013, 1119-1135.

CHETAIL, V., "Will the EU-Turkey migrant deal work in practice?", *Graduate Institute of International and Development Studies*, March 29, 2016.

COSTELLO, C., "Safe Country? Says Who?", *International Journal of Refugee Law,* vol. 28, núm. 4, 2016, pp. 601-622.

DE ASÍS PEÑA DÍAZ, F., "La Agenda Europea de Migración: últimos desarrollos", *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, núm. 33, 2017, pp. 1-38.

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 8, janvier-décembre 2020, pp. 211-250
DOI: http://dx.doi.org/10.25267/Paix_secur_int.2020.i8.09

DEL VALLE GÁLVEZ, A., "Refugee Crisis and Migrations at the Gates of Europe: Deterritoriality, Extraterritoriality and Externalization of Border Controls", *Paix et Sécurité Internationales*, num. 7, 2019, pp. 117-160.

DÍAZ BARRADO, C.M., "La política común de inmigración en la Unión Europea: algunas reflexiones", *Pliegos de Yuste*, núm. 17, 2016, pp. 153-163.

DÍAZ BARRADO, C.M., "La Unión Europea y el establecimiento de una política común en materia de inmigración", in Díaz Barrado, C.M. and Rodríguez Barrigón, J.M., (Dirs.), *Migraciones internacionales y co-desarrollo: el caso de Ecuador: (conclusiones y respuestas del Seminario de Expertos sobre el desarrollo y derechos de las personas: el caso de Ecuador, en Madrid y en Quito en 2011)*, Universidad Rey Juan Carlos-Comunidad de Madrid, Madrid, 2012, pp. 267-282.

DÍEZ DE VELASCO, M. "Capítulo V: Los Tratados Internacionales (I): El proceso de celebración de los Tratados Internacionales según el Derecho internacional", in Diez De Velasco, M., *Instituciones de Derecho Internacional Público*, Tecnos, Madrid, 18ª ed., 2013, pp. 158-159.

FERNÁNDEZ ARRIBAS, G., "El difícil encaje de las devoluciones de refugiados a Turquía ¿y a Libia? con el principio de *non refoulement* desarrollado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos", in Cornago, N., de Castro J.L. and MOURE, L., (Eds.), *Repensar la Unión Europea: Gobernanza, Seguridad, Mercado Interior y Ciudadanía*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 198-207.

FERNÁNDEZ LIESA, C.R., "Notas sobre el mecanismo de informes de los tratados de derechos humanos y su aplicación por España", Díaz Barrado, C.M. and Rodríguez Barrigón, J.M., (Dirs.), *Migraciones internacionales y co-desarrollo: el caso de Ecuador: (conclusiones y respuestas del Seminario de Expertos sobre el desarrollo y derechos de las personas: el caso de Ecuador, en Madrid y en Quito en 2011)*, Universidad Rey Juan Carlos-Comunidad de Madrid, Madrid, 2012, pp. 67-84.

FERRER LLORET, J., "La Unión Europea ante el conflicto sirio (2014-2016): ¿Una potencia normativa?", in Martínez Capdevila, C. and Martínez Pérez, E., (Dirs.), *Retos para la acción exterior de la Unión Europea*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 21-48.

GARCÉS MASCAREÑAS, B., "Cuatro años del Acuerdo UE-Turquía", *CIDOB opinion*, march, 2020.

GARCÍA ANDRADE, P. "EU external competences on migration: which role for mixed agreements?", in Carrera, S, Santos Vara, J. and Strik, T. (Eds.), *Constitutionalising the External Dimensions of EU Migration Policies in Times of Crisis -*

Legality, Rule of Law and Fundamental Rights Reconsidered, Edward Elgar Publishing, 2019, pp. 39-56.

GARCÍA ANDRADE, P., *La Acción Exterior de la Unión Europea en Materia Migratoria: un problema de reparto de competencias*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.

GATTI, M., "The EU-Turkey Statement: A Treaty That Violates Democracy", *European Journal of International Law-Talk*, p. 3, 18 de abril de 2016.

GONZÁLEZ VEGA, J., "¿Tratados ocultos? sobre ciertas manifestaciones de la acción concertada "no convencional" en el marco de las competencias "reservadas" a los tratados internacionales", in Torres Bernárdez, S. (Coord.), *El derecho internacional en el mundo multipolar del siglo XXI. Obra homenaje al profesor Luis Ignacio Sánchez Rodríguez*, Ed. Iprolex, Madrid, 2013, pp. 75-102.

GONZÁLEZ VEGA, J., "El marco jurídico internacional y europeo de acogida de los refugiados y la incidencia de la Declaración UE-Turquía", *Cursos de Verano de San Sebastián*, 2016, pp. 149-187.

GUTIÉRREZ ESPADA, C., "El conflicto en Siria (2011-2014) a la luz del Derecho internacional y de la (geo)política", *Revista UNISCI*, 37, 2015, pp. 99-131.

LEAL-ARCAS, R. "The European Community and Mixed Agreements", *European Foreign Affairs Review*, 2001, num. 6, 2001, pp. 483-513.

LÓPEZ-JACOISTE, E., "La Estrategia global de la Unión Europea para Siria", in Gutiérrez Espada, C., and Cervell Hortal, M.J. (Dirs.), *La Unión Europea como actor global de las relaciones internacionales*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 133-196.

MARCOU, J., "Le casse-tête du grand jeu gazier et de la reconfiguration stratégique qui l'accompagne, en Méditerranée orientale", *Policy Paper, num. 571, Fondation Robert Schuman*, September 21, 2020.

MITSILEGAS, V., "Cartografía de la externalización del control migratorio. Ideas a partir del régimen de la UE sobre tráfico ilícito de migrantes", *Revista Española de Derecho Europeo*, num. 73-74, 2020, pp. 23-64.

MORENO-LAX, V., "Hirsi Jamaa and Others v. Italy or the Strasbourg Court versus Extraterritorial Migration Control?", *Human Rights Law Review*, vol. 12, issue 3, 1 september, 2012, pp. 574-598.

PALM, A., "The Italy-Libya Memorandum of Understanding: The baseline of a policy approach aimed at closing all doors to Europe?", *EU Immigration and Asylum Law and Policy*, October 2, 2017.

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 8, janvier-décembre 2020, pp. 211-250
DOI: http://dx.doi.org/10.25267/Paix_secur_int.2020.i8.09

SANAHUJA, J.A., "La Unión Europea y la crisis de los refugiados: fallas de gobernanza, securitización y "diplomacia de chequera", in Mesa, M. (Dir.), *Retos inaplazables en el sistema internacional-Anuario CEIPAZ 2015-2016*, pp. 71-106.

SÁNCHEZ LEGIDO, A., "La dimensión externa del derecho de la Unión Europea en materia de refugio y asilo: un examen desde la perspectiva del non-refoulement. Externalización de controles migratorios versus derechos humanos", *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, núm. 37, 2019, pp. 1-24.

SANTOS VARA, J., "La declaración Unión Europea-Turquía de 18 de marzo de 2016: ¿Un tratado disfrazado?", in Martínez Capdevila, C. and Martínez Pérez, E., (Dirs.), *Retos para la acción exterior de la Unión Europea*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 289-300.

SANTOS VARA, J., "La transformación de Frontex en la Agencia Europea de la Guardia de Fronteras y Costas ¿hacia una centralización en la gestión de las fronteras?, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 59, 2018.

SANTOS VARA. J., "Soft international agreements on migration cooperation with third countries: a challenge to democratic and judicial controls in the EU", in Carrera, S, Santos Vara, J. and Strik, T. (Eds.), *Constitutionalising the External Dimensions of EU Migration Policies in Times of Crisis - Legality, Rule of Law and Fundamental Rights Reconsidered*, Edward Elgar Publishing, 2019, pp. 21-38.

SOLER GARCÍA, C., "¿La noción de «país seguro» es segura? Un análisis a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos", *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº. 66, 2020, pp. 559-600, pp. 594-599.

SOLER GARCÍA, C., "La guardia europea de fronteras y costas ¿Un avance respecto a Frontex? Una valoración provisional", *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, núm. 34, 2017, pp. 1-44.

SOLER GARCÍA, C., "La prohibición de las expulsiones colectivas de extranjeros en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: especial referencia al caso de España", *Revista General del Derecho Europeo*, núm. 45, 2018, pp. 107-160.

TAYLOR NICHOLSON, E., *Cutting Off the Flow: Extraterritorial Controls to Prevent Migration*, The Chief Justice Earl Warren Institute on Law and Social Policy, University of California, Berkeley Law School, Issue Brief, July 2011.

TRIANDAFYLLIDOU, A. y MAROUKIS, T., *Migrant Smuggling. Irregular Migration from Africa and Asia to Europe*, Ed., Palgrave Macmillan, 2012.

TUST, A., *Modern Treaty Law and Practice*, Cambridge University Press, Cambridge, 2007.

VACAS FERNÁNDEZ, F., *El Derecho Migratorio, Internacional y Europeo, como límite desde los derechos humanos a la discrecionalidad de los Estados en materia migratoria*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017.

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 8, janvier-décembre 2020, pp. 211-250
DOI: http://dx.doi.org/10.25267/Paix_secur_int.2020.i8.09

PAIX ET SÉCURITÉ INTERNATIONALES
Journal of International Law and International Relations
Num 8, janvier-décembre 2020 | ISSN 2341-0868
DOI http://dx.doi.org/10.25267/Paix_secur_int.2020.i8.09

Citation: REMI NKIJI, M. : "Le statut juridique des étrangers dans l'Union européenne: Le cas des ressortissants camerounais", *Paix et Sécurité Internationales*, num. 8, 2020, pp. 251-327.

Received: 2 November 2020.
Accepted: 13 November 2020.

LE STATUT JURIDIQUE DES ÉTRANGERS DANS L'UNION EUROPÉENNE: LE CAS DES RESSORTISSANTS CAMEROUNAIS

Michel REMI NJIKI[1]

I. INTRODUCTION – II. CONTEXTUALISATION JURIDIQUE DES ACCORDS INTERNATIONAUX DE L'UE AVEC LES PAYS TIERS ET LES ACP – III. EVOLUTION DU TRAITEMENT DES MIGRATIONS DANS LES ACCORDS ACP-UE – IV. PRINCIPE DE NON-DISCRIMINATION DANS LE DROIT DE L'UE ET DANS L'ASSOCIATION ACP : IMPLICATIONS POUR LE STATUT DU CAMEROUNAIS – V. L'ENTRÉE DES RESSORTISSANTS CAMEROUNAIS DANS L 'UNION – VI. LA RÉSIDENCE DES CAMEROUNAIS DANS L'UE – VII. LE SÉJOUR IRRÉGULIER DES CAMEROUNAIS – VIII.-CONCLUSIONS.

RÉSUMÉ : Les ressortissants des pays tiers dans l'UE sont soumis à des variétés de régimes juridiques sur la base des accords que celle-ci a pu établir avec les pays d'origine. Cependant, dans l'ensemble de ces accords qui octroient plus ou moins de droits aux étrangers, on observe que certains régimes sont plus développés que d'autres d'où il s'en suit l'intérêt ici de déterminer la question de savoir comment s'articule le statut des ressortissants des pays ACP dans le droit des étrangers dans l'UE en prenant un exemple de référence qui est celui des camerounais en tant pays qui d'accueillit la signature des premiers accords entre les Communautés Européennes en leurs temps et les pays ACP, mais aussi comme exemple prototypique d'un État ACP dont les ressortissants sont les destinataires non seulement des dispositions conventionnelles entre l'UE et leur pays d'origine, mais également en vertu d'accords bilatéraux entre ce pays et un État membre.

MOTS-CLÉS : Droit de l'immigration dans l'UE, étrangers dans l'UE, Groupe d'États d'Afrique, Caraïbes et Pacific (ACP), statut juridique des ressortissants des pays ACP, statut juridique des ressortissants camerounais.

---

[1] PhD Lecturer, Enseignant – ATER- Attaché Temporaire d'Enseignement et de Recherche (Profesor Ayudante Doctor) avec accréditation de Maître de Conférences Assistant. Membre du Centre d'Excellence Jean Monnet sur «l'immigration et droits de l'homme aux frontières extérieures européennes», Université de Cadix, Espagne.

EL ESTATUTO JURÍDICO DE LOS EXTRANJEROS EN LA UE: EL CASO DE LOS NACIONALES DE CAMERÚN

RESUMEN: Los nacionales de los países terceros en la UE están sometidos a una variedad de regímenes jurídicos en base a acuerdos que se hayan podido establecer entre la UE y sus Estados de origen. Sin embargo, en el conjunto de esos acuerdos que suelen otorgar más o menos derechos a los extranjeros se observa que ciertos regímenes son más desarrollados que otros; de ahí que surja un interés en determinar la cuestión de saber cómo se articula el estatuto de los nacionales de países ACP tomando como ejemplo de referencia los nacionales de Camerún como Estado que acogió la firma de los primeros acuerdos entre las Comunidades Europeas, en su momento, y los Estados ACP, pero también como ejemplo prototípico de un Estado ACP cuyo nacionales no sólo son destinatarios de algunas disposiciones convencionales entre la UE y sus Estados de origen, sino también en virtud de acuerdos bilaterales entre ese Estado y un Estado miembro de la UE.

PALABRAS CLAVE : Inmigración en la UE, extranjeros en la UE, grupo de Estados de África, Caribe y Pacifico (ACP), estatuto jurídico de los nacionales de Estados ACP, estatuto jurídico de los nacionales de Camerún.

THE LEGAL STATUS OF FOREIGNERS IN THE EU: THE CASE OF THE NATIONALS OF CAMEROON

ABSTRACT: Third-country nationals in the EU are subject to a variety of legal regimes based on the agreements that have been established between the EU and their country of origin. Nonetheless, in this collection of agreements granting more less rights to foreigners, we can observe that certain regimes are more developed than others; this explains the interest in answering the question on how the status of ACP nationals is articulated in the immigration law of EU, while taking as a reference the status of Cameroonian nationals as a State in which the first agreements between the European Communities at the time and the ACP countries where signed; and also as a prototypical ACP State whose nationals are the addressees of some rights based on agreement not only between the EU and their State of origin, but also between their State of origin and an individual member State.

KEYWORD: Immigration law in the EU, foreigners in the EU; African, Caribbean and Pacific Group of States (ACP); legal status of ACP nationals, legal status of the nationals of Cameroon.

I. INTRODUCTION

Le statut des étrangers dans l'Union Européenne est une question qui aujourd'hui encore suscite débat au sein des cercles d'analystes. S'il a semblé clair que la première priorité en matière de droit des étrangers dans l'UE a été la définition du statut des nationaux des états membres il n'en est pas moins demeuré que la poursuite de cet objectif a mis à découvert un autre problème sous-jacent qui est celui de la place à attribuer aux ressortissants des pays tiers. Étant donné le statut particulier qu'octroyait l'Accord d'Ankara de 1963[2] et

[2] Accord créant une association entre la Communauté économique européenne et la Turquie, *JO* L 217, de 29.12.1964, p. 3687.

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 8, janvier-décembre 2020, pp. 251-327
DOI: http://dx.doi.org/10.25267/Paix_secur_int.2020.i8.09

son protocole additionnel de 1970[3] aux ressortissants turcs, c'est-à-dire, une association progressive à la libre circulation des personnes, l'intérêt n'en a été qu'accru dans les études spécifiques au détriment de l'analyse du statut d'autres ressortissant de ces pays, notamment celui des ressortissants des pays ACP. Dans ce dernier cas, pratiquement aucune étude de profondeur n'avait essayé de percer le mystère de la définition des contours de la position juridique de ces personnes dans l'UE, quand on sait bien qu'un grand nombre d'accords entre ce groupe de pays et l'UE ont ostentoirement prévus des dispositions sur les migrations. D'où il s'en suit donc l'intérêt ici de déterminer la question de savoir comment s'articule le statut des ressortissants des pays ACP dans le droit des étrangers dans l'UE en prenant un exemple de référence qui est celui des camerounais en tant pays qui d'accueillit la signature des premiers accords entre les Communautés Européennes en leurs temps et les pays ACP, mais aussi comme exemple prototypique d'un État ACP dont les ressortissants sont les destinataires non seulement des dispositions conventionnelles entre l'UE et leur pays d'origine, mais également en vertu d'accords bilatéraux entre ce pays et un État membre. L'on s'attèlera dans cet exercice à établir si la situation du camerounais est véritablement singulière au regard du traitement qui est accordé à dautres ressortissants des pays non-membres de l'UE d'une part, et, d'autre part, à examiner la mesure dans laquelle on pourrait affirmer que le statut du camerounais au titre de ressortissant du groupe d'États ACP contribue au raffermissement ou alors à la négation même de la cohérence et viabilité du droit des étrangers dans l'UE. En d'autres termes, peut-on sans un questionnement rigoureux considérer comme certains auteurs que les ressortissants ACP constituent une catégorie marginale, et pour autant un non-objet d'étude, en cela que son statut relève de ce qu'on est convenu d'appeler les « étrangers non-privilégies »[4] ? Peut-on sous-entendre que leur importance et ascendant sur le droit de l'UE relatif aux étrangers et le droit de l'UE en général est perçu comme peu significatif, peu digne d'intérêt ?

Ces questions sont d'autant plus intéressantes au regard de l'évolution récente du droit de l'UE et en particulier du Droit des étrangers qui a subi

[3] Protocole additionnel et protocole financier, signés le 23.11.1970, annexés à l'accord créant une association entre la Communauté économique européenne et la Turquie et relatif aux mesures à prendre pour leur entrée en vigueur, *JO* L 293 de 29.12.1972 p.3.

[4] Blázquez Rodríguez I., *Los nacionales de terceros países en la Unión Europea*, Universidad de Córdoba, 2004, p159-190.

des transformations remarquables non seulement du fait des changement de paradigmes apparus depuis Les Traités d'Amsterdam et Lisbonne. Ces traités, on le sait, ont créé et renforcé las bases juridiques pour l'action de l'UE en matière de politique d'immigration. Par conséquent, ils ont permis un renforcement du dispositif normatif y relatif. L'intérêt de la question tient également, au retentissement qu'a eu la jurisprudence sans cesse dynamique de la Cour de justice quant á l'interprétation du statut des ressortissants des pays tiers.

De plus, l'on doit également préciser comme intérêt fondamental de ce travail l'exploration du statut juridique des ressortissants des pays ACP qui est soi une nouveauté. C'est également l'occasion de réfléchir un tant soit peu sur l'intérêt des régimes particuliers qui s'établissent sur le plan bilatéral entre États membres et les pays tiers. La clé pour l'exploration de ce régime des ressortissants ACP sera donc fournie par l'étude du cas des camerounais, comme cas concret. Il s'agit aussi de se saisir de ce tremplin qu'offre cette étude pour réfléchir également sur la situation plus générale des ressortissants des pays tiers dans l'UE.

Ce travail aborde d'une part la détermination de la nature juridique des accords ACP-UE, comme premier pallier de la définition du statut du camerounais dans l'UE, mais uniquement comme travailleur. D'autre part, il aborde l'évolution du traitement des migrations dans ces Accords. Ensuite, il analyse le principe de non-discrimination dans le Droit de l'UE et dans l'association ACP-UE et les implications pour le statut du camerounais. A l'occasion, le statut à l'entrée dans l'UE et au regard du séjour légal et illégal sont interrogés.

II. CONTEXTUALISATION JURIDIQUE DES ACCORDS INTERNATIONAUX DE L'UE AVEC LES PAYS TIERS ET LES ACP

Il est nécessaire ici d'apprécier la portée, la capacité de ces accords à produire des droits invocables par les individus, la volonté d'assurer des droits de libre circulation de personnes comparables à ceux des ressortissants des États membres, la portée des actes des institutions de l'Association sur le statut juridique du ressortissant de pays ACP.

La complexité du cadre juridique qui supporte la conclusion d'accords aussi complexes que sont les Accords ACP-UE est suggérée du fait de la variété des

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 8, janvier-décembre 2020, pp. 251-327
DOI: http://dx.doi.org/10.25267/Paix_secur_int.2020.i8.09

matières qu'ils contiennent dans leurs champs d'application. Non seulement ils abordent des questions économiques commerciales, techniques, financières, et de coopération au développement entre autres, mais aussi des questions telles que la détermination du statut des personnes physiques et juridiques. De plus, dans les plus récents d'entre eux ont a assisté à une mise en exergue importante et progressive d'une dimension politique qui comprend des questions tout aussi intéressantes que sensibles comme sont par exemple les droits de l'homme, la paix et la sécurité, la gestion et préventions des conflits. C'est au regard de leur nature juridique et capacité à créer des droits individuels qu'ils devraient être appréhendés, dans un premier temps.

1. Bases et nature juridiques

Les accords entre l'UE et les pays tiers sont des accords qui ressortent au droit international, et leur régime doit être fixé par les règles de droit international général. Ce constat ne doit pour autant pas faire oublier comme la Cour de justice l'a rappelé dans l'Affaire *Costa c. Enel* que les traités constitutifs de l'UE ont introduit un ordre juridique propre intégré aux systèmes juridiques des États membres[5]. C'est dans ce cadre que l'UE s'est dotée d'institutions propres avec des pouvoirs attribués issus d'une limitation de compétences souveraines pour doter de moyens juridiques lesdites institutions en vue d'atteindre les objectifs de l'organisation.

L'épisode de la controverse sur la personnalité juridique de l'UE, n'aura pas empêché que l'UE et avant elle les Communautés établissent une tradition consolidée de signature d'accords internationaux avec les autres sujets du Droit International y compris donc avec les pays tiers.

Au-delà du problème de la personnalité juridique de l'UE et donc de sa capacité à être titulaire entre autres attributs d'un *treaty-making power,* la question des limites des compétences de l'UE a fait l'objet également de débats. On sait aujourd'hui que la personnalité juridique de l'UE est avérée et même confirmée de manière formelle par le Traité de Lisbonne. A l''occasion de l'inéluctable débat sur la question de la division des compétences entre les États membres et l'UE, la Cour de justice a saisi l'opportunité offerte par l'affaire *AETR* pour

[5] Arrêt du 15.07.1964, *Costa vs. Enel*, C-6/64, ECLI:EU:C:1964:66, p. 1194.

préciser la portée des compétences extérieures de l'UE en rapport avec les compétences des États membres[6].

Si l'on s'en tient à la base juridique de l'art 217 TFUE, l'accord ACP- UE constitue un "accord d'association" qui permet à l'UE de conclure «avec un ou plusieurs pays tiers ou organisations internationales des accords créant une association caractérisée par des droits et obligations réciproques, des actions en commun et des procédures particulières ». Cependant, l'énoncé de cet article ne dit rien sur une quelconque «spécialité» des liens entre l'UE et les pays tiers qui fonderaient la conclusion de cette catégorie d'accord. De plus, en mentionnant dans la clause les «organisations internationales», cette formulation suggère également que cette notion «d'accord d'association » est une catégorie générique qui ne reflète plus forcément le caractère spécial qui manifestaient la profondeur des liens entre l'UE et les pays tiers et qui faisait de cette catégorie un instrument uniquement réservé à des situations effectivement très spéciales comme par exemple les accords de préparation de l'adhésion—pré-adhésion— de nouveaux États membres. C'est d'ailleurs dans ce sens que l'on doit interpréter le propos du Professeur Liñan Nogueras qui disait que «los acuerdos de asociación constituyen la actividad conventional más significativa que puede desarrollar la Comunidad con terceros Estados y organizaciones, siendo superadas únicamente por los acuerdos de adhesión que, por su caracter integrubernamental pertenecen a una categoría distinta»[7]. En effet le contenu de la dénomination des accords internationaux de l'UE a évolué aujourd'hui et est variée dans la pratique. Par ailleurs, la caractérisation d'un accord comme «accord de coopération» marque néanmoins toujours un

---

[6] *Voir* Arrêt du 31.03.1971, C-22/70, *AETR*, ECLI:EU:C:1971:32, p. 263. Hillion C., "*ERTA, ECHR* and openskies: laying the grounds of the EU system of External Relations; dans Poiares Maduro M., Azoulaï L.(eds), *The Past and Future of EU Law: Revisiting the Classics on the 50 Anniversary of the Rome Treaty*, Oxford, Hart Publishing, 2010, p. 224-233; Eeckhout P., "Bold constitutionalism and Beyond"; dans Poiares Maduro M., Azoulaï L.(eds.), *The Past and Future of EU Law: Revisiting the Classics on the 50Anniversary of the Rome Treaty*, Oxford, Hart Publishing, 2010, pp. 218-223; *voir* aussi Cremona M., " External Relations and external and external competences of the European Union: the emergence of an integrated policy", dans Craig P., De Burca G., *The evolution of EU Law*, Oxford University Press, Oxford, 2011, p. 219-226 –paragr. sur "the emergence of implied powers" —.

[7] Mangas Martín A., Liñan Nogueras, D.J., *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, McGraw Hill, Madrid, 1996, p. 650.

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 8, janvier-décembre 2020, pp. 251-327
DOI: http://dx.doi.org/10.25267/Paix_secur_int.2020.i8.09

certain degré de limitation de l'importance des accords comparés aux autres dénominations.

Il est aussi important de remarquer que les bases juridiques sur lesquels se fondent l'association entre les ACP et l'UE ont généralement bénéficié d'une stabilité d'un point de vue historique. L'UE s'est appuyée pratiquement sur la même base dans le passé pour conclure des accords certes d'association mais aux objectifs hétérogènes. Sous le régime du Traité de Rome cette base juridique était constituée par l'art. 238 TCEE, et à ce jour son contenu équivalent dans le Traité de Lisbonne n'a pas substantiellement changé, mis à part les détails institutionnels et procéduraux insérés à la fin dudit article et qui le différencie de l'art 217 TFUE. Il est à noter également que le Traité de Communauté Économique Européenne prévoyait une autre base juridique, en plus de l'art. 238 TCEE. Il s'agissait de l'art. 131 TCEE qui portait sur l'association avec les Pays et Territoires d'Outre-Mer, c'est-à-dire des territoires pour la plupart dépendants à l'époque de l'élaboration du Traité de Rome.

Les accords qui bénéficient de cette couverture juridique de l'art. 217 TFUE sont des d'accords forcément instrumentaux, qui ne sont pas conclus de manière isolée, car ils sont au service des priorités stratégiques quant à l'établissement de liens particuliers dans les relations extérieures de l'UE avec certaines parties du monde, avec certains pays ou régions du monde. Les accords d'association qui se projettent sur un plan régional ne perdent pas ce caractère régional du fait de l'établissement des liens bilatéraux entre l'UE et des États en particulier d'un même ensemble régional—ou sous-régional— comme c'est le cas des Accords euro-méditerranéens avec la Maroc, La Tunisie, l'Algérie et les autres pays de la Méditerranée. L'art. 217 TFUE n'établit aucune limite quant à l'appartenance territoriale des États à associer. *Grosso modo* ces accords instituent généralement des avantages économiques et des liens politiques avec des ensembles ou groupes d'États extracommunautaires, comme un levier du système de projection extérieure de l'UE.

Le défi posé cependant par ce type d'accord comme on l'a dit plus haut tient à la question des compétences entre l'UE et les États membres. C'est d'ailleurs précisément pour contourner le problème délicat de circonscription des compétences que ces accords sont répertoriés comme des accords dits «mixtes». La mixité est évoquée au regard de ce que leur contenu porte sur les compétences à la fois des États membres et celles de l'UE. Selon Heidemann

Robinson, par ailleurs, en principe tous les accords qui présentent des dispositions ou des règles sur l'activité des ressortissants des pays tiers sur le territoire de l'UE sont des accords mixtes[8].

Comme s'il fallait s'en convaincre d'avantage, le Traité établit à l'art. 216.2 TFUE que les accords conclus par l'UE lient les institutions et les États membres. Il n'est cependant pas superflu de rappeler comme certains auteurs — Castillo De La Torre— que le régime de l'opponibilité des accords internationaux de l'UE s'apprécie au regard du droit de l'UE et non directement vis-à-vis des États membres, de telle sorte que la responsabilité internationale qui peut en découler sera à la charge de l'UE[9].

Dans la jurisprudence *Haegeman* la Cour de justice a reconnu le caractère moniste de la réception des accords internationaux dans l'ordre communautaire, cette réception étant considérée automatique[10]. Il n'y pas de nécessité d'un acte de transposition pour garantir l'efficacité des instruments internationaux. De ce fait, il est suffisant que l'accord ait reçu le *placet* du Conseil qui le conclut sur la base de l'art. 218 TFUE. Une fois cette exigence procédurale remplie, l'accord déploie dans l'ordre communautaire tous les effets juridiques y attachés. Bien sûr, Eeckhout averti que les effets de l'accord dépendent de la nature et des dispositions de celui-ci[11]. Cet auteur s'attèle aussi à distinguer d'une part la transposition et l'exécution d'autres parts. Selon lui le fait qui n'y ait pas d'exigence de transposition d'actes internationaux ne doit donner lieu à considérer qu'il n'y a pas non plus de phase d'exécution de ce type d'actes. Si l'application correcte de l'acte ajoute-il, exige des mesures de mise en œuvre, ces mesures dépendent dans ce cas aussi de la nature et des dispositions de l'accord. De plus, il souligne que dans l'affaire *Kupferberg,* la Cour de justice a précisé que ces dispositions d'exécution devraient être adoptées par les

[8] Heidemann-Robinson M., "An overview of the recent legal developments at Community level in relation to third country nationals resident within the European Union, with particular reference to the case law of the European Court of Justice", *Common Market Law Review*, nº 38, Vol. 3, pp. 525-586.

[9] Castillo de la Torre F., *El control Judicial de los acuerdos internacionales de la Comunidad Europea*, Dykinson, 2001, dans Fernández Sánchez, P. A. "El marco jurídico de las relaciones exteriores de la UE, en materia de inmigración", *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 27, 2007, p. 469.

[10] Arrêt du 30.04.1974, C-181/73, *Haegeman,* ECLI:EU:C:1974:41, p. 237.

[11] Eeckhout P., EU External Relations Law, Oxford, 2011, —Chapter 8, on The effect of international law—, Oxford Scholarship en line: Septembre 2011.

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 8, janvier-décembre 2020, pp. 251-327
DOI: http://dx.doi.org/10.25267/Paix_secur_int.2020.i8.09

institutions et les États membres, en tenant que compte de l'État de l'évolution du droit communautaire du moment, dans les matières affectées par les dispositions de l'accord[12]. Que dire de la capacité de ces accords ACP-UE à créer des droits individuels ?

2. La capacité de créer des droits individuels

Le fait que les accords d'association sont capables d'établir des droits et obligations réciproques comme expliqué plus tôt est une caractéristique assez intéressante par rapport au statut des ressortissants des pays tiers dans l'UE. Cette spécifié implique que ces accords sont également à même de porter dans leur sein des dispositions sur les droits des particuliers. Ils constituent sans aucun doute une source de droits pour les ressortissants des pays tiers dans l'ordre communautaire. Cette particularité est très bien compréhensible et logique si l'on tient compte du fait que ces accords permettent au pays tiers une participation au moins partielle au régime communautaire. C'est ce qui a fait dire à Torrent que les accords d'association ouvrent, sur une base horizontale, les dispositions du traité et du droit dérivé, c'est-à-dire, en permettant donc cette participation extérieure au droit de l'UE[13].

La capacité de ses accords à créer des droits et obligations en faveur des individus semble être consubstantielle à ces accords. Cependant, l'existence de droits reconnus dans les accords avec les pays tiers ne préjuge pas de leur capacité à être directement applicables. Les antécédents de la problématique de l'effet direct des traités remontent à l'Avis Consultatif de la Cour de Justice Permanente Internationale dans l'affaire des réclamations pécuniaires de *Dantzig*. Dans cette affaire, la Cour Permanente a souligné que s'il est admis en droit international que les accords internationaux ne créent en principe pas directement des droits et obligations au regard des personnes privées, on ne peut néanmoins remettre en question le fait que «l'objet même d'un accord international, dans l'intention des parties contractantes, puisse être l'adoption

[12] Arrêt du 26.10.1982, C-104/81, *Kupferberg*, ECLI:EU:C:1982:362, par. 10.

[13] TORRENT, R., *Derecho y Practica de las relaciones Exteriores en la UE*, Cedecs de Estudios Constitucionales y Políticos, Barcelona, 1998, p. 74, dans ILLAMOLA DAUSA, M.; *El estatuto Jurídico de los trabajadores nacionales de terceros Estados: Especial referencia al Acuerdo de Asociación con Turquía*, Tesis doctoral, Universidad de Girona, Girona, 2001, p. 327.

par les parties, de règles déterminées, créant des droits et obligations pour le individus et susceptibles d'être appliqué par les tribunaux nationaux»[14].

C'est probablement en ayant dans l'esprit cette trouvaille de la Cour de Justice Permanente Internationale que la Cour de justice des Communautés a reconnu pour la première fois dans les années soixante, dans l'affaire *Van Gend Loos,* le principe de l'effet direct des actes juridique communautaires, notamment des dispositions des traités constitutifs[15]. Son argumentation était assez simple et surtout assez similaire en termes de style et de méthode avec celle utilisée dans l'affaire *Costa c. Enel* précitée. Celle-ci rappelait en substance que le droit communautaire «crée des charges dans le chef des particuliers, est aussi destiné à engendrer des droits qui entrent dans leur patrimoine juridique» et que par conséquent ceux-ci peuvent être directement invoqués par ces derniers devant les juridictions nationales[16].

L'effet direct des actes juridiques conventionnels conclus par l'UE a été également reconnu dans plusieurs affaires débattues devant la Cour de justice de l'UE, en l'occurrence l'affaire *Demirel* et *Sevince*[17]. Dans la première affaire, la Cour a reconnu l'effet direct des clauses qui fixent le droit d'accès non limité au marché de l'emploi des ressortissants turcs au bout d'un certain nombre d'années d'emploi légal dans un État membre, et la portée de la clause de *standstill* introduite par l'art. 41 de l'Accord d'Ankara. La Cour n'a pas hésité à considérer qu'ils sont capables de produire un effet direct si l'on tient compte de leur formulation, objet et nature, en particulier lorsque les dispositions qui confèrent des droits aux particuliers sont rédigées en des termes clairs et précis et ne requièrent pour leur exécution ou alors pour produire des effets d'aucune mesure postérieure. Dans la seconde affaire, la cour est allée jusqu'à reconnaître l'effet direct des décisions du Conseil d'Association de l'Accord Turquie-UE, auxquels s'appliquent les mêmes conditions que l'accord d'association.

Dans tous les cas, la question de l'invocabilité directe des accords internationaux de l'UE n'a jamais été sans controverse. A cet égard on peut rappeler les objections des États membres, en particulier l'Allemagne au

[14] CPJI, Avis du 03 de marzo de 1928, Serie B, no 15, p. 17-18.

[15] Arrêt du 5.2.1963, C-26/62, *Van Gend en Loos,* ECLI:EU:C:1963:1, p. 5-8.

[16] Arrêt du 15.07.1964, *Costa vs. Enel*, C-6/64, ECLI:EU:C:1964:66, p. 1194.

[17] Arrêt du 30.09.1987, C-12/86, *Meryem Demirel*, ECLI:EU:C:1987:400, p. 3747 et l'Arrêt du 20.09.1990, C-192/89, *S.Z. Sevince*, ECLI:EU:C:1990:322, p. I-3461.

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 8, janvier-décembre 2020, pp. 251-327
DOI: http://dx.doi.org/10.25267/Paix_secur_int.2020.i8.09

sujet de l'affaire *Kus*[18]. Cet État membre n'était pas du tout favorable à ce que l'on reconnaisse un quelconque effet direct aux actes des institutions de l'association comme ce fut le cas au sujet de la Décision 1/80[19].

En ce qui concerne le cas particulier des Accords ACP-UE, tous ces éléments évoqués peuvent leur être transposables, car au-delà des relations traditionnelles de coopération telles que dans le domaine de l'économie, le commerce, et l'aide au développement, ceux-ci dédient quelques paragraphes à préciser la statut de certaines personnes dont la protection apparaît essentielle, notamment dans l'art. 13 de la Convention actuelle de Cotonou qui établit une clause de non-discrimination envers les travailleurs[20]. Cette clause de non-discrimination cohabite avec une autre de réadmission des personnes qui séjournent de manière irrégulière sur le territoire des États membres. Historiquement ces accords ACP-UE ont en fait introduit des clauses de non-discrimination de diverses natures dont la portée sera examinée plus loin. Ils n'ont cependant pas été exemptés du questionnement sur leur capacité en général à produire des droits et obligations exigibles directement devant les tribunaux des États membres. A cet égard deux arrêts importants attirent notre attention à savoir : l'affaire *Bresciani* et l'affaire *Chiquita*[21].

Dans l'Affaire *Bresciani* la Cour de justice a eu l'occasion de se prononcer sur l'interprétation de l'art. 13 TCEE et le paragraphe 1 de l'article 2 de la Convention de Yaoundé I du 20 juillet 1963[22]. Cette interprétation visait à déterminer si l'imposition d'une charge pécuniaire sur les peaux de bovins importées en Italie en provenance des pays ACP, constituait une taxe d'effet

[18] STJCE, de 16.12.1992, C-237/91, *Kazim kus*, ECLI:EU:C:1992:527, p. I-6807.

[19] *Voir* Décision nº 1/80 du Conseil d'Association du 19.09.1980 relative au développement de l'association entre la Communauté économique européenne et la Turquie, Conseil des Communautés Européennes, OPOCE, Bruxelles, 1992, p. 327, et aussi MENDES M., *The legal effects of EU Agreements: Maximalist treaty enforcement and judicial avoidance techniques*, Oxford, 2013, p. 121 y ss.

[20] Accord de Cotonou, version consolidée, Commission européenne, Direction générale du développement et de la coopération : Accord de Cotonou, signé à Cotonou le 23.06.2000, révisé à Luxembourg le 25.06.2005, révisé à Ouagadougou le 22.06.2010, Office des Publications de l'Union Européenne, Luxembourg, 2014.

[21] Arrêt du 05.02.1976, C-87/75, *Bresciani,* ECLI:EU:C:1976:18, p. 129, par. 16-23; et Arrêt du 12.12.1995, C-469/93, *Chiquita,* ECLI:EU:C:1995:435., p. I-4558.

[22] Convention d'association entre la Communauté économique européenne et les États africains et malgache associés à cette Communauté, *DO* L 93 de 11.6.1964, p. 1431/64.

équivalent prohibée aussi bien par le Traité CEE que par la Convention de Yaoundé. En effet ces peaux de l'entreprise *Bresciani* furent soumises à un prélèvement pécuniaire en guise de droit d'inspection sanitaire prévu par la législation nationale. Par ailleurs, dans le même ordre d'idée, la Cour devait déterminer si au regard de l'esprit, du système et de la teneur littéraire de l'accord de Yaoundé on pouvait déduire que la disposition disputée pouvait être directement applicable.

La Cour a conclu que l'obligation de supprimer les charges d'effets équivalent imposée par l'Accord de Yaoundé était suffisamment claire, précise et sans réserve explicite ni implicite et conférait dès lors un droit aux justiciables à l'invoquer directement. De plus, la Cour a considéré que l'argument de la réciprocité sur lequel nous nous pencheront plus en détail ne pouvait conditionner la reconnaissance dudit effet, puisque le déséquilibre entre les d'obligations entre les parties assumé par la Communauté répond à la logique propre de l'accord et son caractère spécial[23].

En ce qui concerne l'affaire *Chiquita*, la Cour de justice, au sujet de la Convention de Lomé IV a confirmé que les dispositions de cet accord et donc des conventions de Lomé en général étaient susceptibles de déployer dans l'ordre Communautaire un effet direct[24]. Dans ce cas précis l'affaire portait sur un impôt de consommation institué par l'Italie qui frappait certains fruits importés, notamment les bananes produites par les États ACP.

Il ressort donc de cette l'analyse de la jurisprudence de la Cour qu'il n'y a aucun obstacle de principe qui rendrait ces accords inaptes à produire un effet direct. La «nature» et «l'objet de l'accord» qui semblent être des éléments pertinents pour l'appréciation de la capacité d'un accord international à produire un effet direct a fait l'objet d'une très intéressante réflexion systématique de Holdgaard, à la lumière de la jurisprudence de la Cour de justice[25]. De manière très pertinente, celui-ci met en avant trois critères pour apprécier la nature et l'objet des accords et donc leur capacité à générer des droits et obligations immédiatement exécutables. Ces critères sont en effet la réciprocité des droits

[23] *Voir* Arrêt *Bresciani*, par. 17.

[24] Dispositif de l'Arrêt *Chiquita.*

[25] Holdgaard R., *External Relations Law of the European Community*, Wolters Kluwer, 2007, p. 300-303.

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 8, janvier-décembre 2020, pp. 251-327
DOI: http://dx.doi.org/10.25267/Paix_secur_int.2020.i8.09

et obligations, le caractère spécial des relations avec la Communauté, et le critère de flexibilité des obligations légales[26].

En ce qui concerne la réciprocité, il considére que les accords qui se fondent sur ce principe sont moins susceptible d'être invoqués directement. Cette observation se base sur le fait que la jurisprudence de la Cour de justice permet de distinguer entre une «*réciprocité substantielle*» et une «*réciprocité formelle*»[27]. Selon lui la réciprocité substantielle empêche généralement que l'accord puisse produire des effets directs, mais cependant tout dépendra dans ce cas précis de la question de savoir si les pays tiers ont entendu reconnaître un effet direct ou non aux dispositions de l'accord.

Pour ce qui est des «relations spéciales», l'auteur observe que les accords qui établissent ce type de relations sont plus propices en général à une possibilité d'invocation directe. Le problème lié à ce critère est que la Cour n'a pas défini ce qu'elle entend par «relations spéciales». Cependant Holdgaard considère qu'il s'agit d'un critère qui doit être entendu de manière négative, c'est-à-dire comme le contraire de la notion de réciprocité. Selon lui il ne peut avoir de «relations spéciales» dans un accord qui établit une réciprocité substantielle. Cela dit, les critères d'identification des «relations spéciales» son précisément l'existence d'une forme d'asymétrie ou d'inégalité entre les obligations substantielles d'une part, ou alors l'association du partenaire extracommunautaire à un domaine fondamental du système communautaire, d'autre part. Ces relations peuvent être expressément reconnues par les Traités eux-mêmes ou alors par les objectifs propres de l'accord entre l'UE et les pays tiers. De ce point de vu, on peut dire que les séries d'Accords de Yaoundé, Lomé et plus récemment de Cotonou illustrent et s'insèrent bien dans cette analyse de Holdgaard.

De façon plus pertinente encore, cette notion de «relations spéciales» est également applicable aux accords de l'UE avec les pays tiers qui préparent une adhésion future comme nouveaux États membres ou alors avec des accords qui s'établissent en raison des liens historiques spéciaux ou alors de la responsabilité spéciale de certains États membres au regard de certains territoires. Il peut aussi s'agir des relations qui bien qu'étant spéciales sont

[26] *Ibidem*.

[27] *Ibidem*.

pourtant moins étroites et moins préférentielles et portent sur les rapports de coopération, de développement économique et du commerce.

En ce qui concerne le dernier des critères, sur la flexibilité dans les obligations légales, Holdgaard considère également que plus l'accord est flexible dans sa totalité, moins il pourra être invoqué directement, car cette capacité à s'appliquer directement diminue de manière proportionnelle. Inversement, les accords internationaux qui contiennent des obligations claires et précises ont une meilleure probabilité de générer un effet direct[28].

Le poids que représente la flexibilité au regard du respect des droits et obligations crées par un accord est très important. Cette flexibilité peut s'apprécier au regard donc de la précision des clauses de sauvegarde, des dérogations, des exemptions, du degré de sanctions en cas de violations des obligations, des mécanismes de solution des controverses et les possibilités de rétorsion.

En somme, il reste vrai que l'on ne saurait ignorer le fait que les accords internationaux sont susceptibles de transformation tout le long de leur vie. Ils peuvent passer d'une flexibilité originelle à une précision majeure à la faveur du travail de clarification et interprétation qui se réalisent dans les mécanismes de résolution des conflits au sujet de leurs dispositions. Reste à savoir à présent si les Accords ACP-UE ont entendu créer un droit général à la libre circulation de personnes au profit des ressortissants des États parties.

3. La volonté de créer un Droit à la libre circulation de personnes

La notion de libre circulation de personne revêt une pluralité de dimensions dans le droit de l'UE. Ce caractère polyédrique est le fruit d'une construction partie par partie de son contenu à tel point qu'aujourd'hui l'on peut dire que sa signification n'est plus la même que celle des origines des Communautés Européennes. Parmi ses facettes les plus importantes, en ce qui concerne particulièrement les personnes physiques, on peut distinguer le travailleur salarié ou indépendant d'une part et le citoyen de l'autre. C'est d'abord vers les travailleurs, au regard la fonction économique importante qu'ils étaient appelés à réaliser dans le marché intérieur, que les Traités se sont tournés pour établir les garanties nécessaires pour la réalisation d'activités en dehors du territoire de l'État membre dont ils sont ressortissants. L'intention était que ces mouvements se fassent dans les conditions d'égalité en comparaison avec

[28] *Ibidem*.

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 8, janvier-décembre 2020, pp. 251-327
DOI: http://dx.doi.org/10.25267/Paix_secur_int.2020.i8.09

les nationaux des États membres d'accueil. Ensuite, les Traités ont institué une nouvelle catégorie, le citoyen[29]. Celui-ci, à la faveur de l'interprétation hardie de la Cour de justice s'est progressivement libéré des atavismes économiques attachés au mouvement des personnes dans l'UE au point de devenir le statut fondamental des ressortissants des États membres dans l'UE[30]. Cette notion de statut fondamentale est d'autant plus significative qu'elle a fait du statut du citoyen la référence pour la mesure de toute concession de droits et obligations faites aux ressortissants de pays tiers dans l'UE.

L'incorporation du statut du citoyen dans les traités constitutifs n'a cependant pas conduit à un renoncement complet à la dimension économique du traitement attribué aux personnes. Les différentes révisions de ces Traités n'ont pas écorné la volonté du législateur de l'UE de continuer à faire une nette distinction entre le travailleur —art. 45 TFUE— et le citoyen—art. 20 TFUE—. Cette dimension économique demeure d'ailleurs très présente dans les accords internationaux conclue entre l'UE et les pays tiers, en ce qui concerne le statut de leurs ressortissants impliqués dans une activité économique sur le territoire d'un État membre.

On sait aussi que le statut des ressortissants des États tiers excepté celui des bénéficiaires «naturels» du droit de l'UE, en particulier, le citoyen de l'UE et les membres de sa famille, et d'autres ressortissants de pays tiers avantageusement traités, varie substantiellement en fonction de l'étendu des droits accordés par les accords internationaux de l'UE avec les pays dont ils sont ressortissants. Néanmoins on observe aujourd'hui que de plus en plus de ressortissants des pays tiers tirent des droits non plus seulement des accords internationaux mais aussi du droit dérivé qui progressivement leur reconnaît certaines prérogatives, en les associant avec plus ou moins d'intensité au bénéfice des droits liés à libre circulations des personnes[31].

La libre circulation des personnes a été d'abord interprétée comme un droit exclusif des ressortissants des États membres ou alors des citoyens de l'UE. Il existait à l'époque un intense débat doctrinal au sujet de la portée

[29] Arts 2, 3, 7, 9-12 TUE y 18-25 TFUE ; arts. 36-46 Charte des droits fondamentaux de l'UE–CDFUE–.

[30] Arrêt du 20.09.2001, *Grzelzyk*, ECLI:EU:C:2001:458, par. 31.

[31] DEL VALLE GÁLVEZ A; "La refundación de la libre circulación de personas, tercer pilar y Schengen: El espacio de libertad seguridad y justicia", *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, Vol. 5, 1999, pp. 60-62.

de l'art. 45 TFUE (Ex 48 TCE), pour élucider la question de savoir si cet article incluait ou alors excluait totalement de son champ d'application les ressortissants des États tiers[32]. La contribution du droit dérivé, notamment le Règlement 1612/68[33] tendait plutôt à nier ferment une possibilité d'inclusion de ces derniers. Cette posture était par ailleurs corroborée par la jurisprudence de la Cour de justice. Dans l'affaire *Meade*[34], celle-ci avait adopté une position favorable à l'exclusion des ressortissants des pays tiers du bénéfice des droits liés à la libre circulation des personnes, même si plusieurs auteurs ont tenté de relativiser la portée de cette interprétation[35].

En matière de sécurité sociale, l'inclusion des réfugiés et des apatrides dans le champ d'application personnel du Règlement 1407/71[36], avait amené certains auteurs comme Guild à envisager que l'UE jouissait potentiellement de la compétence pour pouvoir régir la situation des ressortissants des pays tiers en la matière. En effet, l'extension formelle de l'application du régime de coordination en matière de sécurité sociale pour les ressortissants des pays tiers s'est faite au moyen d'une triple intervention législative. D'abord, le Règlement 883/2004[37] a étendu la coordination des systèmes de sécurité social aux ressortissants de l'Espace Économique Européen et la Suisse; ensuite le Règlement 1231/2010 à son tour a étendu les bénéfices des Règlements 883/2004 y 987/2009 aux autres ressortissants de pays tiers non couverts auparavant, dans le cas évidemment des situations qui ne se limitent pas uniquement au cadre d'un seul État.

Enfin, dans l'affaire *Van der Elst* et *Rush*[38], la Cour a admis cependant la possibilité que les ressortissants des États tiers puissent être bénéficiaires à un

---

[32] *Voir* le débat y relatif dans Remi Njiki M., *El estatuto jurídico de los nacionales de África, Caribe y Pacifico (ACP)en la Unión Europea,* Reus, Madrid, 2019, p. 39-48.

[33] Règlement CEE nº 1612/68 du 15.10.1968, relatif à la libre circulation des travailleurs à l'intérieur de la Communauté, *JO* L 257, de 19.10.1968, p. 77.

[34] *Voir* Par. 7, Arrêt du 05.07.1984, C-238/83, *Meade*, ECLI:EU:C:1984:250, p. 2631.

[35] Remi Njiki M., *El estatuto*…, *op. cit*., pp. 60-62.

[36] Règlement (CEE) n° 1408/71 1u 14.06.1971, relatif à l'application des régimes de sécurité sociale aux travailleurs salariés et à leur famille qui se déplacent à l'intérieur de la Communauté, *JO* L 149 de 05.07.1971, p. 2.

[37] *JO* L 166, 30.4.2004, p. 1

[38] Arrêt du 09.08.1994, C-43/93, *Van der Elst,* ECLI:EU:C:1994:310, p. 3803, par. 17-25; Arrêt du 23.03.1997, C-113/89, *Rush Portuguesa c. Office national d'immigration,* ECLI:EU:C:1990:142, p. 1417.

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 8, janvier-décembre 2020, pp. 251-327
DOI: http://dx.doi.org/10.25267/Paix_secur_int.2020.i8.09

certain degré des droits associés à la libre circulation de personnes, spécialement le droit d'entrer et de résider des travailleurs d'une entreprise qui se déplacent sur le territoire d'un autre État membre pour un durée limitée afin de fournir un service déterminé. Bien entendu, dans cette affaire il est resté au demeurant clair qu'il ne s'agissait pas d'une liberté de prestation de service qui appartenait à titre individuel au personnel de l'entreprise, mais plus tôt d'un droit qui se rattache à l'entreprise en question et non aux employés ressortissants de pays tiers qui n'en sont que les bénéficiaires subsidiaires.

De toute évidence le débat est loin d'être terminé. Il reste néanmoins que les accords de Schengen ont permis la reconnaissance progressive d'un droit limité de mouvement pour les ressortissants des pays tiers. Par ailleurs, si l'on tient que compte des avancées réalisées sur le plan du droit dérivé, de la jurisprudence de la Cour de justice et de la pénétration des principes de justice, d'équité et de sauvegarde des droits fondamentaux vis-à-vis des ressortissants des pays tiers, on peut affirmer que la donne est en train de changer profondément au regard de leur statut. On avance à notre sens vers une ampliation à pas décisifs des droits liés à la libre circulation en faveur de ces étrangers qui ne sont pas autant pleinement associés à la libre circulation de personnes que le sont déjà les ressortissants de l'Espace Économique Européen et la Suisse.

En ce qui concerne les ressortissants des pays ACP en particulier, et donc les camerounais, il ressort de la lecture et de l'interprétation de l'art. 13 de l'Accord de Cotonou, qu'un droit général à la libre circulation de personnes n'est pas prévu. Cela veut dire qu'il n'apparaît aucune d'intention de reconnaître un droit de participation à la libre circulation des travailleurs qui implique par exemple la jouissance dans les termes identiques à ceux des ressortissants des États membres, des droits établis par l'art. 45 TFUE. En revanche, l'on sait que l'assimilation est complète avec les ressortissants de l'Espace Économique Européen et la Suisse. Ces avantages, on le voit bien, sont réservés à certains catégories de ressortissants de pays tiers triés sur le volet.

Il existe clairement des domaines spécifiques dans lequel l'art. 13.3 oblige à assimiler le statut des ressortissants des États ACP avec celui des ressortissants des États membres. Cela concerne uniquement les conditions d'emploi, rémunération et licenciement. Il en résulte donc que cette assimilation doit s'entendre comme partielle et confinée aux aspects évoqués.

La non-discrimination dans les conditions de travail par exemple ne devrait pas être interprétée comme un droit d'accès général à une activité salariée sur le territoire d'un autre État membre tel qu'établi par l'article premier de la Directive 492/2011 sur la libre circulation des travailleurs à l'intérieur de l'Union. Les ressortissants des États ACP ne sont pas titulaires d'un droit d'accepter une offre de travail dans un autre État membre, ni bénéficiaires du droit corrélatif au déplacement libre pour accepter ladite offre, et non plus du droit de demeurer sur le territoire de l'État membre concerné a la fin de la relation contractuelle. Même lorsque le droit de travailler dans un autre État membre leur est reconnu par certaines directives sur les ressortissants des pays tiers, ce droit reste encore extrêmement conditionné.

Le séjour des ressortissants des pays ACP dans l'UE se caractérise également par une absence d'un droit de résidence général. La possibilité de continuer à séjourner sur sur le territoire d'un État membre, dépend de la continuité de la relation légale d'emploi sur ledit territoire. À ce sujet d'ailleurs Peers, considère que le droit à l'égalité de traitement des ressortissants ACP en matière de conditions de travail doit être distingué du droit au maintien de la résidence pour cause d'emploi. Selon lui une l'interprétation analogique de leur situation avec les ressortissants des États tiers parties aux Accords euro-méditerranéens, à la lumière de la jurisprudence de la Cour de justice, suggère une prohibition aux États membres de mettre un terme à leur résidence pendant que la relation d'emploi subsiste sur le territoire dudit État membre[39]. Néanmoins, ce droit de résidence peut être remis en question pour des motifs d'ordre public, de sécurité publique, et de santé publique. Tout aussi pertinente nous paraît la question de savoir si les dispositions ou actes adoptés par les institutions de l'Accord ACP-UE ont un impact sur la condition juridique des ressortissants ACP.

4. Les dispositions institutionnelles et la portée des actes des organes de l'Association

Pour réaliser les objectifs de l'Association les parties se sont dotées d'institutions conjointes qui en termes quantitatifs sont moins nombreuses que celles de l'UE. L'Accord de Cotonou, distingue trois institutions majeures dont, le Conseil des Ministres, le Comité des Ambassadeurs, et l'Assemblée

[39] Peers S., *EU Justice and Home Affairs Law,* Oxford University Press, 2011, pp. 426-427.

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 8, janvier-décembre 2020, pp. 251-327
DOI: http://dx.doi.org/10.25267/Paix_secur_int.2020.i8.09

Parlementaire Paritaire[40]. La Réunion des chefs d'États ou des gouvernements est aussi mentionnée, mais pas comme une institution commune proprement dite.

Le rôle général des institutions communes selon l'art. 14.2 de l'Accord de Cotonou est de «veiller à la coordination, la cohérence et la complémentarité, ainsi qu'un flux efficace et réciproque d'informations». Il s'agit là d'une tâche bien trop imprécise au regard de la complexité et diversité des domaines d'interventions de l'Accord.

Au sommet de l'échelle se trouve le Conseil des Ministres dont les attributions montrent qu'il s'agit d'une institution véritablement prépondérante. C'est lui qui a vocation à prendre des décisions contraignantes pour les parties. Il est composé d'une part par les membres du Conseil de l'Union Européenne et des membres de la Commission Européenne, et d'autres parts d'un membre du gouvernement de chaque État ACP.

Selon l'art. 15 de l'Accord, la présidence du Conseil de Ministres est exercée tour à tour par un membre du Conseil de l'UE et d'un membre du gouvernement d'un État ACP. Ses réunions annuelles donnent lieu à des consultations sur des sujets d'intérêt spécifique en appui aux travaux effectués par d'autres organes subsidiaires comme le Comité ministériel, le Comité commercial mixte, et le Comité ACP-CE de coopération pour le financement du développement. Le Secrétariat du Groupe ACP joue aussi un rôle intéressant dans le dispositif institutionnel, mais pas comme institution conjointe[41].

Les fonctions du Conseil de Ministres sont celles d'animer le dialogue politique, adopter les orientations politiques, prendre des décisions pour l'exécution de l'accord, et dénouer les difficultés liées à son fonctionnement y compris en ce qui concerne le fonctionnement des mécanismes de consultation.

Comme on l'a dit plus haut, les décisions du Conseil de Ministres sont obligatoires pour les parties, mais celui-ci peut également choisir de manifester sa volonté à travers des instruments non contraignants comme les Résolutions, Recommandations, et Avis[42]. Le Conseil de Ministres se prononce de «commun accord des parties». Les deux autres institutions du trio se chargent d'autres

[40] Art. 14 de l´Accord de Cotonou.

[41] Art. 4 de l'Accord de Georgetown amendé par Décision nº 1/LXXVIII/03 du Conseil des Ministres lors de sa 78 ème Session tenue à Bruxelles, les 27 et 28 Novembre 2003, Document ACP/27/005/00 Rév.16, Bruxelles, le 28.11.2000.

[42] *Ibidem*.

fonctions moins décisives en comparaison avec le Conseil de Ministres. En effet, le Comité des ambassadeurs assiste le Conseil, et l'Assemblée Parlementaire Paritaire tient un rôle consultatif en ce qui concerne les matières liées aux processus démocratiques, le dialogue et concertation, les questions de développement et celles qui touchent au partenariat ACP-UE et aux améliorations institutionnelles[43].

Sur les questions d'immigration, le rôle du Conseil de Ministres dans l'Accord de Cotonou semble être confiné à l'examen des questions liées à «l'immigration illégale en vue, le cas échéant, de définir les moyens d'une politique de prévention»—art. 13.5 a)—, dans le cadre du dialogue politique. Cela explique le fait qu'à ce jour nous ayons trouvé aucune trace d'une quelconque décision proprement dite du Conseil de Ministres sur l"immigration et le statut des migrants similaire au modèle de la Décision 1/80 et 3/80 de l'Association Turquie-UE, même si, notons-le, des réunions de consultations sur l'immigration se tiennent régulièrement.

Il n'est pas de doutes que si les fonctions du Conseil de Ministres étaient perçues de la même manière que celles du Conseil d'Association des Accords d'Ankara, la Cour de justice ne se serait privée le cas échéant d"interpréter les décisions qui eussent pu être adoptées sur le statut des migrants puisque celle-ci a affirmé dans l'affaire *Sevince*[44] sa compétence à cet égard. Selon la Cour d'ailleurs, il s'agit de décisions directement connectées à l'accord principal auquel elles donnent effets, et, de la même manière que l'Accord lui-même, font partie intégrale à leur entrée en vigueur du droit Communautaire. Dans l'affaire *Teflan-Met*[45], la Cour ne s'est pas dédite, elle a au contraire martelé que «les décisions du conseil d' association sont des actes arrêtés par un organe prévu par l'accord et pour l'adoption desquels cet organe a été habilité par les parties contractantes».

Puisqu'il est attribué au Conseil de Ministres un rôle d'exécution de l'accord qui, comme on le sait est très actif et prend très au sérieux ce rôle en ce qui concerne les matières commerciales, il ne pourrait donc pas avoir de difficultés substantielles à reconnaître à celui-ci la possibilité d'adopter des décisions s'il en était question en ce qui concerne la mise en œuvre des dispositions de

[43] *Ibidem.*

[44] Arrêt de 20.09.1990, C-192/89, *S.Z. Sevince*, ECLI:EU:C:1990:322, p. I-3461.

[45] Arrêt du 10.09.1996, C-277/94, *Taflan-Met*, ECLI:EU:C:1996:315, p. I- 4085.

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 8, janvier-décembre 2020, pp. 251-327
DOI: http://dx.doi.org/10.25267/Paix_secur_int.2020.i8.09

l'art. 13 sur la non-discrimination aux travailleurs, et en matière de réadmission des ressortissants ACP. Il faut dire aussi que les Déclarations Annexes sur les travailleurs et étudiants des Conventions antérieures à l'accord de Cotonou reconnaissaient déjà un droit de saisine par la Communauté ou le groupe d'États ACP «en cas de besoin» du Conseil de Ministres sur des questions y afférentes[46]. Dès lors, point n'est besoin d'attendre une interprétation authentique de l'art. 13.5a) pour contourner l'apparente limitation du rôle du Conseil de Ministres en matière d'immigration.

Une fois exploré le cadre juridique des accords ACP-UE, leur nature, importance, capacité juridique, volonté d'assimiler les ressortissants ACP aux ressortissants des États membres en matière de libre circulation des personnes, et portée des actes des institutions sur le statut des travailleurs, reste à présent à déterminer l'articulation dans ceux-ci les questions liées aux migrants.

III. EVOLUTION DU TRAITEMENT DES MIGRATIONS DANS LES ACCORDS ACP-UE

Il est connu de tous que les accords ACP-UE s'inscrivent dans une longue tradition de coopération entre les Pays d'Afrique des Caraïbes et du Pacifique et les Communautés Européennes, depuis le début des années soixante[47]. D'une certaine manière il fallait recomposer dans un nouveau contexte international d'indépendance d'anciennes colonies, les relations spéciales que les États métropolitains entretenaient avec les territoires auparavant dominés.

Ces accords sont fortement imprégnés par une caractéristique essentielle qui est celle de la continuité. Une continuité d'ailleurs que l'on peut observer si l'on tient compte de leur évolution depuis la Convention de Yaoundé I qui en est

[46] *Voir* par exemple Déclaration Commune de l'Annexe IV de la Convention de Lomé IV, p. 233 Supplemento *BOE* nº 295, 10.12.1991.

[47] ADEPOJU A., VAN NOORLOOS F., ZOOMERS A., "Europe's migration agreements with migrant-sending countries in the global South: a critical review", *International Migration*, OIM, Vol, 48, no 3, 2010, 43- 75; YAKEMTCHOUK R., *La Convention de Lomé : Nouvelles formes de la coopération entre la CEE et les États d'Afrique et du Pacifique,* Académie Royale des Sciences d'Outre-Mer, Bruxelles, 1977 ; PALAYRET J. M., "Mondialisme contre régionalisme: CEE et ACP dans les négociations de la Convention de Lomé, 1970-75"dans Varsori A. (ed.), *Inside the European Community : Actors and policies in the European integration 1957-1972*", Bruxelles, Nomos/Bruylant, 2005, pp. 182-230, in pp. 183-190; DODO MAHAMAT K. ; *Análisis de las Relaciones de la Unión Europea con los Países ACP*, Reproexpres, Valencia, 2009, p.11-20 ; TWITCHETT K. J., "Yaoundé Association and the enlarged European Community", *World Today*, Vol. 3, no 2 , pp. 51-63.

le point de départ. Le champ de ces accords a également connu une évolution sensible, puisqu'au départ il était limité à l'établissement et renforcement des relations économiques et commerciales entre les parties. Les matières abordées se sont progressivement élargies au point d'inclure des questions plus politiques qu'économiques comme peuvent être entre autres les droits de l'homme, la bonne gouvernance, la garantie d'un environnent politique propice au développement, le terrorisme, la coopération dans la lutte contre la prolifération des armes de destruction massives. Il est donc correct d'affirmer que le cadre de coopération défini par ces accords est aujourd'hui extrêmement diversifié et sophistiqué. En outre, la question des migrations qui agglutine à elle seule des aspects aussi bien politiques, juridiques qu'économiques s'est imposée progressivement comme un élément incontournable, bien qu'ignorée par les accords initiaux.

Les migrations *stricto sensu* était totalement absentes des Accords de Yaoundé ─Yaoundé I et II─, et même du premier Accords de Lomé. On peut néanmoins observer dans ces accords précités la présence de clauses relatives au droit d'établissement des personnes physiques et personnes juridiques sur le territoire de l'un ou l'autre des États parties. Pour autant, à cette époque seuls les travailleurs indépendants étaient pris en compte mais pas en revanche les travailleurs salariés qui en étaient bien évidemment exclus. La protection garantie au regard du droit d'établissement par ces accords aux personnes physiques et juridiques portait sur le principe de non-discrimination basé sur la nationalité ─égalité─. Autrement dit, il était établi à l'égard des parties une obligation d'octroyer un traitement national aux entrepreneurs de l'une ou l'autre des groupes d'États participants aux accords[48].

La prise au sérieux véritable de l'importance de la question des migrations des travailleurs salariés s'est manifestée dans un premier temps dans le deuxième Accord de la série de Lomé, en l'occurrence, l'Accord de Lomé II[49]. A cet égard, les dispositions relatives aux migrations ne furent intégrées dans ce nouvel instrument que par le truchement d'une Déclaration XV commune relative aux travailleurs ressortissants de l'une des parties contractantes résidant légalement sur le territoire d'un État membre ou d'un état ACP, établie dans

[48] Art. 29 Conventions de Yaoundé I et II respectivement dans *JO* L 93 de 11.6.1964, p. 1431/64 et *JO* L 282 de 28.12.1970, p. 2

[49] *Voir JO* L 347 de 22.12.1980, p.1.

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 8, janvier-décembre 2020, pp. 251-327
DOI: http://dx.doi.org/10.25267/Paix_secur_int.2020.i8.09

une annexe de l'Acte Final de la Convention, de telle sorte d'ailleurs que leur valeur juridique a été soumise à questionnement[50].

En ce qui concerne la Troisième Convention de Lomé, deux Déclarations pertinentes au regard des migrations avaient été introduites également dans cet Accord. Comparativement, l'une de ces deux Déclarations semblait avoir une grande importance au regard de sa formulation en des termes qui généralement lèvent toute équivoque sur la capacité d'une disposition à produire directement des effets dans l'ordre juridique des États partie, notamment la Déclaration X annexée à l'Accord[51]. Le format choisi pour ce type de clause reflète bien les difficultés des parties à insérer dans la partie nucléaire du traité des dispositions totalement étrangères à ses objectifs et finalités qui comme on le sait étaient d'abord économiques, commerciaux et financiers et par ailleurs de promotion du développement des États ACP. L'importance de cette clause de la Déclaration XV justifie le fait qu'elle a été reconduites dans toutes les révisions postérieures des accords ACP-UE, y compris dans le tout dernier de Cotonou en 2010, mais pas en des termes tout à fait similaires.

L'Accord de Lomé IV quant à lui avait pour mission de renforcer la dimension politique de l'association et surtout d'insister sur la question de la protection des droits de l'homme au-delà des aspects traditionnels de coopération économique et financière entre les parties. En ce qui concerne les migrations, elles furent évoquées et prises en compte dans une Déclaration annexée à l'acte final de l'Accord, de manière similaire *au modus operandi* de la Convention de Lomé IIII. C'est au regard de la mise en relief dans cet accord de la question des droits de l'homme que l'art. 5.2 de la convention, destiné assurément à produire des conséquences certaines sur le statut des migrants, a été adoptée en consonance avec la Déclaration Annexe VI sur le statut des travailleurs ressortissants de l'une des parties contractantes, résidant légalement sur le territoire d'un État membre ou d'un État ACP[52].

La dernière Convention de Lomé—Lomé IV-bis—, n'a pas été particulièrement innovante au regard des clauses qui portaient sur la situation des migrants. En effet, l'art 5.2 de l'accord de Lomé IV est repris *in integrum* dans l'art. 5.2 de la nouvelle Convention de Lomé IV bis. Par ailleurs les

[50] *Ibidem*., Annexe XV.

[51] *Voir* Annexe X Convention de Lomé IV, *JO* L 229, de 17.08.1991, p.3.

[52] *Voir* les Déclarations Annexes IV, V et VI, *JO* L 229, de 17.08.1991, p.3.

Déclarations Annexes de l'accord antérieur furent entièrement reprises dans cette nouvelle convention, concrètement dans les Déclarations Annexes V et VI. Cependant l'article 368 de ce dernier accord, établissait sans ambages que «les protocoles annexés à la convention en font partie intégrante», comme pour balayer d'un revers de la main la valeur juridique des déclarations qui accompagnaient celle-ci.

Finalement, l'Accord de Cotonou qui est en vigueur actuellement s'est chargé de consolider l'acquis des Conventions antérieures en conservant en substance la formule contenue dans l'art. 5.2, et en compilant dans le même art. 13 de l'accord les dispositions des annexes antérieurs. Cette opération a supposé l'incorporation des dispositions de ces annexes dans le texte principal de l'accord, c'est-à-dire un changement de support ou de format. Un changement de format probablement salutaire pour la visibilité des clauses de non-discrimination, leur mise en valeur et reconnaissance de leur capacité à produire effets directs.

Les accords entre les pays ACP et l'UE couvrent également une nouvelle catégorie dite "Partenariat pour la Mobilité" dont l'examen ici aussi s'avère nécessaire[53]. Ce partenariat introduit également des instruments nouveaux au regard de la régulation des migrations dans l'UE avec les pays tiers. Les accords de facilitation de visa et les accords de réadmission constituent les deux modalités du Partenariat pour la Mobilité. Néanmoins ce type de partenariat suscite non seulement confusion mais aussi des interrogations. La modalité d'accord de facilitation de visas à notre sens pose le problème de l'existence en particulier de bases juridiques pertinentes dans le cadre de l'Accord de Cotonou pour la conclusion d'accords de cette nature.

Il est vrai que dans le droit de l'association ACP-UE, le titre de compétence pour la signature d'accords de réadmission ne pose aucun problème en principe, ou alors ne suscite aucun doute ou questionnement. En revanche les interrogations existent au sujet des accords de facilitation de visas comme c'est le cas de ceux conclus notamment avec le Cap-Vert, dont il est difficile d'identifier dans ledit droit de l'association le fondement légal d'une telle initiative conventionnelle.

---

[53] Reslow N., "The mobility partnership", Policy Brief, nº1, Maastricht Graduate School of Governance, 2010, p. 2; Reslow N., Partnering for mobility?: three-level games in EU external migration policy, Thèse de doctorat, Université de Maastricht, 2013, p. 33-37.

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 8, janvier-décembre 2020, pp. 251-327
DOI: http://dx.doi.org/10.25267/Paix_secur_int.2020.i8.09

La *Déclaration commune II sur la migration et le développement* introduite dans l'annexe de l'Accord de Cotonou révisé en 2010 ne peut constituer à notre avis une base juridique pour les Accords de facilitation de visas dans le cadre de l'Association ACP-UE[54]. A l'occasion de la révision évoquée Il eut été nécessaire que les parties accordassent une clause spécifique formulée en termes inéquivoques établissant l'intention des parties d'adopter ce nouveau type d'accords et probablement sans omettre d'évoquer les conséquences de ces accords sur le droit de l'association ACP-UE, et, en particulier sur le statut des migrants dans les accords y relatifs. Même à travers une procédure simplifiée de conclusion de traité—échange de notes par exemple— nous pensons que la question de la base juridique pour ce nouveau type d'accord aurait pu être résolue. Le problème qui se pose donc véritablement est celui précisément de la portée de ce nouveau type d'accords sur le régime de l'immigration et surtout des travailleurs ACP dans l'UE. Cela pose également le problème de l'impact réel sur la prévention des migrations irrégulières et la migration circulaire, c'est-à-dire la mobilité des compétences et des services.

À y regarder de près, on se rend surtout compte que ces accords de facilitation de visas sont des accords élitistes; réservé à des catégories de personnes qui pour la plupart jouissent déjà des facilités de mobilité vers et dans l'UE, dans le cadre de leurs activités—membres de gouvernements, journalistes, hommes d'affaires, etc.—. Dès lors, la question essentielle de la plus-value de ces accords se pose. Par ailleurs, le Partenariat pour la Mobilité contribue à disperser le régime applicable aux ressortissants de pays ACP et à instaurer des différences de traitement au sein du même groupe d'États. Cependant, l'élément le plus important de différenciation du traitement entre les ressortissants des pays tiers dans le cadre des accords d'association et de coopération de l'UE reste sans aucun doute le principe de non-discrimination.

IV. PRINCIPE DE NON-DISCRIMINATION DANS LE DROIT DE L'UE ET DANS L'ASSOCIATION ACP : IMPLICATIONS POUR LE STATUT DU CAMEROUNAIS

Le principe de non-discrimination est un principe qui constitue un élément fondamental sur lequel s'appuie l'UE pour ordonner le statut des ressortissants des États membres et celui des ressortissants des pays tiers. C'est en raison de cette importance qu'il sera examiné en distinguant d'abord le

[54] *Voir JO* L 287 de 04.11.2010, p. 49.

principe tel qu'établi dans les art. 18 TFUE et 19 TFUE, ensuite l'application du principe dans les accords ACP-UE, et enfin les implications pour le statut du camerounais.

1. Le principe de non-discrimination des articles 18 et 19 TFUE

Le principe de non-discrimination fondée sur la nationalité dans l'UE— art. 18 TFUE— est un principe essentiel de l'ordre juridique de l'UE. Il a été introduit depuis les origines par les traités pour garantir aux travailleurs une égalité de traitement dans les États ou ceux-ci s'étaient déplacés pour exercer une activité rémunérée, mais également, si le but du séjour était de s'installer comme travailleur indépendant. C'est donc un principe qui comporte une relation étroite avec le marché intérieur.

Ce principe exige et empêche que l'on traite des situations comparables de manière différentes ou des situations différentes de manière identiques, à moins qu'un tel traitement ne soit objectivement justifié. Il est fondamentalement établi à l'art. 18 TFUE—ex art. 12 TCE— et constitue une «*lex generalis*» des autres dispositions particulières du traité qui prohibent les discriminations faites aux ressortissants d'autres États membres; notamment la prohibition de discrimination vis-à-vis des travailleurs indépendants de l'art. 49 TFUE et de l' art. 56 TFUE.

Cet article 18 TFUE délimite clairement son champ *rationae materiae* au «domaine d'application des traités». Sa portée réelle est l'objet d'une importante controverse doctrinale, ce même malgré le fait qu'il a été reconnu que son étendue dépasse largement le seul cadre limité du travailleur. Cette importance a pu être appréciée au regard de la centralité qu'il a acquis depuis l'établissement du statut du citoyen par le Traité de Maastricht et aussi grâce à l'interprétation entreprenante de la Cour de justice de l'UE. En effet, l'absence de définition du concept du «domaine d'application des traités» a renvoyé la balle dans le camp de la Cour qui s'est crue devoir intervenir pour interpréter et donc déterminer sa portée réelle. Dès lors, le domaine d'application des traités reste à ce jour éminemment casuistique et dynamique au même rythme que l'évolution du contour des compétences de l'UE qui varie au gré des modifications de traités.

L'interprétation par la Cour du domaine d'application des traités a été qualifiée d'expansive par les observateurs, en soulignant le positionnement de celle-ci en faveur de l'élimination de toutes les barrières établies par les États

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 8, janvier-décembre 2020, pp. 251-327
DOI: http://dx.doi.org/10.25267/Paix_secur_int.2020.i8.09

pour faire obstruction à la libre circulation des personnes. La jurisprudence de la Cour à ce sujet est d'ailleurs prolifique[55].

Ces derniers temps la controverse a semblé se cristalliser sur une question essentielle, celle de savoir jusqu'à quel point cet art. 18 TFUE s'applique aux ressortissants des pays tiers. La controverse a été servie et nourrie dans la littérature spécialisée. Certains auteurs soutiennent une interprétation statique du champ d'application personnel de cet article et en considèrent exclus les ressortissants des pays tiers[56]. D'autres en revanche considèrent que l'état actuel du Droit de l'UE donne suffisamment de preuves qui justifient une interprétation favorable à l'inclusion des ressortissants des pays tiers dans le champ de l'art. 18 TFUE[57].

Les arguments qui nous ont semblé les plus convainquant ont été ceux allégués en faveur d'une interprétation expansive du champ d'application de cet article. Dans cette posture, il est rappelé en premier lieu le sevrage du principe de son origine économique ; en second lieu, la tendance de la jurisprudence de la Cour à étendre le champ de couverture de l'art.18 TFUE ; en troisième lieu, le fait que les Traites incluent déjà les ressortissants des pays tiers dans un grand nombres de compétences et champs d'actions de l'UE, et finalement les effets pratiques de la non-discrimination qui obligent à ne pas exclure les ressortissants des pays tiers.

En plus de ces arguments évoqués, l'argument le plus décisif à notre sens a été celui évoqué au regard de la Charte des Droits Fondamentaux de l'UE—CDFUE— par Groenendjik à l'occasion de l'analyse de l'arrêt du *Bundesverwaltungsgericht*— la Cour suprême d'Allemagne— du 30 mars 2010. En résumé cet auteur voit un élément interprétatif significatif dans le fait que l'art. 21 CDFUE émule l'art. 18 TFUE. Il ajoute que même si le principe de

---

[55] TOMKIN J.; " The worker, the citizen, their families and the Court of Justice: tales of free movement from Luxembourg", in Minderhoud P., Trimiklinitos N. (eds.) *Rethinking the free movement of workers: the European challenge ahead*, Wolf Legal, Nijmegen, 2009, p. 5.

[56] HUBLET C., "The scope of article 12 of the Treaty of the European Communities vis-à-vis third-country nationals: évolution at last?", *European Law Journal*, Vol. 15, nº 6, noviembre 2009, p. 767.

[57] GROENENDIJK K.; "Are third-country nationals protected by the Union law prohibition of discrimination on grounds of nationality"? dans Barwig K. and Dobbelstein, R. (eds.), *Den Fremden akzeptieren Festschrift für Gisbert Brinkmann. Schriften zum Migrationsrecht*, 6, Nomos, Baden-Baden, 2012, pp. 138.

non-discrimination basé sur la nationalité n'est pas reconnu aux ressortissants des pays tiers par la voie du principe codifié de l'art. 18 TFUE, Il devrait leur être appliqué comme principe général du droit de l'UE qui irradie l'ensemble de ce système juridique.

Le principe de non-discrimination comprend aussi une autre dimension, celle de l'art. 19 TFUE—ex 13 TCE— introduit par le Traité d'Amsterdam, qui a permis l'adoption de deux instruments de grande importance pour la lutte contre les discriminations à savoir la Directive 2000/78/CE sur l'égalité d'opportunité et la Directive 2000/43/CE sur les discriminations raciales[58]. Sur la base de cet article il a été établi un système autonome pour la protection de l'égalité entre les personnes aussi bien verticalement qu'horizontalement. Cependant, ces deux directives excluent les ressortissants des pays tiers de leur champ de sa protection en ce qui concerne les discriminations basées sur la nationalité. Il s'agit d'une exclusion aux conséquences lourdes, puisque les discriminations basées sur la nationalité cachent souvent d'autres types de discriminations, et de ce fait celles-ci courent le risque de l'impunité grâce au recours à l'excuse de la nationalité.

Dans l'affaire *Centrum Voor Gelijkheid*, la Cour a démonté en réalité une discrimination fondée sur la nationalité vis-à-vis d'un ressortissant d'un pays tiers en utilisant le fondement de la discrimination raciale[59]. Ce faisant, elle a abouti au résultat qui consiste à éliminer les discriminations fondées sur la nationalité vis-à-vis des ressortissants des pays tiers qui ne sont pas en principe couverts par la Directive sur l'égalité raciale pour les cas de discrimination basés sur la nationalité. En contournant cette exclusion, la Cour a démontré sans le dire ouvertement—puisque la Directive l'en empêche formellement— qu'elle n'est pas prête dans certains cas à tolérer les discriminations aux ressortissants des pays tiers sur la base de la nationalité.

Au total, cette évolution du droit de l'UE renforce le statut de tous les ressortissants des pays tiers dans l'UE y compris les camerounais. La position de la Cour de justice en faveur de l'exclusion de l'application de l'art. 18 TFUE aux ressortissants des pays tiers dans l'affaire *Vatsouras et Koupatanze* devrait être reconsidéré ou alors considéré avec réserve, car la Cour elle-même est en

[58] *Voir JO* L 303, 2.12.2000, p. 16–22

[59] *JO* L 180, 19.7.2000, p. 22–26

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 8, janvier-décembre 2020, pp. 251-327
DOI: http://dx.doi.org/10.25267/Paix_secur_int.2020.i8.09

train d'annoncer progressivement[60] l'effritement de cette exclusion, comme on peut le voir dans l'affaire *Kamberaj*. Dans cette affaire, celle-ci recourt au principe d'égalité de traitement de la Directive de longue durée et à la CDFUE pour traiter sur un pied d'égalité les citoyens et les ressortissants des pays tiers en matière de sécurité sociale. Cependant, l'on ne peut ignorer que le principe de l'égalité est également un principe présent dans les Accords ACP-UE.

2. Le principe de non-discrimination dans les Accords ACP-UE

Le principe de non-discrimination évoque plusieurs réalités dans les accords ACP-UE, car la nature des clauses y établies ne sont pas univoques. Elles sont nombreuses et ne portent pas uniquement que sur les personnes physiques ou alors le statut des travailleurs migrants.

Néanmoins, celles qui s'adressent aux travailleurs migrants ont une double nature et suivent dans une certaine mesure le même schéma adopté par les traités constitutifs, c'est-à-dire en séparant un principe de non-discrimination général fondé sur une liste de chefs précis qui s'apparente à celui établit en droit international des droits de l'homme, et un principe de non-discrimination spécifique envers les travailleurs qui lui est propre aux accords signés par l'UE et les pays tiers.

Le principe de non-discrimination vis à vis des travailleurs représente une concession importante que se font les parties dans les accords ACP-UE, aux regards des personnes physiques, puisque celles-ci peuvent en tirer des droits immédiatement exécutables vis-à-vis des États membres si leur effet direct est reconnu. Ce principe a d'abord été introduit par les déclarations annexes aux Conventions de Lomé et plus récemment par l'art. 13.3 de l'Accord de Cotonou[61]. Cet article 13.3 dont la formulation n'est en rien originale au regard des autres accords avec les pays tiers, souligne que «chaque État membre accorde aux travailleurs ressortissants d'un pays ACP, exerçant légalement une activité sur son territoire, un traitement caractérisé par l'absence de toute discrimination fondée sur la nationalité par rapport à ses propres ressortissants, en ce qui

[60] Arrêts cumulés du 04.06.2009, C-22/08, C-23/08, *Vatsoura* y *Koupatantze*, ECLI:EU:C:2009:344, p. I-4585, par. 52.

[61] Art. 13.2 Accord de Cotonou : « Les parties sont d'accord pour considérer qu'un partenariat implique, à l'égard des migrations, un traitement équitable des ressortissants des pays tiers résidant légalement sur leurs territoires, une politique d'intégration ayant pour ambition de leur offrir des droits et obligations comparables à ceux de leurs citoyens… ».

concerne les conditions de travail, de rémunération et de licenciement». Cette inclusion dans le texte principal de l'accord est aussi nouvelle que l'ajout du terme «licenciement» à la clause. Cet ajout n'a pas empêché que cette clause ait été amputée de la référence à la protection de la famille du travailleur en matière de prestation de sécurité sociale liée à l'emploi.

La clause établit des obligations qui présentent des caractéristiques propres des clauses de «réciprocité formelle» au sens de Holdgaard, dans la mesure ou les États membres et l'UE ne font pas dépendre l'exécution de l'obligation de l'accomplissement de celle-ci par les États ACP. De ce fait, l'« exceptio non adimpleti contractus» n'est pas tout à fait envisageable dans ce type d'accords ou généralement les obligations sont très souvent asymétriques. Manifestement, il s'agit d'un principe de non-discrimination dont l'application est limitée non seulement aux travailleurs mais aussi aux trois domaines mentionnés par la clause. Cette limitation comporte plusieurs implications ».

En primer lieu, on observe l'absence d'un droit d'accès général au marché de l'emploi des États membres pour les ressortissants de pays ACP. Cela suppose la possibilité pour les États membres d'opposer la préférence nationale à ceux qui ne sont pas encore sur le marché du travail. Cela n'empêche pas que les États membres limitent ou subordonnent l'accès à un emploi des ressortissants ACP à certaines exigences quant aux offres et demandes d'emploi. Les États membres peuvent établir des procédures spéciales de contratation des ressortissants ACP, les soumettre à des conditions d'enregistrement préalable dans les bureaux d'emploi, et peuvent faire obstacles à leur contratation nominative quand il s'agit de personnes qui ne résident pas sur leur territoire. De plus, les États membres ont le pouvoir de limiter l'emploi des ressortissants ACP en établissant des quotas et pourcentages, par classe d'activité, par région ou à l'échelle national sans que pour autant la clause de non-discrimination soit violée.

Deuxièmement, les ressortissants ACP —tous les ressortissants des pays tiers en général—sont sujet à des limitations en ce qui concerne l'accès aux emplois de la fonction publique. Cela est d'autant plus évident qu'a fortiori même les ressortissants des États membres y ont un accès limité surtout au regard des activités qui selon la Cour de justice—Affaire C-47/02; C-283/99; C-290/94—, impliquent la participation directe ou indirecte à l'exercice de la puissance publique et aux fonctions qui ont pour objet la sauvegarde des

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 8, janvier-décembre 2020, pp. 251-327
DOI: http://dx.doi.org/10.25267/Paix_secur_int.2020.i8.09

intérêts généraux de l'État ou des autres entités publiques; et supposent ainsi de la part des titulaires, l'existence d'un certain degré de solidarité avec l'État, ainsi que la réciprocité des droits et devoirs qui sont le fondement du lien de nationalité[62].

Finalement, positivement, la clause implique que les travailleurs ACP peuvent avoir accès aux formations offertes dans le cadre professionnel, dans les mêmes conditions que les nationaux. Dans le même ordre d'idée leur seront appliqués dans les mêmes conditions que les ressortissants des États membres les conventions collectives et les autres accords qui règlementent le cadre professionnel dont il s'agit, en matière de rétribution, de conditions de travail et en matière de licenciement. En vertu de cette clause de l'art. 13.3, rien n'empêche que ceux-ci puissent exercer des droits syndicaux qui incluent le droit au vote et l'éligibilité aux organes de représentation dans ce domaine syndical.

En ce qui concerne la clause de non-discrimination en vertu du droit international, elle a été incluse pour la première fois par l'art. 5.2 de la Convention de Lomé IV, et retenue mais en des termes différents dans l'art. 13.1 de l'Accord de Cotonou. Celle-ci réaffirme les obligations internationales des parties en matière de lutte contre les discriminations fondées sur le sexe, la race, la langue et la religion.

Par ailleurs, et plus important encore, la reconnaissance expresse du principe du traitement équitable et des droits comparables, introduit au paragraphe 2 de l'art. 13 de l'accord en dit long sur l'importance que ce principe qui émane du Conseil de Tampere revêt sur l'interprétation de la clause de non-discrimination. L'importance qu'il a acquis montre que sa valeur dépasse le caractère d'objectif et programmatique initial qui le caractérisait. Il s'agit à notre sens comme on le verra plus loin d'un principe converti en un principe général de droit sectoriel qui doit aujourd'hui guider l'interprétation des droits des étrangers dans l'UE et qui se trouve être renforcé par la CDFUE. Il impose une interprétation générale des droits des ressortissants des pays tiers qui donne priorité à la «lex favorabilis»— une interprétation favorable du statut des ressortissants des pays tiers— sur la «lex odiosa».

---

[62] DEL VALLE GÁLVEZ A., "La libre circulación de trabajadores", dans Martín Perez de Nanclares J. y López Escudero M.(coords.); Derecho Comunitario Material, McGraw-Hill, 2000, pp. 96-107.

Pour ce qui relève de l'efficacité de la clause de non-discrimination, on peut dire que celle-ci réunit toutes les conditions pour produire un effet direct, si l'on tient compte des critères de clarté, précision et d'absence de réserve de la clause établis par la Cour de justice[63]. Dans l'affaire Kolpak, la Cour avait reconnu un effet direct à la clause de non-discrimination envers les travailleurs de l'Accord Européen avec la Slovaquie[64]. Cet accord était rédigé en des termes pratiquement identiques à celui de l'accord de Cotonou. L'interprétation de la nature, structure et objet de l'Accord ACP-UE ne devrait pas donner lieu à un résultat autre que la reconnaissance de cet effet. Rappelons aussi que la Cour dans les Affaires Bresciani et Chiquita, avait déjà reconnu la possibilité que certaines clauses des Accords ACP-UE soient revêtues d'effet direct. L'interprétation du principe de non-discrimination dans l'accord de Cotonou pose aussi le problème de la définition du concept de "travailleur" dans le cadre de celui-ci.

A. Le concept de travailleur dans les accords ACP-UE

La question de savoir si la signification du concept de « travailleur » de l'art 13.3 peut être interprétée de manière autonome est très importante dans la mesure ou l'UE a développé un dense réseau d'accords internationaux qui contiennent des dispositions spécifiques sur les travailleurs migrants qui potentiellement peuvent avoir des portées différentes.

A ce sujet la Cour de justice, tirant les conséquences de l'absence de définition du terme de la part des traités a constamment répéter sa position à travers une interprétation extensive à ce sujet en rappelant qu'au sens du Droit de l'Union « le travailleur» est «une personne qui accomplissant pendant un certain temps des prestations pour une autre personne et sous sa direction, en contrepartie de quoi elle reçoit une rémunération»—*Lawrie-Blum, etc.*—[65]. Ce faisant, la cour a voulu une définition propre, autonome du droit de l'UE pour ce terme. Il s'agit par là d'éviter que la définition varie d'un État membre à l'autre et donne lieu à une interprétation qui en restreint le sens et érige par ce fait même des obstacles à la libre circulation des travailleurs. La Cour a aussi établi dans l'affaire *Bettray* que ni le degré de productivité, ni les

[63] Arrêt du 04.12.1974, C-41/74, *Van Duyn,* ECLI:EU:C:1974:133, p. 01337.

[64] Arrêt du 08.05.2003, C-438/00, *Kolpak*, ECLI:EU:C:2003:255, p. I-4135.

[65] Arrêt du 03.07.1986, C-66/85, *Lawrie-Blum*, ECLI:EU:C:1986:284, p. 02121

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 8, janvier-décembre 2020, pp. 251-327
DOI: http://dx.doi.org/10.25267/Paix_secur_int.2020.i8.09

ressources destinées à la rémunération devrait pouvoir influencer la notion de travailleur[66]. Dans l'Affaire *Kempf* celle-ci a précisé que les activités doivent être réelles et effectives et que, par définition donc, les activités marginales et accessoires ne donnent pas lieu au statut de travailleur[67].

La question se pose de savoir si ce concept dont la cour exige qu'il soit applicable de manière uniforme pour les travailleurs ressortissants des États membres doit avoir aussi la même signification à l'"égard des ressortissants des pays tiers. La Cour a répondu par l'affirmative à l'inverse souvent des plaidoyers des avocats généraux. Dans l'affaire *Birden,* concernant un ressortissant turc, la Cour a fait une analogie directe entre le concept de travailleur au sens du droit communautaire et le concept de travailleurs selon la Décision nº 1/80 du Conseil d'Association. Tout indique que cette analogie est également pertinente au regard des travailleurs ressortissants des pays ACP. L'analogie entre la notion de travailleur dans le droit de l'UE et la notion utilisée dans les accords extérieurs de l'UE se trouve être largement consolidée dans la jurisprudence de la Cour. En revanche la notion de travailleur au sens de la sécurité sociale a posé quelques problèmes au départ, car elle ne coïncidait pas avec celle qui est donnée du travailleur *lato sensu*. La complexité de la définition établie par l'art. 1 du Règlement 1407/71 n'avait d'autres résultats que de renvoyer aux définitions établies par les législations nationales.

Au regard des accords internationaux de l'UE, la Cour a voulu que le concept soit également autonome comme l'est celui de travailleur en général dans le droit de l'UE, en le soustrayant des définitions données par les législations nationales. C'est ainsi que Dans l'Affaire *Kziber*[68]*,* la Cour l'a interprété comme une notion qui englobe à la fois le travailleur actif et ceux qui ont quitté le marché du travail après avoir atteint la limite d'âge requise pour bénéficier d'une pension de vieillesse ou après avoir été victime d'un des risques qui donnent lieu à des allocations au titre d'autres branches de la sécurité sociale. En plus de la définition du concept de travailleur, la notion d'exercice légal d'une activité de l'art. 13.3 de l'Accord de Cotonou mérite également une certaine clarification.

---

[66] Arrêt du 31.05.1989, C-344/87, *Bettray*, ECLI:EU:C:1989:226, p. 01621.

[67] Arrêt du 03.06.1986, C-139/85, *Kempf*, ECLI:EU:C:1986:223, 1986, p.1741.

[68] Arrêt du 31.01.1991, C-18/90, *Kzibe*r, ECLI:EU:C:1991:36, 1991, p. I-22.

B. La notion «d'exercice légal d'une activité»

Étant donné qu'il n'existe aucune définition spécifique à ce sujet ni par les instruments du droit de l'UE ni par la jurisprudence, le concept d'«exercice légale d'une activité» utilisé concrètement par l'art. 13.3 de l'Accord de Cotonou doit être rapproché d'une part de celui «d'emploi régulier»—synonyme de «emplois légal» selon l'interprétation de la Cour de justice—établi en particulier dans l'accord Turquie-UE. Mais la notion «d'emploi légal» ne parvient à elle toute à seule à capter la substance du contenu de" l'exercice légal d'un l'activité», car cette dernière notion semble contenir également une autre dimension, celle du séjour régulier. Il ne suffit pas que l'activité soit légale c'est-à-dire qu'elle se déroule dans le respect des règles de contraction et d'exercice de l'activité au regard du droit national, mais il faut aussi que le ressortissant de pays ACP soit en possession d'un titre de séjour régulier ou alors se trouve dans les conditions de l'obtenir. En d'autres termes, même si la clause établit cette condition essentielle de légalité de l'activité des travailleurs ACP comme préalable pour la jouissance du principe de non-discrimination, cette légalité de l'activité va nécessairement de pair avec la légalité du séjour puisqu'aucun État membre n'autorise aujourd'hui l'exercice légitime d'une activité salariée aux ressortissants de pays tiers qui ne remplissent pas les conditions de séjour établies par la législation nationale. D'ailleurs la légalité du séjour apparaît dans le droit des étrangers de l'UE comme une condition pour accéder un éventail de droits.

A notre sens, la notion la plus complète et consolidée dans la jurisprudence de la Cour de justice qui tient compte de cette double dimension est celle de l'appartenance au «marché régulier de l'emploi». La Cour de justice, interrogée au sujet de l'art. 6.1 de la Décision 1/80 adoptée par le Conseil d'Association de l'Accord de Ankara, s'est prononcée pour déterminer la signification de ce concept dans les affaires Kurz, Birden et Nazli[69]. Elle a défini cette notion comme «désignant l'ensemble des travailleurs qui se sont conformés aux prescriptions légales et réglementaires de l'État membre d'accueil en matière d'entrée sur son territoire ainsi que d'emploi et qui ont ainsi le droit d'exercer une activité professionnelle dans cet État».

[69] Arrêt du 19.11.2002, C-188/00, *Kurz*, ECLI:EU:C:2002:694, p. I- 10712 ; Arrêt du 26.11.1998, C-1/97, *Birden*, ECLI:EU:C:1998:568., p. 7747 ; Arrêt du 10.02.2000, C-340/97, *Nazli*, ECLI:EU:C:2000:77, p. I-957

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 8, janvier-décembre 2020, pp. 251-327
DOI: http://dx.doi.org/10.25267/Paix_secur_int.2020.i8.09

Il nous paraît donc que la notion d'appartenance au « marché régulier de l'emploi » devrait servir de modèle interprétatif pour éclairer le sens du concept de «l'exercice légal d'une activité» introduit par l'art. 13.3 de l'Accord de Cotonou. En d'autres termes, les ressortissants de pays ACP qui « exerce légalement une activité» sur le territoire d'un État membre doit être traité comme une personne qui fait partie «du marché régulier de l'emploi». Dans la jurisprudence de la Cour au regard des ressortissants des pays ACP cette question de la définition des termes ne s'est pas encore posée, comme on pourra le voir dans le prochain sous-titre.

C. Étude de quelques cas jurisprudentiels pertinents

La sélection de deux cas intéressants dans lesquels la condition des ressortissants de pays ACP était directement et indirectement discutée devant la Cour méritent d'être analysés pour sonder l'interprétation que celle-ci fait du statut de ces personnes dans l'UE

a. L'Affaire Razanatsimba

L'affaire *Razanatsimba* portait sur l'interprétation de l'art. 62 de la Convention I de Lomé qui établissait un principe de non-discrimination envers les ressortissants des parties à l'accord, en particulier en ce qui concerne l'établissement et prestation de service de la part des personnes physiques et juridiques[70]. Le sieur Razanatsimba ressortissant malagache—pays ACP—avait étudié et obtenu en diplôme en droit en France et prétendait y exercer la profession d'avocat. Celui-ci s'était vu opposer le défaut de nationalité française comme justification pour l'exclure. Dans le cadre d'un recours préjudiciel formé dans le cadre d'une procédure nationale de contestation de l'exclusion deux questions ont été posées à la Cour de justice. La première consistait à savoir si l'Accord de Lomé I dans son art. 62 permettait un droit d'établissement dans le territoire d'un État membre, en particulier en France, sans réunir la condition de nationalité. La deuxième question visait à déterminer si la réserve de l'art. 62 de la Convention en question permettait à un État membre d'exiger pour une activité déterminée en l'occurrence pour la profession d'avocat, la nationalité de cet État membre —France dans ce cas— ou d'un autre État membre de la Communauté.

[70] Arrêt du 24.11. 1977, C-65/77, *Razanatsimba*, ECLI:EU:C:1977:193, p. 2229.

Dans sa réponse le Tribunal s'est aligné presque totalement sur les positions de l'Avocat Général. Celui-ci a considéré que le demandeur avait assimilé de manière inadéquate les dispositions de l'art. 62 avec celles du Traité sur la liberté d'établissement en se fondant à l'appui de sa thèse sur l'arrêt *Reyners* de 1974 comme s'il s'agissait d'un ressortissant d'un État membre titulaire d'un droit à l'égalité de traitement directement tiré du Traité[71]. La Cour s'est opposée également à ce que le sieur Razanatsimba recourt à un accord bilatéral plus favorable à savoir, l'accord franco-malgache de coopération judiciaire qui prévoyait une égalité de traitement des ressortissants des deux pays en matière de prestation de service des avocats ; en raison du fait que celui-ci avait été dérogé et remplacé par un autre plus restrictif. Cela n'a pas empêché cependant que la Cour reconnaisse comme tout à fait légitime au regard de l'art. 62 de la Convention que les États membres réservent à travers des accords internationaux bilatéraux un traitement plus favorable sur la base d'obligations réciproques aux ressortissants de l'autre partie sans que cela soit considéré comme une violation de l'art. 62. Ceci revient à dire d'une autre manière que les accords ACP-UE ne sont pas les seuls cadres de détermination du statut juridique des ressortissants des pays ACP et que le droit de l'UE ne s'oppose pas en principe à ce que les États membres sur le plan bilatéral, dans leurs relations individuelles avec les États ACP établissent des règles plus favorables au profit de leurs ressortissants respectifs sur le territoire de l'autre partie—régimes particuliers—.

Au sujet de l'effet direct de l'article 62 de la Convention de Lomé I, la Cour a reconnu que le premier alinéa de l'article 62 était rédigé en des termes qui sont susceptibles de générer un effet direct, mais que le fait d'être affublé par la réserve du deuxième alinéa l'en déprivait—« Toutefois(...)si un État membre n'est pas en mesure d'assurer un tel traitement (...) il n'est pas tenus d'accorder un tel traitement (...)» — Cette réserve confirmait ainsi la discrétion des parties quant à l'octroi d'une égalité de traitement. Par ailleurs, l'avocat général a rappelé dans ses conclusions que cette discrétion ne pouvait donner lieu un arbitraire « pure et simple »[72].

---

[71] Arrêt du 04.12.1974, C-2/74, *Reyners*, ECLI:EU:C:1974:68, p. 623, spécialement par. 17-18.

[72] Affaire *Razanatsimba*, Conclusions de l'avocat général du 24.11.1977, ECLI:EU:C:1977:179, par. 3.a).

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 8, janvier-décembre 2020, pp. 251-327
DOI: http://dx.doi.org/10.25267/Paix_secur_int.2020.i8.09

Cet arrêt confirme l'absence d'un principe de non-discrimination effectif au bénéfice des ressortissants et entreprises des pays ACP en matière d'établissement sur le territoire d'un État membre. Il n'était ni effectif dans la convention analysée ni dans l'actuelle Convention de Cotonou bien qu'établit en des termes identiques, mais cette fois dans un annexe au Traité —art. 13 de l'Annexe II de l'Accord de Cotonou de 2005—[73].

L'absence évidente d'un traitement national effectif établit par les l'Accords ACP-UE pour les ressortissants et entreprises de parties en matière d'établissement ne devrait influencer l'interprétation de l'art. 13.3 sur la non-discrimination aux travailleurs de la Convention de Cotonou qui est pleinement en capacités de produire un effet direct. La question de l'effet direct des clauses de non-discrimination dans l'accord a été soigneusement évitée dans l'affaire Koua Poirrez.

b. L'Affaire Koua Poirrez

Sur le plan jurisprudentiel, la Convention de Lomé IV a donné lieu à des discussions dans le cadre de l'affaire *Ettien Koua Poirrez*[74]. Dans cette affaire la Cour de justice a soigneusement évité de se prononcer sur le possible effet direct des dispositions aussi bien de l'art. 5.2 de la Convention que de l'Annexe VI évoqués en sus, qui substitue dans ce dernier cas la Déclaration Annexe X de l'Acte Final de la Troisième Convention de Lomé— Lomé III—, pourtant évoqués très directement par l'avocat général Van Gerven à la suite des allégations soulevées par le sieur *Koua Poirrez*. Ces clauses établissaient dans le cas de l'art. 5.2 une prohibition de discrimination sur dix chefs. Il s'agissait de chefs de discrimination classiquement remémorés dans les instruments internationaux sur les droits de l'homme. En effet, dans le cas de cette Déclaration Annexe VI, une prohibition de discrimination fondée sur la nationalité des travailleurs exerçant légalement une activité salariée en ce qui concerne les conditions de travail et rémunération était édictée. Ce principe de non-discrimination s'étendait également aux travailleurs et aux membres de leurs familles en matière de prestations de sécurité sociale liée à l'emploi. En refusant de se prononcer sur la portée du principe de non-discrimination de la

[73] Accord de Cotonou, Acte Final, Annexe II.

[74] Arrêt du 16.12.1992, C- 206/91, *Koua Poirrez*, ECLI:EU:C:1992:523, p. 668

Déclaration VI, la Cour s'est trouvée prise dans une forme de jeu d'évitement néanmoins excusable pour plusieurs raisons.

En premier lieu, l'objet du litige ne portait aucunement sur l'interprétation des clauses spécifiques des accords ACP-UE. En effet, la question fondamentale discutée se basait sur une problématique de discrimination inverse, c'est-à-dire, savoir si un membre extracommautaire de la famille d'un travailleur d'un État membre peut invoquer les dispositions du droit de l'UE pour réclamer un avantage en matière de sécurité sociale qui est reconnu au travailleur migrant et aux membres de sa famille quand celui-ci a exercé son droit à la libre circulation dans l'UE.

Dès lors que l'objet essentiel du litige était étranger à la clause de non-discrimination des Accords ACP-UE. La circonstance ou alors la qualité de ressortissant de pays ACP du membre de la famille d'un citoyen de l'UE demeurait dans ce cas bien marginale. Il est vrai que l'on pourrait bien imaginer que la réaction du tribunal aurait pu être différente s'il avait existé un accord solide et immédiatement exécutable en matière de sécurité sociale entre les États ACP et l'UE aux fins de protéger les particuliers contre les discriminations en la matière.

Deuxièmement, comme le dit si bien l'avocat général Van Gerven cette clause de non-discrimination de l'Annexe VI établissait *expressis verbis* un champ d'application personnel limité aux «travailleurs» résidant légalement dans le territoire de l'une des parties. Pour autant, l'absence de qualité de travailleur du sieur *Koua Poirrez* était un élément additionnel qui militait en faveur de l'exclusion de l'application de ladite Convention de Lomé IV, en plus de ce que la qualité de ressortissant d'un État membre de l'UE de son père adoptif empêchait que celui-ci pût invoquer quelques dispositions que ce fût de l'Accord ACP-UE.

L'avocat général conclut donc que l'art. 5.2 qui était rédigé dans des termes propres d'une «déclaration de principes», était dès lors nécessairement non obligatoire. Celui-ci évitait ainsi à son tour de se prononcer sur la question de l'effet direct des préceptes de la Déclaration Annexe VI évoquée.

Troisièmement, un prononcement du Tribunal, très probablement négatif sur la question de l'effet direct des dispositions des conventions évoquées, sans vraiment y avoir été invité directement, pouvait avoir eu sans doute le fâcheux effet d'hypothéquer toute interprétation favorable de toute clause de

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 8, janvier-décembre 2020, pp. 251-327
DOI: http://dx.doi.org/10.25267/Paix_secur_int.2020.i8.09

non-discrimination dans les Accords ACP-UE dans le futur, y compris celles des révisions postérieures de ces accords. Cela aurait probablement établi un précédent défavorable que les ressortissants des États ACP traîneraient comme un boulet dont ils ne pourraient se défaire.

Finalement, on peut noter ici une attitude de prudence manifeste de la Cour qui assurément lui a permis de repousser l'échéance quant à son prononcement sur cette question cruciale de l'effet direct des clauses migratoires des Accords ACP-UE, en particulier, de l'Annexe VI de la Convention de Lomé IV qui a été repris six ans plus tard en des termes exactement identiques par l'Annexe VI de la Convention de Lomé IV-bis. Il reste néanmoins vrai qu'il aurait été extrêmement difficile que le Tribunal se fût prononcé favorablement quant à l'effet direct de ces clauses étant donné que dans toutes les Conventions de Lomé qui se réfèrent aux questions migratoires les clauses de non-discrimination sont certes formulées en des termes extrêmement clairs et précis, mais le troisième critère de l'absence de réserve à la clause fait défaut.

Une fois encore, il faut dire que ces clauses qui nous occupent dans ce travail sont toutes dépourvues de prétention de produire un effet direct au regard du renvoi consciemment établit aux accords bilatéraux comme voie requise pour rendre effectif le principe de non-discrimination tel que l'on peut l'observer dans les parties finales de ces Déclarations.

De plus, reconnaître le principe de l'effet direct de ces clauses en faveur duquel se sont prononcés certains auteurs —GUILD—, serait ignorer un élément important qui jetait davantage de doutes sur l'efficacité directe de cette Déclaration de l'Annexe IV cité, à savoir que le législateur avait probablement voulu les dévitaliser en affirmant dans les arts. 368 respectifs des deux dernières Conventions de Lomé que les « protocoles annexés à la présente convention en font partie ». *A contrario*, cela voulait dire que les déclarations annexées ne pouvaient dès lors se voir attribuer une valeur juridique identique aux dispositions du *corpus* principal desdits accords. Que dire donc à présent des implications pour le camerounais ?

3. Implications pour le statut du camerounais

Le principe de non-discrimination est très important pour le camerounais, en raison d'une part de sa condition d'étranger, donc vulnérable par principe, et d'autre part par le fait de faire partie de la catégorie de personnes ethniquement différenciable et pour autant plus enclin aux discriminations

que d'autres. Les Directives d'égalité raciale ou ethnique ainsi que celle relative à l'emploi ou à l'occupation devraient constituer des leviers pour son intégration sociale. Celles-ci devraient le protéger dans les domaines définis en ce qui concerne leurs champs d'application excepté en matière de nationalité. Cependant, comme on l'a dit déjà, cette exclusion de la protection en matière de nationalité leur fait courir le risque de ne pas être effectivement protégés contre tous les autres motifs de discriminations.

Il faut aussi observer que le principe d'égalité en matière raciale ou ethnique et en matière d'emploi et d'occupation ne s'applique pas au camerounais particulièrement comme camerounais, mais comme personne humaine. Pour autant, sa nationalité est indifférente. En revanche là où sa nationalité est prise en compte à son détriment, c'est pour l'exclure de la protection spécifiquement contre les discriminations fondées sur la nationalité, dans ces deux directives mentionnées.

En ce qui concerne la protection par le principe de non-discrimination établit par l'Accord ACP-UE, il faut dire que l'art. 13.3 constitue un blindage de son statut. Cet article pourrait neutraliser n'importe quelle tentative des autorités publiques et des personnes privées de le discriminer dans les conditions de travail, rémunération et licenciement. Cet article renforce son statut dans l'UE et corrige potentiellement l'exclusion faite par les deux directives mentionnées en matière de discrimination fondées sur la nationalité.

Quant à l'art. 18 TFUE, s'il était reconnu son application aux ressortissants de pays tiers, celui-ci neutraliserait les mesures d'intégration—tests de langue, tests sur la connaissance de la culture du pays d'accueil etc. — auxquels sont soumis les camerounais dans plusieurs États membres avant d'entrer sur leur territoire, en particulier en matière de regroupement familial. Cet article ne pourrait cautionner les différences de traitement basés sur la nationalité qui ne sont pas objectivement justifiées entre ressortissants de pays tiers. Par ailleurs, le problème se pose différemment en ce qui concerne l'entrée des camerounais dans l'UE.

V. L'ENTRÉE DES RESSORTISSANTS CAMEROUNAIS DANS L 'UNION

La première observation qui s'impose est que le camerounais au regard de sa condition à l'entrée de l'UE est un « étranger contrôlé », étant donné que son entrée sur le territoire des États membres est conditionné non seulement

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 8, janvier-décembre 2020, pp. 251-327
DOI: http://dx.doi.org/10.25267/Paix_secur_int.2020.i8.09

par l'obligation de remplir certaines conditions préalables qui s'avèrent être à certains égards exorbitantes comparées à d'autres catégories de ressortissants de pays tiers. Ces conditions sont d'une part liée à l'obligation de posséder un visa pour pouvoir traverser les frontières extérieures de l'Union pour y accéder. De ce point de vue sa situation est tout à fait différente au regard des ressortissants des pays tiers qui bénéficient d'un statut plus favorable en ce qui concerne l'entrée et la résidence dans l'Union. Ce régime plus bénévole, on le sait, est établi au regard des pays tiers pleinement associés à la libre circulation des personnes et au marché intérieur. C'est le cas des ressortissants de l'Espace Économique Européen et de la Suisse.

Dès lors il est important de souligner que l'exigence de visa est donc un des éléments fondamentaux qui en fait constitue le point nucléaire de la différence de statuts à l'entrée dans l'Union entre le camerounais, comme ressortissants des pays ACP, et les autres nationaux de pays tiers qui jouissent d'un statut plus bénévole. Cette obligation d'obtenir un visa pour accéder aux territoires des États membres découle des dispositions du droit dérivé[75].

Le camerounais ne peut se prévaloir en effet d'un droit subjectif d'accès libre dans l'Union, lequel convertirait les États membres si tel fût le cas en sujets « obligés légalement » à garantir la l'exécution de ladite obligation, c'est-à-dire, garantir l'entrée de cet étranger. Cette négation patente du droit d'entrée se traduit également par une absence d'un droit de traverser librement les points de passages frontaliers extérieurs de l'Union. Bien évidemment cette affirmation doit être inversée si l'on tient compte du cas des membres camerounais de la famille du citoyen qui bénéficient pour ce qui les concerne d'un droit d'accompagnement du citoyen sur le territoire d'un État membre différent de celui de sa nationalité.

En réalité, le droit de passage libre des points frontaliers extérieurs n'est pas non plus reconnu aux ressortissants des États membres qui pourtant comme on le sait sont les bénéficiaires primaires du droit de l'Union. Et il est donc difficile à plus forte raison que celui-ci soit reconnu aux ressortissants des pays tiers. Même les citoyens et les titulaires de droits assimilés doivent se soumettre aux contrôles à l'effet de vérifier leur droit d'entrée[76].

---

[75] *Voir* Code Frontière de Schengen—CFS—, *JO L 77, 23.3.2016, p. 1, et le Code de Visas de Schengen—CVS—, JO L 243, 15.9.2009, p. 1–58.*

[76] Remi Njiki, M., *El estatuto… cit.* p. 160.

Il s'agit d'une situation rare dans lesquels on observe une certaine assimilation en matière d'entrée dans l'UE entre les ressortissants des États membres et les ressortissants des pays tiers. Aussi bien le camerounais que le citoyen comme on l'a dit doit se soumettre aux contrôles lors du franchissement des frontières extérieures. Mais il faut cependant dire que les situations ne sont pas toutes à fait identiques. La différence se trouve dans les détails des procédures de contrôle sur les personnes en frontières extérieures. En effet, le camerounais fait parties des ressortissants des pays non-européens soumis aux « vérifications approfondies » en frontières extérieures, pendant que les citoyens et les autres ressortissants des pays tiers titulaires du droit d'entrée sont soumis à une « vérification minimale »[77]. Certes, la question légitime de la pertinence pratique de la différenciation au niveau des contrôles sur les personnes dans ces frontières extérieures peut être posée. En tout état de cause, la différence se résume dans ce cas bien précis en termes d'intensité des contrôles effectués sur les deux catégories évoquées.

Par ailleurs, en ce qui concerne le droit pour le citoyen d'entrer sur le territoire de l'État de sa nationalité. Il s'agit là de la manifestation d'un principe qui ne fait a priori l'objet d'aucune controverse ni en droit en international ni en droit de l'UE. En effet l'art. 3 du Quatrième protocole additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme dispose que «nul ne peut être privé du droit d'entrer sur le territoire de l'État dont il est le ressortissant». La Cour de justice a confirmé ce principe récemment dans les Affaires *Van Duyn*, *Barkoci Malik*, et plus récemment encore dans l'affaire *Shirley McCarthy*[78].

Cependant le droit d'entrée dont il est question ici est celui qui permet au ressortissant d'un d'État membre d'accéder sur le territoire d'un autre État membre de l'Union en bénéficiant de la couverture offerte aussi bien par les traités de l'Union que par le droit dérivé. Autrement dit, il s'agit d'un franchissement des frontières qui selon les termes d'Alfred Sawires constitue d'un acte juridique à la fois national et international effectué moyennant une « dispense d'autorisation préalable »[79].

---

[77] Art. 8 CFS.

[78] Arrêt du 04.12.1974, C-41/74, *Van Duyn*, ECLI:EU:C:1974:133, p. 1337. ; Arrêt du 27.09.2001, C-257/99, *Barkoci Malik*, ECLI:EU:C:2001:491, p. I-6557 ; Arrêt du 05.05.2011, C-434/09, *Shirley McCarthy*, ECLI:EU:C:2011:277, p. I-3375.

[79] De Lary H., *La libre circulation des personnes dans la Communauté économique*, PUF, Paris, 1992, p. 5.

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 8, janvier-décembre 2020, pp. 251-327
DOI: http://dx.doi.org/10.25267/Paix_secur_int.2020.i8.09

Il s'agit donc d'un droit fondamental qui tire son origine directement des Traités. Il a été reconnu dans l'affaire *Royer* comme étant indépendant de l'expédition d'une autorisation de résidence de la part de l'État membre d'accueil[80]. Il est en principe exclusif aux ressortissants des États membres et bénéficie aux ressortissants extracomunitarios par la voie du droit dérivé et des conventions internationales avec les pays tiers. Il implique que l'État membre admette les ressortissants des États membres sur simple présentation d'une carte d'identité ou d'un passeport valides. De même, ce droit d'entrer interdit que l'État membre exige un visa d'entrée ni une obligation équivalente. En revanche les membres de la famille du citoyen qui sont des ressortissants des pays tiers ou qui ne possèdent pas de carte de séjour peuvent se voir exiger un visa. Le droit dérivé impose une obligation de facilitation de l'obtention des visas pour ces personnes s'il y en avait besoin. Il s'agit d'un droit pas absolu, mais qui doit s'ajuster aux exigences générales de l'art. 21 TFUE, c'est-à-dire, la soumission aux « limitations et conditions prévues par les traités et par les dispositions prises pour leur application ».

Parmi les ressortissants de pays tiers bénéficiaires de ce droit d'entrée on peut citer recapitulativement d'une part ceux qui font partie de la famille du citoyen de l'UE et qui dans ce cas tirent leur droits de la législation dérivée de l'UE, et d'autres parts, au chapitre des accords internationaux, les bénéficiaires qui sont des ressortissants des États pleinement associés à la libre circulation de personnes, comme c'est le cas ressortissants de l'Islande, la Norvège, le Liechtenstein et la Suisse.

En ce qui concerne le camerounais, comme toutes les autres catégories de ressortissants de pays ACP, son exclusion du droit d'accès dans l'UE n'est en rien extraordinaire, dans la mesure où la grande majorité des ressortissants des pays tiers sont logés à la même enseigne. Et d'ailleurs même certains des ressortissants des pays tiers qui bénéficient de traitements les plus favorables accordés à leurs ressortissants sur la base d'accords internationaux comme c'est le cas de la Turquie n'en sont pas encore à bénéficier d'un droit d'accès dans l'UE. Dans l'affaire *Günaydin* la Cour a rappelé que la Décision 1/80 qui régit les conditions d'accès des turques sur le marché de l'emploi des États membres n'affecte pas la compétence des États membres en matière d'entrée

[80] Arrêt du 08.04.1976, C-48/75, *Jean Noël Royer*, ECLI:EU:C:1976:57, p. 207, aux par. 31 y 32.

des ressortissants des pays tiers sur leurs territoires[81]. Cela implique même la possibilité de refuser l'accès à un ressortissant turc sur le territoire pour y occuper un premier emploi. La situation, en revanche est tout à fait différente si celui-ci a déjà obtenu un droit de séjour, puisque selon la Cour, l'art. 6 de la Décision 1/80 s'applique à la situation des travailleur turcs déjà intégrés sur le marché du travail des États membres — *Kus, Bokurtz, Payir, Ertanir*—[82]. Ce pouvoir discrétionnaire des États membres n'a pas de caractère absolu, puisque la Cour de justice peut exercer un contrôle de proportionnalité sur ces pouvoirs qui relèvent de ladite compétence de l'État membre. Il en est de même pour les ressortissants des États du Maghreb qui sont parties aux Accords euro-méditerranéens tels que les Marocains, Tunisiens et Algériens. Ceux-ci ne sont pas non plus titulaires d'un droit qui leur garantisse l'accès dans les États membres l'Union. Pareille bénéficie ne peut être entendu comme étant attribué à des ressortissants des États tiers dont les États ne sont pas liés par des conventions avec l'UE qui établissent des droits au regards des travailleurs migrants, sauf à en être bénéficiaire comme on l'a dit plus tôt au titre de membre de la famille du citoyen de l'Union et par le truchement d'autres dispositions spécifiques du droit dérivé.

Effectivement, il existe des dispositions spécifiques de droit dérivé qui consacrent un droit d'entrée aux ressortissants des pays tiers indépendamment de leur nationalité. A cet égard on peut évoquer le statut de résident de longue durée qui permet aux ressortissants de États tiers de résider dans un autre État membre différent de celui qui leur a délivré l'autorisation de résidence initiale pour une période supérieure à trois mois pour y exercer un emploi salarié ou indépendant ou alors pour y réaliser toute autre activité couverte par la directive[83]. Ce droit de résidence implique nécessairement la reconnaissance d'un droit d'entrée à de tels effets. Par ailleurs, les travailleurs hautement qualifiés bénéficient également d'un droit d'entrée puisqu'ils peuvent aux termes de dix-huit mois d'emploi dans le premier État dans lequel le statut de travailleur hautement qualifié a été octroyé, se rendre dans un autre État

[81] Arrêt du 30.09.1997, C-36/96, *Günaydin*, ECLI:EU:C:1997:445, p. I-5160.

[82] Arrêt du 16.12.1992, *Kus*, C-237/91, ECLI:EU:C:1992:527, p. I-6781 ; Arrêt du 22.12.2010, C-303/08, *Bozkurt*, ECLI:EU:C:2010:800, p. I 13445; Arrêt 24.01.2008,C-294/06, *Payir*, Rec., p. I-203; STJCE de 30.09.1997, C-98/96, *Ertanir*, Rec., p. I-5179.

[83] Directive 2003/109/CE relative au statut des ressortissants de pays tiers résidents de longue durée, *JO* L 16, de 23.01.2004, p. 44.

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 8, janvier-décembre 2020, pp. 251-327
DOI: http://dx.doi.org/10.25267/Paix_secur_int.2020.i8.09

membre pour y exercer un emploi également hautement qualifié[84]. C'est aussi le cas de la Directive sur le regroupement familial qui crée un droit d'entrée exécutable vis-à-vis des États membres qui doivent garantir l'entrée du membre de la famille regroupé une fois que la demande de regroupement ait fait l'objet d'une décision favorable de la part des autorités compétentes. La doctrine s'accorde à dire que l'introduction de l'art. 7 de la CDFUE a vocation à s'appliquer pas uniquement qu'aux ressortissants des États membres, mais également aux ressortissants des États tiers et que pour autant, il est donc établi une obligation qui pèsent sur les États membres quand ils appliquent le droit de l'UE de protéger la vie privée et familiale des personnes — *toute personne*—[85]. En la matière, la Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme est particulièrement féconde et sert également de référence pour la Cour de justice de l'Union.

Le droit d'entrée est indissociable d'un présupposé nécessaire, c'est-à-dire le droit de sortie du territoire de l'État membre pour pouvoir entrer dans un autre. Ce droit existe et est reconnu implicitement par les dispositions qui régissent la libre circulation de personnes et même par le droit dérivé. D'ailleurs il était présent aux premières heures de l'adoption des mesures sur la circulation des travailleurs migrants et leurs familles dans la Communauté, en l'occurrence dans les Directives 68/360 et 73/148[86]. Le droit de sortie, cependant, est imprégné par une dose non négligeable de principes du droit international des droits de l'homme duquel il ne peut en être isolé. La pratique internationale tend vers le renoncement progressif de l'exigence de visas de sortie pour quitter son propre pays, puisque celle-ci est contraire du droit international.

Le droit d'entrée doit être aussi distingué de l'exemption de visa qui est une dispense de l'obligation de recourir à une autorisation préalable à l'entrée qui autorise à se présenter aux frontières de l'État de destination pour y demander l'accès. L'exemption de visa ne peut être perçue comme un droit d'entrée, car elle n'entraîne pas automatiquement pour les ressortissants des États

[84] *Voir* art. 18 de la Directive 2009/50/CE, établissant les conditions d'entrée et de séjour des ressortissants de pays tiers aux fins d'un emploi hautement qualifié, *JO*, L 155, du 18.06.2009, p. 17.

[85] Art. 7 CDFUE, *JO* C 326, 26.10.2012, p. 391.

[86] *JO* L 257 du 19.10.1968, p. 13 et *JO* L 172 du 28.6.1973, p. 14.

participants à ce type d'arrangements une garantie d'admission sur le territoire d'un autre État partie à l'accord.

L'entrée sur le territoire des États membres est soumise au respect des critères établis dans le Code Frontière Schengen—CFS— qui prévoit une liste de conditions qui ne s'appliquent pas seulement aux camerounais, mais à tous les ressortissants de pays tiers assujettis à l'obligation de visa pour la traversée des frontières de l'espace Schengen. Ces conditions portent non seulement sur la validité des documents de voyage, la possession d'un visa d'entrée, la justification de l'objet et les conditions du séjour envisagé, qui impliquent la preuve de la possession de moyens de subsistance et les garanties d'abandon du territoire de l'UE à la fin du séjour, mais aussi l'absence de signalement comme personne non-admissible, et l'absence de risque pour la sécurité intérieure, la santé publique et les relations internationales des États membres[87].

De ce point de vue il n'existe dès lors à l'entrée dans l'UE aucune volonté d'appliquer un traitement individuel à l'un ou l'autre des ressortissants soumis à l'obligation de visa pour l'accès au territoire Schengen. Bien au contraire, on le voit bien, ces conditions convertissent à l'anonymat le camerounais dans ce cadre particulier, au regard de ses conditions. La nationalité individuelle du camerounais est indifférente bien qu'elle ait déjà été prise en compte en amont pour l'établissement des listes de nationaux obligés de se munir d'un visa. En effets les règles précises relatives à l'obtention d'un visa d'entrée s'adressent en fait à tous les ressortissants des pays de la liste des ressortissants des pays tiers assujettis à l'obligation de visa—liste noire—[88]. Le camerounais n'est pas d'exempté de visas, et Il n'y donc pas de règles qui lui seraient destinées en particulier, en matière d'entrer dans l'UE.

On le sait, le visa s'est converti en un instrument privilégié des politiques de contrôle des flux migrations. L'UE, au travers de la communautarisation de la politique de visa opérée para le Traité d'Amsterdam est désormais la dépositrice de la compétence au sujet des conditions d'entrée, de séjour des ressortissants des pays tiers, ainsi que pour l'adoption des normes concernant la délivrance par les États membres de visas et de titres de séjour de longue durée, y compris aux fins du regroupement familial. Cette compétence constitue un des piliers

[87] Art. 6 CFS.

[88] *Voir* Annexe I du Règlement 2018/1806/UE, *JO L* 303 du 28.11.2018, p. 39–58.

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 8, janvier-décembre 2020, pp. 251-327
DOI: http://dx.doi.org/10.25267/Paix_secur_int.2020.i8.09

de la politique commune d'immigration dont le but est d'assurer *inter alia* une gestion efficace des flux migratoires, et la prévention de l'immigration illégale.

L'obligation d'obtenir un visa pour pouvoir accéder sur le territoire des États membres de l'UE semble être aujourd'hui la règle, et l'exemption de visa l'exception. En Effet, depuis la fin de la décennie quatre-vingt, l'UE a décidé de mettre en pratique la libre circulation de personnes longtemps prévue par les traités mais dont la mise en œuvre était retardée. Les deux Conventions de Schengen, c'est-à-dire l'accord de base et son instrument d'application ont généralisé l'exigence de visa en établissant en même temps des conditions harmonisées pour accéder dans le territoire des États parties aux accords. Rappelons ici que ces accords ont permis le démantèlement des contrôles aux frontières intérieures de l'UE d'une part et un renforcement des contrôles aux frontières extérieures d'autres part[89]. Cette expérience attrayante au regard des succès obtenus dans le cadre de la mise en œuvre expérimentale de la libre circulation personne a permis que les acquis de celle-ci soient transférés dans le cadre juridique communautaire, à travers leur incorporation par un protocole annexé aux Traité de Amsterdam[90].

Cependant, la formalisation de cette incorporation des questions relatives aux conditions d'accès dans l'UE dans les instruments du droit primaire de l'UE, n'était pas particulièrement inédite, puisque déjà l'art. 100 TCE introduit par le Traité de Maastricht avait opté pour l'établissement d'un embryon de politique commune d'immigration en établissant un mécanisme de décision pour la détermination des pays tiers dont les ressortissants doivent être munis d'un visa et ceux qui en sont exemptés lors du franchissement des frontières extérieures des États membres; dans le cadre des objectifs de la Communauté Européenne qui prévoyaient entre autre l'adoption des mesures relatives à l'entrée et à la circulation des personnes dans le marché intérieur.

C'est sur la base de cet antécédent que l'Union a perpétué un système binaire de listes dans lequel sont inscrits d'une part les pays dont les ressortissants sont exemptés de l'obligation de visa et d'autres part une liste de pays dont les ressortissants sont soumis à une obligation de posséder un visa pour

[89] Cf. Accord de Schengen du 14.06.1985 de suppression graduelle des contrôles aux frontières communes, *JO* L 239, 22.9.2000, p. 13 et Convention application de l'Accord de Schengen du 14.06.1985, *JO* L 239 du 22.09.2000, p. 19.

[90] Protocole intégrant l'acquis de Schengen dans le cadre de l'Union européenne, *JO* C 340, de 10.11.1997, p. 93.

pouvoir franchir les frontières extérieures des États membres. Aujourd'hui, la base juridique qui supporte une telle distinction est l'art. 77 TFUE. Il s'agit de listes dynamiques qui font l'objet de fréquentes modifications au regard des considérations d'opportunité définies par le règlement qui régule les listes. Selon ce règlement les critères qui président l'inclusion ou non d'un pays dans l'une ou l'autre des listes doivent tenir compte *grosso modo* du risque que les ressortissants des pays insérés constituent au regard de l'immigration illégale, les risques au regard de l'ordre public et la sécurité, les relations extérieures de l'Union avec les pays tiers, en tenant compte des implications de la cohérence régionale et de la réciprocité[91].

Ce système de liste, on le voit bien, rend difficile les marges de manœuvre d'action unilatérale des États membres au sujet du pouvoir de décision sur les ressortissants des pays exemptés ou non de visa. On voit bien aussi que ces critères vraisemblablement très politisés laissent un champ libre dans la catégorisation des pays à toutes sortes de tractations politiques au gré des différents intérêts de politique extérieurs des États membres. D'ailleurs l'influence individuelle des États membres dans les choix opérés a été à certaines occasions reconnue implicitement par la Commission elle-même[92].

Il est aisé de bien comprendre la volonté d'établir des critères convergents sur le triage des pays et leur insertion dans une ou l'autre liste, puisque nécessairement l'obtention du visa uniforme ne permet pas seulement aux ressortissants de pays tiers de circuler dans l'État membre qui a délivré le visa, mais dans l'ensemble des États Schengen ; libre de contrôles lors de la traversée des frontières intérieures. Cela est dû à la mise en œuvre d'une politique commune de visa qui implique l'harmonisation des conditions de délivrance de ceux-ci et la reconnaissance mutuelle des titres délivrés par les États membres du même ensemble.

En revanche, il est difficile d'affirmer que tous les critères évoqués sont effectivement suivis. L'analyse des «listes noires» laisse observer que l'essentiel des choix d'inclusion des pays sur cette liste obéit clairement à des critères économiques. La majorité des pays qui composent cette liste sont des pays confrontés à des situations de précarité économique et dont les niveaux de revenus par habitants sont assez dérisoires. Alors que de l'autre côté la

[91] COM (2000)027 Final de 26.01.2000, *JO* C 177E du 27.6.2000, p. 9-10.

[92] *Ibidem.*

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 8, janvier-décembre 2020, pp. 251-327
DOI: http://dx.doi.org/10.25267/Paix_secur_int.2020.i8.09

« liste blanche » réunit en son sein un nombre importants de pays riches ou industrialisés, ou alors plus généralement des pays qui peuvent se prévaloir de situations économiques relativement stables.

La plupart des pays ACP font parties des pays soumis à l'obligation de présenter un visa aux frontières des États membres participants du régime de Schengen, à quelques exceptions près. En effet, l'UE a signé avec sept pays ACP des accords d'exemption de visas, Il s'agit des suivants : Sainte-Lucie, le Commonwealth de Dominique, la Grenade, Saint-Vincent-et-les Grenadines, la République du Vanuatu, l'État indépendant du Samoa et la République de Trinité-et-Tobago. Tous sont de micro-États dont il est supposé que les ressortissants ne représentent en principe pas de risques migratoires pour l'UE.

Ce système est très peu favorable pour le camerounais. Il fait de lui un étranger « contrôlé », soumis à l'obligation de présenter un visa pour traverser les frontières extérieures de l'Union. Les différentes modifications de ces listes n'ont donné lieu à aucun changement de sa situation ou alors à aucun surclassement en ce qui le concerne. Pourtant, depuis l'adoption des premières listes on a pu assister à des changements assez remarquables de pays qui sont passés de la liste favorable à la moins favorable et qui sont retournés plus tard à la première. On sait aussi que la liste grise a été formellement interdite ou alors annulée.

Certains États membres soucieux de préserver des relations spéciales avec les territoires auparavant sous leur domination, interviennent dans les processus de mise en œuvre de la politique de visas pour demander un traitement spécial pour les ressortissants de ces pays auparavant sous leur influence. Le camerounais ne bénéficie ni de la part de l'Allemagne, ancienne puissance coloniale, ni des puissances tutélaires que furent la France et le Royaume Uni de Grande Bretagne d'aucune mesure particulière de faveur en matière de visa. Au contraire de ces pays, le cas de l'Espagne est tout à fait intéressant puisque ce pays a œuvré grandement jusqu'à une époque récente à ce que la plupart des pays d'Amérique Latine avec lesquelles elle entretient des relations historiques spéciales soient bénéficiaires d'exemption de visa pour leurs ressortissants qui prétendent accéder sur le territoire des États membres.

L'obligation de posséder un visa pour le camerounais est double étant donné qu'il est soumis à l'exigence de se munir d'un visa en général *uniforme*

pour accéder sur le territoire de l'Union, mais il lui est aussi exigé de posséder un *visa de transit aéroportuaire*, pour tous les détenteurs de passeport ordinaires, en particulier pour le passage en transit sur le territoire français, même si en la matière sa situation est légèrement plus avantageuse que celle de certains pays comme la Syrie et le Soudan qui ont l'obligation d'obtenir un visa de transit aéroportuaire dans respectivement douze et sept pays de l'UE[93].

Cette obligation de posséder un visa à l'entrée sur le territoire de l'UE assujetti le camerounais à une obligation procédurale d'obtention de visa. Il s'agit donc de ce point de vue d'une personne légalement tenue à cette procédure.

L'assujettissement des camerounais à l'exigence de visa concerne d'une part les visas *uniformes* qui sont en général de courte durée, car ils sont délivrés pour les séjours courts. Ceux-ci font l'objet d'une harmonisation complète des critères de délivrance. D'autres parts il sont aussi sujet le cas échéant aux visas de longue durée qui sont en revanche des visas nationaux qui se délivrent pour des durées de séjour beaucoup plus longues que la limite maximale de trois mois fixés en ce qui concerne les visas uniformes[94].

La protection des personnes qui sollicitent des visas est aussi considérée. Car il s'agit naturellement d'un des aspects les plus délicats si l'on tient compte du fait qu'en matière d'expédition des visas, les non-nationaux sont généralement dans une situation d'extrême vulnérabilité puisque la condition d'étranger donne très peu de garanties face aux pouvoirs régaliens exercés par l'État en ses frontières. Il est particulièrement intéressant que le CFS ait montré une certaine forme d'attention à la question du respect des droits fondamentaux, puisque la CDFUE et les autres obligations internationales des États membres en la matière sont évoquées comme référence pour le contrôle des pouvoirs des États membres au regard des conditions d'admission des ressortissants de pays tiers dans leurs frontières. Il reste que le problème se pose effectivement quant à la portée réelle de ces références formulées dans la partie préambulaire du CFS, mais avec aussi quelques références peu saillantes dans le *corpus* du règlement concernant uniquement les bénéficiaires de protection en vertu du droit international.

[93] *Voir* Information Commission Europea en https://ec.europa.eu/home-affairs/sites/homeaffairs/files/annex_7b_atv-national_lists_en.pdf, consulté novembre 2020.

[94] Visas nationaux de longue durée, mentionnés par la Décision de la Commission C(2010)1620 Final relative au Manuel du CVS, P. 16.

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 8, janvier-décembre 2020, pp. 251-327
DOI: http://dx.doi.org/10.25267/Paix_secur_int.2020.i8.09

A son tour le Code de visas Schengen—CVS— ne s'inquiète pas assez au sujet des droits fondamentaux, même si celui-ci, en plus de la CDFUE, fait référence aussi à la Convention européenne des droits de l'homme, à la convention des Nations unies relative aux droits de l'enfant. Ces mentions visent se font uniquement qu'au regard du traitement des données biométriques ; à la manipulation des données par des prestataires de services privés en matière de visa, comme s'il ne s'agissait là que des seules questions sensibles aux regards des droits fondamentaux des migrants en matière de visa[95].

Les notions de « courtoisie », « dignité humaine », « proportionnalité», interdiction de « discrimination à l'égard des personnes qui se fondent sur le sexe, l'origine raciale ou ethnique, la religion ou les croyances, le handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle» mentionnées dans le CVS semble être appelées au secours pour humaniser autant que possibles ces procédures qui donnent lieu très souvent à des abus de tous genres[96]. En la matière on peut mentionner par exemple les très controversées « zones d'attentes et demande d'asile à la frontière » dans les aéroports et gares ferroviaires françaises, souvent dénoncées par les associations de défense des migrants comme étant des zones de « non-droits » dans lesquelles les migrants sont retenus et refoulés de manière abusive sans le respect des garanties procédurales de base[97].

En ce qui concerne le traitement des dossiers de visas, le CVS le soumet à des délais maximums pour éviter les comportements arbitraires. Les personnels des services en charge des visas ont également l'obligation de motiver les rejets de demandes de visas. Ces rejets peuvent d'ailleurs donner lieu à des recours formés par les personnes destinataires de décisions défavorables. Les autorités des États membres doivent assurer la formation des personnels destinés aux services des visas, et assurer un contrôle et suivi de la procédure d'examen des demandes de visa et pallier les éventuels dysfonctionnements.

Sur le plan des régimes particuliers accordés par les États membres aux ressortissants des pays ACP, en particulier dans les relations entre la France et le Cameroun, l'on constate que les parties ne s'accordent pas de régimes d'entrée substantivement plus avantageux que le régime général appliqué au titre des

[95] Art. 13 CVS.

[96] *Ibidem.*, art. 39.

[97] ANAFÉ, *Aux frontières des vulnérabilités : rapport d'observations dans les zones d'attentes,* 2016-2017, février 2018, p. 31-61.

Règlements sur le CFS et le CVS. Si, comme on a pu l'observer la condition du camerounais est manifestement marginale et présente un caractère très peu singulier en matière d'entrée dans l'UE, on peut se demander s'il en est de même en matière de résidence.

VI. LA RÉSIDENCE DES CAMEROUNAIS DANS L'UE

La question de l'intégration des ressortissants des pays tiers dans l'UE s'est convertie en un objectif important au regard de la politique d'immigration de l'UE. Elle se présente aujourd'hui comme un objectif transversal de cette politique, c'est-à-dire, en tant que le but ultime des règles qui s'établissent au sujet des ressortissants non européens qui prétendent s'installer sur le territoire de l'UE. En cela elle représente un point d'étude tout à fait indispensable au-delà même de l'examen d'autres régimes établis en matière de résidence par le droit dérivé à savoir : la résidence de longue durée, le regroupement familial et la sécurité sociale.

1. L'intégration

On peut dire que le statut des ressortissants des pays tiers a connu une éclaircie notable surtout avec l'établissement comme on l'a dit d'un régime applicable aux ressortissants de longue durée dans l'UE. Toutefois, cette transformation essentielle, loin d'être suffisante a été l'une des suites données à la croissante importance de la question de l'intégration des ressortissants des pays tiers. Le régime de longue durée, par ailleurs, participe de cet objectif d'intégration qui s'est imposé comme une nécessité après le sommet de Tampere[98]. L'idée d'une « politique plus énergique»[99] d'intégration des ressortissants des pays tiers a fait son chemin tout en restant tout de même fondée sur le principe du traitement équitable et des droits comparables évoqué *supra*. Ce principe comme on l'a dit est en train de produire un impact positif sur le statut des ressortissants des pays tiers en général et du camerounais en particulier.

Cette évolution ne doit pas être comprise indépendamment de la métamorphose qu'a connue le statut du citoyen lui-même. Cela s'est vu au

[98] Section III des Conclusions de la Présidence du Conseil Européen de Tampere, 15 et 17.10.1999.

[99] *Ibidem.,* Point III, par. 18.

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 8, janvier-décembre 2020, pp. 251-327
DOI: http://dx.doi.org/10.25267/Paix_secur_int.2020.i8.09

regard de ce qui a été considéré par certains auteurs comme la proclamation de la fin de la « citoyenneté du marché »[100]; c'est-à-dire, en désaccouplant l'exercice d'une activité économique de ladite notion de citoyenneté de l'UE. La citoyenneté européenne par ailleurs a été reconnue comme le « statut fondamental » du ressortissant des États membres par la jurisprudence de la Cour de justice de l'UE.

Parallèlement, on a vu se développer pour les ressortissants des pays tiers une nouvelle forme de citoyenneté, c'est-à-dire une « citoyenneté sociale », telle que qualifiée par la doctrine. La notion s'est vue précisée à l'occasion de l' affaire *Kamberaj*[101] dans laquelle la Cour de justice a étendu le principe de la couverture sociale sous forme d'assistanat aux ressortissants des pays tiers dans le but de les préserver contre les risques d'exclusion sociale et de la pauvreté, et ce faisant, elle a renforcé le principe d'égalité et de solidarité entre les ressortissants des États membres et les ressortissants des pays tiers spécialement en ce qui concerne les résidents de longue durée[102]. Concurremment, dans l'affaire *Ruíz Zambrano*[103] la Cour a reconnu un droit au séjour et au travail aux ressortissants des pays tiers quand l'octroi de ces bénéfices sert une raison supérieure qui consiste à garantir aux citoyens de l'UE la jouissance de « l'essentiel des droits conférés » par ce statut[104].

La vivification de la CDFUE grâce au Traité de Lisbonne, s'inscrit dans ce mouvement de transformation. La Charte a insufflé un esprit nouveau d'égalité, de justice, qu'il serait téméraire de nier. C'est un esprit nouveau qui pénètre les domaines auparavant fermés comme celui de prohibition de discrimination de l'art. 18 TFUE dont l'application exclusive aux ressortissants des États membres est aujourd'hui remise en cause. Il nous semble donc que la Charte renforce indirectement, le principe du traitement juste et des droits comparables à ceux des citoyens, étant donné ce nouvel élan d'égalité qu'elle introduit.

---

[100] Sweeney M., "L'integration social des ressortissants d'États tiers de l'UE", *Revue des Affaires Européennes*, Vol. 4, 2013, pp.667-688.

[101] Arrêt du 24.04.2012, C-571/10; *Kamberaj,* EU:C:2012:233.

[102] *Ibidem.*

[103] Arrêt du 08.04.2011, C-34/09, *Ruiz Zambrano*, ECLI:EU:C:2011:124, p. I-1177.

[104] *Voir* aussi Juarez Pérez P., "La inevitable extensión de la ciudadanía de la Unión: a propósito de la STJUE de 08 de marzo de 2011 (asunto Ruíz Zambrano)", *Revista de Derecho Transnacional*, octubre 2011, Vol. 3, nº 2, p. 254-255.

En outre, on peut aussi noter des avancées certes timides mais décidées vers une clarification du traitement des ressortissants des pays tiers au-delà de la résidence de longue durée, en déterminant progressivement un socle commun de droits applicables à ceux-ci tel qu'on peut l'apprécier dans la Directive sur le permis unique qui sera étudiée plus loin. Cet effet de convergence des règles de résidence dans l'UE qui tend aussi au rapprochement des droits entre citoyens et ressortissants des pays tiers se fait sans égard à une distinction entre les ressortissants des pays tiers. Le statut du camerounais s'en trouve renforcé mais pas à titre uniquement individuel. Le rapprochement des statuts évoqué est nettement perceptible en matière de résidence de longue durée.

2. La résidence de longue durée

Le camerounais est un des bénéficiaires collatéraux de la transformation fondamentale du statut des ressortissants des pays tiers dans l'UE. Car l'on sait que la résidence de longue durée s'est révélée être un puissant instrument de convergence de statuts entre ressortissants des États membres et ceux des ressortissants des pays tiers. On a assisté en effet une fois encore à une forme de ré-explication des fondements de la libre circulation des personnes qui a conduit dans une certaine mesure a l'élargir d'avantage le droit à la mobilité des ressortissants des pays tiers. La Directive sur le statut de résident de longue durée a créé un ensemble de prérogatives intéressantes qui sont reconnues à ces derniers, spécialement en matière d'égalité de traitement[105]. Celles-ci restent néanmoins fortement conditionnées et limitées. La légalité du séjour du ressortissant du pays tiers semble être la condition essentielle pour la jouissance des droits établis par la Directive[106].

Au Conseil Européen de Tampere, un principe essentiel a été posé ; un principe unitaire mais binaire dans sa formulation. Il sagit du principe du traitement équitable des ressortissants des pays tiers et du rapprochement des statuts entre citoyens en non ressortissants de l'UE[107].

---

[105] *Voir* art. 11 de la Directive 2003/109/CE.

[106] *Ibidem.* art. 3.1.

[107] Section III, Conclusions de la Présidence du Conseil Européen de Tampere : "L'Union européenne doit assurer un traitement équitable aux ressortissants de pays tiers qui résident légalement sur le territoire de ses États membres. Une politique plus énergique en matière d'intégration devrait avoir pour ambition de leur offrir des droits et obligations comparables à

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 8, janvier-décembre 2020, pp. 251-327
DOI: http://dx.doi.org/10.25267/Paix_secur_int.2020.i8.09

L'importance de ce principe aujourd'hui n'est plus à démontrer, au regard du rayonnement qu'il est en train d'acquérir dans le droit de l'UE, en particulier en ce qui concerne les questions relatives au droit des étrangers. Ce principe est évoqué non seulement dans l'art. 79.1 TFUE sur la politique commune d'immigration, mais il fait également l'objet d'une référence constante dans les actes législatifs dérivés adoptés en matière d'immigration[108]. À notre avis, il devrait aujourd'hui être en mesure de constituer un des paramètres de contrôle des actions législatives, administratives des États membres, en vue de garantir à tout moment que ces derniers interprètent le moins restrictivement possible les droits des étrangers. De plus, cette position référentielle devrait servir en principe à corriger les lacunes laissés par les normes relatives à la politique d'immigration qui confèrent des droits et obligations au regard des ressortissants des pays tiers.

De son côté, l'article 13.3 de l'Accord de Cotonou se trouve être le principal allié des camerounais dans ce contexte de convergence de statuts. Il s'agit d'une disposition qui établit on le sait un principe non-discrimination assez consistant au regard des conditions de travail, rémunération et licenciement. Il nous semble cependant que la portée de ce principe en comparaison avec la Directive de longue durée est beaucoup plus limitée. Cet article de l'Accord ACP-UE n'apporte pas véritablement une plus-value appréciable au regard de la relative solidité des droits déjà conférés par cette directive. Car en effet à elle toute seule, la Directive de longue durée tire vers le haut le statut des ressortissants des pays tiers les moins avantagés au titre des accords internationaux de l'UE. Elle a même le mérite à la fois de renforcer les droits de certains ressortissants de pays tiers qui jouissaient déjà depuis de longues

---

ceux des citoyens de l'Union européenne. Cette politique devrait également favoriser la non-discrimination dans la vie économique, sociale et culturelle et mettre en place des mesures de lutte contre le racisme et la xénophobie(…) Le Conseil européen reconnaît la nécessité d'un rapprochement des législations nationales relatives aux conditions d'admission et de séjour des ressortissants de pays tiers, fondé sur une évaluation commune tant de l'évolution économique et démographique au sein de l'Union que de la situation dans les pays d'origine. Il demande à cette fin au Conseil d'arrêter rapidement des décisions sur la base de propositions de la Commission. Ces décisions devraient tenir compte non seulement de la capacité d'accueil de chaque État membre, mais aussi de leurs liens historiques et culturels avec les pays d'origine".

[108] Par exemple, Directives sur la regroupement familial— *JO* L 251, 3.10.2003, p. 12—, sur la résidence de longue durée, sur le permis unique— *JO* L 343, 23.12.2011, p. 1—, etc.

années d'un traitement plus favorable dans l'UE en ce qui concerne les migrations de leurs ressortissants. C'est le cas notamment de la Turquie.

L'introduction de la Directive de longue durée remet en question la notion de « privilège» qui tend à hiérarchiser o classifier les statuts des ressortissants des pays tiers en fonction du degré de concession des droits relatifs à la libre circulation dont ils jouissent. Il est courant de retrouver dans la littérature spécialisée une utilisation récurrente de la notion de ressortissants de pays tiers « privilégiés »[109]. Il s'agit d'une notion dont la pertinence dans le droit des étrangers de l'UE n'est à notre sens pas démontrée.

Dans ce même contexte, il devient difficile de limiter le champ personnel de l'art. 18 TFUE en matière de discrimination basée sur la nationalité aux seuls ressortissants des États membres. La Directive de longue durée au même titre que les autres qui visent les ressortissants de pays tiers ont pour effet de distendre le champ d'application des traités, puisqu'elles incluent dans leur champ personnel les ressortissants des pays tiers. Pour autant, il paraît ardu au-delà de toutes autres considérations pertinentes de continuer à nier le potentiel expansif du principe de non-discrimination évoqué en sus. Celui-ci est en cohérence avec la tendance au rapprochement des droits entre citoyens et non-citoyens de l'UE, dont un des exemples les plus illustratifs est cette même Directive de longue durée.

Sur le plan bilatéral le camerounais bénéficie dans certains États membre de l'UE, notamment la France, d'un statut qui se présente comme un véritable accélérateur et en même temps stabilisateur de sa résidence dans l'UE. En effet au bout d'une période de résidence assez courte— en tout cas inférieure à celle exigée par la Directive de longue durée—, celui- ci est en mesure d'accéder à un statut plus permanent[110]. Mais ce statut en France n'apporte pas d'autres avantages significatifs au regard de la Directive de longue durée,

---

[109] Perrine, D., *L'accès des ressortissants des pays tiers au territoire des États membres de l'Union européenne*, Bruylant, Bruxelles, 2013, p. 1021.

[110] Au bout de trois ans de séjour légal sur le territoire français, les camerounais comme certains autres ressortissants d'Afrique subsaharienne obtiennent un permis de résidence de dix ans. *Voir* par. 3.1 de la Circulaire du Ministère de l'Intérieur, nº NOR/INT/D/05/00094/C, sur le Droit au séjour en France des étrangers relevant des régimes juridiques spéciaux, de 27.10.2005. Le régime commun qui prévoit 5 ans de résidence est prévu aux arts. L.314-8 jusqu'à L.314-10 du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile — Ordonnance nº 2004-128, *JO* du 15.11.2004—.

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 8, janvier-décembre 2020, pp. 251-327
DOI: http://dx.doi.org/10.25267/Paix_secur_int.2020.i8.09

c'est-à-dire qu'il n'est pas en même de générer un droit de séjour dans d'autres États membres. Le droit d'accès au statut de résident de longue durée-UE s'acquiert uniquement dans les conditions fixées par la directive pertinente. Il est également important, dans le même ordre d'idées, d'examiner la condition du camerounais au regard du regroupement familial.

3. Le regroupement familial

Le regroupement familial est un des pans les plus problématiques du statut des camerounais dans l'UE. D'une part parce que la norme de droit dérivé qui régit la matière n'est pas connue pour être allée jusqu'au bout de la logique de consolidation d'un droit au regroupement familial dans toute sa plénitude, c'est-à-dire, dans les conditions qui se rapprochent de celles octroyées aux citoyens ; d'autres parts parce que l'art. 13.3 de l'Accord de Cotonou n'a rien prévu à cet égard. Dans les Accords ACP-UE, la seule référence à la famille qui fut introduite l'était en rapport avec les prestations de sécurité sociale des travailleurs. Cette référence on le sait a aujourd'hui disparu desdits accords[111].

Les difficultés que posent le droit au regroupement familial du camerounais tiennent à la notion de famille telle que comprise par la pratique sociale et juridique au Cameroun, et dont le contenu va bien au-delà de l'approche limitée de la famille nucléaire adoptée par la Directive sur le regroupement familial. En la matière on peut citer l'institution du mariage polygamique qui est une des deux options nuptiales légalement instituée, à côté de l'option monogamique, sur lesquelles les futurs époux doivent opérer un choix[112]. Il en résulte que pour les camerounais, le choix de l'option polygamique pourrait empêcher que les personnes concernées conduisent leur vie familiale sur le territoire de l'UE, puisque le conjoint «sponsor» ne pourraient se prévaloir d'un mariage polygamique comme base pour solliciter l'accès sur le territoire d'un État membre de plus d'un conjoint[113]. D'autres inconvénients

[111] Ex. : Annexe XV à la Convention de Lomé IV : « (...) ressortissants de pays ACP légalement employés sur le territoire d'un État membre et les membres de sa famille (…)».

[112] L'art. 48 de l'Ordonnance n° 81/002 du 29.06.1981, *portant organisation de l'État civil et diverses dispositions relatives à l'état des personnes physiques* précise que el certificat de mariage, en plus d'autres mentions doit porter comme mention obligatoire la forme polygamique ou monogamique du mariage.

[113] Selon ÁLVAREZ RODRÍGUEZ A., «Algunas reflexiones urgentes relativas a la reagrupación familiar en el derecho comunitario. A propósito de la publicación de la Directiva 2003/86/CE del Consejo, de 22 de septiembre de 2003, sobre derecho el derecho a la reagrupación

importants sont liés à l'inexistence dans la législation sur l'état des personnes au Cameroun d'une reconnaissance des relations de couples non mariés[114] et de manière plus drastique encore de l'absence de possibilité de reconnaître des unions homosexuelles, puisqu'au Cameroun la pratique homosexuelles est un délit au regard de Code Pénal[115]. En outre, certaines conditions d'âge liées aux membres de la famille peuvent être un obstacle pour la jouissance de ce droit—certains États membres exigent un minimum d'âge qui est supérieur à l'âge minimum du mariage au Cameroun—[116].

Puisque l'art. 13 de l'Accord de Cotonou ne prévoit aucune disposition sur la famille des ressortissants ACP, on ne peut en conclure que ces ressortissants de pays tiers sont privés du droit au regroupement familial. La « *lex favorabilis* » devrait pouvoir s'appliquer pour pallier cette insuffisance, en l'occurrence la Directive sur le regroupement familial.

Sur le plan bilatéral, au regard des régimes particuliers avec certains États membres individuellement considérés, il existe un droit au regroupement familial des camerounais dans *l'Accord sur la circulation des personnes* de 1994 entre le Cameroun et la France[117]. Les conditions qui s'établissent ne sont pas incompatibles avec les dispositions de la Directive de regroupement familial. L'Accord de 1994 peut même être considéré plus favorable que la directive de regroupement familial, puisque celle-ci prévoit la possibilité d'introduire des mesures d'intégration—par essence restrictives— qui ne sont pas ailleurs exigées dans le cadre de l'accord bilatéral. Cependant le statut des camerounais membres de la famille du citoyen de l'UE reste de loin le plus avantageux du

familiar» dans http://www.icam.es/docs/ficheros/200407190008_6_4.pdf, p. 8; Wiesbrock A.; "Whose citizenship to empower in the area of freedom, security and justice: the act of mobility and litigation in the enactment of European citizenship, Center for European Policies Studies, mai 2010, pp. 4-5, in https://www.ceps.eu/.

[114] Pas prévu par l'Ordonnance 81/002.

[115] *Voir* art. 347 bis du Code pénal—nº 67/LF/1 de 12.06.1967— établit une peine d'entre six mois a cinq ans ou une amende d'entre 20000 à 200000 francs —30 à 300 euros—pour toute personne qui aurait des relations sexuelles avec les personnes du même sexe.

[116] En Autriche l'âge minimum pour le mariage est de 21 ans, or l'art. 5 de l'Ordonnance 81/002 spécifie que aucun mariage ne peut être célébré si les candidats aussi bien hommes que femmes s'il sont mineurs respectivement de 15 et 18 ans.

[117] Convention entre la République Francaise et la République du Cameroun relative à la circulation et au séjour des personnes, signée à Yaoundé el 24.01.1994.

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 8, janvier-décembre 2020, pp. 251-327
DOI: http://dx.doi.org/10.25267/Paix_secur_int.2020.i8.09

fait de la qualité de bénéficiaire par excellence du droit de l'UE. Que dire de la sécurité sociale ?

4. La sécurité sociale

En matière de sécurité sociale les Accords ACP-UE n'ont pas eu à traiter de cette question d'une façon constante. Ce traitement a été éphémère. Le principe de non-discrimination en matière de sécurité sociale liée à l'emploi aussi bien pour le travailleur comme pour les membres de sa famille qui résident avec lui a été introduit par la Convention de Lomé III, mais supprimé complètement dans les Accords de Cotonou. Il s'agit d'une suppression bien intrigante qui sonne comme une exclusion des ressortissants des pays ACP du droit d'accès aux prestations de la sécurité sociale en général, alors que bien d'autres accords internationaux avec les pays tiers maintiennent des dispositions spécifiques en matière de sécurité sociale[118].

Cette omission ne pouvait en réalité être interprétée comme une absence de droit à la sécurité sociale pour ces ressortissants de pays ACP dans l'UE. Les régimes de sécurité sociale sont primordialement organisés et régis dans le cadre domestique des États membres. En l'absence de clauses sur leur protection ou alors sur l'égalité de traitement dans cet Accord de Cotonou, il serait insoutenable aujourd'hui au regard de l'évolution du droit de l'UE et du droit constitutionnel États membres, de considérer qu'il puisse avoir des exclusions basées sur la nationalité en matière d'accès aux prestations de la sécurité sociale liées à l'emploi. La principale raison est que non seulement les États membres s'inspirent des traditions communes de protection des droits en vertu des obligations du droit international régional, mais également, le principe du traitement équitable et des droit comparables que nous considérons fondamental, ne permettrait pas une telle interprétation négative des droits des ressortissants de ce groupe d'États. De plus, la CDFUE reconnait un droit à la non-discrimination en matière protection de la sécurité sociale[119]. Les conventions pertinentes de l'OIT ne sont pas non plus favorables à de telles exclusions[120]. La jurisprudence récente de la Cour de justice a d'ailleurs

[118] Par exemple, les ressortissants turcs, États du partenariat avec les Balkans Occidentaux, les États du partenariat euro-méditerranéen, les ressortissants russes etc.

[119] Art. 21 CDFUE.

[120] Convention nº 97 de l'OIT sur les travailleurs migrants du 01.07.1949, Genève, 32ª réunion CIT. et la Convention nº 118 de l'OIT sur l'égalité de traitement entre les nationaux et les

confirmé que cette protection des ressortissants des pays tiers porte aussi sur les prestations d'aide sociale surtout dans le cas où ces ressortissants de pays tiers concernés peuvent se prévaloir d'un statut de longue durée dans l'UE—affaire *Kamberaj*—.

Sur le plan des rapports bilatéraux entre certains États membres et le Cameroun, on peut dire que le principe non-discrimination est également central dans la Convention Générale et l'arrangement y relatifs établis en 1990 entre les deux pays en matière de sécurité sociale[121]. Le statut du camerounais comme travailleur est également important à définir.

5. Les travailleurs

Les travailleurs sont précisément ceux des ressortissants visés par l'art. 13 de l'Accord de Cotonou. À ce titre on peut dire que c'est le groupe par excellence concerné par les dispositions établies dans cet accord au regard du statut des migrants. Les travailleurs doivent être protégés contre les chefs des discriminations fondées sur la nationalité en ce qui concerne les conditions de travail, rémunération et licenciement. Le principe d'égalité de traitement opère au regard de toutes les catégories de travailleurs ACP dans l'UE. Les travailleurs hautement qualifiés sont au-delà du qualificatif «hautement qualifié» couverts aussi par ce principe d'égalité de l'art. 13 de l'Accord de Cotonou en ce qui concerne les conditions de travail, rémunération et licenciement. La notion de « conditions de travail» dont il est question doit à notre sens être interprétée de manière large, et devrait être assez inclusive pour prendre en compte le contexte de l'adoption de ladite clause d'égalité de traitement. Le défaut d'interprétation extensive de celle-ci remettrait gravement en cause son « effet utile » et même sa propre pertinence. La notion de conditions de travail devrait être sujette à la même interprétation que celle que la Cour de justice a faite de cette notion cette dans d'autres accords internationaux, en particulier dans les Accords euro-méditerranéens avec le Maroc, la Tunisie, et l'Algérie par exemple, et dans une certaine mesure l'Accord avec la Turquie.

étrangers en matière de sécurité sociales.

[121] Convention générale de 05.111990 de sécurité sociale entre le Gouvernement de la République française et le Gouvernement de la République du Cameroun —Décret n° 92-223 du 10.03.1992, publié au *JO* del 12.03.1992—, entrée en vigueur le 01.03.1992 —avec un Protocole relatif au régime d'assurances sociales des étudiants—. *Voir* aussi Arrangement Administratif Général du 05.11.1990, publié *au BO SS*, 9-92, entré en vigueur el 01.03.1992.

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 8, janvier-décembre 2020, pp. 251-327
DOI: http://dx.doi.org/10.25267/Paix_secur_int.2020.i8.09

En ce qui concerne les travailleurs hautement qualifiés, l'art 13 ACP-UE joue également pleinement son rôle quant à la neutralisation des discriminations envers eux sur la base des trois motifs évoqués. Cet article 13 institue d'ailleurs un régime légèrement plus favorable que la Directive sur les travailleurs hautement qualifiés. La protection qu'il garantit devrait agir contre les violations du principe par le législateur dérive et national. La limitation de l'égalité de traitement par la directive, spécialement en ce qui concerne le logement et la formation professionnelle, ne devrait pas tenir devant le principe de non-discrimination de l'art. 13.3.

Au-delà des considérations d'ordre purement juridique, la question du recrutement de des travailleurs hautement qualifiés pose un problème éthique important. C'est d'ailleurs un des points essentiels de la controverse suscitée surtout du côté des pays ACP. On sait très bien que l'évasion des compétences est un des problèmes graves des migrations africaines, car des pourcentages très élevés des migrants africains qui émigrent généralement sont des personnes qualifiées[122]. Ceux-ci abandonnent leurs pays d'origine pour rejoindre les pays industrialisés de l'OCDE dans les secteurs en manque de compétences, créant ainsi une pénurie des personnels qualifiés dans ces pays ACP[123]. Le nœud de la problématique éthique réside dans le fait que ces pays africains sont non seulement privés des ressources humaines qui contribuent à leur développement, et, paradoxalement les populations appauvries son empêchées de migrer vers les pays bénéficiaires de l'expertise de ces travailleurs hautement qualifiés.

L'art. 13 de l'Accord de Cotonou concerne aussi les travailleurs transférés intra-groupe, et temporaires, étant donné qu'ils rentrent par principe dans son champ d'application. Ces Directives ne couvrent pas la situation des ressortissants des pays tiers qui sont bénéficiaires de la libre circulation des personnes en vertu du droit dérivé et des accords internationaux de l'UE. Naturellement ceux des camerounais qui n'entrent pas dans le champ de la protection du droit de l'UE comme membres de la famille du citoyen de l'UE ne sont pas donc couverts par celles-ci.

---

[122] Rapport du Secrétariat Du Groupe des États ACP sur la *Mobilité Humaine : Migration et développement humain dans les pays ACP*. Résumé Exécutif, par ANDREA GALLINA, 2011, p. 3

[123] *Ibidem.*

Ces directives, de la même manière que les autres sur l'immigration, affaiblissent l'élément de nationalité des ressortissants des pays tiers, puisqu'elle porte sur des groupes très hétérogènes de ressortissants des pays tiers sans s'intéresser à leur nationalité de manière spécifique. Il est bien vrai qu'en amont le critère de nationalité est le critère décisif de distinction en ce qui concerne le champ d'application personnel, entre les ressortissants des États membres et de ressortissants de pays tiers. Au regard de ces directives, on peut dire que le camerounais apparaît comme anonyme, sans que sa nationalité camerounaise soit particulièrement pertinente. Le même principe de non-discrimination envers les travailleurs s'applique également aux sportifs professionnels qui sont également des travailleurs au sens formel du terme.

En matière de régimes particuliers, dans les rapports entre la France et le Cameroun, *l'Accord de Gestion concertée des migrations* couvre potentiellement les travailleurs hautement qualifiés, c'est-à-dire les personnes qui relèvent de la catégorie dénommée « compétences et talents»[124]. Même si cet accord n'utilise pas directement l'expression «travailleur hautement qualifié», on peut en déduire aisément qu'il s'applique aux travailleurs hautement qualifiés et même malgré le fait que ceux-ci ne sont pas les seuls concernés *rationae personae*. Dans cet accord la durée prévue pour ce type de séjour est de trois ans. Cette durée s'adapte très bien aux exigences de la Directive sur les travailleurs hautement qualifiés qui permet aux États membres de déterminer une période de validité des autorisations de séjour dans une fourchette qui varie entre un à quatre ans[125]. Ce statut de « compétences et talents» ne paraît pas innover ou alors se démarquer de manière significative des conditions établies par la Directive pour les travailleurs hautement qualifiés.

En ce qui concerne les travailleurs transférés intra-groupe[126] et les travailleurs temporaires[127], il n'est pas prévu de dispositions sur le plan bilatéral. Cela nous

[124] Porte sur les titres de séjours intitulés « compétences et talents ». Il s'agit d'un permis de séjour expédié unilatéralement par les parties. Il s'octroi aux personnes « susceptible de participer, du fait de ses compétences et de ses talents, de façon significative et durable au développement économique ou au rayonnement, notamment intellectuel, scientifique, culturel, humanitaire ou sportif de la France et, directement ou indirectement, du Cameroun»—par. 2.2.3 de l'Accord de gestion concertées des migrations—.

[125] Art. 7.2 Directive 2009/50/CE, du 25.05.2009, *JO* L 155 de 18.06.2009, p. 17.

[126] Directive 2014/66/UE, *JO* L 157 de 27.05.2014, p. 1

[127] Directive 2014/36/UE, *JO* L 94 de 28.03.2014, p. 375.

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 8, janvier-décembre 2020, pp. 251-327
DOI: http://dx.doi.org/10.25267/Paix_secur_int.2020.i8.09

conduit à examiner la situation des camerounais qui se livrent à des activités de recherche et celle des étudiants.

6. Les chercheurs et étudiants

L'on doit d'abord observer que la Directive 2016/801 **à** opter pour un regroupement thématique dans le traitement de la situation des chercheurs et des étudiants[128]. Ces questions faisaient pourtant l'objet de régulation séparées dans avant cette toute dernière réforme[129].

En ce qui concerne les chercheurs, on doit d'abord observer l'ambivalence de leurs statuts car la directive ne spécifie pas spécialement qu'ils doivent être considérés comme des travailleurs au sens du droit national ou de du droit de l'UE. La détermination de leur statut est entièrement laissée aux mains des organismes d'accueil des chercheurs par souci visiblement de flexibilité et d'adaptabilité du régime. Bien évidemment, le but aussi est de rendre attractif et opératif la captation d'un grand nombre de chercheurs étrangers dans la UE. Dans les Accords ACP-UE, la condition de chercheur n'est pas particulièrement prise en compte. C'est également le cas sur le plan des relations bilatérales entre certains États membres et le Cameroun, notamment les accords entre la France et Cameroun. Dans ce dernier cas, rien n'exclut cependant que la situation de chercheur puisse être couverte par le titre de séjour de « compétences et talents », si les personnes concernées représentent un véritable capital pour le rayonnement scientifique direct ou indirecte des États parties à l'Accord de Gestion concertée des migrations—critère essentiel pour bénéficier du statut de séjour de « compétences et talents »—[130].

Si la condition de travailleur du chercheur ACP est avéré ou déterminé, celui-ci devrait pouvoir se prévaloir du principe de non-discrimination établi à l'art. 13.3 de l'Accord de Cotonou, en ce qui concerne les conditions de travail, rémunération et licenciement. La directive concourt à réaliser un objectif d'intérêt vital pour l'UE qui consiste à rendre compétitives et durable les économies européennes et s'inscrit dans l'«approche global des migrations » adoptée par l'UE[131]. On observe une mise en valeur intentionnelle des facteurs

[128] *JO* L 132 de 21.05.2016, p. 21

[129] Directive abrogée 2005/71/CE de 12.10.2005, *JO* L 289 de 03.11.2005, p. 15

[130] Par. 2.2.3 de l'Accord de gestion concertées des migrations.

[131] COM (2011) 743 Final du 18.11.2011, Approche globale de la question des migrations et de la mobilité.

d'attractivité pour les chercheurs étrangers et des concessions importantes. Ces concessions visent surtout l'extension du domaine de l'égalité de traitement en comparaison avec les ressortissants des États membres. Quelques exemples qui illustrent cet état de chose sont : la préservation de l'unité familiale des ressortissants des pays tiers sous la directive en question, en facilitant l'entrée des membres de la famille; l'égalité de traitement dans les branches de la sécurité sociale; les avantages en matière de fiscalité, etc. Cette directive est en fait pour les camerounais et les autres ressortissants de pays ACP une «*lex favorabilis* », puisque par exemple elle introduit une égalité de traitement en matière de sécurité sociale qui n'est pas prise en compte par l'art. 13.3 de l'Accord de Cotonou.

En ce qui concerne les étudiants, leur est assez importante dans les Accords ACP-UE. Cela est d'autant plus vrai que normalement dans les accords de coopération ou d'association, il est fait mention traditionnellement des travailleurs et leur famille de l'une et l'autre des parties quand il s'agit déterminer le statut des personnes migrantes. Cela est d'autant plus surprenant que les étudiants ne sont pas en général considérés comme des immigrés au sens formel du terme. Ils n'ont vocation en principe qu'à séjourner sur le territoire de l'État d'accueil que le temps de la durée des études. Leur séjour est donc en principe temporaire, sauf si s'ils en viennent à changer de statut sur la base d'une permission établie par la loi.

La raison de cet intérêt spécial pour cette catégorie et de cette importance remonte au Troisième Accord de Lomé, à la faveur de l'introduction de la Déclaration sur les travailleurs et étudiants. L'importance de ce collectif a été mis en relief dans un primer temps pour plaider en faveur d'un traitement moins arbitraire à leur égard sur le territoire des États membres de la Communauté. Plus tard, la référence aux étudiants visait à souligner leur rôle important dans le développement des pays ACP, en particulier en tenant compte du fait que l'un des objectifs importants des accords ACP est la promotion du développement des pays du groupe ACP. Rappelons que ces clauses spécifiques sur les étudiants ont été introduites dans les Accords de Lomé, mais ont perdu leur d'importance dans les accords de Cotonou et ont presque disparu dans le dernier Accord de Cotonou de 2010.

Dans les Accords de Lomé toutes références qui touchaient aux étudiants tenaient un caractère généralement non obligatoire du moins au regard de

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 8, janvier-décembre 2020, pp. 251-327
DOI: http://dx.doi.org/10.25267/Paix_secur_int.2020.i8.09

leur formulation. Certaines de ces clauses cependant revêtaient à notre sens une importance nécessaire, c'est-à-dire une intéressante valeur interprétative, comme par exemple celle de l'art. 5.2 de l'Accord de Lomé IV-bis dont le rôle interprétatif était d'insister sur le fait que le statut des personnes devait être soumis à la protection du principe de non-discrimination en vertu du droit International des droits de l'homme, indépendamment du principe de non-discrimination ACP-UE appliqué aux travailleurs ressortissants de l'une ou l'autre des parties. Il ne s'agissait donc pas de créer un régime de protection obligatoire contre les discriminations envers les étudiants, ni même de leur donner une position juridique plus significative, car d'ailleurs en la forme il s'agissait de déclarations d'intentions.

Les camerounais qui s'insèrent dans les catégories d'étudiant, volontaire, stagiaires ou « au pair », qui sont aussi catégories concernées par la Directive 2016/801/UE, ne tirent pas de droits de l'Accord ACP-UE. A la suite de l'affaire *Ben Ayala*[132], par exemple, le camerounais devrait pouvoir jouir d'un droit d'entrée dans l'UE s'il remplit les conditions établies par la Directive. En d'autres termes, il ne pourrait se voir imposer par les États membres des conditions supplémentaires non prévues par la Directive pour obtenir accès à l'UE pour réaliser des études.

Dans le registre des accords existants entre certains États membres et le Cameroun au sujet des étudiants, on peut dire *que l'Accord sur la circulation des personnes* avec la France de 1994 et l'Accord de *Gestion Concerté des Flux Migratoires* de 2009 évoquent la question des étudiants. Il s'agit donc d'une catégorie dont la place semble également être importante dans ces accords.

Quant à ce qui concerne la question de savoir si ces accords sont plus favorables que pour les étudiants, la réponse est positive. La raison en est que l'Accord bilatéral en vigueur, c'est-à-dire celui de 1994 allège les conditions d'obtention d'autorisation d'entrée pour études si on le compare avec la directive qui elle impose des conditions non exigées sur le plan du régime particulier entre la France et le Cameroun[133].

---

[132] Arrêt du 10.09.2014, C-491/13, *Ben Ayala*, EU:C:2014:2187.

[133] Section II.B de la Convention de circulation de 1994. La question qui se pose est celle de savoir les formations qui se réalisent sur les périodes de temps inférieures à trois mois se considèrent études aussi puisque la Résolution du Conseil de l'UE du 30.11.1994, —*JO* C 274, de 19.09.1996, p.10— prévoyait considérer comme étudiants les personnes qui allaient réaliser une formation spécifique de préparation universitaire, c'est le cas des cours de langue.

Le régime de l'étudiant tel que défini par la Directive 2016/801/UE est finalement un régime qui normalise les règles d'accueil des ressortissants des pays tiers pour études. Il s'agit d'une avancée intéressante en tenant compte de l'extraordinaire diversité de pratiques nationales. Pour le camerounais, bien plus qu'un instrument plus favorable, cette Directive représente un enjeu de sécurité juridique au regard de cette hétérogénéité de pratiques nationales mentionnées. Cette Directive met à la charge des États membres certaines obligations très importantes pour le statut des étudiants comme par exemple la prohibition générale aux États membres d'établir une limitation absolue du droit d'accès des étudiants à l'emploi[134]. Dans ce cadre donc, la Directive concourt indirectement à la consolidation du statut du camerounais dans l'UE. D'autres efforts de consolidation du statut des ressortissants des pays tiers ont été réalisés dans le cadre de la Directive sur le permis unique.

7. Le permis unique

La question qui se pose ici est celle de savoir l'impact ou alors la répercussion juridique que le permis unique apporte au regard su statut du camerounais dans l'UE. Cette directive est un instrument qui au-delà de sa portée procédurale revêt un caractère extrêmement important en ce qui concerne la définition progressive d'une approche horizontale au regard des droits des étrangers dans l'UE dont on connaît les insuffisances liées entre autres raisons fondamentales à la complexion excessivement fragmentée de leur construction. Jusqu'ici l'effet de convergence des droits des ressortissants de pays tiers avec ceux des ressortissants des États membres ne se concentrait qu'au regard des personnes qui jouissent d'une certaine ancienneté sur le territoire de l'UE, notamment les ressortissants des pays tiers résidents de longue durée dans l'UE. Il semble donc que l'on s'oriente non seulement vers une prise en compte pragmatique de la nécessité de protéger ceux des ressortissants de pays tiers qui ne bénéficient pas encore de ce statut de résident de longue durée. Cela est fait par l'établissement non seulement d'un socle commun de droits qui permette de protéger ceux-ci contre les abus potentiels ou existant occasionnés par les différences de traitement dans les États membres. Cette inclusion serait l'expression d'un principe de Justice sociale et de Justice économique, étant donné qu'il s'agit de personnes qui contribuent au développement économique de l'UE.

[134] *Voir* Considerant 52 et art. 24 de la directiva.

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 8, janvier-décembre 2020, pp. 251-327
DOI: http://dx.doi.org/10.25267/Paix_secur_int.2020.i8.09

Cette approche inaugure également une ligne nouvelle, une relation nouvelle aux ressortissants de pays tiers, car elle met en avant les droits qui les accompagnent indépendamment des motifs du séjour. De plus, il s'agit aussi dans ce cas au moins de s'éloigner de l'approche réactionnaire à laquelle l'on a été habitué. Celle-ci qui consiste à légiférer par secteurs selon les nécessités pratiques qui se posent au regard de la libre circulation de personnes dans le marché intérieur. Le souci d'améliorer la condition juridique des ressortissants des pays tiers au moins en termes de visibilité et de « rights-based approach » était absente de la perspective adoptée vis-à-vis de ce collectif.

Cependant, dans le cas précis de cette directive sur le permis unique, la montagne a accouché d'une souris puisque le paquet de droits et le «socle commun de droits» dont il est question reste extraordinairement décevant. La directive en effet n'apporte aucune avancée significative pour les ressortissants des pays tiers, si on la compare avec d'autres directives sectorielles existantes sur les étrangers dans l'UE. L'idée de réduire les inégalités entre le statut des ressortissants des pays tiers et celui des ressortissants des États membres de l'UE comme argumentaire pour justifier entre autres la Directive du permis unique résonne en effet comme une vaine promesse.

Au regard du camerounais et des autres ressortissants des pays ACP en général, les concessions notoirement limitées de la Directive sur le permis unique font que l'art. 13.3 de l'Accord de Cotonou se convertisse en un «accord plus favorable», puisque certaines des restrictions qu'elle permet aux États membres pourraient être validement évacuées par le recours au dit article. Examinons à présent le statut dont jouit le camerounais en matière de séjour irrégulier dans l'UE.

VII. LE SÉJOUR IRRÉGULIER DES CAMEROUNAIS

La condition de migrant irrégulier dans l'UE est par essence la plus précaire de toutes les conditions des ressortissants des pays tiers dans l'UE, car rappelons-le, comme s'il s'agissait d'une maladie, c'est la situation par excellence qui prétend être éradiquée et prévenue dans le cadre de la politique d'immigration, à tel point d'ailleurs que les traités en ont fait un des piliers de ladite politique. Cette volonté de lutter contre l'immigration irrégulière se manifeste également dans l'introduction des clauses de réadmission dans les accords de coopération ou d'association de l'UE avec les pays tiers. La

conclusion de ces accords s'insère dans une tradition initiée à la fin de la décennie quatre-vingt-dix.

Dans le droit des étrangers dans l'UE, l'irrégularité du séjour semble d'ailleurs être considérée comme un vice rédhibitoire qui nullifie la légitimé du séjour des ressortissants de pays tiers. L'on sait que la régularité du séjour est une condition essentielle pour accéder à la reconnaissance de certains droits et avantages tels que ceux mis à disposition des ressortissants des pays tiers par les directives qui régulent leur condition juridique. En effet l'expulsion des ressortissants des pays tiers dans l'UE, se configure comme la conséquence automatique de l'irrégularité du séjour, comme si l'équation appliquée se résumait en ces termes : irrégularité est égale à expulsion, et comme une règle absolue. En la matière la pratique montre néanmoins que les irrégularités ne sont pas toutes équivalentes et ne peuvent donc recevoir la même sanction. Le primat de l'expulsion s'analyse par certain auteurs—Groenendjik— comme une inversion des valeurs à vouloir privilégier les intérêts de la prévention de l'immigration irrégulière sur la protection de la dignité humaine[135]. Cet état de chose a contribué à renforcer l'amalgame qui tend à confondre la situation de résidence irrégulière des ressortissants des pays tiers avec une inaptitude à être titulaire de droits, et même une remise en cause de l'humanité des personnes qui se trouvent dans cette situation. C'est pour cela qu'il a fallu attendre plusieurs décennies pour reconnaître que les instruments tels que la Convention européenne des droits de l'homme s'appliquent également aux étrangers et pas seulement aux ressortissants des États parties à la Convention.

Le droit de l'UE en matière d'immigration irrégulière laisse également observer des différences énormes de conditions entre les ressortissants des pays tiers et les citoyens. Ces derniers conservent même dans les situations de séjour irrégulier un traitement plus avantageux au titre de la protection contre l'expulsion. Cela ne relève pas du seul fait d'une attitude bénévole de la part des États membres, mais de l'affirmation du caractère « fondamental» et «multi-territorial» du concept de citoyenneté qui défait le lien traditionnel entre nationalité et territoire et donc renforce le statut du citoyen sur le territoire des États membres dont il n'est pas ressortissant. Ce caractère a par ailleurs été confirmé par la Jurisprudence de la Cour de justice. Pareille « sécurisation» ou

[135] Groenendijk K., "Introduction", dans Bogusz Barbara, Cholewinski Ryszard, Cygan Adam et al. (Eds.*), Irregular Migration and Human Rights: Theoretical, European and International Perspectives,* Martinus Nijhoff, 2004, p. xviii.

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 8, janvier-décembre 2020, pp. 251-327
DOI: http://dx.doi.org/10.25267/Paix_secur_int.2020.i8.09

blindage du séjour n'est d'ailleurs retrouvable en proportion plus limitée que dans le statut des ressortissants des pays tiers bénéficiaires du statut de longue durée, étant donné que leur lien spécial avec l'UE peut être démontré au regard de la durée de leur résidence sur le territoire d'un État membre.

Par ailleurs, Il ressort aussi de l'examen du régime de résidence irrégulière que l'on s'achemine vers la consolidation du postulat du respect de la dignité humaine et des droits fondamentaux dans les procédures d'éloignement des ressortissants des pays tiers. Cette insistance nouvelle sur le respect de ces principes essentiels est tout à fait en accord avec le principe du traitement équitable des étrangers dans l'UE; avec la CDFUE, et avec les autres instruments internationaux de protection des droits de l'homme dont font partie tous les États membres.

Au regard de la situation des ressortissants des pays ACP, il n'échappe pas aux observateurs que l'art. 13.5.c) établit également les bases du traitement des ressortissants de ces pays en question qui se trouvent dans la circonstance ou situation d'irrégularité du séjour. En même temps, cet article habilite parfaitement à conclure des accords avec ces pays pour réadmettre leurs ressortissants qui séjournent illégalement dans l'UE. On assiste cependant à une progressivement dispersion du régime de l'immigration irrégulière des pays ACP à travers la conclusion séparée d'accords bilatéraux de réadmission entre l'UE et certains pays ACP individuellement considérés. C'est le cas de l'accord de réadmission avec le Cap-Vert qui pour l'instant est l'unique conclut[136]. Cet accord a été conclu un peu comme s'il s'agit d'une contrepartie de la concession en échange de la facilitation de la mobilité de ses ressortissants vers l'UE.

On observe également une certaine convergence d'esprits entre l'article 13 de l'Accord de Cotonou et la Directive de Retour en ce qui concerne l'exigence fondamentale de garantir les droits élémentaires de ressortissants des pays tiers sous le coup des procédures d'expulsion. Ces deux instruments convergent dans la volonté d'assurer que leur dignité et leurs droits fondamentaux soient respectés à tout moment. La question de savoir si la pratique des États membres coïncide avec les obligations qui sont à leur charge est un tout autre débat. Les pratiques sont variées mais en générales très douteuses, à cet égard.

[136] Accord de Réadmission entre l'UE et le Cap-Vert, *JO* L 282 du 24.10.2013, p. 15.

L'introduction d'une clause de réadmission sans conditions des personnes en situation de séjour irrégulier, dans l'art. 13 évoqué n'est pas unique en son genre. Le caractère inconditionnel de la réadmission existe dans plusieurs autres accords avec les pays tiers. Il se trouve cependant que l'immédiateté de la réadmission ou alors, pour utiliser la formule de l'art. 13, l'obligation de réadmettre « sans autres formalités », ne doit pas laisser supposer une absence totale de formalités. En vertu de la clause de réadmission et même au regard de la pratique des États parties, l'identification correcte des personnes pour les rattacher à un tel ou tel autre État est indispensable, car aucun État en général ne s'enthousiasme d'avoir à réadmettre des personnes qui ne sont pas ses ressortissants. D'ailleurs, même la réadmission de leurs propres ressortissants n'est pas déjà chose acquise d'avance, d'où la conclusion de ce type d'accords. En réalité cette formule « sans autres formalités » vise simplement à marquer l'obligation de collaboration sans manœuvres dilatoires au retour et réadmission de leurs propres ressortissants. Si l'on s'en tient donc à cette clause de réadmission de l'art. 13.5.c i) aussi bien le camerounais que les autres ressortissants des pays ACP ne devraient pas être considérés comme des étrangers « immédiatement expulsables» puisque l'exécution de ladite clause dépend soit d'une part de la signature d'accords bilatéraux additionnels entre l'UE et les États ACP individuellement considérés soit alors d'autres parts de la signature d'accords individuels entre un État membre UE et un État ACP. Un accord pareil en matière de réadmission n'existe pas à ce jour avec le Cameroun. Le cas du Cap-vert constitue un exemple très isolé. Par ailleurs, rien dans l'article 13.5.c.i) ne devrait limiter l'interprétation du terme « bilatéral» pour désigner seulement les accords adoptés par l'UE en son nom propre et de celui des États membres, d'une part, avec les États ACP pris individuellement d'autre part.

En ce qui concerne les rapports individuels entre le Cameroun et certains États membres de l'UE, notamment dans les rapports avec la France, on peut dire que traditionnellement, des clauses établissant des obligations pour les personnes de faire la preuve documentaire des moyens de leur rapatriement ont été introduites au regard des demandeurs de visas. On peut le voir notamment dans l'accord de circulation de 1976[137] et de 1994. Mais le seul

[137] Décret nº 77-125 du 25.10.1977 portant publication de la Convention entre le gouvernement de la République Française et le gouvernement de la République Unie du Cameroun relative à la circulation des personnes, signé à Yaoundé le 26.07. 1976, *JO* du 08.11.1977, p. 5351.

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 8, janvier-décembre 2020, pp. 251-327
DOI: http://dx.doi.org/10.25267/Paix_secur_int.2020.i8.09

accord qui prévoit véritablement une clause de réadmission est celui relatif à la *gestion concertée des flux migrations et au développement solidaire* de 2009, qui n'est pas encore ratifié par le Cameroun. On peut dire que cet accord plus récent que les antérieurs à fait sien le contexte crée par la clause de réadmission de l'Accord ACP-UE. La clause de l'Accord de *gestion concertée des flux migrations* ACP-UE en question évite d'adopter le ton péremptoire de l'article 13.5.c) et insiste sur le respect de la dignité et des droits fondamentaux des personnes[138]. Il est aussi prévu la réadmission des ressortissants de pays tiers à l'accord qui ont bénéficié sur le territoire d'une des parties d'un titre de séjour ou d'un visa. D'autres mécanismes d'entraide procédurale entre les parties pour garantir le retour et la réadmission sont également considérés. Il est à souligner aussi la possibilité d'offrir un traitement qui recourt à une alternative à l'expulsion systématique des camerounais. En effet la France s'engage à proposer aux ressortissants camerounais qui font l'objet d'une obligation de quitter le territoire français son dispositif d'aide au retour. Il s'agit là d'un élément plus tôt rafraîchissant au regard de l'unique recette traditionnelle appliquée aux situations d'irrégularité de séjour à savoir : l'expulsion.

VIII. CONCLUSIONS

Le camerounais n'a pas un statut marginal dans l'UE. Il ne s'agit pas d'un étranger dont le statut est peu digne d'intérêt. Il jouit d'un statut juridique en apparence insignifiant mais qui à bien observer est assez solide, surtout au regard du fait qu'il est adossé au statut des ressortissants ACP. Cela est d'autant plus vrai si l'on le compare par exemple avec les ressortissants de pays tiers dont les États membres font partie du partenariat euro-méditerranéen en général ; et en particulier avec les ressortissants de pays tiers non couverts par des accords internationaux avec l'UE. Dans les cas des États parties aux Accords euro-méditerranéen seuls quelques-uns de ces pays bénéficient d'une clause de non-discrimination envers les travailleurs formulée de manière opérative.

La réalité de la singularité et de la pertinence du statut du camerounais peut se comprendre uniquement dans le cadre des régimes particuliers établis par les États membres dans leur rapports individuels avec le Cameroun, car ni le droit Dérivé ni les Accords ACP-UE ne permettent d'apprécier réellement

[138] Art. 7 Accord de gestion concertée des flux migratoires.

cette singularité et pertinence. Il s'agit d'une singularité limitée puisque les règles appliquées aux étrangers qui entrent et séjournent sur le territoire des États membres se sont considérablement rapprochées.

Le statut du camerounais en tant que ressortissant ACP doit être appréciés sous plusieurs perspectives. D'abord, il s'assied sur un cadre juridique déjà confirmé ou rôdé. En effet, les accords d'association, comme l'Accord ACP-UE, créent des droits et obligations réciproques pour les parties. Il s'agit d'un cadre juridique qui permet que les questions comme la détermination du statut des ressortissants des pays tiers soient abordées sans controverse. De plus, la solidité de ce cadre juridique vient également du fait que dans la pratique l'UE montre que ces clauses de non-discrimination vis-à-vis des travailleurs sont tout à fait ordinaires dans les relations avec les États tiers et ne sont en rien des « générations spontanées». A l'évidence, ces accords sont capables de créer des droits et obligations immédiatement exécutables dans l'ordre juridique des États membres et par conséquent offrent une garantie efficace des droits mis à la disposition des particuliers. L'on peut aussi observer que les accords ACP-UE sont des accords en principe qui établissent une réciprocité formelle, ce qui suppose que la mise œuvre de ceux-ci par les parties ne peut être conditionnée par l'exécution par l'autre partie. Il apparait clairement une absence de volonté d'octroyer aux ressortissants des pays ACP un droit subjectif général à la libre circulation de personnes comparable à ceux d'autres ressortissants des pays tiers comme ceux de l'Espace économique européen et la Suisse. L'Accord ACP-UE en effet, n'a entendu qu'assimiler très limitativement les droits des travailleurs ACP vis-à-vis des travailleurs ressortissants des États membres en matière de conditions de travail, rémunération et licenciement. *A contrario*, cela signifie qu'au-delà de ce champ spécifiquement limité il n'existe de pas de couverture pour ces travailleurs ACP au titre de cet accord.

Par ailleurs, la tendance à l'expansion des droits des ressortissants des pays tiers non seulement par l'audacieuse œuvre interprétative de la Cour de Justice, mais aussi également grâce à l'expansion attribuable au droit dérivé contribue à solidifier le statut des ressortissants de pays tiers en général dans l'UE et celui du camerounais en particulier. La conséquence immédiate est que cette tendance entraîne une concurrence entre les régimes qui s'établissent dans les accords internationaux et ceux établis par le droit dérivé et national. En même temps, grâce à la convergence des statuts qui s'opère progressivement à

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 8, janvier-décembre 2020, pp. 251-327
DOI: http://dx.doi.org/10.25267/Paix_secur_int.2020.i8.09

travers le droit dérivé on assiste à une mise en veilleuse des régimes particuliers mais qui pour autant ne disparaissent pas et restent tout de même assez actuels. C'est notamment le cas du camerounais qui tire à la fois des droits des accords ACP-UE, du droit dérivé et des accords entre le Cameroun et la France. Et d'ailleurs, en cas de conflit entre la norme de l'Accord ACP-UE et le droit dérivé, l'accord international qui tient un rang légèrement supérieur au droit dérivé dans l'ordre juridique de l'UE devrait s'appliquer. Mais delà de l'application de cette règle de prélation entre les sources du droit de l'UE, la «*lex favorabilis*» devrait systématiquement s'appliquer aux ressortissants des pays ACP, indépendamment de l'ordre de préséance des sources. A notre sens, cette solution est nécessaire au regard du fait que le principe du traitement équitable et des droits comparable a acquis une position très importante dans le droit des étrangers de l'UE—renforcé également par CDFUE—, à tel point qu'il doit servir de base pour une interprétation favorable des droits des étrangers dans l'UE, en renonçant plutôt à des interprétations «capitis demunitio». Dans tous les cas, il est courant que les directives renvoient systématiquement à l'application des régimes particuliers plus favorables. Le traitement du camerounais, dépendra donc du régime le plus favorable dans l'hypothèse de conflits. C'est-à-dire soit l'Accord ACP-UE s'appliquera, soit, le régime de la directive ou bien alors le régime national, mais dans ce dernier cas uniquement dans le cadre national de l'État membre qui a adoptés des dispositions particulières.

L'importance des régimes qui découlent des accords internationaux de l'UE peut se voir dans le fait que les pays ou les groupes de pays dont les accords ne prévoient pas ces clauses de protection des migrants seront dans une situation plus vulnérable que celle du camerounais qui bénéficie déjà de l'atout de la clause de l'art. 13.3 de l'Accord ACP-UE.

A la question de savoir s'il existe un corps de règles et normes qui lui sont applicables spécifiquement à l'entrée dans l'UE, la réponse devrait être négative. Les règles d'entrée dans l'UE sont l'objet d'une dynamique convergente. La politique de visa de l'UE a considérablement rapproché celles-ci. Dès lors, l'on s'achemine vers l'abolition des particularismes en la matière. Il est vrai que sur le plan bilatéral des accords entre États membres et pays tiers subsistent, mais ceux-ci doivent se conformer aux règles communes d'entrée.

Sur le plan de l'intégration, le camerounais est un ressortissant de pays tiers également ordinaire. Les vicissitudes liées aux conditions d'intégration des ressortissants pays tiers dans l'UE l'affectent au même titre que les autres ressortissants des pays tiers. Les progrès réalisés dans le cadre du rapprochement des statuts des ressortissants des États membres et ceux des pays tiers renforcent également son statut. On peut voir ces progrès dans l'adoption des directives très importantes comme celles sur les ressortissants de longue durée et su le regroupement familial. Sur le plan jurisprudentiel de nombreuses affaires comme *Kamberaj*, *Ruíz Zambrano* et autres montrent à suffisance la tendance vers une interprétation plus favorable en ce qui concerne les droits des ressortissants des pays tiers.

De la même manière, la Directive de longue durée stabilise le statut du camerounais dans l'UE, et permet l'accès à un ample éventail de droits y compris un certain renforcement de la protection contre l'expulsion, en raison du lien spécial établit avec l'UE en vertu de la durée de la résidence. Mais cette consolidation de la résidence du camerounais intervient parfois dans le cadre du droit domestique des États membres. C'est le cas notamment en France.

En matière de regroupement familial sa situation n'est pas exempte de difficultés liées à quelques obstacles qui prennent origine dans certaines législations camerounaises., il demeure vrai que les difficultés sont relativisées dans le domaine de la sécurité social malgré l'absence de dispositions précises dans l'Accord ACP-UE actuel.

En définitive, sur le plan de l'immigration irrégulière, l'art. 13.5.c) établit certes une clause de réadmission dans l'Accord de Cotonou. Cette clause laisse entendre que la situation d'irrégularité des camerounais et des ressortissants ACP en général doivent se résoudre par l'expulsion. Néanmoins cette clause ne peut *per se* produire des effets juridiques sans l'intervention d'un accord bilatéral supplémentaire entre l'UE et un État tiers. À ce jour le Cameroun n'a pas signé avec l'UE un accord de cette nature. Pour autant, l'expulsion des personnes qui possèdent cette nationalité est en la pratique complexe. Cette complexité fait des ressortissants camerounais des étrangers non-expulsables immédiatement, sans ces accords additionnels. Le cadre le plus propice pour garantir l'éloignement des camerounais au regard de la situation actuelle est uniquement à travers les accords bilatéraux entre les États membres individuellement et le Cameroun. C'est le cas notamment de l'Accord de gestion concertée des

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 8, janvier-décembre 2020, pp. 251-327
DOI: http://dx.doi.org/10.25267/Paix_secur_int.2020.i8.09

migrations entre la France et le Cameroun–pas encore en vigueur– qui a prévu des dispositions à cet égard et des sanctions qui ne sont pas exclusivement l'expulsion ou le retour.

RÉFÉRENCES BIBLIOGRAPHIQUES

ADEPOJU A., VAN NOORLOOS F., ZOOMERS A., "Europe's migration agreements with migrant-sending countries in the global South: a critical review", *International Migration*, OIM, Vol, 48, no 3, 2010, 43- 75

ÁLVAREZ RODRÍGUEZ A., "Algunas reflexiones urgentes relativas a la reagrupación familiar en el derecho comunitario. A propósito de la publicación de la Directiva 2003/86/CE del Consejo, de 22 de septiembre de 2003, sobre derecho el derecho a la reagrupación familiar dans http://www.icam.es/docs/ficheros/200407190008_6_4.pdf.

ANAFÉ, *Aux frontières des vulnérabilités : rapport d'observations dans les zones d'attentes,* 2016-2017, février 2018, p. 31-61.

BLAZQUEZ RODRÍGUEZ I., *Los nacionales de terceros países en la Unión Europea*, Universidad de Córdoba, 2004, p159-190.

CASTILLO DE LA TORRE F., *El control Judicial de los acuerdos internacionales de la Comunidad Europea*, Dykinson, 2001, dans Fernández Sánchez P. A, "El marco jurídico de las relaciones exteriores de la UE, en materia de inmigración", *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 27, 2007, p. 469.

CREMONA M., "External Relations and external and external competences of the European Union: the emergence of an integrated policy", dans Craig P., De Burca G., *The evolution of EU Law*, Oxford University Press, Oxford, 2011, p. 219-226

DE LARY H., *La libre circulation des personnes dans la Communauté économique*, PUF, Paris,1992, p. 5.

DEL VALLE GÁLVEZ A; "La refundación de la libre circulación de personas, tercer pilar y Schengen: El espacio de libertad seguridad y justicia", *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, Vol. 5, 1999, pp. 60-62.

DEL VALLE GÁLVEZ A., "La libre circulación de trabajadores", dans dans Martín Perez de Nanclares J. y López Escudero M.(coords.); Derecho Comunitario Material, McGraw-Hill, 2000, pp. 96-107.

DODO MAHAMAT K., *Análisis de las Relaciones de la Unión Europea con los Países ACP*,

Reproexpres, Valencia, 2009, p.11-20.

EECKHOUT P., "Bold constitutionalism and Beyond"; dans Poiares Maduro M., Azoulaï L.(eds.), *The Past and Future of EU Law: Revisiting the Classics on the 50Anniversary of the Rome Treaty*, Oxford, Hart Publishing, 2010, pp. 218-223.

EECKHOUT P., EU External Relations Law, Oxford, 2011, —Chapter 8, on The effect of international law—, Oxford Scholarship en line: Septembre 2011.

GROENENDIJK K.; "Are third-country nationals protected by the Union law prohibition of discrimination on grounds of nationality"? dans Barwig K. and Dobbelstein, R. (eds.), *Den Fremden akzeptieren Festschrift für Gisbert Brinkmann. Schriften zum Migrationsrecht*, 6, Nomos, Baden-Baden, 2012, pp. 138.

HEIDEMANN-ROBINSON M., "An overview of the recent legal developments at Community level in relation to third country nationals resident within the European Union, with particular reference to the case law of the European Court of Justice", *Common Market Law Review*, nº 38, Vol. 3, pp. 525-586.

HILLION C., "*ERTA, ECHR* and openskies: laying the grounds of the EU system of External Relations; dans Poiares Maduro M., Azoulaï L.(eds), *The Past and Future of EU Law: Revisiting the Classics on the 50 Anniversary of the Rome Treaty*, Oxford, Hart Publishing, 2010, p. 224-233

HOLDGAARD R., *External Relations Law of the European Community*, Wolters Kluwer, 2007, p. 300-303.

HUBLET C., "The scope of article 12 of the Treaty of the European Communities vis-à-vis third-country nationals: evolution at last?", *European Law Journal*, Vol. 15, nº 6, november 2009, p. 767.

MENDES M., *The legal effects of EU Agreements: Maximalist treaty enforcement and judicial avoidance techniques*, Oxford, 2013, p. 121 y ss.

NANCLARES J. y LÓPEZ ESCUDERO M.(coords.), Derecho Comunitario Material, McGraw-Hill, 2000, pp. 96-107.

PALAYRET J. M., "Mondialisme contre régionalisme: CEE et ACP dans les negotiations de la Convention de Lomé 1970-75" dans Varsori A. (ed.), *Inside the European Community: Actors and policies in the European integration 1957-1972*", Bruxelles, Nomos/Bruylant, 2005, pp. 182-230.

PEERS S., *EU Justice and Home Affairs Law,* Oxford University Press, 2011.

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 8, janvier-décembre 2020, pp. 251-327
DOI: http://dx.doi.org/10.25267/Paix_secur_int.2020.i8.09

PERRINE, D., *L'accès des ressortissants des pays tiers au territoire des États membres de l'Union européenne*, Bruylant, Bruxelles, 2013, p. 1021.

REMI NJIKI M., *El estatuto jurídico de los nacionales de África, Caribe y Pacifico (ACP)en la Unión Europea,* Reus, Madrid, 2019, p. 39-48.

RESLOW N., "The mobility partnership", Policy Brief, nº1, Maastricht Graduate School of Governance, 2010.

RESLOW N., Partnering for mobility?: three-level games in EU external migration policy, Thèse de doctorat, Université de Maastricht, 2013, p. 33-37.

SWEENEY M., "L'intégration social des ressortissants d'États tiers de l'UE", *Revue des Affaires Européennes*, Vol. 4, 2013, pp.667-688.

TOMKIN J., "The worker the citizen, their families and the Court of Justice: tales of free movement from Luxembourg", in Minderhoud P., Trimiklinitos N. (eds.); Rethinking the free movement of workers: the European challenge ahead, Wolf Legal, Nijmegen, 2009, p. 5.

PAIX ET SÉCURITÉ INTERNATIONALES
Journal of International Law and International Relations
Num 8, janvier-décembre 2020 | ISSN 2341-0868
DOI http://dx.doi.org/10.25267/Paix_secur_int.2020.i8.10

Citation: GOUYEZ BEN ALLAL, A. : «Les défis sécuritaires de la région de la Méditerranée Occidentale : vers une vision globale et intégrée», *Paix et Sécurité Internationales*, num. 8, 2020, pp. 329-361.

Received: 22 January 2020.
Accepted: 13 April 2020.

LES DÉFIS SÉCURITAIRES DE LA RÉGION DE LA MÉDITERRANÉE OCCIDENTALE : VERS UNE VISION GLOBALE ET INTÉGRÉE

Anass GOUYEZ BEN ALLAL[1]

I.INTRODUCTION – II. IDENTIFICATION ET DESCRIPTION GENERALE DES DEFIS DU BASSIN MEDITERRANEEN – III. LES DEFIS MAJEURS DES PAYS DE LA RIVE SUD DE LA MEDITERRANEE – IV. LES ENJEUX SECURITAIRES DE LA REGION DE LA MEDITERRANEE OCCIDENTALE. – V. VERS UNE VISION GLOBALE ET INTEGREE

RÉSUMÉ : La Méditerranée traverse depuis le déclenchement des révoltes de 2011 dans le monde arabe une période tumultueuse et de grande agitation. Les phénomènes déstabilisateurs tels l'immigration, le terrorisme et le trafic illicite se sont multipliées et augmentés en intensité. Si le souci de la situation de l'espace méditerranéen est partagé entre les pays des deux rives de la méditerranée, les priorités et les stratégies suivies ne sont pas les mêmes. Pour les pays de la rive nord le défi majeur est la situation sécuritaire, tandis que pour les pays de la rive les défis prioritaires sont la stabilité politique et le développement économique. Cette divergence des visions aggrave la situation dans cet espace. Cela fait que toute solution doit passer par l'essaie du rapprochement des visions et politiques.

MOTS CLÉS : Méditerranée, instabilité politique, défis sécuritaires, immigration, terrorisme, trafic illicite, changement climatique.

LOS DESAFÍOS DE SEGURIDAD DE LA REGIÓN DEL MEDITERRÁNEO OCCIDENTAL: HACIA UNA VISIÓN GLOBAL E INTEGRADA

RESUMEN: El mediterráneo traviesa desde el comienzo de las revueltas de 2011 en el mundo árabe un periodo tumultuoso y de gran agitación. Los fenómenos de la inmigración, el terrorismo y el tráfico ilícito se han multiplicado e aumentado en gravedad. Si la preocupación por la situación del espacio mediterráneo es compartida entre los países de las dos riveras del mediterráneo, las prioridades y las estrategias no son las mismas. Para los países de la rivera norte el desafío mayor es la seguridad, mientras que para los países del sur los desafíos prioritarios son la estabilidad política y el desarrollo económico. Esta divergencia de visiones agrava la situación en este espacio. Esto hace

[1] Docteur en Droit et Sciences Politiques (PhD) de l'Université Autonome de Madrid. Professeur Vacataire (Visiting Professor) a la Faculté de Droit de Tanger, Université Abdelmalek Essadi.

que toda solución debe pasar por el intento de aproximar las visiones y las políticas.

PALABRAS CLAVE: Mediterráneo, inestabilidad política, desafíos de seguridad, inmigración, terrorismo, trafico ilícito, cambio climático.

THE SECURITY CHALLENGES IN THE WESTERN MEDITERRANEAN REGION: TOWARDS A GLOBAL AND INTEGRATED VISION

ABSTRACT: The Mediterranean crosses since the outbreak of the 2011 uprisings in the Arab world a tumultuous and hectic period. Destabilizing phenomena such as immigration, terrorism and illicit trafficking have multiplied and intensified. If the worry for the situation of the Mediterranean area is shared between the countries on the both sides of the Mediterranean, the priorities and strategies followed are not the same. For the countries of the North shore the major challenge is the security situation, while for the countries of the south shore the priority challenges are political stability and economic development. This divergence of visions aggravates the situation in this space. This means that any solution must go through trying to bring visions and policies closer together.

KEY WORDS: Mediterranean, political instability, security challenges, immigration, terrorism, illicit trafficking, climate change.

I.INTRODUCTION

Depuis très longtemps le bassin méditerranéen est des régions qui avaient toujours suscité un grand intérêt pour les puissances militaires et économiques. Les plus puissantes civilisations sont, certes, passées par là, et évoluées sur ces fleurissantes rives. Depuis ce temps-là, la Méditerranée n'a cessé de motiver les acteurs internationaux au désir d'entretenir des rapports avec ses terres, tantôt de force, tantôt d'accords et tantôt d'intérêts, et cela que ce soit au temps de guerre que celui de paix.

Aujourd'hui encore, la Méditerranée traverse une période tumultueuse et de grande agitation. Depuis le déclenchement des révoltes et des guerres civiles en 2011, au monde arabe, les phénomènes déstabilisateurs tels l'immigration, le terrorisme, le trafic d'armes, de stupéfiants et de personnes se sont multipliées et augmentés en intensité.

Si le souci de la situation de l'espace méditerranéen est partagé entre les pays des deux rives, les priorités et les stratégies suivies ne sont pas les mêmes, les intérêts non plus. Pour les pays de la rive nord, les soucis majeurs sont les problèmes sécuritaires qui menacent leur stabilité et réalité socio-économiques. Tandis que les pays de la rive sud se préoccupent, plutôt, des origines des problèmes sécuritaires liés principalement à la situation interne caractérisée par l'instabilité, et par un niveau insuffisant, voire précaire, de développement économique et social, en plus de l'instabilité politique dans quelques États.

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 8, janvier-décembre 2020, pp. 329-361
DOI: http://dx.doi.org/10.25267/Paix_secur_int.2020.i8.10

Toutefois, l'objectif de ce travail de recherche est de rapprocher les différentes visions, d'observer et de comparer les points de convergences et de divergences, et d'étudier par la même occasion les priorités et les objectifs en matière de sécurité, de transition politique et de développement. Cette démarche nous permettra de mieux comprendre les défis et par la suite d'envisager les politiques et les stratégies les plus adéquates pour proposer des possibles et probables solutions.

Ce travail de recherche se focalisera essentiellement sur l'étude de la région Occidentale de la Méditerranée qui comprend du côté du sud, plus particulièrement, les États du Maroc, d'Algérie, de Tunisie, de Lybie, et du côté du nord les États de l'Union Européen et l'OTAN dans une optique plus large. Mais, sachant pertinemment que les problèmes sécuritaires sont de caractère transfrontalier, notre champ d'analyse s'élargira donc pour inclure d'autres sous-systèmes considérés aussi comme sources de menaces pour la Méditerranée en général, nous nous référons ici au Moyen Orient et à l'Afrique Subsaharienne.

Partant de l'idée que la perception des défis et des menaces n'est pas la même pour les pays des deux rives de la méditerranée, nous avons opté pour diviser les axes de cette étude selon les intérêts majeurs de chacun des acteurs desdites régions. A cet effet nous traiterons des défis de stabilité et de développement économique des pays de la rive sud, dans un premier temps (I), et nous examinerons les défis sécuritaires de la Méditerranée qui affectent les deux rives, essentiellement, l'immigration, le terrorisme et le crime organisé, dans un deuxième temps (II). Et finalement, nous aborderons les politiques appropriées pour faire face auxdits défis et menaces (III).

II. IDENTIFICATION ET DESCRIPTION GÉNÉRALE DES DÉFIS DU BASSIN MÉDITERRANÉEN

Nous avons évoqué que la Méditerranée traverse depuis 2011 une période très difficile. Les phénomènes déstabilisateurs tels l'immigration, le terrorisme, les guerres civils, le trafic d'armes et de personnes se sont multipliées et augmentées en intensité ces dernières années. Ces risques et menaces entravent la coopération entre les deux rives pour atteindre l'objectif envisagé qui est la création d'un espace de paix et de prospérité.

La crainte de la question de sécurité en Méditerranée surtout de la région occidentale remonte aux années quatre vingt dix, soit le début de la recherche d'un nouvel ordre mondial qu'a engendré l'instauration d'un système mondial où les États Unis a réservé le droit du comportement comme gendarme des relations internationales. Ces derniers, et dans un cadre de « l'Unique Pôle » suite à la nouvelle situation du vide résulté par la disparition de l'Union Soviétique et par conséquent de l'effondrement de l'équilibre et du statut quo jadis établi, avaient présidé le Globe pour une bonne période. Dans ce contexte, ainsi décrit, plusieurs paradigmes d'équilibre ont succombés. La Méditerranée, vu ces éléments, et en recherche d'une référence, d'un repère se trouve en proie à des turbulences et des agitations sociales contribuant à la montée en puissance de manifestations, d'immigration et du terrorisme. Les pays la région occidentale du bassin souffraient, déjà, des déficits a plusieurs niveaux, à savoir : la mauvaise gouvernance, la corruption, l'oppression, l'insuffisance du développement économique, la violation des droits de l'homme et des libertés. Tous ces défis ont eu des retombés néfastes sur la vie des citoyens ainsi que sur la stabilité et la sécurité de ces pays, rappelons-le, de la rive sud.

En effet, en 2008 la région est entrée dans une phase encore plus délicate. Dans la mesure où la crise économique mondiale a déstabilisé tous les pays de la Méditerranée et plus particulièrement, l'Espagne, l'Italie, le Portugal et la Grèce. Les pays de la rive nord ont établis, à cet effet, des politiques rigides en termes d'immigration et de sécurité, en minimisant les aides au développement pour les pays de la rive sud et en intensifiant la garde de leurs frontières. Cela a aggravé de plus en plus la réalité économique et politique de ces pays en augmentant le malaise social, ce qui ne fait qu'augmenter encore le flux des immigrants.

Les révoltes du « Printemps Arabe » en 2011 venaient accentuer cette réalité et marquer une nouvelle étape. Épuisés de la situation politique et socio-économique de leurs pays, de restrictions des libertés de plus en plus, d'accentuation des taux de chômage, et de la détériorations des conditions de vie, de la qualité de santé publique et des systèmes d'éducation, généralement médiocres, les populations arabes se sont révoltées contre leurs systèmes qualifiés d'autoritaires. De ce fait, les protestations qui ont commencé en 2011 en Tunisie se sont propagés à d'autres pays, semant le chaos et l'instabilité, et même le passage à l'action militaire et la guerre civile, comme le cas de la

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 8, janvier-décembre 2020, pp. 329-361
DOI: http://dx.doi.org/10.25267/Paix_secur_int.2020.i8.10

Lybie et la Syrie. Ces révoltes se sont terminées, aussi, par le renversement de plusieurs régimes et l'avènement d'autres, ayant répondu plus ou moins aux revendications de leurs peuples, comme le cas de la Tunisie et l'Égypte. L'Algérie et le Soudan sont les derniers pays touchés par les vagues de protestations dont les conséquences et l'avenir sont, jusqu' à nos jours, en gestation.

Neuf ans après le déclenchement desdites révoltes, la situation des pays de la rive sud de la Méditerranée est toujours inquiétante, marqués toujours par des problèmes sécuritaires, pratiques autoritaires des régimes, nouvellement, instaurés ; crises économiques, corruption et augmentation du chômage. Mais encore, si « le Printemps Arabe » était salué au début, aujourd'hui plusieurs observateurs considèrent que les révoltes ont aggravé encore plus les griefs socio-économiques et politiques de ces pays au lieu de les améliorer. En dépit des grands projets lancés pour réformer l'économie, les résultats de leurs politiques sont encore loin de marquer le changement fixés.

Un trait commun qui s'est accentué ces dernières années est l'augmentation de l'autoritarisme, pratiquement, dans toute la région. Les nouveaux régimes en place –de différent niveau- se sont montrés incapables de répondre aux demandes des manifestants. Leurs programmes de développement restent faibles ; les grands problèmes tels la croissance démographique, la délinquance et le chômage juvénile, l'impact négatif de l'urbanisation, l'exode rural, le changement climatique, la dépendance au pétrole comme seul revenu national, l'insuffisance et la dépendance alimentaire, et généralement les déficits des balances commerciales en plus de la dette.

Nonobstant, les facteurs haut-cités, la mauvaise gouvernance se manifeste toujours comme obstacle majeur au changement et s'accentue par la corruption qui ne se réduit pas, d'où les inégalités augmentent davantage, le malaise social, donc, s'exacerbe. Et pour ajouter l'eau à la boue, les régimes font recours à la main dure pour contrôler les populations. Par conséquence, les jeunes manifestent leur refus à la situation soit en se révoltant, soit en cherchant des opportunités ailleurs et de là la légitimité de l'État s'érode.

D'autant plus que les conséquences de ces problèmes se ressentent au sein de la région et ailleurs en forme de mécontentement populaire, conflits armés, actions Djihadistes, tensions sectaires et flux des migrants et refugiées. La situation, malheureusement, est toujours menaçante. Pour l'instant, il est

peu probable qu'un collapse régional se produit. Au cours des dix dernières années deux sérieux avertissements ont été donné, les révolutions de 2011 et l'irruption de l'État Islamique en 2014. Toutefois, les régimes en place montrent toujours une grande capacité d'adaptation et d'affrontement des menaces à la survie de leurs régimes. Cette situation hante les pays des deux rives et les poussent à repenser en commun les politiques et stratégies à établir pour remédier à cette situation, et trouver des solutions à court et à long terme.

Seulement que, si le souci est partagé entre les pays des deux rives, les priorités et les stratégies suivies ne sont pas du même ordre du jour dans leurs agendas politiques. D'ailleurs, la dynamique du changement politique des pays de la rive sud joue un rôle très influent. A cet effet, si les pays de la rive nord s'intéressent essentiellement à éradiquer les menaces sécuritaires coute que coute, les pays de la rive sud, eux, s'inquiètent avant tout de la stabilité de leurs pays, de la survie de leurs systèmes politiques en place et ne vient qu'en deuxième degré le souci du développement.

Entièrement conscients de la gravité de la situation, les pays des deux rives ne cessent de penser à des solutions. Des actions de remède et d'améliorations se sont succédé ces dernières années. Les nombreux cadres de coopération tels l'Initiative 5+5, le Processus de Barcelone et la politique dite de voisinage de l'Union Européenne pour la Méditerranée, l'Union pour la Méditerranée, le Dialogue méditerranéen de l'OTAN et le Forum pour la Méditerranée Occidentale corroborent notre avancée et confirment le souci partagé et l'intérêt des pays des deux rives.

III. LES DÉFIS MAJEURS DES PAYS DE LA RIVE SUD DE LA MÉDITERRANÉE

1. La situation politique et sécuritaire

Les problèmes sécuritaires de la méditerranée sont multiples. Les priorités des deux rives ne sont, non plus, pas les mêmes. Elles sont construites sur une forte opposition entre deux aspects distincts voire contradictoires. Ainsi, pour les pays de la rive nord l'amalgame immigration-terrorisme-extrémisme est un grand souci, régulièrement, évoqué par la classe politique nouvellement en montée, comme une menace majeur sur leur sécurité. Nous pensons plus particulièrement, aux partis populistes, d'extrême droite, en Italie, en France et en Grèce. Tandis que pour les pays de la rive sud, la priorité est la situation

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 8, janvier-décembre 2020, pp. 329-361
DOI: http://dx.doi.org/10.25267/Paix_secur_int.2020.i8.10

d'instabilité politique et économico-sociale. Les révoltes déclenchées en 2011 ont, effectivement, déstabilisé toute la région, et ont affectés les deux rives. Mais si les pays de la rive sud cherchent le retour à la normalité, la stabilité politique et le développement économique, les pays de la rive nord, eux, cherchent, en premier lieu à réduire les impacts des menaces sécuritaires.

Dans ces circonstances, même si la situation politique et sécuritaire s'est normalisée dans certains pays comme la Tunisie et l'Égypte, la situation économique, politique et sécuritaire est toujours une source d'inquiétude. La situation en Lybie est encore chaotique, tandis que la Syrie et le Yémen se trouvent toujours émergés dans un conflit encore sans horizon. Le déclenchement des protestations internes ouvriront, probablement, la porte à de nouvelles crises dont les conséquences sont encore embryonnaires, et qui seront surement néfastes si cette situation persiste.

Autant que cela parait évident, la chute de certains régimes arabes a laissé un vide politique sans précédent qui aurait aggravé la situation économique et sécuritaire dans toute la région. Les conséquences de l'instabilité du monde arabe se ressentent à l'intérieur et à l'extérieur. Du fait que depuis 2011 à 2016 les conflits internes ont enregistré un grand nombre de morts, une détérioration de la situation socio-économique, une hausse des flux des migrants et des réfugiés vers l'Europe, une montée en puissance des crimes organisés et du trafic illicite des armes, de traite et esclavage, de braconnage et du commerce des organes humains. D'autant plus que la spectaculaire montée en puissance du radicalisme islamiste, des actions djihadistes et des attentats terroristes perpétrés au niveau méditerranéen et dans le monde tout entier.

A partir de 2016, la situation a commencé, relativement, à se stabiliser dans plusieurs pays, ce qui a engendré une certaine tendance à la réduction des risques et des problèmes sécuritaires. Mais en parallèle, des doutes se sont soulevés sur la nature et les pratiques des nouveaux régimes en place, Égypte, Algérie, etc., critiqués d'être autoritaires et incapables de répondre au strict minimum des revendications des peuples et d'améliorer la situation socio-économique et sécuritaire.

Mais encore, en Tunisie, notamment les élections présidentielles de 2019 se sont déroulés en bonne condition, aboutissant à l'élection de Kais Said avec 72,71 % des soufrages. Le pays a pu, effectivement, atteindre l'objectif revendiqué au début des révoltes de 2011 qui est le renversement

de l'autoritarisme et l'instauration de la démocratie et de l'État de Droit, nonobstant, quelques contraintes qui mettent les épines au chemin, genre : l'État est fragile, le nouvel gouvernement est sans expérience, le pays souffre d'une crise économique et manque d'appui international, et par-dessus tout, le terrorisme ne cesse de menacer la sécurité du pays[2]. Ces éléments décrits seront, certainement, les premiers défis que le nouvel président doit affronter et à qui il doit trouver des solutions.

Sinon, la situation en Lybie est plutôt caractérisée par le différend entre deux camps : les milices qui ont dirigé les révoltes en 2011 et les groupes politiques constitués après la chute du dictateur Kadhafi. Ces deux camps qui s'entretuent, depuis cette date, sont une grande source d'instabilité. Actuellement, la Lybie est divisée en des petites ville-États, contrôlées par différentes milices, tandis que les autres petits-États se trouvent sous l'influence des groupes terroristes ayant prêté allégeance à Daesh. Dans ces circonstances le pays s'avère incapable de se réunir autour d'un seul pouvoir politique, dans la mesure où il est divisé en deux pseudos gouvernements ; le premier est basé à Tripoli et le deuxième à Tobrouk. Celui de Tripoli est reconnu par les camps des « Islam politique », notamment la Turquie et le Qatar et l ONU, ainsi que l ONU, tandis que le gouvernement de Tobrouk, lui, est reconnu par EAU, Égypte, Russie, la Grèce et l Italie, tous avec des positions si ambivalente.

En Égypte, et autant que ce faire se peut, il est constaté une certaine stabilité. Mais en dépit de ca, le pays souffre encore de constants attentats terroristes notamment à Sinaï. Le régime établis est critiqué d'être autoritaire, sa présence dans la vie politique, économique et social inquiets les observateurs.

En Syrie, où les manifestations ont débuté pacifiquement, et qui ont pris une autre tournure, le moindre qu'on puisse dire et qu'elle est dangereuse, se présente plutôt comme un paysage de conflits extrêmement armée et politisé et mondialisé. Preuve de quoi, une présence Russe et Iranienne appuies par les milices, Irakienne d' *Alhachd Achaabi* et Libanais de *Hizbollah,* considérée légitime par le Régime et rivalisée par une autre présence presque internationale, Turque, Qatari, Saoudienne, Émirati et Américaine. La Syrie est un vrai champ de bataille où un ensemble d'intérêts s'interposent via un ensemble de courants idéologiques, politiques et sectaires qui s'entretuent. Mais, finalement la violence s'est réduite de 80% à 90%. Le régime de Bachar

[2] Le dernier attentat perpétré était celle 27 juin 2019, faisant un mort et huit blessés, L'attentat a été revendiqué par l'État Islamique. Elle a visé les forces de l'ordre.

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 8, janvier-décembre 2020, pp. 329-361
DOI: http://dx.doi.org/10.25267/Paix_secur_int.2020.i8.10

Al Asad a pu contrôler le pays, consolider son pouvoir et vaincre les groupes terroristes tels Daesh et Al Nosra. Cependant, le conflit est toujours en cours, le pays est politiquement divisé est instable.

En Algérie, les protestations contre la présentation de Bouteflika aux élections présidentielle se sont achevées par sa remise à démission. L'armée a pris le pouvoir est procède a l organisation des élections présidentiels le 13 décembre 2019 qui ont abouti a la désignation du Abadel Majid Tebboune comme nouveau président. Ce dernier est réputé d'être proche du général Gaïd Salah et fidèle du président déchu. Cela signifie la garantie de l'État profond de sa mainmise sur le pouvoir.

Toutefois, et comme exception à cette situation, le Maroc est le seul pays qui a pu s'épargner des graves conséquences des protestations. A part des manifestations dispersées -relativement de faible intensité- le pays a su tirer des leçons de l'expérience des pays voisins, et concevoir le « comment agir et réagir » pour remédier à la situation. Il a, contrairement à ces derniers, pu anticiper, et répondre par des entreprises jugées ambitieuses et raisonnables par la société internationale. Il a procédé, pour ce faire, à des réformes politiques, économiques, législatives et institutionnelles. L'apport d'une nouvelle Constitution ambitieuse serait un bon titre à la réponse aux aspirations du peuple. Ceci afin de laisser libre cours à une période d'effervescence économique et sociale, se concrétisant à travers une politique extérieure plus pragmatique surtout envers l'Afrique, et un bon entretien des relations avec l'Europe et le monde Arabe. Soit la politique étrangère qui était couronnée et concrétisée par le renforcement des relations économiques avec l'Afrique et le retour avec succès à l'Union Africaine.

D'autre part, il est opportun de signaler, quand même, que les pays de la rive sud de la Méditerranée demeurent toujours dans une situation politique économique et sociale, le moindre qu'on puisse dire est qu'elle soit une situation « d'échec ». Preuve de quoi, plusieurs analystes considèrent que les révoltes n'ont pas abouti à de grands résultats et que les nouveaux systèmes politiques en place n'ont pas pu matérialiser les revendications des manifestants en politiques institutionnelles capables de transformer les fondements du système politique et économique[3]. Sans aucun doute, les nouveaux régimes

[3] Smolzca, I.,« Introducción, actores y dinámicas de cambio en el norte de África y Oriente Próximo », *Revista CIDOB d Affairs Internationals,* nº 9, Abril 2015. *Voir* aussi Jalloul Muro, H., « La Traumática Post-Primavera Árabe », *Observatorio Internacional de Estudios sobre Terrorismo*,

n'ont pas pu atteindre entièrement les aspirations des populations arabes. Mais il s'avère de la simplicité de considérer que cela ce doit uniquement à la mauvaise gouvernance desdits nouveaux systèmes en place. La chute des anciens systèmes a laissé un vide politique abyssal qui a conduit à une lutte sur le pouvoir, donnant lieu à des conflits, à une instabilité et une détérioration de la situation politique, économique et sociale. Par conséquent, cela a affaibli de plus en plus les États. D'autre part, les nouveaux dirigeants se trouvent face à des réalités nouvelles et très complexes ; ils doivent avoir, comme mission principale, de corriger la maladresse et la mauvaise gouvernance des systèmes politique précédents.

En général, et tout de même, l'échec des systèmes actuels est lié à plusieurs facteurs. La corruption des institutions de l'État se situe en premier lieu. L'existence de systèmes tribaux complique la consolidation de l'État central. Le changement politique rapide et drastique a engendré l'arrivé au pouvoir des groupes politique incompétents et autoritaires, tantôt des partis non laïques, Islamistes, tantôt policiers ou militaires. L'intervention extérieure a attisé les conflits en favorisant un groupe contre un autre. Sans oublier l'influence de l'État profond qui vise à garantir les intérêts des élites déjà existantes dans les régimes précédents.[4]

2. La situation économique

Affectée par la crise économique mondiale de 2008, l'instabilité politique et l'insécurité de ces pays après les révoltes de 2011 ont aggravé la situation économique. Inquiets de la stabilité de leurs pays et la survie des systèmes politiques en place les dirigeants arabes se trouvent depuis toujours davantage plongés dans une réflexion politico-sociétale, plutôt que dans une réflexion stratégique en matière d'économie. Ils sont toujours incapables de répondre aux besoins de leurs populations jeunes et en croissance. Ils ne sont encore pas parvenus à créer les conditions nécessaires pour établir des nouveaux modèles de développement.

Cela dit, et à l'heure actuelle, il est peu probable qu'un effondrement régional se produise à l'instar des révoltes de 2011, mais la situation avertit de sérieux

2017. *Voir* aussi, Gabon, A. « Huit ans après le Printemps Arabe est loin d'être terminé », Middle East EYE, 2018.

[4] *Voir* Gouyez Ben Allal, A.*, Ou va l'Égypte, Analyse sous l'angle des relations civilo-militaires*, Éditions Universitaires Européenne, 2018, pp. 49-60.

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 8, janvier-décembre 2020, pp. 329-361
DOI: http://dx.doi.org/10.25267/Paix_secur_int.2020.i8.10

défis. Si ces pays ne parviennent pas à améliorer la situation économique ils risquent toujours de connaitre des périodes d'instabilité et l'augmentation des risques. Autrement dit, la possibilité d'un autre soulèvement est fort probable, tous les facteurs qui la constituent enregistrent dans ces sociétés une grande présence.

Même si les analystes essaient d'expliquer « le Printemps Arabe » comme étant une quête pour la démocratie et les libertés, les changements démographiques et socio-économiques sont en grande partie des facteurs clés. Un examen de l'histoire économique récente de ces pays fournit un aperçu du problème. Les économies de marché sont relativement nouvelles pour le Moyen-Orient et l'Afrique du Nord. Elles sont arrivées seulement après les années 1980, lorsque le modèle de croissance économique axée sur l'État s'est effondré sous le poids de son inefficacité et de la dette qui en a résulté.

Il est vrai que les politiques établies et les projets de redressement des économies des nouvelles dirigeants arabes après les révoltes ont pu atteindre quelques résultats positifs. Ainsi, selon le rapport de l'édition de 2018 de la Banque Africaine du développement, la sous- région de l'Afrique du Nord a connu un rétablissement rigoureux après « le Printemps Arabe ». La croissance du PIB réel en 2017 est estimée à 4,9 %, contre 3,3 % en 2016, et elle est supérieure à la moyenne africaine de 3,6 %. C'est le meilleur taux de croissance en Afrique après l'Afrique de l'Est. Les perspectives de croissance pour 2018 et 2019 sont positives, compte tenu des réformes entreprises dans tous les pays d'Afrique du Nord. Elle estime que les prévisions de croissance pour la région demeurent favorables en comparaison a d'autres régions[5].

Dans cette optique, et selon les prévisions de la Banque mondiale, l'Égypte continuera une dynamique de croissance exponentielle dans les années avenir. Le taux de croissance du PIB de l'Égypte est depuis 2015 en croissance, il a passé de 4,4 en 2015 pour atteindre 4,9% en 2018, 5,6% en 2019 et 5,8 en 2020. Il s'agit du meilleur chiffre enregistré depuis dix ans. Le retour des touristes explique en partie cette performance, ainsi que l'augmentation des recettes du canal de Suez et la progression de la contribution des fonds envoyés par la diaspora égyptienne.

[5] Groupe de la Banc Africaine de Développement, « Perspectives économique en Afrique du Nord 2018 », pp.3-26. *Voir* le document sur le lien suivant : https://www.afdb.org/fileadmin/uploads/afdb/Documents/Publications/2018AEO/Perspectives_economiques_en_Afrique_du_Nord-2018.pdf. (Consulté le 02/11/2019).

En Tunisie, après deux années de quasi-stagnation (1,1% en 2015 et 1,0% en 2016), le pays a retrouvé en 2017 un taux de croissance de 2,0%, 2,7 en 2018 et 3,3% en 2019. Les prévisions de la Banque mondial indiquent que la Tunisie continuera d'accroitre son taux de croissance dans les années avenir, les prévisions indiquent un taux de 4,0 % pour 2020.

L'Algérie de sa part, enregistre un taux raisonnable de croissance, cependant malgré l'augmentation substantielle du budget de l'État et un prix du pétrole plus élevé qu'attendu, le ralentissement marqué de la production d'hydrocarbures (4,2 %) a entravé la reprise de la croissance que depuis 2016 il a commencé à fléchir en se situant en 2018 à 3,6%. Les prévisions de la Banque mondiale indiquent que la croissance continuera de fléchir dans les années avenir pour enregistrer un taux de 2,5% en 2019 et 1,6% en 2020. Cette situation se traduit, surement, par le fait que l'Algérie se base essentiellement sur les sources minières, pétrolières plus particulièrement, faute de quoi il n'y a aucune intention stratégique de L'État de diversifier ses ressources.

Pour ce qui est du Maroc, Il est constaté depuis 2016 une chute dans son taux de croissance passant de 4,5 % en 2015, à 4,1 % en 2017 et 3,1 % en 2018. Les prévisions de la Banque mondiale indiquent que la croissance continue à fléchir dans les années à venir, enregistrant un chiffre de 3,2 % en 2019 et 2020[6], soit une croissance légèrement augmentée qui demande au gouvernement encore des efforts.

De toute façon, et bien que la moyenne de croissance, dans ces pays, soit en général favorable, relativement positive, dans ces dernières années, d'autres indicateurs montrent que la situation n'est pas si prometteuse. D'abord ces résultats s'expliquent principalement par la part des deux secteurs qui sont le tourisme et l'agriculture. Le fait de se baser sur ces des deux secteurs vulnérables et la non diversification de l'économie exposent ces pays a des chocs exogènes et à des crises économiques.

[6] *Voir* Communiqué de presse, « Moyen Orient et Afrique du Nord : La région confronté a une croissance encore poussive en 2019 et a la nécessité plus vigoureuse pour redynamiser le secteur privé », Banque Mondial, 09 octobre 2019. *Voir* le document sur le lien suivant : https://www.banquemondiale.org/fr/news/press-release/2019/10/09/middle-east-north-africa-faces-another-year-of-subdued-growth-with-bolder-reforms-needed-to-boost-private-sector. (Consulté le 02/11/2019). *Voir* aussi le Rapport de la Banque Mondiale, « Rapport de suivi de la situation économique au Moyen Orient et Afrique du Nord », Banque Mondiale, 2019 : https://www.banquemondiale.org/fr/region/mena/publication/mena-economic-monitor, (Consulté le 02/11/2019).

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 8, janvier-décembre 2020, pp. 329-361
DOI: http://dx.doi.org/10.25267/Paix_secur_int.2020.i8.10

D'autre part, ces pays souffrent encore d'un taux de chômage et d'endettement public très élevés. Le taux de chômage en Égypte est de 10,6%, une inflation de 11% et une dette publique égale à 103% de son PIB. En Tunisie, l'endettement extérieur continue de croître, il a dépassé 74% du PIB en 2017, contre 56% en 2014. L'inflation est restée en 2017 au niveau élevé de 4,5%, légèrement supérieur à celui de 2016 (4,1%) et le taux de chômage en stagnation enregistrant un chiffre de 15,5% en 2018. Pour le Maroc, le taux de chômage a enregistré une légère baisse, 9,8 % en 2018. La dette publique a augmenté de 4,6% en 2018 enregistrant une dette globale de plus de 84% du PIB. En Algérie, le taux de chômage a atteint 11,7% en septembre 2018, soit une augmentation de 0,6 point entre ces deux périodes[7].

3. Le changement climatique

Étroitement lié à la croissance économique, à la création d'emplois et à la stabilité, le changement climatique est un autre risque majeur. Les effets du changement climatique sont à chaque fois plus forts. L'augmentation de températures moyennes, la modification des régimes de pluie, la limitation des terres disponibles, la réduction des disponibilités en eau, la fragilisation des écosystèmes, les déplacements de populations combinées à la croissance de la population et des revenus, menacent la sécurité alimentaire et le développement économique de ces pays, dont l'économie est basée essentiellement sur le secteur agricole. Si on inculque la responsabilité aux pays de la rive sud de la faible situation politique et économique, les pays européens ou industrialisés sont les premiers responsables du réchauffement climatique.

Par conséquent, et selon les statistiques de la Banque mondiale la part de l'agriculture en PIB% dans ces pays est élevée, ce qui signifie que la détérioration de secteur engendrera des impacts négatifs sur l'économie de ces pays. Selon les données des comptes nationaux de la Banque mondiale et des fichiers de données des comptes nationaux de l'OCDE, la part de l'agriculture dans le PIB % a fléchi dans tous les pays de la rive sud de la méditerranée à cause du

[7] La Banque Mondiale, « Perspective pour l'économie en 2018 : Moyen Orient et Afrique du Nord », 09 janvier 2019. https://www.banquemondiale.org/fr/region/mena/publication/gep-2018. (Consulté le 02/11/2019). *Voir* aussi, Azerky, R., « La Banque Mondiale appelle les pays Mena a s'engager dans les nouvelles technologies », Econostrum, 03 octobre 2018. https://www.econostrum.info/actualite-economique-mediterranee-societe-conjoncture-audit/?start=13&show=&order=. (Consulté le 02/11/2019).

changement climatique. A part l'Algérie qui connait une ascendance de la part de l'agriculture en PIB % (12,3%), le secteur en d'autres pays connaissent une dynamique de descendance : Égypte 11,5%, le Maroc 12,4%, Tunisie 9,5% et la Lybie 1,5%.

Cependant, l'Égypte « du grand Nil », enregistre une augmentation substantielle dans sa dépendance aux importations alimentaire allant jusqu'à 63% en 2050. De même, la détérioration sévère des conditions de production agricole au Maghreb aurait pour effet d'augmenter, significativement, la dépendance de la zone aux importations agricoles allant jusqu'à 68% en 2050. Cette dépendance serait également aggravée au Proche-Orient (64%) et Moyen-Orient (67%).

A l'occasion, l'Égypte fait face déjà à une sévère pénurie d'eau. Avec une population croissante (94 M d'habitants en 2017 et plus de 150 M d'ici 2050) et une consommation totale qui avoisine actuellement les 80 mds m³ par an, la ressource en eau est l'un des défis de l'économie égyptienne, qui dépend à 70 % du Nil pour son approvisionnement. Selon la FAO, le pays devrait atteindre le seuil du stress hydrique absolu (moins de 500 m³/hab./an) d'ici 2030. En 2013, le projet éthiopien de barrage de Grande Renaissance sur le Nil bleu a été lancé. Il a pour objectif de développer l'agriculture irriguée et de générer de l'énergie. Ce fleuve représente à lui seul 59% du débit du Nil. Cela pénalisera les efforts du pays à remédier au problème et causera, suite à ce projet, des tensions entre les gouvernements éthiopien et égyptien, qui sont, justement, toujours d'actualité.

Dans la même perspective, le Maroc, la Tunisie, l'Algérie et la Lybie, ne sont pas à l'abri de ce défi, ils sont de leur part parmi les régions où l'eau est la moins disponible. Une hausse qui sera causée par la croissance démographique, de plus en plus de consommation, d'urbanisation et de besoins énergétiques. Ce phénomène entrainera des retombées négatives à moyen et à long terme liées, pratiquement, à une dépendance élevée des importations agricoles, ce qui engendra des déséquilibres commerciaux, une hausse des dettes publiques nationales, une exposition accrue aux fluctuations mondiales des marchés, des crises alimentaires récurrentes et, subitement, un accroissement de la pauvreté[8].

[8] La Banque Mondiale, Agriculture, valeur ajoutée (PIB), Donnée des comptes nationaux de la Banque Mondiale et fichiers de données des comptes nationaux de l'OCDE. https://donnees.banquemondiale.org/indicateur/NV.AGR.TOTL.ZS?end=2017&start=1960&view=chart. (Consulté le 02/11/2019). Rapport réalisé par l'Institut national de la recherche agronomique

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 8, janvier-décembre 2020, pp. 329-361
DOI: http://dx.doi.org/10.25267/Paix_secur_int.2020.i8.10

IV. LES DÉFIS SECURITAIRES DE LA REGION DE LA MÉDITERRANÉE OCCIDENTALE

1. Le dilemme de l'immigration

Il est bien clair que les stratégies de sécurité et de défense des pays européens, et des institutions mondiales, œuvrant pour la paix et la sécurité mondiale, que la question migratoire, le terrorisme, la cybercriminalité et la prolifération des armes de destruction massives représentent l'un des défis majeurs auxdits pays. L'élite politique-économique européen a établies des mesures pour répondre à la crise migratoire qui a entrainé une régression systématique aux droits de l'homme. Les mesures établies se sont focalisées, principalement, sur la sécurisation et la militarisation des frontières. Ces mesures ont généré un important commerce illicite en relation avec la migration, qui a fait animer un trafic de vente d'arme, de stupéfiants et de traite.

Comme il a été mentionné, ci-dessus, et qu'il soit important de le rappeler, la perception des problèmes sécuritaires n'est pas partagée de la même manière entre les pays de la rive nord et celle du sud de la Méditerranée, surtout sur la question migratoire. Du moment que, pour les pays de la rive sud la question n'est pas aussi dangereuse qu'elle en a l'air. Ainsi pour eux, ce qui est important se sont les causes de l'immigration, considérant que c'est la racine du mal. Et que ce sont ces causes qui doivent être traité. De cet état de cause, et pour éradiquer le mal des racines il va falloir trouver une solution aux conflits internes, à l'instabilité politique, à la pauvreté, au chômage, et à la corruption.

Le phénomène migratoire est considéré, depuis toujours, comme un des grand problèmes sécuritaires en méditerranée. Si la relation entre la situation économique, le chômage, la croissance démographique et le changement climatique et l'immigration est très étroite, ces dernières années l'immigration a connu une hausse exponentielle qui s'est accentuée, davantage, juste après les révoltes du « Printemps arabe ». Dans ces dernières années, les pays du Maghreb, et plus particulièrement le Maroc, se sont transformés d'un espace de transit à un espace d'établissement par les populations subsahariennes originaires des pays africains- passant à travers les frontières sud-sahéliennes- en difficulté, notamment du Mali, de la Guinée, et du Sénégal, parmi d'autres.

---

et Pluriagri qui est une association composée de professionnels agricoles du domaine des grandes cultures (Avril, Confédération générale de la betterave et Unigrains) et du Crédit Agricole SA. Elle soutient des travaux sur les marchés et les politiques agricoles.

Cette immigration s'est installée aux métropoles littorales du nord du Maghreb. Des villes comme Alger, Oran, Rabat, Tanger, Casablanca ou Tripoli, abritent des quartiers populaires, et « squattent » des constructions délaissées ou en cours d'édifice en dehors des agglomérations où ils se mettent en communautés et où ils se sont répandu de grands problèmes sécuritaires tels la criminalité, le trafic illicite de drogue, l'organisation de immigration clandestine, parmi autre. Le manque de coordination et de coopération intermaghrébine pour trouver des solutions à ce problème affaibli les efforts unilatéraux entrepris par ces États, soit un autre aspect négatif à la rupture du projet de l'Union Maghreb Arabe (UMA). Et pour palier à ce problème, des États tel que l'Algérie, optent par le déplacement en groupe des migrants vers les frontières en attente de leur expulsion. Une mesure qui cause encore des problèmes sécuritaires et accentue la crise humanitaire[9].

A part les facteurs naturels comme l'augmentation de la population mondiale (7.600 habitants, 2018 selon la FAO) et le changement climatique, depuis le déclenchement des révoltes et protestations en monde arabe les pays de la rive nord et sud de la Méditerranée sont en mode de « gestion de crises ». Les conflits internes ont fragilisé les États arabes et leur contrôle sur leurs frontières.

Par conséquent, la hausse des flux migratoires a poussé les pays européens et les institutions régionales et internationales à établir des mesures pour la sécurisation et la militarisation des frontières. Ces mesures ont pu réduire les flux mais ils ont été responsables d'une augmentation « agressive » du nombre des tentatives clandestines par des moyens de passage précaires, barques traditionnelles, zodiaque, souvent victimes de naufrage et cause de mort des centaines de migrants. Cette situation a généré un important commerce dont, les entreprises d'innovation militaire, de sécurité européennes, et les organisations criminelles comme les passeurs de personnes, ont profité.

L'instabilité des pays arabes, surtout en Lybie et en Syrie a, certes, provoqué des vagues de migration vers l'Europe sans précédent depuis la Seconde guerre mondiale. Des centaines de milliers de migrants ont fui leur pays pour rejoindre l'Europe. Le nombre de migrants a suivi une dynamique exponentielle à partir de 2012 pour commencer à stagner et fléchir depuis

[9] Rapport de la Direction Générale des Relations Internationales et de la Stratégie, Ministère de la Défense de la France, « Sécurité du bassin méditerranéen et enjeux énergétique », septembre 2016, pp. 37-45.

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 8, janvier-décembre 2020, pp. 329-361
DOI: http://dx.doi.org/10.25267/Paix_secur_int.2020.i8.10

2015. Selon les chiffres de l'Organisation Internationale de la Migration une réduction drastique s'est enregistrée entre 2015 et 2018. Ainsi, 600.000 migrés ont traversé la méditerranée en 2015, plus de 215.000 en 2016, 80.683 en 2017 et 40.073 en 2018. La Méditerranée a enregistré aussi pendant cette période un taux de noyés très inquiétant. Seulement qu'à partir de 2015 le nombre de décès à commencer à fléchir, comme le montre les chiffres suivants : 3279 naufragés en 2014, 3771 en 2015, 3632 en 2016, et seulement, 857 décès en 2018[10].

En ce qui concerne les réseaux routiers de la migration, selon le rapport FRONTEX FRAN jusqu'au 2016 la porte orientale (Turquie et la Grèce) était la plus empruntée (153.967 passages). La région de la méditerranéenne occidentale a enregistré 18.776 passages (à travers la Lybie, et 1408 passages à travers le Maroc). A partir de 2017 la route principale était celle de la Méditerranée centrale, via la Libye (ou la Tunisie) à travers l'Italie, avec 118.962 arrivées enregistrées, essentiellement des Nigérians, des Guinéens et des Ivoiriens. Mais les arrivées par cette route ont chuté de 75% depuis des accords controversés passés mi-juillet 2017 entre Rome et les Garde-côtes libyens.

La route Turquie-Grèce (dite de la Méditerranée orientale) s'est, elle aussi, réduite de telle sorte qu'elle avait dégringolé de plus de 600.000 migrants en 2015 à, seulement, 42.000 en 2017, de migrants constitué, essentiellement de Syriens, Irakiens et Afghans, selon Frontex. En revanche la route Maroc-Espagne, quasi-abandonnée jusqu'en 2000, qui monte en puissance et d'enregistrer quelque 23.000 traversées en 2017, constituées de Marocains, d'Algériens et d'Ivoiriens). Cette route de la Méditerranée occidentale est d'ailleurs aujourd'hui en train de devenir la principale voie d'accès à l'Europe. Raison pour laquelle, depuis le début de l'année 2019, on dénombre 17.522 personnes arrivées par l'Espagne, contre 16.452 par l'Italie, et 13.120 par la Grèce[11].

---

[10] Rapport de l'Organisation Internationale de la Migration, « Arrivées de migrants en Europe par la Méditerranée en 2019 », https://www.iom.int/fr/news/arrivees-de-migrants-en-europe-par-la-mediterranee-en-2019-12-901-deces-en-mer-356. (Consulté le 02/11/2019).

[11] Rapport de FRONTEX, « Risk Analysis for 2017 « *Voir* le lien suivant : https://frontex.europa.eu/assets/Publications/Risk_Analysis/Annual_Risk_Analysis_2017.pdf. (Consulté le 02/11/2019). *Voir* aussi Risk Analysis for 2019 sur le lien suivant, https://frontex.europa.eu/assets/Publications/Risk_Analysis/Risk_Analysis/Risk_Analysis_for_2019.pdf. (Consulté le 02/11/2019).

Face à cette situation délicate, notamment pour les pays de la rive nord de la méditerranée, la solution était le rétablissement des contrôles aux frontières de l'espace Schengen et la constitution de plusieurs camps des refugiés et le durcissement de la législation nationale de ces pays sur le droit d'asile. L'autre mesure était la signature des accords avec les pays de la rive sud pour freiner les flux. Ainsi, l'accord conclu en 2016 entre l'Union Européenne et la Turquie pour bloquer les départs de bateaux de passeurs aurait donné des résultats positifs. L'Italie, puis l'Union Européenne ont passé aussi un accord avec la Libye pour la formation des garde-côtes libyens et l'extension de la zone maritime où ils ont l'exclusivité du sauvetage des migrants.[12]

En dépit de ces accords, plusieurs défis flottent à la surface. La signature des accords entre les pays européens et les pays de la rive sud et de l'Afrique subsaharien sur la migration n'a pas eu d'impact significatif. Ces accords ne peuvent pas changer la volonté individuelle des personnes pour émigrer. Autrement dit, les mesures établies obligent les émigrés de changer simplement la route, en conservant le même objectif. La fermeture de certaines routes – Méditerranée orientale et centrale-, n'a pas empêché la migration, sinon, elle a obligé les migrants à opter par des voix alternatives plus dangereuses, en les obligeant à mettre leur vie en péril. C'est ainsi que, même si le nombre des décès a fléchi, la fermeture et la militarisation des frontières par l'Union Européenne est estimée responsable, en grande partie, des décès enregistrés.

Selon l'Organisation Internationale de la Migration, dans la période allant de 2018 à 2019, plus de 2.299 personnes y ont trouvé la mort. Les entreprises de sécurité et de vente des armes profitent de l'instabilité et des conflits. La militarisation des frontières est une stratégie véhiculée, principalement, par ces entreprises qui augmentent leurs revenues. Ces entreprises influencent même les stratégies de sécurité et défense des pays européens et des institutions régionales. Elles leur poussent à cataloguer l'immigration comme menace et défi sécuritaire majeur.[13]

---

[12] Teule, C., « Accord UE-Turquie : le troque indign », Observatoire des frontières, octobre 2017. *Voir* aussi, Molina, I. (coord.), *España en el mundo en 2019: perspectivas y desafíos,* Elcano Policy Paper, Febrero 2019, pp. 25-31.

[13] Parmi les entreprises en question on trouve Airbus, Leonardo S, Thales ou Indra. Lemberg Pederser, M. (2013): «Private Security Companies and the EU borders. In Gammeltoft-Hansen, T. and Nyberg Sorensen, N. (2013) The Migration Industry and the Commercialization of International Migration. Routledge. Cité par Akkerman, M., « Guerras de Frontera. Los

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 8, janvier-décembre 2020, pp. 329-361
DOI: http://dx.doi.org/10.25267/Paix_secur_int.2020.i8.10

2. Le crime organisé

La région méditerranéenne a toujours été le centre névralgique du trafic illicite et le point d'arrivée et de départ dans le monde du trafic de drogue. Le trafic de stupéfiants est généralement associé à d'autres formes de criminalité telles que le blanchiment d'argent et la corruption. Les criminels inventent sans cesse de nouvelles méthodes de dissimulation, ils sont interconnectés, organisés et surtout bien informés. En fait, les trafiquants nord-africains, libyens en particulier, en liaison avec des groupes criminels d'Italie, d'Europe orientale et d'Afrique du Nord, hautement qualifiés, entretiennent des relations. Ils sont impliqués, désormais, non seulement dans le trafic illicite classique, mais ces dernières années, on assiste à la montée en puissance du trafic humain lié à l'immigration clandestine, en premier lieu et à la vente des armes, des articles et d'objets d'arts antiques (égyptiens et syriens) et des produits du braconnage africain (Ivoire et peaux des animaux rares).

Par conséquent, la hausse de l'immigration est, souvent, accompagnée de la hausse du crime organisé. Les passeurs, les braconniers, les trafiquants de drogue, des armes et les terroristes, tous confondus, profitent de ces circuits migratoires d'une façon ou d'une autre. C'est pour cela que le bassin méditerranéen, justement, abrite un large éventail de réseaux et d'organisations criminelles. Ces groupes bénéficient actuellement de la situation instable des pays, de la corruption endémique, des frontières poreuses, des médiocres conditions de sécurité et surtout de la rareté de la coordination interrégionale des États transfrontaliers (pas d'échange d'informations) dans la lutte contre la traite et le trafic illicite.

Après les troubles politiques et sociales de la rive sud de la méditerranée et les lacunes de pouvoir qui ont suivi, on assiste à une réorganisation des groupes déjà existants et la formation d'autre nouveaux réseaux de trafic illicite. Les itinéraires empruntés par le trafic de drogue sont souvent les mêmes empruntés par les migrants.[14]

---

fabricantes y vendedores de armas que se benefician de la tragedia de los refugiados en Europa» Transnational Institute, Stop Wapenhandel et Centre Delás d'Estudis per la Pau, p.18. 2018.

[14] N'est que l'un des résultats les plus frappants obtenus grâce à l'opération internationale «Libeccio International», née en 2013 à la suite de l'immense coopération entre les gardes du des finances et des services de police de la France, de l'Espagne, du Portugal, de l'Italie, de la Grèce et d'autres pays de la région, pour lutter contre le trafic de drogue dans la région méditerranéenne. Au cours des quatre dernières années, cette mission a mené à bien une série

De nombreuses organisations criminelles de différents pays coopèrent dans le cadre d'un commerce intense au sein duquel les immigrés sont également inclus. La coopération criminelle entre trafiquants de drogue, passeurs et trafiquants d'êtres humains résultant de l'instabilité politique et de l'utilisation de nouvelles technologies nous pousse à soupçonner l'existence d'un réseau unique de collaboration criminelle.

D'autre part, la chute de Mouammar Kadhafi a laissé, certes, un vide sécuritaire dans la région. Les réserves d'armes libyennes sont devenues des stocks en libre accès pour les trafiquants d'armes, notamment les organisations et mouvements séparatistes au Mali, au nord du fleuve de Niger, en Guinée Bissau, et d'autres alimentant, ainsi, l'instabilité dans ces pays et les attaques contre le personnel des Nations Unies. L'arsenal du régime Kadhafi comptait 22.000 lance-missiles dont au moins 17.000 sont portés manquants et 400 sont dispersés dans le trafic. On estime qu'entre 10 et 20.000 armes à feu libyennes ont rejoint le Mali, le Niger, le Tchad et le Soudan. Certaines estimations donnent des chiffres bien plus importants, parfois quadruplés. Ce qui est inquiétant c'est que ces armes sont tombées aussi dans les mains des groupes terroristes tels Al-Qaïda au Maghreb Islamique, Ansar Dine, Al Mourabitoun et Boko Haram.[15]

3. Le terrorisme

Le terrorisme djihadiste est un phénomène global en mutation permanente depuis son début ces trois dernières décennies. Les organisations qui ont

d'opérations qui ont abouti à l'enlèvement de plus de 139 tonnes de drogue (dont 50 tonnes seulement de cocaïne et 43 de hachisch) pour une valeur estimée à 4 500 tonnes. Millions d'euros, le blocus de 30 navires et l'arrestation de plus de 220 personnes. Des données qui nous confirment, la Méditerranée étant désormais le plus grand bassin de trafic de drogue en Europe. Bachis, L., *Il narcotraffico percorre le rotte del Mediterraneo,* Blog Taormina, junio 2014. http://www.blogtaormina.it/2014/06/29/narcotraffico-percorre-rotte-mediterraneo/185300/. (Consulté le 02/11/2019).

[15] « L'Immigration et crime organisé, Le rapport choc qui accable », BREIZH-INFO, 08/09/2015, https://www.breizh-info.com/2015/09/08/30671/immigration-et-crime-organise-le-rapport-choc-qui-accable. (cosulté le 02/11/2019). *Voir* aussi, European monitoring center for Drugs and Drug Addiction: *Migrants, asylum seekers and refugees: an overview of the literature relating to drug use and access to services*, EU public relations Office, Luxembourg, 2017. http://www.emcdda.europa.eu/system/files/attachments/6341/EuropeanResponsesGuide2017_BackgroundPaper-Migrants-Asylum-seekers-Refugees-Drug-use.pdf. (consulté le 02/11/2019)

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 8, janvier-décembre 2020, pp. 329-361
DOI: http://dx.doi.org/10.25267/Paix_secur_int.2020.i8.10

adopté cette idéologie violente, dite djihadiste, ont su adapter tout au long de leur existence leur *modus operandi* et leurs stratégies. L'instabilité politique et la défaillance des États en monde arabe et au Sahel ont permis à ces groupes de se proliférer. Il s'agit d'une réelle menace de grande envergure ayant alimenté d'autres problèmes et menaces sécuritaires, et ayant engendré par conséquent l'affaiblissement des États, le désordre politique et social, la perméabilité des frontières, l'accès aux armes, le trafic illicite et le crime organisé, l'augmentation de la migration et des refugiés, entre autres.

Le dynamisme terroriste en méditerranée est une réalité tangible. Si le terrorisme était lié avant quelques années à des attentats dispersés qui visaient à se venger de l'intervention étrangère dans les affaires des pays musulmans, considérées comme locales et ne concernaient que eux, des pays tels l'Afghanistan, la Somalie et l'Irak, aujourd'hui la menace prend des formes différentes et extrêmement dangereuses. Le terrorisme devient une menace structurelle et internationale qui touche tous et se manifeste partout. Les groupes terroristes visent à renverser les régimes politiques des pays arabes pour les remplacer par des nouveaux systèmes basés sur leur interprétation fondamentaliste de « la Charia ».

Cela dit, on distingue deux catégories de pays concernés par ce fléau. La première et d'une relation étroite et directe avec le terrorisme, et où les groupes terroristes opèrent sur le terrain tels la Lybie, le Mali, le Niger, la Mauritanie, le Tchad et le Nigeria, sans oublier certains pays européens, même avec un degré moins important, comme la France et l'Espagne. Ces pays abritent des terroristes qui tissent des liens avec d'autres réseaux en d'autre pays, ils assurent des opérations à la fois dans leurs pays d'origine et ailleurs. La deuxième catégorie des pays se sont les pays exportateur du terrorisme. Ils sont moins ciblés par des attentats, vu leurs systèmes sécuritaires plus ou moins efficaces, mais qui exportent les terroristes pour intégrer les groupes qui opèrent en d'autres zones. C'est le cas du Maroc, de la Tunisie, de l'Algérie, de la Jordanie, de l'Arabie Saoudite et de la Turquie.[16]

Il est opportun de souligne que les attentats terroristes ont pris de l'importance juste après l'intervention des États Unis en Irak et en Afghanistan. Ainsi après la chute de Saddam Hussein le phénomène a connu un virage très inquiétant avec l'apparition de « Daesh » qui avait déclaré avoir l'intention de

[16] MOLINA, I. (coord.), *Op.cit*, pp. 19-23.

créer un État Islamique en monde arabe. Et comme si la situation ne manquait pas de complication, le déclenchement des révoltes et des guerres civiles au monde arabe est venu ajouter de l'huile au feu. Le chaos en Lybie, en Égypte et en Syrie a permis aux groupes terroristes de se proliférer dans ces zones. La chute des Frères musulmans en Égypte a enlisé le pays –plus particulièrement la région de Sinaï- dans un état constant des attaques terroristes contre l'institution militaire et contre l'église Copte et ses groupements. De sa part, la chute de Kaddafi a favorisé en Lybie la prolifération des groupes terroristes et les attentats contre les institutions de l'État déjà fragilisées par la chute du régime. En Syrie et en Irak le groupe terroriste Daesh a pu étendre pendant plusieurs années son influence dans plusieurs villes et régions avant de commencer à se reculer dans les dernières années.

La fragmentation territoriale, tribale et politique de ces pays a détruit les institutions de l'État en laissant le champ libre aux mouvements djihadistes. Les groupes terroristes implantés dans ces régions profitent de la faiblesse des États et la porosité de leurs frontières, ils entretiennent des liens étroites pour se renforcer et se doter d'équipement, ils partagent les informations, les combattants et ils programment-en collaboration- les opérations d'attentats.

En absence d'une décision d'intervention au sein du Conseil de Sécurité des Nations Unis, sur ces questions, les puissances internationales dans leurs interventions font souvent recours à la voie unilatérale. Nonobstant, la divergence des priorités stratégiques de ces États affaibli leurs actions. La lutte contre les terroristes est influencée par les visions stratégiques et hétérogènes des puissances et organisations internationales.

Le Maroc, la Tunisie et l'Algérie continuent d'être une plate-forme privilégiée des groupes terroristes du fait de la facilité d'accès à leurs territoires et de leur proximité à l'Europe. Si le Maroc a pu combattre ce mal en éradiquant les « cellules dormantes » et arrive à épargner des éventuelles attentats terroristes, la circulation des noms des marocains dans les listes des commutateurs d'attentats qui frappent l'Europe inquiète les responsables. Selon le Global Terrorism Index 2017 de l'Institut For Economics and Peace, en 2015 les marocains, les tunisiens, les jordaniens, les saoudiens et les turques occupent les premières rangs des combattants de « Daesh »[17].

[17] Global Terrorism Index 2017, Measuring and understanding the impact of terrorism, Institute for Economics and Peace.

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 8, janvier-décembre 2020, pp. 329-361
DOI: http://dx.doi.org/10.25267/Paix_secur_int.2020.i8.10

A cet effet, et de depuis le déclenchement des guerres au monde arabe l'Europe est devenue, constamment, la cible privilégiée des attentats. Ainsi, plus de 19 attentats étaient perpétrés entre 2012 et 2019, dont la plupart ont pris comme cible la France et la Belgique. Le Royaume Uni et l'Espagne viennent en deuxième niveau d'importance, tandis que la Bulgarie, le Danemark et l'Allemagne sont en troisième place. Les attentats les plus meurtrières ont été celles de Paris du 13 novembre 2015 qui ont causé la mort de 130 personnes et 340 blessés, et l'attentat de Nice du 14 juillet 2016 qui a emporté 80 innocents[18].

Selon des chiffres officiels l'Europe a enregistré entre 2000 et 2018 plus de 753 morts, la grande partie était en Espagne et en France. La majorité de ces attentats est revendiquée par « Daech », et dans une moindre mesure par l'AQMI. Si on ajoute les attentats perpétrés en Syrie, Égypte, Lybie et en Tunisie le bilan des victimes sera plus lourd. Cependant, il est constaté qu'en 2018 le nombre des attentats a fléchi, cela s'explique d'abord par la stabilité relative des pays en guerre tels la Lybie, la Syrie et l'Égypte, et en deuxième lieu par la lutte contre les groupes terroristes opérants dans ces régions.

Vu cette situation, les observateurs se demandent des vraies causes de toutes ses tueries, à chaque fois qu'un attentat emporte des âmes. Et obtiennent comme réponse des discours des chefs des groupes terroristes, qui déclarent à maintes reprises que les raisons et les motifs derrière ces actes criminels sont les politiques étrangères interventionnistes des États occidentaux dans le monde arabe et musulman. Le manque du respect de la religion islamique et des musulmans dans les pays européens est aussi une raison revendiquée par les terroristes. Mais l'une des raisons flagrantes est bien le désordre et l'instabilité que connaissent les pays arabes, et qui ont certainement favorisé l'épanouissement et la consolidation des idéologies islamistes intégristes et extrémistes qui visent la prise de pouvoir et l'établissement de l'Islam politique, et l'application de la « Charia » dans ses différentes versions. Mais encore, les différences religieuses, ethniques et tribales ont rendu le terrain plus fertile au déclenchement desdits conflits. A cela, il va falloir ajouter que le malaise des populations arabes contre l'hostilité des systèmes autoritaires était, certainement, décisif. Il s'est alimenté par la mauvaise gestion des protestations qui n'a fait qu'aggraver la situation. D'autre part, les experts, eux, lient le

[18] Rapport de la Direction Générale des Relations Internationales et de la Stratégie, Ministère de la Défense de la France, « Sécurité du bassin méditerranéen (don mer noir) et enjeux énergétique », septembre 2016, pp. 25-35.

terrorisme à autres facteurs tels : la pauvreté, le chômage, les dépressions sociales, le désespoir des jeunes et l'analphabétisme[19].

Dans la même perspective, les pays de la rive sud de la méditerranée, ne sont certainement pas à l'abri de ces problèmes, ils sont affectés aussi par ces attentats. D'ailleurs, un chiffre très élevé des morts s'est enregistré dans les zones les plus conflictuelles à l'instar de la Syrie, la Lybie, L'Égypte, et la Tunisie. Des dégâts matériaux ayant touché des infrastructures économiques ont ajouté l'eau à la boue. Les constructions hôtelières et touristiques, les sites archéologiques et les musées étaient ciblés. Sachant pertinemment que l'activité touristique représente une partie importante des ressources de ces États (Tunisie et Égypte). Il n'y à point de doute que ces attentats terroristes exacerbent la stabilité politique, affaiblissent les institutions de l'État, causent le recul des investissements, la diminution du nombre des touristes, ce qui influe considérablement les économies de ces pays. Néanmoins, actuellement, le constat est que les groupes terroristes ont perdu d'influence sur leurs adeptes, et cela est dû en premier lieu à la défaite militaire et à la neutralisation du présumé Calife de l'organisation de « l'EISI », communément appelée « Daesh ».

Vu la situation d'affaiblissement des groupes terroristes, il parait que leur objectif se limitera au futur à chercher de garantir la survie et l'existence régionale. On assistera, très probablement, à des efforts pour réélaborer le discours terroriste et à l'essaie de récupérer l'appui social. Mais, quand même, les possibilités de viser des objectifs au-delà des frontières régionales sont difficiles et peu probables. A l'heure actuelle, les groupes terroristes ont moins de ressources qu'avant, et moins d'appui interne. Mais il s'avère que le seul élément de force resté pour ces groupes c'est l'accès aux nouvelles technologies, utilisées pour garantir la présence et l'influence[20].

---

[19] *Voir* Stetta , A., «La pauvreté fait-elle le lit du terrorisme», *Association de l'Economie Financiere*. https://www.aef.asso.fr/publications/rapport-moral-sur-l-argent-dans-le-monde/145/3387-la-pauvrete-fait-elle-le-lit-du-terrorisme. Berrebi, B. E., et Klor, E. F, « Economic Conditions and the Quality of Suicide Terrorism », *National Bureau of Economic Research, Working Paper*, n° 16320, agosto 2010. Piazza, J. A, "Rooted in Poverty? Terrorism, Poor Economic Development and Social Cleavages", *Terrorism and Political Violence*, vol. 18, n° 1, 2006, pp. 159-177.

[20] Igualada Tolosa, C., « El futuro más inmediato del movimiento yihadista global. Un análisis prospectivo", Comunicación presentada en el Congreso Análisis de Inteligencia y prospectiva, Grupo de Estudios en Seguridad Internacional. Universidad de Granada, 8-9 de abril de 2019.

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 8, janvier-décembre 2020, pp. 329-361
DOI: http://dx.doi.org/10.25267/Paix_secur_int.2020.i8.10

De toute état de cause, même s'il est peu probable et très difficile qu'un « to be back » soit établi les groupes terroristes vont chercher d'effectuer des attentats de grande envergure pour récupérer le prestige et l'influence perdus. La difficulté de réaliser des attentats en dehors de leurs zones d'implantation pourrait les encourager de cibler des objectifs endogènes. Ce qui est problématique est que ces groupes terroristes peuvent s'adapter, se métamorphoser et changer leurs stratégies. Décider de se réfugier dans le cyberespace serait un éventuel exemple. L'autre alternative sera de chercher des nouvelles zones instables, conflictuels pour se reconstruire, réélaborer leur idéologie et l'adapter aux intérêts de la zone hôte pour convaincre les nouveaux adeptes.

V. VERS UNE VISION GLOBALE ET INTEGREE

Bien évidemment, l'entente en matière de sécurité est la clé pour garantir un processus stable de coopération au niveau économique, politique et social. Il n'y a pas de développement ni prospérité sans sécurité, en même temps il n'y pas de sécurité sans développement. Cette affirmation pourrait être une des leçons les plus précieuses d'une vision globale et intégrée de notre entourage, une vision en définitive conséquente avec les concepts du multilatéralisme et sécurité humain.

Cette coopération doit partir d'abord d'une optimale compréhension des divers risques et menaces émergents interconnectés dans la région, tout en s'attaquant aux origines et facteurs déclencheurs de cette réalité. Le point de départ sera d'observer les résultats des révoltes, voir si les revendications socio-économiques et politiques des populations arabes sont prises en considération. S'il y a des améliorations à grande échelle, et si les conditions se détériorent autant que plus d'instabilité et de chaos peuvent être attendus. D'autre part, la bonne compréhension des défis consiste à vérifier si les réponses politiques et sécuritaires des gouvernements et des organisations de la région fonctionnent bien, voir si elles devraient produire des résultats positifs à long terme pour la stabilité et la prospérité des pays de la rive sud.

Si la montée en puissance des crises et des problèmes sécuritaires que connait la méditerranée s'explique essentiellement par la situation d'instabilité politique, économique et sécuritaire des pays de la rive sud après les soulèvements populaires de 2011. Aujourd'hui, ces problèmes commencent à

diminuer, progressivement, depuis 2015 grâce à la stabilité politique de certains pays. Il est, toutefois, opportun de rappeler que ce type de crises est cyclique est inhérent à l'histoire de l'humanité. A cet effet, les conflits, les guerres civiles, les crises économiques, la sécheresse, les catastrophes naturelles sont des déclencheurs naturels des flux de migration, ainsi que d'autres phénomènes ou épiphénomènes comme le terrorisme et le crime organisé. L'accumulation des résidus causés par les disparités économiques et culturels en sont les causes principales. La réaction des sociétés en retard prend plusieurs forme qui vont de la migration, du crime organisé jusqu'au l'apparition des réactions agressives et violentes qui véhiculent le désir de vengeance à travers le terrorisme. On ne peut jamais mettre fin à ces pratiques inhérentes à l'être humain, mais on peut les contrôler et diminuer leurs impacts. Alors, les mesures strictes et coercitives ne feront qu'exacerber ces crises et alimenter d'autres et qui auront, très probablement, des impacts plus graves que les crises d'origine.

Même si tous les pays de la Méditerranée partagent la nécessité d'atteindre des niveaux acceptables et durables de la sécurité audit bassin, la relation entre les pays prend plusieurs formes qui dépendent des circonstances, intérêts politiques, et parties politiques au pouvoir.

En général, les pays du nord prônent trois visions différentes dans leurs relations avec le sud. En premier lieu on trouve l'approche "optimiste" qui est une approche de caractère socio-économique. Cette vision considère que les phénomènes comme le terrorisme, l'immigration, le radicalisme religieux sont dus au manque du développement économique de ces pays. Selon cette vision, si on arrive à améliorer la situation socio-économiques de ces pays on pourrait mettre fin, ou du moins, réduire les problèmes sécuritaires. Cette vision pousse les États de la rive nord ainsi que les institutions internationales et régionales concernées à lancer des projets de coopération de caractère socio-économique.

La deuxième approche opte pour une perspective plus « réaliste ». Elle prône l'aide au développement, mais elle priorise le renforcement des mesures politiques et policière strictes, et favoriser, plutôt, l'approche sécuritaire. Selon cette vision, seules les mesures sécuritaires peuvent faire face aux menaces. Cette approche connait actuellement une montée en puissance dans le monde occidentale. L'accroissement des risques et menaces sécuritaires renforce cette voie.

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 8, janvier-décembre 2020, pp. 329-361
DOI: http://dx.doi.org/10.25267/Paix_secur_int.2020.i8.10

Sinon, une troisième approche se présente et se veut « fataliste ». Cette dernière considère que les disparités culturelles entre l'Occident et le Sud font du choc inévitable. Cette perspective coïncide comme on le sait avec la fameuse thèse de Samuel Huntington sur « le choc des civilisations ». Les partisans de cette approche considèrent que les mesures de coopération comme les mesures de contrôle ne pourront jamais résoudre les problèmes sécuritaires de la méditerranée. Et la persistance en perspective des problèmes sécuritaires comme l'immigration et le terrorisme, malgré d'énormes efforts des pays occidentaux et des organisations internationales, vient renforcer cette vision. L'arrivé des partis politiques d'extrême droite en plusieurs pays occidentaux confirme cette orientation. Le renforcement des mesures sécuritaires, auxquels on assiste aujourd'hui, sont les résultats de cette orientation fataliste.

De toute façon, vision optimiste, réaliste ou fataliste, la stabilité de l'espace méditerranéen est indivisible. La sécurité du nord de la Méditerranée est étroitement liée à celle de sa rive sud. Par conséquent, dès qu'un conflit est déclenché et que la situation politique, économique ou sociale de l'un des pays de la rive sud est détériorée on assiste à un nouveau déclenchement des crises sécuritaires, générant les mêmes problèmes cités. Le déclenchement de la révolte en Tunisie a engendré des révoltes en Égypte, en Syrie, etc. La montée en puissance de l'Islam politique en Égypte a engendré des situations pareilles dans tous les pays arabes. Le terrorisme de sa part affecte tous les pays en question.

Toutefois, il va falloir ajouter à ce corpus d'éléments perturbateurs de stabilité un autre élément, aussi intéressant, à savoir l'instrumentalisation des gouvernements et des partis politiques des risques et menaces sécuritaires. La montée en puissances des parties politiques d extrême droite en Europe est la preuve. La sécurité est une construction sociale et subjective, essayer de l'étudier à partir d'une vision objective mène, forcément, à un résultat défectueux. La sécurité a un sens utilitariste, étant un outil politique au service de l'élite politico-économique qui vise à faire prévaloir leurs intérêts et justifier les mesures établies.

Dans cet ordre d'idée, la sécurisation est un processus intersubjectif, cela veut dire qu'on n'est pas face à une réalité vérifiée ou confirmée, sinon une réalité construite, crée à travers les processus d'interaction entre les sujets[21]. De

[21] Igualada Tolosa, C. « El futuro más inmediato del movimiento »... *cit.*

là, la coopération entre les pays des deux rives de la méditerranée doit se faire à la base de la compréhension partagée des défis de chacun. Si pour les pays de la rive nord l'immigration et le terrorisme sont les risques prioritaires, pour les pays de la rive sud, le manque de la stabilité et le manque du développement économique sont les premières menaces et le souci majeur. Il faut s'attaquer, alors, aux problèmes sécuritaires non par la perception subjective de la menace de chaque acteur, mais par les conséquences réelles causées par les acteurs concernés.

Si les mesures sécuritaires strictes, à caractères réactifs et instantanés, peuvent réduire les menaces, ils ne pourront jamais les éradiquer. Au contraire, cette voie peut aggraver les crises et alimenter d'autres crises qui auront peut-être des impacts plus graves que les crises d'origine. Les solutions réactives et de court terme ont montré leur inefficacité. Les menaces et défis sécuritaires requièrent des politiques et stratégies proactives, anticipatives qui s'attaquent aux sources et aux origines. De là, toute stratégie de sécurité globale conçue pour la Méditerranée doit reposer sur deux éléments clés : l'équilibre et l'intégration[22].

Sachant pertinemment que les pays arabes ont vécu une rupture des liens entre le peuple et leurs dirigeants. L'autoritarisme et la mauvaise gouvernance des dirigeants arabes ont, par conséquence, poussé les peuples à se révolter et à favoriser dans plusieurs pays l'alternatif de l'Islam politique, soit l'idéologie, le courant ou le parti politique qui n'avait jamais eu l'occasion de gouverner auparavant.

Les pays européens de leur part n'ont jamais prévue une situation pareille. Ils ont, sans doute, contribué aux facteurs qui ont résulté cette situation. Le soutien inconditionnel des occidentaux aux régimes autoritaires pendant des années est maintenant plus critiqué qu'avant. L'intervention extérieure des puissances internationales dans les affaires internes de ces pays ne fait qu'exacerber les conflits. Cette réalité impose, aujourd'hui, aux européens et aux occidentaux en général, de revoir leurs politiques envers ces pays. Le fait de se limiter à se conformer à appuyer les régimes en place n'est plus valable. Croire que l'ordre et la stabilité obtenus par l'oppression sont durables est une

[22] Moron Ortega, Y., « Inmigración y asilo en el punto de mira. Análisis prospectivo migratorio en el horizonte 2030 y estrategia nacional », comunicación presentada en el Congreso Análisis de Inteligencia y Prospectiva. Grupo de Estudios en Seguridad Internacional. Universidad de Granada, 8-9 de abril de 2019.

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 8, janvier-décembre 2020, pp. 329-361
DOI: http://dx.doi.org/10.25267/Paix_secur_int.2020.i8.10

illusion. Pour ce bien faire, Il va falloir aborder des stratégies à long terme, réelles et durables qui priorisent la promotion de la démocratie et l'aide au développement dans son sens le plus large.

De ce fait, la conjugaison des pratiques contradictoires ne fait qu'attiser les crises. Ainsi, la vente d'armement et l'ingérence dans les affaires internes des États sont contradictoires avec la résolution pacifique des conflits. L'appui des systèmes autoritaires est contradictoire avec les demandes de l'instauration de la démocratie. Les fermetures et militarisation des frontières sont contradictoires avec les opérations de sauvetage, etc.

D'autant plus qu'il faut avoir la conviction juridique que les solutions aux problèmes sécuritaires en méditerranée doivent être pensées et résolus dans un cadre de Droit de l'Homme et au sein des institutions internationales comme l'ONU et pas uniquement au sein des organisations régionales, à vocation militaire et sécuritaire comme l'OTAN, le Forum pour la Méditerranée occidentale et l'Union pour la Méditerranée. La question de la sécurité de la méditerranée ne concerne pas uniquement les pays de la méditerranée, sinon c'est la sécurité internationale qui est en jeu. L'une des politiques qu'il faut favoriser dans ce sens c'est l'accroissement du rôle du Conseil de Sécurité des Nation Unis, responsable international de garantir la paix et la sécurité internationales.

Seulement que, l'une des réalités choquante pour ces peuples est qu'ils ont presque l'ultime conviction que le Conseil de Sécurité s'est montré, à chaque fois, incapable de mettre fin aux conflits et aux violations du Droit international. Sinon, quand une intervention a lieu, elle est souvent au détriment de la partie faible du conflit. Les exemples ne manquent pas, les plus flagrants sont le conflit Arabo-israélien qui a trop perduré, presque 70 ans. Les rivalités stratégiques des membres permanents du Conseil onusien empêchent toute mesure interventionniste qui peut mettre fin à plusieurs problèmes et menaces sécuritaires.

Les pays des deux rives doivent repenser des stratégies en commun pour trouver des solutions aux défis sécuritaires. Sur la question migratoire considérée comme défi majeur de ces dernières années, le renforcement des mesures sécuritaires sont indispensables. Il n'en demeure pas moins qu'il faut prendre en considération le côté humanitaire. Le naufrage des immigrées en méditerranée constitue une violation flagrante au Droit international

et au Droits de l'Homme. A cet effet, les deux parties (Sud et Nord) sont responsables des résultats de cette catastrophe. Il faut s'attaquer aux origines du problème, c'est-à-dire dire aux facteurs qui contraignent les gens à se déplacer, à quitter leurs territoires. Il va falloir, donc, fixer les populations par une assistance économique, se tenir aux côtés des États qui œuvrent sérieusement pour une démocratie politique, qui luttent contre le changement climatique. En voilà des solutions structurelles que les pays de la rive nord doivent favoriser. Il n'en demeure pas moins que malgré ses difficultés et ses contraintes, l'établissement d'une politique migratoire commune des États membres de l'Union Européenne qui contribue à limiter l'immigration illégale et ouvre des perspectives d'immigration légale est une autre mesure qu'il faut réétudier.

D'autant plus que pour le terrorisme, les mesures opérationnelles prises par les pays des deux rives à travers la mise en place des stratégies pour réduire la vulnérabilité des risques terroristes comme le renforcement de sécurité des ports, des aéroports, et les échanges d'informations sont indispensables, mais ils sont couteuses. D'autre part, ils ne garantissent pas une résolution complète de ces défis. Il faut conjuguer ces efforts avec une stratégie plus globale qui inclus des politiques à long terme comme la participation active des pays européens et institutions régionales et internationales aux actions effectives à la stabilité des pays en conflits, et l'accompagnement de la transition politique dans ces pays. Toutefois, le contrôle des groupes religieux installés dans les pays européens se manifeste comme une mesure indispensable, puisque ces groupes religieux sont les formateurs, captateurs et exportateurs principaux du terrorisme. La collaboration étroite des services des renseignements des pays des deux rives est aussi indispensable. Même si le terrorisme frappe plus souvent les pays de la rive nord, il ne faut pas oublier que les pays de la rive sud sont aussi concernés par ces crimes. Déjà l'activisme des groupes terroristes en Syrie, en Lybie, en Égypte entrave la stabilisation de ces pays et influe très négativement les économies et le tourisme. Il suppose, aussi, la consécration de grandes ressources pour faire face à ces défis. D'où, la lutte contre le terrorisme doit, forcément, être pensée en commun.

Nous arrivons à une question des plus importantes, à savoir le retour de ces combattants radicalisés, jeunes, expérimentés et bien entrainés militairement, mais convaincus que la seule solution contre le « malheur de la Oumma » et

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 8, janvier-décembre 2020, pp. 329-361
DOI: http://dx.doi.org/10.25267/Paix_secur_int.2020.i8.10

contre les pouvoirs sur place qu'ils considèrent « incrédules » et « infidèle ». La facilitation de leur retour, et les efforts pour leur intégration peuvent être des mesures préventives de futur recrutement des terroristes. Plusieurs terroristes changent leurs idées après les expériences qu'ils ont vécues dans le terrain du combat. Le fait de les éliminer dans le terrain du conflit par « les snipers » ou les drones se sont des pratiques qui suscitent un débat au niveau du droit international humanitaire.[23] Il s'agit des assassinats extrajudiciaires qui peuvent attiser le désir de vengeance chez leurs collègues ou fomenter le désir de vengeance chez les nouveaux adeptes.

Nous concluons, donc, que les pays de la rive sud sont les plus concernés par leur stabilité. Les gouvernements actuels leur incombent la responsabilité de gérer ces défis et de participer à la réduction des menaces internes et externes. Les gouvernements actuels se trouvent devant un grand défi qui est celui de gagner la confiance et l'appui de leur peuple en montrant des preuves de bonne gouvernance, renforcement de la démocratie, croissance économique et réduction du chômage. La marge d'erreur doit d'être faible parce que la détérioration de la situation peut causer des nouvelles révoltes. La politique réactive et d'endiguement des crises peuvent ne pas fonctionner comme avant. La limitation des libertés, la politique d'exclusion et les pratiques autoritaires ne doivent pas durer pendant longtemps. Il faut apprendre des erreurs du passé.

Il est aussi primordial de promouvoir l'intégration régionale sud-sud comme condition préalable pour atteindre des niveaux de sécurité partagés acceptables et permanents. Sur ce point, le renforcement de la coopération intra-maghrébine et africaine est aussi une mesure importante. Les changements politiques qu'ont eu lieu au Maroc et qui traversent l'Algérie aujourd'hui peuvent encourager les responsables de ces deux pays a ce rapprocher et améliorer les relations pour une intégration plus renforcée pour un développement durable qui peut décourager les populations qui aspirent vers l'immigration ou le terrorisme. Ce rapprochement aidera sans doute à réduire les menaces sécuritaires qui affrontent les deux pays et qu'épuisent les sources financières des deux pays.

[23] *Voir* sur ce sujet, Gomez Isa, F., «Los ataques armados con Drones en derecho internacional», *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol. LXVII 1 2015, pp 61-92.

BIBLIOGRAPHIE

AKKERMAN, M, «Guerras de Frontera. Los fabricantes y vendedores de armas que se benefician de la tragedia de los refugiados en Europa» Transnational Institute, Stop Wapenhandel et Centre De lás d'Estudis per la Pau, 2018

AZERKY, R., « La Banque Mondiale appelle les pays Mena a s'engager dans les nouvelles technologies », ECONOSTRUM, 03 octobre 2018.

BACHIS, L., *Il narcotraffico percorre le rotte del Mediterraneo,* Blog Taormina, junio 2014.

BERREBI, B., E., et KLOR, E, «Economic Conditions and the Quality of Suicide Terrorism», *National Bureau of Economic Research, Working Paper*, n° 16320, aout 2010.

GABON, «Huit ans après le Printemps Arabe est loin d'être terminé», Middle East EYE, 2018.

GÓMEZ ISA, F., «Los ataques armados con Drones en derecho internacional», Revista Española de Derecho Internacional, Vol. LXVII 1 2015.

GOUYEZ BEN ALLAL, A., *Ou va l'Égypte, Analyse sous l'angle des relations civilo-militaires*, Éditions Universitaires Européenne, 2018.

IGUALADA TOLOSA, C., « El futuro más inmediato del movimiento yihadista global. Un análisis prospectivo", Comunicación presentada en el Congreso Análisis de Inteligencia y prospectiva, Grupo de Estudios en Seguridad Internacional. Universidad de Granada, 8-9 de abril de 2019.

JALLOUL MURO, H., «La Traumática Post-Primavera Árabe», Observatorio Internacional de Estudios sobre Terrorismo, 2017.

MOLINA, I. (coord.), *España en el mundo en 2019: perspectivas y desafíos,* Elcano Policy Paper, Febrero 2019.

MORÓN ORTEGA, Y., «Inmigración y asilo en el punto de mira. Análisis prospectivo migratorio en el horizonte 2030 y estrategia nacional», comunicación presentada en el Congreso Análisis de Inteligencia y Prospectiva. Grupo de Estudios en Seguridad Internacional. Universidad de Granada, 8-9 de abril de 2019.

PIAZZA, J. A, «Rooted in Poverty. Terrorism, Poor Economic Development and Social Cleavages»', *Terrorism and Political Violence*, vol. 18, n° 1, 2006.

STETTA, A., «La pauvreté fait-elle le lit du terrorisme, *Association de l'Économie Financière*.

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 8, janvier-décembre 2020, pp. 329-361
DOI: http://dx.doi.org/10.25267/Paix_secur_int.2020.i8.10

SMOLZCA, I., «Introducción, actores y dinámicas de cambio en el norte de África y Oriente Próximo», *Revista CIDOB d'Affairs Internationals*, n9, Abril 2015.

TEULE, C., « Accord UE-Turquie : le troque indign », Observatoire des frontières, octobre 2017.

NOTES

PAIX ET SÉCURITÉ INTERNATIONALES
Journal of International Law and International Relations
Num 8, janvier-décembre 2020 | ISSN 2341-0868
DOI http://dx.doi.org/10.25267/Paix_secur_int.2020.i8.11

Citation: BA MOHAMED, N. : «La COVID-19: Exigences de la sécurité sanitaire, crise du multilatéralisme et implications géopolitiques», *Paix et Sécurité Internationales*, num. 8, 2020, pp. 365-379.

Received: 20 August 2020.
Accepted: 7 September 2020.

LA COVID-19 : EXIGENCES DE LA SÉCURITÉ SANITAIRE, CRISE DU MULTILATÉRALISME ET IMPLICATIONS GÉOPOLITIQUES

Najib BA MOHAMED[1]

I.INTRODUCTION – II. LA SÉCURITÉ SANITAIRE, CONCEPT ET RÉALITÉ – III. COVID-19 ET SÉCURITÉ SANITAIRE : UN ENJEU GÉOPOLITIQUE, ECONOMIQUE ET STRATEGIQUE GLOBAL – IV. BIBLIOGRAPHIE

RESUME : La pandémie du coronavirus (COVID-19) constitue une menace réelle pour le monde, ses conséquences sont entrain de bouleverser l'ordre mondial, brutalement placé face à une réalité à multiples problématiques. La crise est en même temps une fenêtre d'opportunité pour la communauté internationale pour renfoncer le multilatéralisme en établissant une stratégie commune de l'urgence sanitaire. Cependant, les tensions entre les États-Unis et la Chine, voire la guerre économique des États Unis contre l'Union Européenne sont des facteurs qui gênent les efforts établis dans ce sens. Cet article mettra en exergue la corrélation dynamique entre le concept de « la sécurité sanitaire » et les divers enjeux géopolitiques et économiques.

MOTS CLES : COVID-19, sécurité sanitaire, responsabilité de protection, multilatéralisme, géopolitique, mondialisation.

COVID-19: EXIGENCIAS DE LA SEGURIDAD SANITARIA, CRISIS DEL MULTILATERALISMO E IMPLICACIONES GEOPOLÍTICAS

RESUMEN: La pandemia de coronavirus (COVID-19) constituye una amenaza real para el mundo, sus efectos están alterando el orden mundial, brutalmente situado ante una realidad con múltiples problemáticas. Al mismo tiempo, la crisis es una ventana de oportunidades para la comunidad internacional para consolidar el multilateralismo, estableciendo una estrategia común de urgencia sanitaria. Sin embargo, las tensiones entre Estados Unidos y China, así como la guerra económica de Estados Unidos contra la Unión Europea son factores que obstaculizan los esfuerzos establecidos en

[1] Professeur d'enseignement supérieur (Full Professor) à la Faculté de Droit de l'Université Sidi Mohamed Ben Abdellah de Fès. Chargé d'encadrement et de recherche (Reseach Fellow) au Collège Royal de l'Enseignement Militaire Supérieur (CREMS), Kénitra et à l'Académie des Études Diplomatiques (AMED) Rabat.

este sentido. Este artículo pone de relieve la correlación dinámica entre el concepto de la « seguridad sanitaria » y los diversos desafíos geopolíticos y económicos.

PALABRAS CLAVE: COVID-19, seguridad sanitaria, responsabilidad de proteger, multilateralismo, geopolítica, mundialización.

COVID-19: HEALTH SECURITY REQUIREMENTS, MULTILATERALISM CRISIS AND GEOPOLITICAL IMPLICATIONS

ABSTRACT: The coronavirus pandemic (COVID-19) constitutes a real threat to the world, its consequences are disrupting the world order, brutally placed in against a reality with multiple problems. The crisis is at the same time a window of opportunity for the international community to reinforce multilateralism by establishing a common strategy for the health emergency. However, the tensions between the United States and China and the American economic war against the European Union are factors, which hamper the efforts established in this way. This article will highlight the dynamic correlation between the concept of « health security » and the geopolitical and economic challenges.

KEYWORD: COVID-19, health security, responsibility to protect, multilateralism, geopolitics, globalization.

I. INTRODUCTION

Sur fond de relations internationales tourmentées, exaspérées par les tensions entre les États-Unis du Président Donald Trump et la Chine du Président Xi Jumping, voire la guerre économique de l'administration américaine contre l'Union Européenne sujet aux difficultés récurrentes à définir une stratégie commune, la pandémie du coronavirus bouleverse l'ordre mondial, brutalement placé face à une réalité à multiples problématiques.

Le coronavirus, officiellement appelé « COVID-19 » constitue selon l'Organisation Mondiale de la Santé (OMS) « une menace pour le monde », une fenêtre d'opportunité cependant, conditionnée par la stratégie de l'urgence sanitaire perçue comme une chance réaliste de stopper cette épidémie[2]. Le Conseil de Sécurité des Nations Unies a même voté à l'unanimité une résolution appelant à une trêve mondiale afin de permettre la livraison d'aides[3].

L'ordre mondial est désormais marqué par les diverses temporalités -l'anté, le présent et le post – qui caractérisent une pandémie inédite.

---

[2] Cf. *Le Monde*, 13 Février 2020, plus tard, et pour parer à toute compagne médiatique hostile, l'OMS a lancé un processus d'évaluation de la gestion de la pandémie COVID-19, *voir* le Monde 9 juillet 2020.

[3] Cf. *Le Monde*, 2 Juillet 2020.

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 8, janvier-décembre 2020, pp. 365-379
DOI: http://dx.doi.org/10.25267/Paix_secur_int.2020.i8.11

En vue de décrypter pareille réalité au carrefour du politique de l'économique, du social, du culturel et du géopolitique, l'observateur doit puiser dans sa banque à données, d'ordre conceptuel, méthodologique et analytique, en vue d'apporter un éclairage lucide.

Dans cette optique l'approche globale s'impose pour tenter de cerner cette « phénoménologie » à dimension apocalyptique par la rapidité de sa propagation, l'incertitude de son évolution, révélatrice de l'affrontement de la science et de la politique, la sécurité sanitaire et l'urgence économique, les systèmes politiques et les sociétés, les puissances et les pays dépendants, quand bien même la mondialisation se nourrit de paradoxes, interdépendances et aggravation des inégalités[4].

C'est pourquoi, notre contribution tentera de livrer une lecture de l'ordre mondial, soumis brutalement aux défis d'une pandémie à dimension planétaire.

Pour ce faire notre analyse duale – par ses objets et approches – mettra en exergue la corrélation dynamique d'un concept, « la sécurité sanitaire » et d'une pandémie, dont l'équation « cause/effet » recèle divers enjeux géopolitiques.

II. LA SÉCURITÉ SANITAIRE, CONCEPT ET RÉALITÉ

En adoptant à l'unanimité le 2 Juillet 2020, de sa première résolution directement liée à la pandémie appelant « toutes les parties prenantes à des conflits armés à débuter immédiatement, une pause humanitaire durable pendant au moins 90 jours consécutifs, « afin de permettre la livraison d'aides »[5], le Conseil de Sécurité, prend acte politiquement du concept « sécurité sanitaire » que nous approcherons sous un triple angle.

---

[4] Cf. Badie, B., et Duval, D., (dir), *Un Monde d'inégalités*, La Découverte Poche, collection l'État du monde 2016 Essai n°474, Septembre 2017.

[5] On évoquera à ce propos, l'intervention de l'euro-députée, Mme Dominique Bilde, au sein de la commission Développement du Parlement européen, dénonçant la poursuite du détournement de l'aide alimentaire européenne par le Polisario et l'Algérie, le black out dans la communication autour du nombre de personnes, atteintes ou décédées du COVID, dans ces camps où la situation sanitaire est scandaleusement déplorable. *Voir Le Monde* 2 Juillet 2020 et le *Bulletin de l'Observatoire d'Études Géopolitiques* n° 68. Juil. Aout 2020, éditoriale de son directeur Charles St – Prot.

1. Une nouvelle logique de la sécurité internationale

Dans un monde apolaire, en quête d'alternatives[6] transformé par les Nouvelles Technologie de l'Information et de la Communication (NTIC), foncièrement reconfiguré par les attentats du Tween Center à New-York le 11 Septembre 2001, la montée des risques et menaces –optimisés par le dérèglement climatique– a canalisé la réflexion autour d'une trilogie vertueuse : sécurité - défense et stratégies[7].

L'ordre international soumis constamment aux aléas de la peur, est en phase de repenser la sécurité dans le dilemme des stratégies de défense stato-centrique (renforcement de l'ordre westphalien), l'ingérence humanitaire et la nécessaire coopération multilatérale.

Le COVID-19 invite donc à redéfinir la sécurité internationale appelée à être réévaluée et réadaptée. Le nouveau concept de sécurité sanitaire soulève toutefois de nombreuses question corrélatives et essentielles, le postulat étant que la circonstance pandémique nous met en dehors du registre classique de la guerre et recours à la force armée.[8]

A-Qui est le sujet de la sécurité ?

Dès lors que la pandémie s'observe par l'ampleur de la menace et risque sanitaire, le sujet de la sécurité est constitué par un bloc d'individualités ; la planète, la communauté humaine, les individus, les Etats, les populations, les territoires et les économies.

B- Quel est l'objet de la sécurité ?

De toute évidence, le concept de sécurité reflète une dimension objective qui n'exclut point une interprétation subjective.

Objectivement, le COVID-19 constitue une menace exponentielle réelle à la santé mondiale à partir du cadre de vie des populations et territoires, donc des Etats.

---

[6] Cf. Badie, B., et Duval, D, (dir), *Un Monde en quête d'alternatives,* La Découverte Poche, collection l'État du monde 2016, Septembre 2017.

[7] Cf. El Houdaigui, R., « La défense à l'heure des adaptations nécessaires », *Policy Center For the New South*, Policy Brief, 14 Juin 2017.

[8] Nous empruntons cette grille d'analyse à Charles, P.D., *La guerre et la paix, Approches et enjeux de la stratégie*, Collection les Manuels de Science Po, Press de Science Po, Paris 2013, p. 42- 43.

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 8, janvier-décembre 2020, pp. 365-379
DOI: http://dx.doi.org/10.25267/Paix_secur_int.2020.i8.11

La part de « subjectivité » tient dans la souveraineté attribut majeur de l'Etat – enclin à le faire prévaloir, opportunément au regard de diverses variables : la puissance, le développement, la nature du régime politique et les tendances culturelles.

L'approche des présidents Trump, Jinping, Poutine, Erdogane ou Modi, et celle des États de l'Union Européenne (U.E), en l'occurrence est, à ce propos édifiant : stratégie de confinement et retour à l'Etat Providence ou bien priorité à l'urgence économique.

C- Quels sont les enjeux de la sécurité ?

La sécurité sanitaire place la survie de l'humanité comme enjeux transcendantal, d'autant plus qu'il dépend de la recherche d'une médication préventive ou curative appropriée. D'autres enjeux, plus nouveaux, comme le dérèglement climatique, le développement durable, la persistance des contentieux territoriaux et conflits armés, les droits humains, l'épuisement des ressources en eau, les interventions de paix, ne sont guère limités aux territoires nationaux et exigent des solutions régionales ou internationales.

Enjeux planétaire, la problématique de la sécurité sanitaire appelle une stratégie collective de lutte urgente contre la propagation de la pandémie par delà les égoïsmes et intérêts des gouvernants et communautés. Ce qui induit un double questionnement se rapportant d'une part à la « responsabilité de protéger » et d'autre part à la coopération internationale dans l'optique du multilatéralisme.

2. La Responsabilité internationale au prisme du principe de responsabilité de protéger

Par référence aussi bien à la résolution du Conseil de Sécurité initiée par Koffi Annan en 1999-2000, à la création en 2001 à l'initiative du Canada de la Commission Internationale de l'Intervention de la Souveraineté des états (C.I.I.S.E) et notamment les conclusions y afférentes du sommet du millénaire de 2005, sans préjudice de la réaction à la catastrophe en Birmanie en 2008, le principe de responsabilité de protéger, est remis à l'ordre du jour de la pandémie coronavirus.

A l'aube du XXI^{e}s, tout le monde s'accorde à dire que l'on ne doit plus tolérer des violations flagrantes et massives des droits de l'homme. Les Nations-Unies préoccupées par le maintien de la paix et la sécurité internationale, ont

sans doute consacré le principe de responsabilité de protéger aux fins de prévenir mais de réagir collectivement contre toutes menaces ou exactions qualifiées de crimes contre l'humanité. En affirmant cependant, que les cas de catastrophes naturelles n'entrent pas dans le cadre des situations envisagées par la responsabilité de protéger et ne donnent pas lieu à son application, l'ONU pêche par manque de vision prospective et d'interprétation exclusive des missions liées au maintien de la paix et sécurité internationale.

Les cas tragique de la Birmanie de 2008 est à cet égard, fort révélateur. En effet, le cyclone Nargis en provenance du Golfe de Bengale, dévasta les provinces birmanes du Sud –Ouest, causant ainsi des milliers de victimes. Pourtant malgré l'ampleur extraordinaire de la catastrophe et le nombre de personnes affectées, la junte militaire au pouvoir refusa d'ouvrir ses frontières à l'assistance internationale, condamnant ainsi sa population à une mort certaine, faute de nourriture d'eau potable et de soins appropriés. La junte birmane, soucieuse de se préserver de l'intervention des médias étrangers, opposa le sacro-saint principe de souveraineté de l'État, barrière à toute ingérence non consentie.

Par dépit ou incapacité, le Conseil de Sécurité, s'est retrouvé « complice » ou otage de la situation birmane, puisque, il aurait pu décider d'intervenir en vertu du chapitre 7 de la Charte des Nations Unies, pour imposer l'accès de l'assistance humanitaire à la population souffrante comme cela à été fait par le passé ou nom du « devoir d'ingérence »[9].

Faut-il le rappeler, parallèlement aux conflits qui ont marqués le XX^{e}s, la course entre épidémies et santé publique se poursuit de nos jours avec un certain avantage pour cette dernière[10].

La globalisation, le formidable essor des moyens de transport, l'explosion du tourisme et des migrations, ont favorisé la propagation des épidémies, mais la connaissance médicale est, « bon an mal an », parvenue à organiser la prévention et une rapide réaction face au déclenchement des épidémies. Toutefois, le drame du SIDA marquera les limites de l'action internationale sur ce terrain et la crise du SRAS, voire d'EBOLA à souligné les lacunes du système de protection.

---

[9] Cf. Massouri, M., « La responsabilité de protéger », M. Massrouri, M, Moreillon, L, et Bichovsky, A (Dir., *Droit pénal international*, Bruylant, Bruxelles, 2e éd., 2009, pp. 197-229.

[10] Cf. Fauvre, J. et Prost, Y., *Relations Internationales*, Ellipses, Paris, 2008, p. 558 et suivant.

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 8, janvier-décembre 2020, pp. 365-379
DOI: http://dx.doi.org/10.25267/Paix_secur_int.2020.i8.11

Le COVID-19, par sa vitesse de propagation, a dévoilé la corrélation entre désordre sanitaire, effondrement des Etats pauvres et conséquences négatives pour les pays riches et la crise de gouvernance mondiale interpellant au plus haut degré l'OMS. Aussi, la responsabilité de protéger devrait être aujourd'hui impérativement considérée comme *un continum* de protection endogène et exogène, la pandémie défiant irrévocablement territoires et frontières. Sous réserves des variables stratégiques interne ou internationale, la lutte contre le COVID-19, sans préjudice de la recherche des traitement et vaccin, exige un système de protection à trois caractères, ainsi que le suggère Myrial Massouri[11]: « le devoir de prévenir », compte tenu des catastrophes humanitaire encourues (en Asie, Amérique Latine et Afrique), ensuite celui de « réagir » à celle–ci et enfin celui de « reconstruire » un système international sanitaire, intimement lié aux effets collatéraux en terme de crise économique mondiale. Dans ce sillage, le continuum de protection, trahit sur divers plans, la crise du multilatéralisme.

3. La crise du multilatéralisme

« C'est le plus souvent, des expériences les plus souvent, des expériences les plus amères, que les hommes tirent leurs leçons » notait Norbert Elias.[12] Les traumatismes des deux guerres mondiales ont eu de ce point de vue, leurs effets incitant au déploiement intense de la coopération internationale désormais sous tendues par un réseau toujours plu dense de relations politiques, économiques et sociales. Le développement du multilatéralisme après la 2ème Guerre Mondiale doit se lire dans cette continuité.[13]

L'engagement pour le multilatéralisme –qui selon Badie Bertrand avait fait autrefois bon ménage avec l'idéalisme wilsonien[14], doit beaucoup aux États-Unis qui impulsent le mouvement consacrant même le mot : une méthode de coordination de l'action internationale entre plusieurs Etats égaux en droit, mais dont certains se voient reconnaître un statut privilégié (membres permanent du Conseil de Sécurité, pays riches et influents au sein des I.F.I, l'OMS, le G8 ou G20). Cette approche aujourd'hui dépassée, laisse place à la

[11] Massrouri, M, *op. cit*, p. 204.

[12] Cité par Devin, G., *Un seul monde. L'évolution de la coopération internationale*, CNRS. Edition, Paris 2016.

[13] *Ibidem*, p. 26.

[14] Cf. Badie, B., « Quel système internationale ? » in Hassner, P., (dir), *Les Relations internationales*, Les notices, 2ème édition, Paris 2012.

mondialisation qui crée des conditions inédites d'interdépendance, conduisant ainsi, de nombreux États à miser délibérément sur le multilatéralisme, soit parce qu'ils anticipent sur des gains individuels qui dériveraient d'une amélioration collective des conditions de survie de la planète, soit parce que leur statut de puissance moyenne leur laisse espérer des positions avantageuses dans la réalisation d'un jeu multilatéral.[15]

La circonstance pandémique COVID-19, qui emprunte beaucoup à la mondialisation[16] pour se propager activement a bouleversé tous les paramètres des relations internationales. Elle édifia une fracture tous azimuts, entre « la fin d'un modèle et une nouvelle donne ».[17]

L'analyse factuelle stratégique, médiatique et fondamentalement culturelle, trahit diverses fatalités à vaincre où la sécurité sanitaire est face à ses dilemmes : la coopération multilatérale corrélative des dynamiques d'interdépendance, les tendances à l'hégémon (sino-américain)[18] et enfin la consécration du souverainisme incarnant la résurgence des États-Nations.

Tel qu'il a été observé, les grandes organisations qui ont portée le « multilatéralisme et le multiculturalisme » ont disparu des écrans. Les plates formes intergouvernementales ont été inefficientes et inaudibles, qu'il s'agisse du G7 du G20 de l'Union Européenne, ou étrangement absente comme l'OMS. Tout ce qui faisait illusion sur les débats climatiques ou énergétiques s'est évaporé au fil des semaines. Les procédures édictées par des armées de bureaucrates pour normaliser les relations internationales ont été contournées pour rallier des postures adaptées à chaque territoire[19].

Dans le tumulte de la pandémie, un requiem contre l'OMS fut déclaré, avec comme point d'orgue le retrait des États-Unis un des principaux contributeurs de la dite organisation intergouvernementale.[20]

---

[15] *Ibidem*, p. 10.

[16] Cf. Guilhou, X., « Coronavirus, fin de modèle et nouvelle donne ? », *Conflits*, n° 27, mai – Juin 2020 pp. 34 – 36.

[17] Cf. Senarlens, P., *Mondialisations, Souveraineté et théories des relations internationales*, Armand Collin, volume 30, n° 4, Paris 1999.

[18] Cf. Badie, B et Dival, D, (dir), « Fin du leadership, américain », La Découverte Poche, Collection L'État du monde 2020, pp. 9 – 25.

[19] Cf. Guilhou, X. *op.cit*, p. 34.

[20] Cf. *Le monde* du 7 Juillet 2020.

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 8, janvier-décembre 2020, pp. 365-379
DOI: http://dx.doi.org/10.25267/Paix_secur_int.2020.i8.11

Il est pourtant facile de fustiger l'OMS, qui a les défauts de nombreuses organisations internationales : « sa parole confine à la langue de bois dès qu'on s'écarte des balises » selon la formule de M. Thierry de Montbrial.[21]

Arbitre sanitaire mondial, incarnation d'un multilatéralisme étiolé, l'OMS n'a qu'une action normative sans nul pouvoir direct sur les États membres. Démuni du droit d'accès direct aux données, l'OMS ne dispose d'aucune structure préventive lui permettant d'agir en cas d'urgence.

Il ne reste pas moins que les organisations internationales à mission sanitaire, qui plus est, sont indispensables pour donner consistance à la coopération internationale. La diplomatie marocaine à fait sien cet objectif à l'occasion d'une réunion ministérielle virtuelle de l'Alliance pour le multilatéralisme axé sur le thème « Renforcer, l'architecture multilatérale de santé ». Dans ce cadre, le Ministre des Affaires Étrangères, de la Coopération Africaine et des Marocains Résidant à l'Étranger, M. Nasser Bourita avait déclaré le 26 Juin 2020 : « Le Maroc s'est pleinement inscrit dans toutes les initiatives visant à adapter le système multilatéral à la complexité des défis du monde contemporain, défendant l'idée d'un multilatéralisme solidaire, pragmatique, décomplexé, flexible et fondé sur la connaissance des faits… ».[22]

A ce titre, M. Bourita a rappelé que conformément à la vision de S.M le Roi Mohammed VI, le Maroc à toujours défendu un « multilatéralisme avant tout solidaire » et appelé à une attention particulière aux défis particuliers de l'Afrique, précisant que le souverain a lancé une initiative au niveau des chefs d'Etat destinée à établir un cadre opérationnel pour accompagner les Etats africains dans les différentes phases de la gestion de la pandémie. Dans cette même optique, le Maroc avait annoncé l'organisation à Marrakech avec le Rwanda, l'OMS et la Banque Mondiale de la 1ère réunion de haut niveau sur la diplomatie pour la sécurité sanitaire et la préparation aux urgences, sous le haut patronage de SM le Roi et du Président Paul Kagane, Président du Rwanda.[23]

---

[21] Cf De Montbrial, T., « Après le multilatéralisme, les grandes guerres ? », *l'Economiste*, n° 5815, 12 août 2020, p. 20-21.

[22] Cf, Le rapport de la déclaration officielle sur le site du Ministère des Affaires Étrangères de la Coopération Africaine et des Marocains Résidants a l'Étranger. Publié le vendredi 26 Juin 2020. https://www.diplomatie.ma/fr/mnasser-bourita-le-maroc-d%C3%A9fend-lid%C3%A9e-d%E2%80%99un-multilat%C3%A9ralisme-solidaire-et-fond%C3%A9-sur-la-connaissance-des-faits.

[23] Cf. *Le Matin de Sahara* le 28 Juin 2020.

III. COVID-19 ET SÉCURITÉ SANITAIRE : UN ENJEU GÉOPOLITIQUE ECONOMIQUE ET STRATEGIQUE GLOBAL

La mondialisation se révèle être comme la décrit Michel Nazet : « un chaudron qui brûle les ressources rares, encourage les politiques d'accaparement et accélère le réchauffement de la planète ».[24]

A ces menaces que doit affronter la communauté internationale, on adjoindra le risque de prolifération épidémiologiques qui tel le COVID-19, constitue un fléau planétaire qu'une approche géopolitique devrait rendre autrement intelligible.

Si la santé a depuis longtemps constitué un enjeu international, avec le COVID-19, elle implique stratégiquement la sécurité sanitaire. C'est dire à quel point, un simple virus, né en décembre 2019 à Wuhan en Chine, au demeurant connu, très contagieux, a réussi à mettre le monde en quelques mois, dans une situation sans précédent : 4 millions de personnes, 150 pays en logique de confinement total au partiel, plus de 600.000 morts[25] mais 95 % du PIB mondial, une économie mondiale à l'arrêt et une communauté[26] internationale face à son incapacité à agir collectivement.

De cette complexité du réel, il est cependant possible d'établir une grille de lecture géopolitique à partir d'indicateurs sélectifs : la géo-économie, la mondialisation en question et la conflictualité reconfigurée.

1. La géo-économie de la crise pandémique

La circonstance COVID-19 devrait entrainer un renforcement de la « repolitisation de l'économie internationale ». Autrement dit, une accentuation de la corrélation entre géopolitique, géostratégie et géo-économie. Le tout formant une sorte de « géo » à la puissance trois.

Le choc économique mondial lié au COVID-19 est inédit et la crise actuelle est unique, et sans équivalent par référence aux précédentes de 1929-1997 en

[24] Cf. Nazet, Michel, *La géopolitique pour tous*, Ellipses, Paris 2010, p. 119.

[25] Cf. *Le Monde* avec AFP, le 18 Juillet 2020.

[26] Cf. El Houdaigui, R, « La géopolitique mondiale au temps de la grande crise sanitaire (Covid-19) », *Policy Center For The New South*, Opinion, 09 Avril 2020. *Voir* également Marzi, Moulay Omar, « L'impact de la Covid-19 sur les Relations Internationales », *Policy Center for The New South*, Opinion, 19 Juin 2019.

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 8, janvier-décembre 2020, pp. 365-379
DOI: http://dx.doi.org/10.25267/Paix_secur_int.2020.i8.11

Asie ou 2008 aux États-Unis et en Europe, son originalité étant quelle vient ni de l'économie réelle, ni de la sphère financière[27].

Les dernières grandes crises venaient de chocs exogènes (éclatement de bulles spéculatives, boursières et immobilières), la crise du COVID-19 vient d'un choc totalement exogène (sanitaire). Ainsi que l'affirme Michel Ruimy[28], le choc économique provoqué par la pandémie transite par trois différents canaux : « l'offre » (par le biais des fermetures d'usines et d'une pénurie de travailleurs confinés ou astreint au chômage « la demande » (les mesures de confinement prises dans différents pays et la fermeture de nombreux commerces contraignant mécaniquement la consommation des ménages), le canal de l'incertitude qui concerne en particulier, l'efficacité des politiques de soutien à l'activité.[29]

A la mi- juillet 2020, le FMI prévoit une contraction du PIB mondial de 5% en 2020. Des États-Unis (-8 %) à la zone euro (-10 %) en passant par le R.U (-10,2%), ces chiffres traduisent la pire récession mondiale depuis la grande crise de 1929.[30]

L'institution évalue à plus de 12.000 Milliard de dollars la perte cumulée pour l'économie mondiale pour 2020 et 2021 pour compter que la crise économique risque de frapper plus durablement les pays en développement dont l'économie est fragile ; des millions de personnes perdront leurs moyens de subsistance y compris ceux qui travaillent dans l'économie informelle.

Au demeurant, le coronavirus n'est évidemment pas à l'origine de la crise mondiale, il est néanmoins par rapport aux précédents historiques, un révélateur de dysfonctionnements qui existaient auparavant. Tout dépend aujourd'hui de la prise de conscience par les états, et les populations de la nécessité de changer les comportements face à la pandémie, ce qui induit d'autres conséquences géopolitiques s'articulant autour du référentiel idéologique de la conflictualité.

---

[27] De Montbrial, T., *op.cit*, p. 20.

[28] Cf. Lacoste, O., *Les crises financières. Histoire, histoire et enjeux*, Eyrolles Pratique, 2015.

[29] Cf. Ruimy, M., « Les conséquences économiques de la crise sanitaire », *Observatoire d'Études Géopolitiques,* Bulletin de l'Observatoire, n° 68 Juillet - Aout 2020, pp.2-3.

[30] COVID-19 : selon le FMI, la dette publique atteindra un niveau record en 2020. *Voir* Le Monde avec AFP le 19 – 7 – 2020.

2. Le Covid-19 : la mondialisation néolibérale en question

L'ordre mondial post-bipolaire a impulsé une mondialisation, une globalisation de l'économie reconstruite autour du crédo néolibéral de libre échange, de la démocratie, l'État de droit et le développement du Droit international et des Droits humains. Ce processus entraina une remise en question du modèle État/Nation et les principes y afférents à savoir, la souveraineté de l'État, l'intérêt national, la territorialité etc. Rien de durable n'était garanti au vu des grandes crises depuis le 11 Février 2001 (terrorisme, réveil du religieux, repli identitaire, choc des civilisations, crise financière de 2008), mais dans le contexte de la pandémie COVID-19, les vertus des prémisses néolibérales, qui sont les prescriptions de la mondialisation, ont été éclipsées par l'émergence de l'État, principal acteur détenant le monopole du leadership au niveau national et international reléguant les organismes supranationaux, ONU et institution spécialisées en l'occurrence l'OMS.

Bien que les mécanismes de l'État/Nation aient quelque peu désamorcé le processus de mondialisation, il n'en reste pas moins que la pandémie ne constitue qu'une seule variable qui tente de déconstruire l'organisation économique mondiale instaurée par l'ordre libéral. De nombreux facteurs pèsent lourdement sur l'équation ne serait ce que la montée du populisme.[31] Trump aux États-Unis, Urban en Hongrie, Conté en Italie, Erdogane en Turquie, Bolonsaro au Brésil, Poutine en Russie, tous constituent une belle illustration.

Quelle qu'en fut l'ampleur de la crise générée, le COVID-19 reste soluble dans l'irrécusable mondialisation et les exigences du néolibéralisme continuent à structurer les rapports internationaux.

En dépit du verrouillage des frontières lié à la crise, le flux migratoire moteur de la mondialisation, ne décroit guère. La question concluante, étant bien de savoir si les États et groupements régionaux[32] réussiront-ils à concilier entre la prospérité économique et les impératifs de la sécurité sanitaire.

---

[31] Cf. Badie, B, et Vidal, D, dir, *Le retour des populismes*, La Découverte Poche, Collection l'État du Monde, septembre 2018. *Voir* aussi Rosnvalon, *Pierre, La société du populisme. Histoire, théorie, critique*, Seuil, Paris 2020.

[32] Cf. Kahn, S., « L.U.E est maintenant un État », Le Monde 22-7-2020 tribune suite à l'accord historique des 27 sur un plan de relance économique d'un montant de 750 milliards d'euros crédit alloué par la BCE.

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 8, janvier-décembre 2020, pp. 365-379
DOI: http://dx.doi.org/10.25267/Paix_secur_int.2020.i8.11

Le débat n'est plus que stimulé, dégageant même une réflexion sur une alternative à la mondialisation comme projet de reconstruction de « l'internationalisme ».

Ainsi que le suggère Thomas Piketty économiste : « l'internationalisme, indique de tourner le dos à l'idéologie du libre échange absolu qui a jusqu'ici guidé la mondialisation, et d'adopter un nouveau modèle de développement fondé sur des principes explicites de justice économique et climatique ».[33] Ce modèle doit être internationaliste dans ses objectifs ultimes, mais souverainiste dans ses modalités pratiques au sens où chaque pays, chaque communauté politique doit pouvoir fixer des conditions à la poursuite des échanges avec le reste du monde, sans attendre l'accord unanime de ses partenaires.

3. Les nouvelles conflictualités dans une nouvelle ordre mondial en gestation

Le contexte pandémique a hérité de Relations internationales minées par des guerres ou crises constitutives de menaces et risques pour la paix et la sécurité internationales au Moyen Orient (conflit israélo-palestinien, guerres civiles en Irak, en Syrie, en Libye, au Yemen, la crise du nucléaire iranien etc.), en Extrême–Orient (la crise du programme nucléaire de la Corée du Nord, la dispute en Mer de Chine, les conflits indo-pakistanais et Afghan, voire la rivalité sino-indien etc ; en Afrique, (le narco-terrorisme au Sahel ; religieux par référence, Alqaida, ou Boko Haram, etc.).

La crise de la COVID-19 surgit alors que la scène géopolitique mondiale est très tendue. Elle intervient donc comme « enjeu d'une dynamique déjà établie et entretenue par la logique de la solution optimale (coût minima, bénéfice maximal) ».[34]

Pour rappel, le « nouvel » ordre mondial qui pourrait se profiler est tributaire des structures préexistantes : un monde uni-multipolaire dans lequel les Etats-Unis sont contraints de composer avec les puissances émergentes, surtout la Chine. A vrai dire, une absence latente du leadership américain et une Amérique en perte de vitesse combinée à la montée en puissance de la

[33] Piketty, T, « Pour reconstruire l'internationalisme, il faut tourner le dos a l'ideologie du libre-echangeabsolu », *Le Monde*, 11 Juillet 2020. https://www.lemonde.fr/idees/article/2020/07/11/thomas-piketty-reconstruire-l-internationalisme-avec-un-modele-de-developpement-cooperatif-fonde-sur-la-justice-economique-et-climatique_6045893_3232.html. Consulté le 07/09/2020.

[34] El Houdaigui, R, « La géopolitique mondiale au temps »... *cit.*

Chine constituent les marqueurs les plus structurants de l'ordre mondial actuel. Cela crée un vide en termes de puissance esquissant un système international dépourvu d'un réel mécanisme fonctionnel de gouvernance.[35]

Agissant comme accélérateur tragique de l'histoire précisément, amplificateur des tendances préexistantes (clivages Nord/Sud, Occident/Orient) le COVID-19 est en passe d'imprimer à « la conflictualité » mondiale une autre configuration.

Les observateurs sont nombreux à craindre que « la sortie de crise » de cette pandémie mondiale soit le prétexte de l'ouverture d'un nouveau grand jeu international où fort de tous les effets dominos générés par ces événements. Les puissants de ce monde soient tentés de réactualiser les postures en termes de rapport de force : impérialité chinoise symbolisée par la mythique « Route de la soie », stratégiquement investie dans l'assistance à divers pays dans la lutte contre le COVID-19, les États-Unis encensés par le slogan « Trumpien », « America First and Great Again », s'acharne à éviter le déclassement, l'Union Européenne de la transition vers « l'État fédéral ».

La nouvelle géographie politique de la conflictualité en gestation dans un contexte pandémique qui perdure, replace l'ordre mondial face à ses dilemmes.

La transformation inéluctable du système international dépend hypothétiquement de trois scénarios.

Le 1er renvoie à la disposition des États-Unis d'accepter de négocier un *new-deal* avec la Chine, sorte de *soft power*.

Le 2ème amènerait les protagonistes au bord d'une néo-guerre froide si Trump, réélu, persiste à refuser de voir son statut remis en cause par Pékin.

Le 3ème dépend de la nécessaire réforme des Nations Unies et surtout celle de l'OMS pour réussir à reconstruire, au bénéfice de l'humanité un nouvel ordre sanitaire corrélatif d'un nouvel ordre environnemental.

BIBLIOGRAPHIE

BADIE, B et DIVAL, D, (dir), « Fin du leadership, américain », La Découverte Poche, Collection L'État du monde, Septembre 2020.

BADIE, B, et VIDAL, D, dir, *Le retour des populismes*, La Découverte Poche, Collection l'État du Monde, Septembre 2018.

[35] Mharzi, M. O., *op.cit*.

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 8, janvier-décembre 2020, pp. 365-379
DOI: http://dx.doi.org/10.25267/Paix_secur_int.2020.i8.11

BADIE, B., « Quel système internationale ? » in HASSNER, Pierre, (dir), *Les Relations internationales*, Les notices, 2ème édition , Paris 2012.

BADIE, B., et DUVAL, D., (dir), *Un Monde d'inégalités*, La Découverte Poche, collection l'État du monde 2016, Essai n°474, Septembre 2017.

BADIE, B., et DUVAL, D, (dir), *Un Monde en quête d'alternatives,* La Découverte Poche, Collection l'État du monde 2016, Septembre 2017.

CHARLES, P.D., *La guerre et la paix, Approches et enjeux de la stratégie*, Collection les Manuels de Science Po, Press de Science Po, Paris 2013.

DEVIN, G., Un seul monde. *L'évolution de la coopération internationale*, CNRS. Edition, Paris 2016.

DE MONTBRIAL, T., « Après le multilatéralisme, les grandes guerres ? », *l'Economiste*, n° 5815, 12 août 2020.

EL HOUDAIGUI, R., « La géopolitique mondiale au temps de la grande crise sanitaire (Covid-19) », *Policy Center For The New South*, Opinion, 09 Avril 2020.

EL HOUDAIGUI, R., « La défense à l'heure des adaptations nécessaires », *Policy Center For the New South*, Policy Brief, 14 Juin 2017.

FAUVRE, J. et PROST, Y., *Relations Internationales*, Ellipses, Paris, 2008.

GUILHOU, X., « Coronavirus, fin de modèle et nouvelle donne ? », *Conflits*, n° 27, mai – Juin 2020.

LACOSTE, O., *Les crises financières. Histoire, histoire et enjeux*, Eyrolles Pratique, 2015.

MARZI, M.O., « L'impact de la Covid-19 sur les Relations Internationales », *Policy Center for The New South*, Opinion, 19 Juin 2019.

MASSOURI, M., « La responsabilité de protéger », M. Massrouri, M, Moreillon, L, et Bichovsky, A (Dir.), *Droit pénal international*, Bruxelles, Bruylant, 2e éd., 2009.

NAZET, M., *La géopolitique pour tous*, Ellipses, Paris 2010.

SENARLENS, Pierre, *Mondialisations, Souveraineté et théories des relations internationales*, Armand Collin, volume 30, n° 4, Paris 1999.

ROSNVALON, P*., La société du populisme. Histoire, théorie, critique*, Seuil, Paris 2020.

RUIMY, M., « Les conséquences économiques de la crise sanitaire », *Observatoire d'Études Géopolitiques,* Bulletin de l'Observatoire, n° 68 Juillet - Aout 2020.

Citation: JANER TORRENS, J. D: «Migrant Search and Rescue Operations in the Mediterranean by Humanitarian Organizations: Migrant Smuggling or Humanitarian Assistance?», *Paix et Sécurité Internationales*, num. 8, 2020, pp. 381-401.

Received: 20 September 2020.
Accepted: 13 October 2020.

MIGRANT SEARCH AND RESCUE OPERATIONS IN THE MEDITERRANEAN BY HUMANITARIAN ORGANIZATIONS: MIGRANT SMUGGLING OR HUMANITARIAN ASSISTANCE?

Joan David JANER TORRENS[1]

I. INTRODUCTION – II. PROCEEDINGS AGAINST HUMANITARIAN SEA RESCUE ORGANIZATIONS – III. MIGRANT SMUGGLING OR HUMANITARIAN ASSISTANCE? THE NEED TO ESTABLISH COMMON GUIDELINES – IV. THE CRIMINALIZATION OF HUMANITARIAN ASSISTANCE, COMBATTING MIGRANT SMUGGLING AND HUMAN RIGHTS – V. FINAL REMARKS

ABSTRACT: In contrast with the world's other migratory routes, the Mediterranean is the one where more migrants die or disappear in their attempt to reach Europe's coasts. Although different international instruments refer to the obligation of States and the captains of vessels to provide assistance to anyone who is in distress at sea, the truth is that there has been a progressive reduction in search and rescue operations by the European Union and its Member States. Faced with this inaction, various NGOs dedicated to humanitarian aid have deployed vessels in the Mediterranean in order to search for and rescue migrants in distress at sea. NGOs have come to play an important role in assisting migrants, although they have encountered substantial hostility on the part of certain States, which regard these NGOs as acting as accomplices in illegal migrant smuggling. Through an analysis of different measures by certain States to deter NGOs engaged in rescue operations in the Mediterranean and the current regulatory framework for combatting illegal immigration, this article aims to assess whether these humanitarian organizations can be considered to have been wrongly criminalized and what the consequences are from the perspective of the observance of human rights.

KEY WORDS: Illegal immigration. Migrant smuggling. Human rights. NGOs. Search and rescue operations at sea. Humanitarian clause.

---

[1] Associate Professor (Profesor Titular) of Public International Law, University of the Balearic Islands, Spain. Email: joandavidjaner@uib.es. This study was carried out within the framework of the research project PID2019-1082253RB-C32/AEI/10.13039/501100011033 funded by the Spanish State Research Agency.

OPERACIONES DE BÚSQUEDA Y RESCATE DE MIGRANTES EN EL MEDITERRÁNEO POR ORGANIZACIONES HUMANITARIAS: ¿TRÁFICO ILÍCITO DE MIGRANTES O ASISTENCIA HUMANITARIA?

RESUMEN: La ruta mediterránea es, con diferencia respecto del resto de rutas migratorias del mundo, donde más migrantes mueren o desaparecen en el intento de llegar a las costas europeas. Si bien distintos instrumentos internacionales aluden a la obligación de los Estados y de los capitanes de los buques de prestar auxilio a toda persona que se encuentre en peligro en el mar, lo cierto es que ha habido una reducción progresiva de las operaciones de búsqueda y salvamento operadas por la Unión Europea y sus Estados miembros. Ante esta inacción, distintas ONG dedicadas a la asistencia humanitaria han desplegado buques en el Mediterráneo con el objetivo de buscar y rescatar en el mar a los migrantes que se encuentren en dificultades. Las ONG han adquirido una papel muy relevante en labores de asistencia a migrantes, si bien han tenido que hacer frente a una hostilidad muy importante por parte de determinados Estados al considerarlas cómplices del tráfico ilegal de migrantes. El objetivo de este estudio es, a partir del análisis de las distintas medidas adoptadas por determinados Estados contra ONG dedicadas a operaciones de rescate en el Mediterráneo y teniendo en cuenta el actual marco normativo en materia de lucha contra la inmigración ilegal, valorar si se puede considerar que se criminaliza de forma incorrecta la labor realizada por dichas organizaciones y las consecuencias que ello tiene desde la perspectiva de la observancia de los derechos humanos.

PALABRAS CLAVE: Inmigración ilegal. Tráfico de migrantes. Derechos Humanos. Organizaciones no Gubernamentales (ONG). Operaciones de búsqueda y salvamento en el mar. Cláusula humanitaria.

OPÉRATIONS DE RECHERCHE ET DE SAUVETAGE DE MIGRANTS EN MÉDITERRANÉE PAR LES ORGANISATIONS HUMANITAIRES: TRAFIC ILLÉGAL DE MIGRANTS OU ASSISTANCE HUMANITAIRE?

RÉSUMÉ: La route méditerranéenne est, à la différence du reste des routes migratoires dans le monde, où davantage de migrants meurent ou disparaissent dans la tentative d'atteindre les côtes européennes. Bien que différents instruments internationaux se réfèrent à l'obligation des États et des capitaines de navires de prêter assistance à toute personne en danger en mer, la vérité est qu'il y a eu une réduction progressive des opérations de recherche et de sauvetage géré par l'Union européenne et ses États membres. Face à cette inaction, différentes ONG dédiées à l'aide humanitaire ont déployé des navires en Méditerranée dans le but de rechercher et de secourir des migrants en difficulté en mer. Les ONG ont acquis un rôle très pertinent dans l'assistance aux migrants, même si elles ont dû faire face à une hostilité très importante de la part de certains États lorsqu'elles les considèrent comme complices du trafic illégal de migrants. L'objectif de cette étude est, à partir de l'analyse des différentes mesures adoptées par certains Etats contre les ONG dédiées aux opérations de sauvetage en Méditerranée et compte tenu du cadre réglementaire actuel de la lutte contre l'immigration clandestine, d'évaluer s'il est possible d'envisager que le travail effectué par ces organisations est à tort criminalisé et les conséquences que cela a du point de vue du respect des droits de l'homme.

MOTS CLÉS: Immigration illégale. Trafic de migrants. Droits humains. ONG. Opérations de recherche et de sauvetage en mer. Clause humanitaire.

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 8, janvier-décembre 2020, pp. 381-401
DOI: http://dx.doi.org/10.25267/Paix_secur_int.2020.i8.12

I. INTRODUCTION

Since the International Organization for Migration (IOM) set up the Missing Migrants projects in 2013, aimed at compiling information on migrants who die or disappear on migratory routes around the world, the Mediterranean Sea has been identified as being by far the most dangerous route, with the greatest number of dead or missing migrants. Despite the difficulties involved in collecting this data, since most of the migrants who lose their lives are smuggled across by land or sea to avoid detection, according to the IOM, 30,900 migrants worldwide lost their lives between 2014 and 2018, 17,919 of whom perished in the Mediterranean in their attempt to reach Europe's coasts along western, central and eastern routes.[2] While there has been a significant reduction in the number of migrants who have died or disappeared in 2019 and 2020, falling from 2,964 in 2016 to 758 in 2019 and 377 in 2020, the figures are still considerable and they give a clear idea of the magnitude of the tragedy that immigration represents.[3]

Migrant search and rescue operations are covered by different international legal instruments binding upon all EU Member States. Rule 33 of chapter V of the 1974 Convention for the Safety of Life at Sea (SOLAS Convention), article 98 of the 1982 Convention on the Law of the Sea, and article 10 of the 1979 Convention on Maritime Search and Rescue (SAR Convention) all refer to the obligation of States and the captains of vessels to render assistance to any person in distress at sea.[4]

Despite the existence of this obligation, the truth is that there has been a progressive reduction in search and rescue operations in the Mediterranean by the EU and by its Member States.[5] Faced with this inaction, different

[2] World Migration Report 2020, IOM, Pub. 2019/033 / L, p. 35 (available at: https://www.iom.int/).

[3] These data appear in the *Flow Monitoring Europe* Report (https://missingmigrants.iom.int/region/mediterranean) on migratory flows in the Mediterranean, which also provides updated information on the number of migrants who have died throughout the world.

[4] These obligations are complemented by the 2004 Guidelines of the International Maritime Organization regarding action relating to persons rescued at sea (MSC 78/26 / Add.2) and by the same organization's 2009 principles concerning administrative procedures for the disembarkation of persons rescued at sea (FAL.3 / Circ. 194).

[5] On 27 March 2019, EU Member States decided to suspend maritime military operations in the southern central Mediterranean carried out within the framework of EUNAVFOR Med

NGOs dedicated to providing humanitarian aid[6] have deployed vessels in the Mediterranean in order to search for and rescue migrants in distress at sea.[7] Thus NGOs have come to play an important role in assisting migrants, although they have come up against substantial hostility on the part of certain States, which regard these NGOs as acting as accomplices in the illegal trafficking of migrants.

Along with the criminal proceedings filed by the authorities of certain States against rescue ship crewmembers, NGOs have also been subject to restrictions on the use of ports in certain Mediterranean countries and permission to leave ports once docked has been denied on the basis of judicial, administrative

Operation Sophia (approved under Council Decision CFSP 2015/1778 of 18 May 2015 in order to combat human trafficking networks, to prevent irregular migration flows and to avoid deaths at sea). The temporary suspension of maritime operations was determined by Italy's refusal to let the vessels participating in the operation put rescued migrants ashore in Italian ports. On 26 September 2019, the Council extended the mandate of this naval operation through to 31 March 2020, albeit limiting its scope to air activities. The new EUNAVFOR Med Operation Irini, dedicated to controlling the arms embargo on Libya, has been in force since 1 April 2020. Thus, only humanitarian and commercial vessels are currently assisting migrants at sea. It is true that the European Border and Coast Guard Agency (FRONTEX) is currently carrying out various operations (Themis, Poseidon and Indalo) in the Mediterranean to support maritime surveillance and security work by Italy, Greece and Spain, and, according to the European Parliament, this has involved the rescue of 1,582 migrants in the central Mediterranean. However, the aim of this work is not humanitarian but security oriented. On the subject of the nature of the rescue work carried out within the framework of these operations, Sánchez Legido has observed that "(…) se trata de lo que podríamos denominar una contingencia humanitaria de atención obligada, sí, pero en operaciones cuya finalidad no es el salvamento de personas, sino el control de fronteras" (Sánchez Legido, A., *Controles migratorios y derechos humanos*, Tirant lo Blanch, 2020, p. 68). Furthermore, the European Parliament has highlighted that "since the end of the *Mare Nostrum* operation on 31 October 2014, no State has proactively carried out search and rescue operations in the central Mediterranean" (Motion for a European Parliament resolution on search and rescue in the Mediterranean, 2019/2755 (RSP), B9-0154/ 2019 of 21 October 2019).

[6] Such as Sea Watch, Proemaid, Proactiva Open Arms, SOS Mediterranée, Jugend Rettet, Médecins Sans Frontières, Migrant Offshore Aid Station, Mission Lifeline, Refugee Rescue, Save the Children, Sea-Eye, United Rescue Aid, Human Rights at Sea or International Maritime Rescue Federation.

[7] Thus, since 2014, NGO vessels have rescued around 100,000 migrants at sea, highlighting the important humanitarian work that they carry out (Cusumano, E., "Straightjacketing Migrant Rescuers? The Code of Conduct on Maritime NGOs.", *Mediterranean Politics*, Vol. 24, 2019, pp. 106-114, p. 106).

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 8, janvier-décembre 2020, pp. 381-401
DOI: http://dx.doi.org/10.25267/Paix_secur_int.2020.i8.12

or technical impediments.[8] Also, as a result of measures to protect public health due to the COVID-19 pandemic, countries like Italy or Malta have closed their ports as they have not been considered safe. All this has led to a progressive decrease in the NGOs operating in the Mediterranean for fear of the sanctions that may be imposed on them, inferring the criminalization of the humanitarian aid provided by these organizations.[9]

Measures by States against NGOs, accusing them of carrying out criminal activities by fostering illegal immigration and encouraging the business mafias that smuggle migrants from Africa by sea, have had serious humanitarian consequences as their ability to rescue immigrants at sea has been limited. In turn, humanitarian efforts by NGOs have impacted on migration policies by forcing States to decide what to do and what the rescued migrants' final destination should be. The activism of these NGOs and contrasting inaction on the part of States, combined with the harassment that these organizations have experienced, highlight the complexity of relations between States and NGOs, calling into question States' real commitment to human rights.

Based on an analysis of different measures taken by certain States against NGOs involved in rescue operations in the Mediterranean and the current regulatory framework governing the fight to combat illegal immigration, this

[8] In a report issued on 19 June 2020, the EU Agency for Fundamental Rights stated that, during the period from 1 January 2016 to 15 June 2020, 35 legal actions of different types were brought by different countries against NGOs dedicated to search and rescue operations in the Mediterranean (European Union Agency for Fundamental Rights, 2020 update - NGO ships involved in search and rescue in the Mediterranean and legal proceedings against them, Table 2).

[9] Vosyliūte, L. & Conte, C., *Crackdown on NGOs and volunteers helping refugees and other migrants*, Final Synthetic Report, June 2019, Research Social Platform on Migration and Asylum (RESOMA), p. 5. *See*, also, *Fit for purpose? The Facilitation Directive and the Criminalization of Humanitarian Assistance to Irregular Migrants,* 2018 update, Policy Department for Citizens' Rights and Constitutional Affairs, PE 608.838, December 2018; Smith, A., "Uncertainty, alert and distress: the precarious position of NGO search and rescue operations in the Central Mediterranean", *Paix et Securité Internationales*, no. 5, 2017, pp. 29-70. In a letter of 31 January 2019 sent to the Italian Prime Minister, the Commissioner for Human Rights of the Council of Europe denounced "(...) recent measures hampering and criminalising the work of NGOs who play a crucial role in saving lives at sea, banning disembarkation in Italian ports and relinquishing responsibility for search and rescue operations to authorities which appear unwilling or unable to protect rescued migrants from torture or inhuman or degrading treatment " (CommHR / DM / sf 004-2019, p. 2).

article aims to assess whether the work of humanitarian organizations can be deemed to have been wrongly criminalized and what the consequences are from the perspective of the observance of human rights.

II. PROCEEDINGS AGAINST HUMANITARIAN SEA RESCUE ORGANIZATIONS

The only existing statistics on how many humanitarian rescue organizations operate in the Mediterranean and how many legal proceedings have been filed against them by the authorities of different States are those drawn up by the EU Agency for Fundamental Rights.[10] If we focus on the last two years, it can be seen that, in 2019 and 2020, there has been a significant increase in legal action. This hostility toward humanitarian rescue organizations, the fear of having to face criminal proceedings, and the blocking or seizure of vessels have had repercussions on the number of them engaged in rescue work in the Mediterranean. Thus, there were 14 ships in May 2017, 5 in August 2018, 7 in June 2019 and 4 in June 2020.[11] This drop in the activity of rescue organizations has gone hand in hand with the temporary suspension, in March 2019, of maritime military operations carried out in the southern central Mediterranean within the framework of EUNAVFOR Med Operation Sophia. This means that currently, apart from EUNAVFOR Med Operation Irini, launched on 1 April 2020 to control the arms embargo on Libya,[12] there are very few vessels in the Mediterranean that can assist people in distress at sea, with the ensuing humanitarian consequences.[13] In a joint statement issued on 29 August 2020, the IOM, the UN Refugee Agency and the UN High Commissioner for Refugees pointed out that the gap left by NGOs has been partly filled by assistance from commercial vessels and, as there are no clear

[10] These statistics are available on the website https://fra.europa.eu/en.

[11] European Union Agency for Fundamental Rights, 2020 update - NGO ships involved in search and rescue in the Mediterranean and legal proceedings against them, Table 1 (NGO ships involved in SAR operations).

[12] This military operation replaces EU Military Operation Sophia in the Eastern Central Mediterranean. It was approved by virtue of Council Decision (CFSP) 2020/472 of 31 March 2020 on a European Union military operation in the Mediterranean (*OJ* L 101, 1 April 2020).

[13] In a resolution of 3 October 2019, the Parliamentary Assembly of the Council of Europe recognized the role played by NGOs in migrant rescue operations and it recalled that "(…) it is the duty of States not to let people drown in the Mediterranean" (*Saving lives in the Mediterranean Sea: the need for an urgent response*, Parliamentary Assembly, Resolution 2305 (2019), p. 1).

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 8, janvier-décembre 2020, pp. 381-401
DOI: http://dx.doi.org/10.25267/Paix_secur_int.2020.i8.12

rules concerning disembarkation, "shipmasters of commercial vessels may be deterred from attending to distress calls for fear of being stranded at sea for weeks on end."[14]

In 2007 and 2018, the police and courts of Italy, Malta and Greece took different legal measures against 13 humanitarian sea rescue organizations. In Italy, different vessels belonging to the NGOs Open Arms, Save the Children and Jugend Rettet and personnel working for Médecins Sans Frontières and Sea Watch were involved in criminal proceedings brought by the public prosecutors and law courts of Trapani, Ragusa, Catania Palermo and Lampedusa.[15] The Maltese police and prosecutors launched investigations and carried out various seizures of vessels owned and operated by the NGOs Mission Lifeline, Sea-Eye and Sea Watch. Also, the courts and the public prosecutor's office on the Greek island of Lesbos launched human trafficking investigations into different volunteers acting individually or linked to the NGOs Proemaid, Emergency Response Center International and Team Humanity.

Statistics for 2019 reveal that a total of 19 legal proceedings were brought against humanitarian organizations, reflecting a worrying increase in harassment by States. Along with Italy, Malta and Greece, the Fundamental Rights Agency has included similar legal action by the Netherlands, Spain and Germany. During the first six months of 2019, the prosecutors of Agrigento, Catania, Trapani and Palermo opened criminal investigations into crewmembers of vessels belonging to different organizations, such as Mediterranean Saving Humans, Sea Watch, SOS Méditerranée, Médecins Sans Frontières, Open Arms, Jugend Rettet and Save the Children, as well as blocking or seizing different vessels. The Dutch authorities also adopted measures affecting organizations like Sea-Eye or Sea Watch, which operated with vessels under the Dutch flag. Malta filed proceedings against five vessels from three humanitarian organizations, while the Lesbos police and prosecutor conducted proceedings against volunteers providing humanitarian aid to migrants and they confiscated a

[14] "UNHCR and IOM call for urgent disembarkation of rescued migrants and refugees in Central Mediterranean Sea", 29 August 2020: https://www.unhcr.org/news/press/2020/8/5f491cb64/unhcr-iom-call-urgent-disembarkation-rescued-migrants-refugees-central.html?s=03.

[15] The immobilization of the vessel "Iuventa", owned by German NGO Jugend Rettet, in the port of Lampedusa in August 2017 made a great media impact as its captain Pia Klemp was accused of colluding and assisting in illegal immigration, with calls by the prosecutor for a ruling of 20 years' imprisonment.

boat from a retired German couple, with calls by the prosecution for a prison sentence for human trafficking totalling 1655 years. In April 2019, the Spanish Ministry for Transport denied vessels owned by NGOs Proactiva Open Arms and the Humanitarian Maritime Rescue Association permission to leave Spain's ports, considering that they could not carry out sea rescue operations. Likewise, in April 2019, the German authorities blocked a vessel belonging to the organization Mare Liberum for alleged security reasons. On 3 September 2019, the Italian authorities confiscated a vessel owned by the Italian NGO Mediterranean Saving Humans and the organization was fined €300,000 for entering the port of Lampedusa to put ashore 31 rescued migrants, despite the fact that, according to the NGO, they had the necessary permission to do so.[16] In May 2020, vessels "Aita Mari" and "Alan Kurdi " operated by the NGOs Salvamento Marítimo Humanitario and Mediterranean Saving Humans were seized in the port of Palermo due to technical and operational irregularities.

The statistics on proceedings filed in the EU against private bodies involved in Mediterranean rescue operations during the period 2017 and 2020, compiled by the EU Agency for Fundamental Rights, are truly worrying and they show a clear trend by certain States to prosecute humanitarian organizations, even in cases in which their national legislation exempts persons and bodies providing humanitarian aid to migrants entering a Member State's territory from any criminal liability. Most proceedings concerning the blocking or seizure of vessels have ended in their release. However, some criminal proceedings have been brought against the captains and crew of certain NGOs or against individuals who have voluntarily rescued people at sea[17] and some of them are

[16] Agencia EFE: https://www.efe.com/efe/espana/society/incautan-el-barco-mare-jonio-y-multa-de-300-000-euros-por-entrar-en-aguas-italia/10004-4055720.

[17] In certain specific cases, there have been preventive arrests, although these have lasted for a short time. The most recent, well-publicized case was the house arrest for 72 hours in Agrigento in July 2019 of Carola Rackete, captain of the rescue ship Sea Watch 3. She decided to take 40 migrants, rescued in the Mediterranean, to the port of Lampedusa. At the prosecutor's request, she was arrested for disobeying the orders of Italian warships, as well as entering Italian waters without authorization. Ms. Rackete took this decision after spending more than 15 days at sea with the rescued immigrants, without obtaining permission to dock in a port. Given the Italian authorities' refusal to allow them to disembark, the NGO asked the European Court of Human Rights to allow them to put the immigrants ashore as a precautionary measure, since it understood that Italy was violating the right to life and the prohibition of inhuman or degrading treatment provided for in articles 2 and 3 of the Convention. By virtue of an

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 8, janvier-décembre 2020, pp. 381-401
DOI: http://dx.doi.org/10.25267/Paix_secur_int.2020.i8.12

still in progress.[18]

III. MIGRANT SMUGGLING OR HUMANITARIAN ASSISTANCE? THE NEED TO ESTABLISH COMMON GUIDELINES

Because the number of rescued migrants has increased in recent years, different countries have taken steps to criminalize or deter humanitarian sea rescue operations by NGOs and other private bodies or individuals on the grounds that they foster and cover up criminal activities, such as migrant smuggling, which is closely related to human trafficking.[19]A report presented on 16 April 2019 to the Council of Human Rights by the United Nations Independent Expert on Human Rights and International Solidarity states that the argument put forward by a State to criminalize humanitarian aid is the fact that migrant deaths will cease "(…) if its navy and its criminal justice system succeed in dissuading humanitarian workers from helping irregular migrants who are in danger at sea, which in turn will deter these people from trying to cross the Mediterranean or other seas."[20]

In 2002, in order to clamp down on migrant smuggling, including both assistance in irregular border crossings and for the purpose of sustaining networks that exploit humans, the EU adopted what is known as the "Facilitators Package". This legal package, aimed at the approximation of Member States' criminal legislation in order to combat such practices, is made

order of 25 June 2019, the ECHR rejected such precautionary measures but asked the Italian authorities "(...) to provide all necessary assistance to those persons on board Sea-Watch 3 who are in a situation of vulnerability as a result of their age or state of health" (Rackete and Others v. Italy, application no. 32969/19, press release, p. 1).

[18] European Union Agency for Fundamental Rights, 2020 update - NGO ships involved in search and rescue in the Mediterranean and legal proceedings against them, Table 2. (Legal proceedings by EU Member States against private entities involved in SAR operations in the Mediterranean Sea (15 June 2020).

[19] The EU Action Plan against the smuggling of migrants (2015-2020) refers to both crimes and States: "(…) the difference between the two is that in the former, migrants willingly engage in the irregular migration process by paying for the services of a smuggler in order to cross an international border, while in the latter they are the victims, coerced into severe exploitation which may or may not be linked to the crossing of a border. The two phenomena are not easy to disentangle as persons who start their journeys in a voluntary manner are also vulnerable to networks of labour or sexual exploitation" (COM (2015) 285, 27 May 2015, p. 2).

[20] A/HRC /41/44 of April 16, 2019, p. 10.

up of Council Directive 2002/90/EC of 28 November 2002 defining the facilitation of unauthorised entry, transit and residence and Council Framework Decision 2002/946/JHA of 28 November 2002 on the strengthening of the penal framework to prevent the facilitation of unauthorised entry, transit and residence.[21]

The so-called "Facilitation Directive" requires that Member States impose effective, proportionate, dissuasive sanctions on those who instigate, participate in or attempt to assist a person who is not an EU citizen to enter or cross the territory of a Member State in breach of the laws of that State on the entry or transit of non-citizens. While article 1 (a) states that each Member State shall impose appropriate sanctions on "any person who intentionally assists a person who is not a national of a Member State to enter or transit across the territory of a Member State in breach of the laws of the State concerned on the entry or transit of aliens", article 1.1 of the Framework Decision 2002/946 states that each Member State shall take the necessary measures to ensure that the violations defined in the aforementioned article of the Directive are punishable "by effective, proportionate and dissuasive criminal penalties, which may entail extradition". Given that the application of these articles could lead to the penalization of assistance by humanitarian organizations or by individuals, article 1.2 of Directive 2002/90 includes a "humanitarian exemption clause" which states that "any Member State may decide not to impose sanctions with regard to the behaviour defined in paragraph 1(a) by applying its national law and practice for cases where the aim of the behaviour is to provide humanitarian assistance to the person concerned."[22]

[21] Both regulations were published in OJ L 328, 5 December 2002. Although this study focuses on EU legislation, it should be noted that, within the framework of the United Nations, different conventions have been adopted aimed at achieving the universal criminalization of migrant smuggling. In this sense, reference should be made to article 6 of the Protocol against the Smuggling of Migrants by Land, Sea and Air, supplementing the United Nations Convention against Transnational Organized Crime, adopted in New York on 15 November 2000, which indicates that the State Parties will adopt legislative and other measures to criminalize the smuggling of migrants (Instrument of ratification by Spain published in *BOE* no. 295, 10 December 2003).

[22] This issue is also referred to in recital 19 of Regulation 2016/1624 of 14 September 2016 on the European Border and Coast Guard (*OJ* L251, 16 of September 2016), which states that "Directive 2002/90 allows Member States not to impose sanctions where the aim of the behaviour is to provide humanitarian assistance to migrants."

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 8, janvier-décembre 2020, pp. 381-401
DOI: http://dx.doi.org/10.25267/Paix_secur_int.2020.i8.12

Unfortunately, the inclusion of this clause does not exempt NGOs dedicated to sea search and rescue operations or the captains of these vessels from the possibility of having to face accusations of migrant smuggling and human trafficking, with the foreseeable criminal sanctions, since the inclusion of this clause in national criminal legislation is not mandatory, but optional ("Member States may decide not to impose sanctions" says Directive 2002/90).

In fact, only six out of the 27 EU Member States provide for an exception under their domestic legislation that exempts organizations and individuals who assist migrants on humanitarian grounds from punishment.[23] Thus, in a response by the European Commission of 31 July 2017 to a request by the Petitions Committee of the European Parliament, following an earlier request by a Spanish MEP on behalf of an NGO dedicated to humanitarian sea rescue operations, it stated that Belgium, Greece, Spain, Finland, Italy and Malta included some type of exception. The European Commission also highlighted the relevant fact that four of them were Mediterranean countries directly affected by the arrival of migrants to their coasts.[24] However, in their transposition of the directive, most EU Member States have chosen not to insert the humanitarian exemption clause in the provisions that criminalize migrant smuggling. This clearly jeopardizes people and humanitarian organizations that assist migrants insofar as they may have to face sanctions.[25]

[23] The United Nations Independent Expert on Human Rights and International Solidarity has been highly critical of these norms as they "(…) have contributed the most directly and significantly to the maintenance of the legal regimes in most European States that suppress and criminalize humanitarian assistance to irregular migrants" (Report *cit.* note 19, p. 7).

[24] Petition no. 1247/2016 by Paula Schmid Porras on behalf of the NGO Professional Emergency Aid (PROEM-AID) concerning the criminalization of persons engaging with migrants in an irregular situation and the criminalization of humanitarian assistance at sea, 31 July, 2017, PE 609, 434v01-00, p. 2.

[25] On its website (fra.europa.eu/en/ publication/ 2018/ngos-sar-activities), the European Union Agency for Fundamental Rights has an annex (EU Member States' legislation on irregular entry and stay, as well as the facilitation of irregular entry and stay), which analyses the relevant legislation of each Member State and identifies the terms under which six Member States have incorporated the humanitarian clause. In Spain, article 318 *bis* of the Penal Code (inserted in title XV *bis* concerning crimes against the rights of foreign citizens) establishes in its first section that "those who intentionally help a person who is not a national of an EU Member State to enter Spanish territory or to transit through it in a way that violates legislation on the entry or transit of foreigners will be punished with a fine of three to twelve months or with imprisonment of three months to one year. The acts will not be punishable

When an evaluation is made of whether the exemption is included or not in the national provisions that typify and punish the illegal smuggling of migrants, it should be borne in mind, as the EU Agency for Fundamental Rights has pointed out, that the legal concept of 'a state of necessity' in force in countries like Hungary, Portugal, Lithuania or Spain would protect NGOs working in the field of the humanitarian aid from punishment.

Moreover, in the absence of a humanitarian exemption clause, decisions not to impose criminal sanctions on humanitarian organizations have been tied in with principles of a constitutional nature. Thus, in a judgment of 6 July 2018, France's Constitutional Council declared that the provisions of article L 622 of the Code of Entry and Stay regulating foreigners and the right of asylum were contrary to the "principle of fraternity" established in articles 2 and 72.3 of the French Constitution.[26] The applicants (organizations providing aid to migrants) appealed against the provisions of the said article of the Code of Entry and Stay in the consideration that the envisaged exemption from criminal liability only applied when a person was charged for having helped to facilitate an illegal stay and not for facilitating the entry and movement of a foreign national in an irregular situation within French territory. Similarly,

---

when the pursued objective was solely to provide humanitarian aid to the person in question (…)." Likewise, section 3 of article 54 (dedicated to very serious violations) of Organic Law 4/2000 of 11 January on the rights and freedoms of foreigners in Spain and their social integration (*BOE* no. 10 of 12 January 2000) establishes that no sanctions will be imposed on carriers if the foreigner "(…) having promptly submitted their application for international protection, has it admitted for processing". The 'state of necessity' provided for in article 20 of the Penal Code, would also exempt NGOs from any responsibility in transporting rescued migrants to Spain.

[26] Decision no. 2018-717 / 718 QPC of 6 July 2018 (M.Cédric H. et autre) available on the website of the French Constitutional Council (https://www.conseil-constitutionnel.fr/). *See*, Saas, Cl., "The debt of solidarity is mort, live the debt of solidarity", *Recueil Dalloz ,* October 2018, no. 34, pp. 1894-1898; Tech, V., "La fraternité en droit des estrangers : un principe qui manquait ?", *Actualité Juridique , Droit Administratif*, September 24 , 2018, no. 31, pp. 1786-1790. In relation to this judgment, CARITAS EUROPEA has pointed out that "(…) although this ruling gives an important positive message about solidarity, it does not prevent the prosecution of cases related to aid at the entrance to the border, as it does not provide for a humanitarian exemption. Furthermore, the 2018 revision of the French law on migration and asylum has not defined what it means to facilitate entry for profit, which leaves a wide margin of interpretation to the French courts" ("The 'criminalization' of solidarity towards migrants", Position document, 20 June 2019, p. 3).

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 8, janvier-décembre 2020, pp. 381-401
DOI: http://dx.doi.org/10.25267/Paix_secur_int.2020.i8.12

the exemption from criminal liability did not include assistance in facilitating an irregular stay for purely humanitarian reasons, without receiving any direct or indirect compensation in exchange. In the opinion of the Constitutional Council, "by sanctioning any assistance in facilitating the movement of a foreign national in an irregular situation, even if it is secondary to assistance in facilitating the foreigner's stay and it is given for humanitarian reasons, the legislator did not ensure a fair balance between the principle of fraternity and the constitutional objective of protecting public order" and it therefore declared the words "assistance in facilitating irregular stays" contemplated in the first paragraph of article L 622-4 as being unconstitutional.

MEPs have condemned the criminalization of humanitarian aid and the optional, non-mandatory nature of the humanitarian exemption clause before the European Commission. The Commission was asked what measures it intended to take to promote the application of this clause and to clarify what types of aid should not be penalized by Member States.[27] In his reply of 3 July 2018, although he considered that it was not necessary to modify the wording of the directive,[28] Commissioner Avramopoulos (responsible at that time for Migration, Home Affairs and Citizenship policy) acknowledged "(…) a perceived risk of criminalization of humanitarian assistance as one of the areas in need of improvement."[29]

In a report published in 2014, the EU Agency for Fundamental Rights raised the need to modify the wording of Directive 2002/90 to avoid any

[27] Question O-000065/2018 presented to the Commission on 12 June 2018, with a request for a verbal response, made by MEP Claude Moraes (PE 541.101).

[28] In 2017, the Commission carried out an evaluation of Directive 2002/90, and while it noted that there was a concern about the perceived risk of the criminalization of humanitarian aid, it considered that there was insufficient evidence to justify the need for reforms to the humanitarian clause, among other issues (Commission Staff Working Document, REFIT EVALUATION, SWD (2017) 117 final, of 22 March 2017).

[29] At this same session, in the light of the Commissioner's response, debate was sparked off on this issue and different MEPs (it is worth mentioning E. Urtasun, J.F. López Aguilar and E. Schlein) asked the Commission for the directive to be amended to avoid any penalization of humanitarian aid. *See* also the written question of 16 April 2019 (E-001857/2019) presented by different MEPs to the Commission on the criminalization of humanitarian aid in relation to the blockade of the Proactiva Open Arms ship (PE 638.117) and Commissioner Avramopoulos' response on 10 July on behalf of the Commission, in which he affirms that assistance to people and vessels in difficulty should not be criminalized.

criminalization of humanitarian aid to migrants. Also, while this amendment was still pending, it proposed the drafting of a practical guide "(…) to support EU Member States to implement the directive in a fundamental rights compliant manner."[30] The agency deemed that the guide should explicitly exclude any criminal sanction in the case of humanitarian aid for the entry of migrants (including sea rescues) and any form of humanitarian aid granted to immigrants in irregular situation.[31]

Along these lines, on 5 July 2018, the European Parliament (an institution that has shown a special sensitivity to human rights issues) adopted a resolution where it asked EU Member States to incorporate the humanitarian exemption clause into their domestic legal systems and urged the European Commission "(…) to adopt guidelines for the Member States that specify which forms of aid will not be penalized in order to ensure clarity and uniformity in the application of the current *acquis*."[32]

Finally, and after noting the significant increase in the actions taken against rescue NGOs, on October 1, 2020 the European Commission presented a communication with some guidelines on the application of EU rules aimed at defining and preventing aid to irregular entry, circulation and stay.[33] It should be noted that the Commission takes a position clearly in favor of the humanitarian work carried out by rescue organizations at sea. After pointing out that "the duty of countries to set out the obligation to shipmasters to assist any individual, vessel or aircraft in distress at sea is recognized as a principle of customary international law" which is binding to all countries, the Commission makes it clear that "criminalization of non-governmental organizations or any other non-state actors that carry out search and rescue

[30] EU Agency for Fundamental Rights "Criminalization of migrants in an irregular situation and persons engaging with them", March 2014, p. 16.

[31] *Idem.*

[32] Resolution on guidelines for Member States to prevent the criminalization of humanitarian aid (2018/2769 (RSP)). Back in 2016, in a resolution of 12 April 2016 on the situation in the Mediterranean and the need for a comprehensive approach by the Union on migration (*OJ* C 58 of 15 February 2018), the European Parliament stated that " (...) the captains of private ships or non-governmental organizations (NGOs) that really help people who are in distress at sea should not be exposed to penalties for providing such assistance" (point 6).

[33] Communication from the Commission. Commision guidance on the implementation of EU rules on definition and prevention of the facilitation of unauthorised entry, transit and residence, (*OJ* C 323 of 1 october 2020).

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 8, janvier-décembre 2020, pp. 381-401
DOI: http://dx.doi.org/10.25267/Paix_secur_int.2020.i8.12

operations while complying with the relevant legal framework amounts to a breach of international law, and therefore is not permitted by EU law ".[34]

Being aware of this reality, it might have been appropriate to propose a modification of article 1 of directive 2002/90/EC. However, the Commission just decides to include in this communication some guidance addressed to the States in order to interpret Article 1 of the Facilitation Directive. The Commission considers that article 1 must be interpreted in the sense that: a) humanitarian assistance that is mandated by law cannot be criminalized; b) the criminalization of NGOs or any other non-state actors that carry out search and rescue operations at sea, while complying with the relevant legal framework, amounts to a breach of international law, and therefore is not permitted by EU law; and c) where applicable, assessment of whether an act falls within the concept of "humanitarian assistance" in article 1 (2) of the Directive - a concept that cannot be construed in a manner that would allow an act mandated by law to be criminalized - should be carried out on a case-by-case basis, taking into account all the relevant circumstances.[35]

The Commission's guidance is a very important step, as it clearly states that it is not feasible to criminalize the work of rescue organizations at sea[36]. It is even more necessary if we take into account the significant increase in criminal proceedings (the seizure of vessels and arrest of crewmembers) taken by some Mediterranean countries against organizations dedicated to sea rescue operations. Disappointingly, these legal proceedings have been taken by States such as Greece, Italy, Malta or Spain, whose legislation on migrant smuggling incorporates the humanitarian clause.

---

[34] Point 3 of the Communication, p. 5.

[35] Point 4 of the Communication, p. 6.

[36] Along with the aforementioned guidelines set on the matter of immigrant assistance at sea, the Commission has also made a series of recommendations to States to cooperate with each other in relation to operations carried out by privately owned or operated vessels for the purpose of search and rescue operations with a view to reduce fatalities at sea (Commission recommendation 2020/1365 of 23 september 2020 on cooperation among Member States concerning operations carried out by vessels owned or operated by private entities for the purpose of search and rescue activities, *OJ* L 317 of 1 october 2020).

IV. THE CRIMINALIZATION OF HUMANITARIAN ASSISTANCE, COMBATTING MIGRANT SMUGGLING AND HUMAN RIGHTS

As the Commission has clearly pointed out recently, the criminalization of humanitarian aid by States does not comply with the provisions of international treaties aimed at combatting the illegal trafficking of immigrants and it is contrary to the most essential human rights, such as the right to life.

The UN Protocol against the Smuggling of Migrants by Land, Sea and Air, adopted in New York on 15 November 2000 (and ratified by all EU Member States except Ireland),[37] excludes humanitarian aid from its scope insofar as it cannot be considered that this activity responds directly or indirectly to the procurement of economic benefit.[38] In NGOs' capacity as civil society organizations dedicated to the promotion and protection of human rights, these bodies (particularly those dedicated to sea rescue operations) can be considered to be the defenders of human rights. According to a resolution adopted in March 1999 by the UN General Assembly, States have a prime responsibility and duty to protect, ensure and give effect to the fundamental rights of those who devote their activities to the promotion of human rights.[39]

The differing aforementioned proceedings that have been taken against humanitarian sea rescue organizations do not comply with international treaties or resolutions adopted by the United Nations. These documents clearly imply a commitment to protect NGOs as human rights defenders. As pointed out by the Commissioner for Human Rights of the Council of Europe, it is not reasonable to believe that these NGOs are engaged in the trafficking of illegal migrants.[40] In response to evidence that humanitarian aid to migrants was being criminalized, in 2014, the UN adopted principles and guidelines calling

[37] Available at https://www.treaties.un.org.

[38] Articles 3 (a) and 6 (1) of said protocol. *See,* also, *Travaux Préparatoires of the Negotiations for the elaboration of the United Nations Convention against Transnational Organized Crime and the Protocols thereto*, United Nations, New York, 2006.

[39] Declaration on the right and responsibility of individuals, groups and organs of society to promote and protect universally recognized human rights and fundamental freedoms (A/RES/53/144 of 8 March 1999). On 18 December 2009, another declaration with very similar contents was approved, in which certain actions by States contrary to human rights defenders were denounced and revealed (A/RES/64/163 of 17 March 2010).

[40] Council of Europe Commissioner for Human Rights, "Lives saved. Rights protected. Bridging the protection gap for refugees and migrants in the Mediterranean", June 2019, p. 37.

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 8, janvier-décembre 2020, pp. 381-401
DOI: http://dx.doi.org/10.25267/Paix_secur_int.2020.i8.12

on States to adopt or amend any domestic legislation that could penalize individuals and organizations who rescue migrants at sea.[41] In 2018, the UN reiterated these principles and guidelines.[42] Furthermore, following Italy's harassment of humanitarian organizations, independent UN rapporteurs and experts in the field of human rights have pointed out that "(…) search and rescue operations aiming at saving lives at sea cannot represent a violation of national legislation on border control or irregular migration, as the right to life should prevail over national and European legislation, bilateral agreements and memoranda of understanding and any other political or administrative decision aimed at 'fighting irregular migration"'.[43] Given the Italian authorities' refusal to establish mechanisms to protect the life and dignity of migrants at sea, the experts referred to the existence of positive and negative obligations on the part of Italy which should clearly constitute a limit on the penalization of rescue organizations' humanitarian activities.[44]

[41] Recommended principles and guidelines on human rights at international borders, United Nations Human Rights, 2014, guide 2.6, p. 15.

[42] Principles and guidelines, supported by practical guidance, on the human rights protection of migrants in vulnerable situations, United Nations Human Rights, 2018, principles 4.7, p. 28.

[43] Joint communication from the Special Rapporteur on the situation of human rights defenders; the Independent Expert on human rights and international solidarity; the Special Rapporteur on the human rights of migrants; the Special Rapporteur on contemporary forms of racism, racial discrimination and xenophobia and related intolerance; the Special Rapporteur on torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment, and the Special Rapporteur on trafficking in persons, especially women and children, AL ITA 4/2019, May 15 2019, p. 4.

[44] It was pointed out that "(…) the State has a positive obligation to seek and facilitate humanitarian action (through an act of delegation) and a negative obligation not to engage in acts that would jeopardize the enjoyment of the right to life", *idem*. Despite this, Italy has ignored the existence of these obligations. The approval, in September 2018, of Decree Law 113/2018 on security and migration (and its subsequent transformation into Act 132/2018), by virtue of which the Italian Home Office could deny access by vessels carrying migrants to Italian ports for reasons of public order, impose fines of up to € 50,000, seize ships in the event of a breach of the said prohibition, and impose prison sentences of up to 15 years, was not compatible with the humanitarian clause established in its domestic legislation. In relation to this act, which the new Italian Government has now said it will review, *vid.* CARTA, S., "Beyond closed ports: the new Italian Decree-Law on Immigration and Security", October 2018 (available at: http://eumigrationlawblog.eu). However, on October 5, the Italian government approved a new Decree that partially revoked this regulation, easing fines against NGOs and extending humanitarian protection to immigrants. On October 3, Matteo Salvini,

The administrative and criminal proceedings that have been taken against crewmembers of ships and the vessels' seizure have raised the issue of the compatibility of these actions with International Law (especially in the case of Italy), particularly with provisions on the Law of the Sea and human rights. This has led NGOs to appeal before domestic courts against decisions taken by the administrative authorities and by prosecutors. Indeed, the courts have referred to reasons of humanity and the need to guarantee fundamental rights, like the right to life, as justifications for not imposing sanctions on NGOs. It is the duty of judicial authorities to assess in the light of a case's circumstances whether an act falls under an exemption as set out in national law and to strike the right balance between different interests and values at play.

On July 3 2019, based on "the duty to save lives at sea", an Agrigento magistrate released Sea Watch 3 captain Carola Rackete, who was under house arrest for 72 hours after putting ashore 40 migrants rescued at sea.[45] On 29 August 2019, another magistrate from Agrigento ordered the release of the Open Arms ship seized by the Italian authorities after 160 rescued migrants were put ashore. The magistrate pointed out that the "(…) obligation to save lives at sea is a duty of the States and it prevails over the bilateral rules and agreements aimed at combating irregular immigration. The international conventions on the matter, to which Italy has adhered, do in fact constitute a limit to the State's legislative power in accordance with art. 10, 11 and 117 of the Constitution, and so an exception cannot be made to such a limit at the discretion of the political authorities, ranking themselves higher hierarchically than the prime source."[46]

Some courts, however, have not shared this view and they have imposed restrictions on the movement of humanitarian activists and seized vessels. The compatibility of these decisions with the human rights standards of

---

former Italian Minister of the Interior and responsible for the approval and implementation of Decree Law 113/2018, appeared before a court in Catania (Sicily) accused of kidnapping people and of negligence when denying the disembarkation of 131 migrants rescued at sea by an NGO in August 2019, facing a sentence of 15 years in prison.

[45] Verdú, D. "The captain of Sea Watch 3 is released after appearing before the judge", https://elpais.com/internacional/2019/07/02/actualidad/1562094157_265245.html

[46] This excerpt from the case appears in the press release "The Italian prosecution orders the release of the Open Arms ship" of 30 August 2019 by the NGO Open Arms (https://www.openarms.es/es).

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 8, janvier-décembre 2020, pp. 381-401
DOI: http://dx.doi.org/10.25267/Paix_secur_int.2020.i8.12

the European Convention on Human Rights has been questioned recently before the European Court of Human Rights. On 24 April 2019, after filing pertinent appeals before the Greek courts, the organization Global Legal Action Network (GLAN) filed the first suit before the ECHR against Greece on behalf of Salam Kamal-Aldeen. GLAN considers that the confiscation of a vessel owned by NGO Team Humanity and its founder's imprisonment under Greek law due to the organization's humanitarian activities on the island of Lesbos since 2015 were contrary to certain rights recognized by the Convention.[47] It is thus the first appeal brought before the ECHR that seeks to determine the compatibility of the Convention with measures adopted by States that criminalize humanitarian aid.[48]

V. FINAL REMARKS

Inaction on the part of Mediterranean States has led humanitarian organizations to play a fundamental role in assistance and rescue operations

[47] Global Legal Action Network: "Case filed against Greece in Strasbourg Court over crackdown on humanitarian organisations", https://www.glanlaw.org/single-post/2019/04/18/Case-filed-against-Greece-in-Strasbourg-Court-over-Crackdown-on-Humanitarian-Organisations.

[48] A different matter is referred to in a lawsuit filed on 3 May 2018 against Italy before the ECHR, also by Global Legal Action Network (GLAN), in the consideration that Italy had breached certain positive obligations derived from the Convention (Requête no. 21660 / 18, *SS et autres contre l'Italie, Communiquée le 26 juin 2019* - available at: www.echr.coe.int). Following an agreement between Italy and Libya on migration issues, reached in February 2017, Italy assumed the coordination of rescue operations by the Libyan authorities in a certain area of the Mediterranean. On 6 November 2017, partly under the instructions of the rescue coordination centre in Rome, the Libyan Coast Guard intervened in a sea rescue operation of 130 migrants by humanitarian aid vessel Sea Watch 3, leading to the drowning of 20 migrants. 47 migrants were rescued and brought ashore by the Libyan authorities, where they were interned in a detention centre and mistreated. The suit filed by GLAN (which Amnesty International and Human Rights Watch joined on 11 November 2019) is based on the violation of article 2 (the right to life), art. 3 (the prohibition of torture) and art. 4 of additional protocol no. 4 to the ECHR (the prohibition of collective expulsions of foreigners). It raises a particularly relevant issue related to the exercise of jurisdiction (art. 1 of the ECHR) and its limits in rescue operations at sea involving States that are party to the Convention. With regard to this issue, *see* PAPASTAVRIDIS, E., "The European Convention of Human Rights and Migration at Sea: reviewing the "Jurisdictional threshold" of the Convention under the Law of the Sea paradigm", *German Law Journal*, Vol. 21, 2020, pp. 417-435.

at sea. Incomprehensibly, these States have chosen to criminalize solidarity, perhaps due to their inability to manage migrant arrivals to their coasts.

Although the administrative and criminal proceedings that have been brought against the crews and vessels of humanitarian sea rescue organizations have had very little success, since no ship has been permanently immobilized and no one is currently in prison, it is worth wondering whether there is any sense to all this. Likewise, is the fact that only six of the 27 EU Member States have incorporated the humanitarian exemption clause in their domestic legislation on illegal immigration consistent with the fundamental values that inspire EU legislation? It all seems contrary to the values enshrined in article 2 TEU.

In the absence of the humanitarian clause's inclusion and bearing in mind that the UN Protocol against the illegal trafficking of migrants by land, sea and air–which all EU Member States have ratified (with the exception of Ireland)– excludes humanitarian aid from its scope, it makes no sense for States to criminalize humanitarian aid by NGOs. Even if the Commission has recently published some guidelines (which are not binding to Member States) on the application of EU rules aimed at defining and preventing aid to irregular entry, circulation and stay, it should show more determination in amending Directive 2002/90 so as to make the clause compulsory for Member States. That would provide legal certainty to organisations dealing with migrants at sea.

Unfortunately, the humanitarian clause's inclusion will not guarantee no acts of Member State harassment of humanitarian organizations. The EU and its Member States' inability to manage migrant sea rescues in a joint way should not lead to the criminalization of solidarity with the sole objective of discouraging humanitarian aid by rescue organizations. Maybe the ECHR's reply on the compatibility of repressive measures against some NGOs with the European Convention on Human Rights and the fact that some European Mediterranean countries have recently relaxed their immigration policies a little herald a change of course. Whatever the case, it is inadmissible for States to criminalize the activities of NGO rescue organizations and to view them as accomplices in the illegal smuggling of migrants when they simply provide humanitarian aid.

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 8, janvier-décembre 2020, pp. 381-401
DOI: http://dx.doi.org/10.25267/Paix_secur_int.2020.i8.12

BIBIOGRAPHICAL REFERENCES

CARTA, S., "Beyond closed ports: the new Italian Decree-Law on Immigration and Security", October 2018 (available at: http://eumigrationlawblog.eu/).

CUSUMANO, E., "Straightjacketing Migrant Rescuers? The Code of Conduct on Maritime NGOs", *Mediterranean Politics*, Vol. 24, 2019, pp. 106-114.

PAPASTAVRIDIS, E., "The European Convention of Human Rights and Migration at Sea: reviewing the "Jurisdictional threshold" of the Convention under the Law of the Sea paradigm", *German Law Journal*, Vol. 21, 2020, pp. 417-435.

SAAS, Cl., "The debt of solidarity is mort, live the debt of solidarity", *Recueil Dalloz ,* October 2018, no. 34, pp. 1894-1898;

SÁNCHEZ LEGIDO, A., *Controles migratorios y derechos humanos*, Tirant lo Blanch, 2020.

SMITH, A., "Uncertainty, alert and distress: the precarious position of NGO search and rescue operations in the Central Mediterranean", *Paix et Securité Internationales*, no. 5, 2017, pp. 29-70.

TECH, V., "La fraternité en droit des estrangers : un principe qui manquait ?", *Actualité Juridique , Droit Administratif*, September 24 , 2018, no. 31, pp. 1786-1790

VOSYLIÜTE, L. & CONTE, C., *Crackdown on NGOs and volunteers helping refugees and other migrants*, Final Synthetic Report, June 2019, Research Social Platform on Migration and Asylum (RESOMA).

PAIX ET SÉCURITÉ INTERNATIONALES
Journal of International Law and International Relations
Num 8, janvier-décembre 2020 | ISSN 2341-0868
DOI http://dx.doi.org/10.25267/Paix_secur_int.2020.i8.13

Citation: TORROJA MATEU, H: "Reflections on the 'Statement on the Lack of Foundation on International Law of the Independence Referendum that Has Been Convened in Catalonia' on the occasion of its third anniversary", *Paix et Sécurité Internationales*, num. 8, 2020, pp. 403-421.

Received: 7 October 2020.
Accepted: 24 October 2020.

CATALONIA
UNILATERAL REFERENDUM FOR SELF-DETERMINATION AND UNILATERAL DECLARATION OF INDEPENDENCE

REFLECTIONS ON THE 'STATEMENT ON THE LACK OF FOUNDATION ON INTERNATIONAL LAW OF THE INDEPENDENCE REFERENDUM THAT HAS BEEN CONVENED IN CATALONIA' ISSUED BY MEMBERS OF THE SPANISH ASSOCIATION OF INTERNATIONAL LAW AND INTERNATIONAL RELATIONS PROFESSORS (AEPDIRI) IN 2017

Helena TORROJA MATEU[1]

I. INTRODUCTION – II. A TIMELY AND NECESSARY STATEMENT: INTELLECTUALS' CIVIC RESPONSIBILITY TO SOCIETY – III. CONCISE CONTENT REFLECTING THE TRUTH OF CONTEMPORARY INTERNATIONAL LAW – IV. CONCLUSION

ABSTRACT: Three years ago, more than 400 members of the Spanish Association of International Law and International Relations Professors (AEPDIRI from the Spanish) signed the 'Statement on the Lack of Foundation on International Law of the Independence Referendum that Has Been Convened in Catalonia', dated 19 September 2017. With the perspective afforded by hindsight, this article will explore why it was a timely and necessary statement, reflecting the intellectuals' civic responsibility to society, and why the statement's concise content perfectly reflects the truth of contemporary international law.

KEYWORDS: Principle of self-determination of colonial and occupied peoples; principle of sovereign equality; principle of territorial integrity; separation of territories; remedial secession; independence referendum; principle of self-organization; rule of law; European Union.

[1] PhD, Senior Lecturer (Profesora Agregada) of Public International Law, University of Barcelona, Spain. This essay was written as part of the research project 'Secesión, democracia y derechos humanos: la función del derecho internacional y europeo ante el *proceso catalán* (SEDEDH)' (principal investigator: Helena Torroja; reference: PID2019-106956RB-I00).

REFLEXIONES SOBRE LA "DECLARACIÓN SOBRE LA FALTA DE FUNDAMENTACIÓN EN EL DERECHO INTERNACIONAL DEL REFERÉNDUM DE INDEPENDENCIA QUE SE PRETENDE CELEBRAR EN CATALUÑA" FIRMADA POR PROFESORES DE DERECHO INTERNACIONAL Y RELACIONES INTERNACIONALES DE LA AEPDIRI, EN 2017

RESUMEN*:* Hace tres años, más de 400 miembros de la Asociación Española de Profesores de Derecho internacional y relaciones internacionales (AEPDIRI) firmaron la "Declaración sobre la falta de fundamentación en el Derecho Internacional del referéndum de independencia que se pretende celebrar en Cataluña", con fecha 19 de septiembre de 2017. Con la perspectiva que regala el paso del tiempo, las líneas siguientes reflexionan por qué fue una declaración oportuna y necesaria, reflejo del compromiso cívico de los intelectuales con la sociedad y por qué su contenido refleja de forma concisa la verdad del derecho internacional contemporáneo.

PALABRAS CLAVE: Principio de libre determinación de los pueblos coloniales y ocupados, principio de igualdad soberana; principio de integridad territorial; separación de territorios, secesión como remedio, referéndum de independencia, principio de auto organización, Estado de Derecho, Unión Europea.

RÉFLEXIONS SUR LA « DÉCLARATION CONCERNANT L'ABSENCE DE FONDEMENT AU REGARD DU DROIT INTERNATIONAL DU RÉFÉRENDUM SUR L'INDÉPENDANCE QUE D'AUCUNS VOUDRAIENT VOIR SE TENIR EN CATALOGNE », SIGNÉE PAR DES PROFESSEURS DE DROIT INTERNATIONAL ET DE RELATIONS INTERNATIONALES DE L'AEPDIRI, EN 2017

RESUME: Voilà trois ans, plus de 400 membres de l'Association Espagnole des Professeurs de Droit International et de Relations Internationales (AEPDIRI) signèrent la « Déclaration concernant l'absence de fondement au regard du Droit International du référendum sur l'indépendance que d'aucuns voudraient voir se tenir en Catalogne », datée du 19 septembre 2017. Au fil du temps, les perspectives vont se précisant : ainsi les lignes suivantes sont-elles le fruit d'une réflexion sur le caractère idoine - voire nécessaire - d'une déclaration témoignant de l'engagement civique des intellectuels à l'égard de la société, le contenu de ladite déclaration reflétant à son tour avec concision la vérité du droit international contemporain.

MOTS-CLE : principe de libre détermination des peuples colonisés ou soumis à l'occupation, principe d'égalité souveraine ; principe d'intégrité territoriale ; séparation de territoires, sécession-remède, référendum d'indépendance, principe d'auto-organisation, État de droit, Union européenne

I. INTRODUCTION

Three years ago, more than 400 members of the Spanish Association of International Law and International Relations Professors (AEPDIRI from the Spanish)[2] signed the 'Statement on the Lack of Foundation on International

[2] The statement was drafted by a group of seven full professors of recognized scientific authority: Professors Paz Andrés Sáenz de Santa María (University of Oviedo), Gregorio Garzón Clariana (Autonomous University of Barcelona), Araceli Mangas Martín (Complutense University of Madrid), Xavier Pons Rafols (University of Barcelona), Antonio

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 8, janvier-décembre 2020, pp. 403-422
DOI: http://dx.doi.org/10.25267/Paix_secur_int.2020.i8.13

Law of the Independence Referendum that Has Been Convened in Catalonia', dated 19 September 2017. The text was drafted by a group of renowned professors from the Spanish academy with the aim of underscoring *the error of invoking international law* to provide a legal basis for Catalan Law 19/2017, on the self-determination referendum. With the perspective afforded by hindsight, I will now offer a few thoughts on what the statement represented, in terms of both the impetus driving the professors who sponsored and signed it (1) and its content (2).

II. A TIMELY AND NECESSARY STATEMENT: INTELLECTUALS' CIVIC RESPONSIBILITY TO SOCIETY

When the statement was drafted, the Catalan Parliament had already passed the laws of 6 and 8 September on the holding of a referendum on self-determination and on the legal and foundational transition to a republic, respectively.[3] They had not yet been overturned by the Spanish Constitutional Court,[4] although they had been suspended. Based on the facts alone, the Catalan

Remiro Brotóns (Autonomous University of Madrid), Alejandro del Valle Gálvez (University of Cádiz) and Rafael Arenas García (Autonomous University of Barcelona). The full text and list of signatories can be viewed at: https://web6341.wixsite.com/independencia-cat and http://www.revista-redi.es/wp-content/uploads/2018/01/15_practica_espanola_declaracion_falta_fundamento.pdf. An English-language version is available at: https://voicesfromspain.com/2017/09/27/statement-on-the-lack-of-foundation-on-international-law-of-the-independence-referendum-been-convened-in-catalonia/.

[3] *Ley del Parlamento de Cataluña 19/2017, of 6 September, «del referéndum de autodeterminación»* (*Official Gazette of the Catalan Government* (*DOGC*) No. 7449A, of 6 September 2017), and *Ley del Parlamento de Cataluña 20/2017, of 8 September, denominada «de transitoriedad jurídica y fundacional de la República»* (*DOGC* No. 7451A, of 8 September 2017).

[4] Sitting as a full court, the Constitutional Court unanimously declared Catalan Law 19/2017, of 6 September, 'on the self-determination referendum' null in Judgment 114/2017, of October 17 (*Official State Gazette (BOE)* No. 256, of 24 October 2017) (available at: http://hj.tribunalconstitucional.es/docs/BOE/BOE-A-2017-12206.pdf). An unofficial translation of the grounds and ruling of the judgment has been made available by the Court at: https://www.tribunalconstitucional.es/ResolucionesTraducidas/Ley%20transitoriedad%20ENGLISH.pdf. Subsequently, and again sitting as a full court, the Constitutional Court unanimously declared Catalan Law 20/2017, of 8 September, 'on the legal and foundational transition to a republic' null in Judgment 124/2017, of 8 November (*BOE* No. 278, of 16 November 2017) (available at: http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/docs/BOE/BOE-A-2017-13228.pdf).

independence process (known simply as the *Procés*), launched in 2012, seemed to have reached the final stages of execution of this *soft revolution*.[5] Whether or not these laws (Catalan laws 19/2017 and 20/2017) and the subsequent events promoted by the secessionist leaders – the demonstration of 20 September, the illegal referendum of 1 October, the unilateral declaration of independence of 27 October – were a *mere bluff* would later be the subject of much debate. Indeed, it was one of the arguments made by the defendants in the trial for the *Procés* before the Spanish Supreme Court, which ended in conviction on 14 October 2019.[6] However, for those who respect the institutions with which our political community was endowed through the adoption of the Spanish Constitution of 1978 and the Catalan Statute of Autonomy of 1979, along with its subsequent reforms, the Catalan laws passed by the parliament of a self-governing region, or 'autonomous community' as they are called in Spain, must be taken *at face value*. How else? *The exercise of power is not a game of poker*. In an adult political community, our representatives are defined by the political facts, not the hidden intentions behind them. The entire *Procés* was politically based on the international norm proclaiming the right of colonial and occupied peoples to self-determination. What would it have meant had Spanish experts in public international law and international relations remained silent in such circumstances? That they were busy navel-gazing? Blind? Unconcerned with civic engagement? Yes, yes and yes. But that is not what happened.

A prominent group of academics of renowned scientific authority decided to break the silence, understanding that the role of the university community is also to transfer knowledge to further the common good. That is the meaning of the words 'the undersigning members of the (…) AEPDIRI (…), consider [it] their *civic obligation* to issue the following statement' (emphasis added) at

[5] Remiro Brotóns, A., "La independencia como un hecho revolucionario", 34 *REEI* (2017). *See* also my analyis Torroja, H., "The self-determination of peoples vs human rights in liberal democracies: the case of Catalonia", *ARI* 99/2019, Elcano Royal Institute, 29 October 2019 (available at: http://www.realinstitutoelcano.org/wps/portal/rielcano_en/contenido?WCM_GLOBAL_CONTEXT=/elcano/elcano_in/zonas_in/ari99-2019-torroja-self-determination-of-peoples-vs-human-rights-in-liberal-democracies-the-case-of-catalonia); and, in Spanish, my article, Torroja, H. 'El proceso revolucionario secesionista que vivimos', *Crónica Global,* 5 November 2019 (available at: https://cronicaglobal.elespanol.com/pensamiento/proceso-revolucionario-secesionista-vivimos_289505_102.html).

[6] Supreme Court (Criminal Division), Case No. 20907/2017, Judgment No. 459/2019, 14 October 2019.

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 8, janvier-décembre 2020, pp. 403-422
DOI: http://dx.doi.org/10.25267/Paix_secur_int.2020.i8.13

the start of the statement. What would be the point of having an academy without the correlative *civic duty*? In the social sciences, we seem to have trouble understanding this role, which is much clearer in other disciplines closer to the natural sciences, as can be seen in the current research and development of a Covid-19 vaccine, for example. It is certainly pointless to lock oneself away from the world in pursuit of academic publications that serve solely to further one's ego. Anyone wishing to live in an ivory tower, far removed from reality and its indissociable problems, should by all means do so, but they will have grasped nothing about the mission of academics and intellectual life in society. University professors fulfil a public function that spans several areas (teaching, research, management and knowledge transfer), all of which are linked to a responsibility to the society we live in.

Because we are jurists, words and concepts are essential elements of our work. Just as doctors use a scalpel to open a body and cure it, we use concepts to provide clarity and order, whether in a lawsuit, parliamentary decision-taking, or communication to society at large. Concepts provide clarity, bring us closer to reality. Society has a right to know the truth. That is also the responsibility of the academy, especially jurists.[7] That was the purpose of the statement: to highlight the error of basing the referendum sought and ultimately held in Catalonia on international law. Had it not been issued in such critical circumstances as those, the most serious constitutional crisis in the history of Spain's rule-of-law-based democracy, academics would have lost moral power. The initiative of that group of professors does honour to the Spanish academy, setting an example for those of us who come after to follow. By acting as a channel, the AEPDIRI proved up to the task. It was not the first time it had done so. On at least one other occasion, in 2003, a large meeting of international lawyers held at the Autonomous University of Madrid concluded with a statement against the war of aggression in Iraq. The AEPDIRI facilitated the logistics of the signing as well; that time, too, the statement was issued by the signatories, not the association.

[7] When deciding to draft the statement, at the 27th AEPDIRI Conference held in Bilbao, on 21 and 22 September 2017, these professors also decided to organize a research seminar on the topic 'State secession and self-determination in contemporary international law', which took place in Alcalá de Henares on 12 and 13 April 2018. The talks and papers presented at the seminar were later published in Volume 22 of the *Spanish Yearbook of International Law* (*SYbIL*) (2018).

The direct purpose of the statement was thus to safeguard scientific truth and, indirectly, help defend the democratic rule of law, the last redoubt to preserve our fundamental rights and freedoms. In that context, other statements were also issued. We were not the first to exercise this civic duty. We were preceded by more than 200 professors of constitutional law, who issued a statement in defence of the Spanish Constitution and the rule of law.[8] That statement was followed by another issued by more than 500 professors in defence of the constitutional democracy, signed at the top by the professor and philosopher Fernando Savater.[9] Our statement came third. We were followed, finally, by more than 70 professors of philosophy of law, who issued the statement 'No todo Estado es Estado de Derecho' (Not All States Are Governed by the Rule of Law).[10] All these statements were subsequently cited in the Supreme Court judgment of 14 October 2019, in the general trial for the *Procés*.[11] They were cited as examples of scholarly literature, which the Court considered to be as valuable as the statement submitted by the defences of two of the accused by some 200 criminal law professors, who saw neither rebellion nor sedition in the events on trial.[12]

A close reading and comparison of the various statements suggests that the one considered here was the most politically cautious, albeit concise and scientifically true. In my view, the other statements were more politically incisive, as they directly denounced the attack on the rule of law and the Spanish Constitution that the referendum and separation laws entailed. Our statement sought only to convey knowledge about a scientific truth from our discipline.

---

[8] 'Manifiesto por el cumplimiento de la Constitución', 10 October 2017, https://elpais.com/elpais/2017/10/09/opinion/1507565032_310252.html.

[9] 'Parar el golpe: 500 profesores en defensa de la democracia constitucional', 17 September 2017, https://e00-elmundo.uecdn.es/documentos/2017/09/21/manifiesto_profesores_universidad.pdf.

[10] 'No todo Estado es Estado de Derecho', 6 October 2017, https://elpais.com/elpais/2017/10/06/opinion/1507300031_264420.html.

[11] Supreme Court, Criminal Division, Judgment No. 459/2019, 14 October 2019 at 158.

[12] Vázquez, A: "Más de un centenar de profesores de Derecho Penal no ven ni rebelión ni sedición", *El Periódico*, 10 November 2017 https://www.elperiodico.com/es/politica/20171110/manifiesto-centenar-profesores-penal-no-rebelion-no-sedicion-6414403.

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 8, janvier-décembre 2020, pp. 403-422
DOI: http://dx.doi.org/10.25267/Paix_secur_int.2020.i8.13

Its adoption and signing were undoubtedly very necessary, as witnessed by the reference to it in the Supreme Court judgment of 14 October 2019. Small actions influence social changes. History will bear witness to the signatories' civic commitment to liberal democracy as a political system, that is, the system that brings together the indissoluble triad of the rule of law, respect for human rights and representative democracy, as defined in the treaties on which the Europe we live in is based (the Statute of the Council of Europe, the European Convention on Human Rights, and the Treaty on European Union).

III. CONCISE CONTENT REFLECTING THE TRUTH OF CONTEMPORARY INTERNATIONAL LAW

The statement uses balanced language. From the outset, it refers to the 'errors' of basing the referendum on international law. *Errors*, *falsehoods*, *lies*, *failure to reflect reality*… all are synonyms in the broadest sense. The statement takes a very cautious and polite tone. By using the term 'errors', it leaves open two possibilities: surreptitious errors – when, despite knowing the truth, one conscientiously seeks to deceive others, that is, one lies – or innocent errors – made out of simple ignorance. It could just as easily have spoken of 'lies' or 'falsehoods'. Calling the secessionist politicians *ignorant* (for merely committing an 'error') would be an offence. The authors most likely chose the milder term 'error' out of prudence; not only is it more polite, it is also more inclusive, facilitating endorsement by a larger number of signatories.

In this regard, it is striking that today we speak in terms of truth and errors/lies. But we have to adapt to the times we live in, and today it seems necessary to reintroduce these terms into the academic and political debate. Personally, I find it distasteful, as it means accepting that we no longer live in a social environment in which it can be assumed that there is a minimum consensus on the legal and political presuppositions of our co-existence. But that is because we now live in a context in which postmodernism has already had devastating consequences. According to this philosophical school, everything is subjective and relative, including in the scientific sphere, which is what we are talking about here. Thus, *the truth* is now *what one wants it to be*.[13] Needless to say, this was the position of the MPs who voted in favour of Catalan Law 19/2017 (hereinafter, the 'Catalan referendum law').

[13] *See*: GARCÍA DEL MURO SOLANS, J., *Good Bye, Verdad. Una aproximación a la posverdad* (Milenio, 2019).

What falsehoods, what 'errors' did the Catalan referendum law contain? To begin with, it stated that the 1966 Human Rights Covenants and the Charter of the United Nations recognize a right to *(external)* self-determination for *any people*; that international *case law upholds this view*; and that this international rule is included in Spanish law *through* the Spanish Constitution, suggesting that the international law is hierarchically superior to constitutional law.[14] All are lies. All are errors. In just six brief points, the statement establishes the essential content of international law on this matter, offering a defence of the assertion made in its title. And it does so with remarkable synthesis and concision. Let us now briefly review its content and the extent to which these statements are true or not.[15]

1.- The principle of self-determination of peoples, recognized by general international law, establishes a right to restore sovereignty for colonial and occupied peoples (Point 1)

This point lays out the current status of *general* international law concerning the *fundamental principle* of public international law and a *jus cogens* or peremptory norm: it refers only to 'the right to independence of those peoples under colonial rule or subject to foreign subjugation, domination or exploitation', as recognized by international case law and the practice and literature of the United Nations. This point refers to the so-called right of external self-determination, which grants access to sovereignty and independence, amongst other permitted forms.

---

[14] *See* the first paragraph of the Explanatory Memorandum of the Law on the Self-Determination Referendum. 'The International Covenants on Civil and Political Rights, and on Economic, Social and Cultural Rights, approved by the United Nations General Assembly on 19 December 1966, ratified and in force in the Kingdom of Spain since 1977—published in Spain's Official Gazette, the BOE, on 30 April 1977—recognise the right of all peoples to self-determination as the first human right. The Spanish Constitution of 1978 establishes, in Article 96, that international treaties ratified by Spain form part of its domestic legislation and, in Article 10.2, establishes that the rules on fundamental rights and public freedoms shall be interpreted in accordance with applicable international treaties on the matter.' The full English version of the Catalan Law is available at: http://exteriors.gencat.cat/web/.content/00_ACTUALITAT/notes_context/Llei-del-Referendum_ENGLISH.pdf.

[15] *See* my paper and the literature cited therein: Torroja Mateu, H., 'Libre determinación de los pueblos versus secesión', *Cursos de derecho internacional y relaciones internacionales de Vitoria-Gasteiz 2018* (Thomson Reuters Aranzadi, 2019), at 237-388.

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 8, janvier-décembre 2020, pp. 403-422
DOI: http://dx.doi.org/10.25267/Paix_secur_int.2020.i8.13

Like all fundamental principles of public international law, the right of self-determination of peoples is a customary norm, adopted by states by consensus and manifested in state practice and the *opinio juris*, that is, the belief that this practice is required by law. This *opinio juris* is on display mainly in two famous resolutions from 1960, the *Declaration on the Granting of Independence to Colonial Countries and Peoples* (General Assembly Resolution 1514 (XV) of 14 December 1960), and 1970, the *Declaration on Principles of International Law concerning Friendly Relations and Co-operation among States in accordance with the Charter of the United Nations* (General Assembly Resolution 2625 (XXV) of 24 October 1970), and in common Article 1 of the two human rights covenants adopted in 1966 by the General Assembly (the *International Covenant on Civil and Political Rights* and the *International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights)*. Although the texts of these resolutions and treaties offer some information about the norm (the *opinio juris cogentis*), they do not provide an exhaustive description. To identify the content of a customary norm, it is also necessary to look at *state practice*.

The positive rule, as established by states, words the attribution of the right to accede to independence (external self-determination) clearly. The subjects of this right are: 'peoples [subject] to alien subjugation, domination and exploitation' (paragraph 1, Resolution 1514 (XV)); 'dependent peoples […] in order to enable them to exercise peacefully and freely their right to complete independence' (paragraph 4, Resolution 1514 (XV)); 'Trust and Non-Self-Governing Territories or all other territories which have not yet attained independence' (paragraph 5, Resolution 1514 (XV)); and 'Non-Self-Governing and Trust Territories [to] promote the realization of the right to self-determination' (paragraph 3, common Article 1, Covenants). The aim is 'to bring a speedy end to colonialism […] bearing in mind that subjection of peoples to alien subjugation, domination and exploitation constitutes a violation of the principle, as well as a denial of fundamental human rights' (paragraph 2 of the principle, Resolution 2625 (XXV)).

When the ICJ has had to interpret the *jus cogens* customary norm of self-determination, it has referred to the aforementioned resolutions and, in one case, to common Article 1 of the Covenants. It has unequivocally concluded that the *jus cogens* content of the norm was a right to accede to sovereignty and

independence, where applicable, *attributed to colonial and occupied peoples* and no one else.[16]

To what extent can we include minorities or a fraction of a state's people in the meaning of a 'people' in the sense of the right to external self-determination? Hardly or not at all. Minorities were excluded from the holders of the right. States expressly granted the right to the peoples of colonial territories and not to minorities in those colonies. The territories were expressly considered as a whole delimited by the colonial borders (*uti possidetis juris*), not by the colour, race or religion of their people. The people were treated as an accessory of the colonial territory; they were a *people* because *they were living in such-and-such a territory,* not due to their race, religion or *de facto* nationality.[17] This was clearly a unanimous interpretation. The colonial territory had a separate legal status and its people as a whole had the right to self-determination because they lived there. Minorities did not have a right to self-determination, or, for instance, today there would be more than 400 African states, rather than just over fifty. The norm established by the states was clear in this regard.

Strictly speaking, what is established is a right to *restore* the *virtual sovereignty* lost due to the odious crime of foreign domination and occupation by the metropolis;[18] the population of the colonial territory has a *right to its territorial integrity*, not to separate from the metropolis, of which it is not a part.[19]

To prevent future confusion, going forwards this fundamental principle should be spelt out in full in all texts and manuals and should never be elided.

---

[16] *See*, amongst others: ICJ, *Legal consequences for states of the continued presence of South Africa in Namibia (South-West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)*, Advisory Opinion of 21 June 1971, at 31, par. 52; ICJ, *Western Sahara*, Advisory Opinion of 16 October 1975, at 31-33, par. 54-59, and at 68, par. 162; or ICJ, Advisory Opinion, *Kosovo*, 2010, *doc. cit.*, at 436, par. 79.

[17] Andrés Sáenz De Santa María, P., 'La libre determinación de los pueblos en la nueva sociedad internacional', *Cursos Euromediterráneos Bancaja de Derecho Internacional,* Vol. I (1997), at 134.

[18] To 'restore' is the wording used by Cassese, A., *Self-determination of peoples: A legal reappraisal* (Cambridge University Press, Cambridge, 1995), at 334.

[19] Remiro Brotóns, A., *Derecho internacional público 1. Principios fundamentales* (Tecnos, 1982), at 126. Remiro Brotóns, A., 'Soberanía del Estado, libre determinación de los pueblos y principio democrático', in Mariño Menéndez, F. M. (Ed.), *El Derecho Internacional en los albores del siglo XXI. Homenaje al Profesor Juan Manuel Castro-Rial Canosa* (Editorial Trotta, Madrid, 2002), at 549 *et seq*.

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 8, janvier-décembre 2020, pp. 403-422
DOI: http://dx.doi.org/10.25267/Paix_secur_int.2020.i8.13

That is, I propose it be worded the *principle establishing the right to self-determination of colonial and occupied peoples* or, simply, the *principle of the right to self-determination of colonial and occupied peoples*. It is still valid today, as a condemnation of colonialism and of any foreign occupation.[20]

2. General international law and the supposed right of remedial separation/secession (Point 2)

The second point refers to the oft-discussed right of remedial separation or secession. Although the statement carefully avoids using this expression, the wording clearly suggests that this is what it is referring to. Its wording is very interesting: it states that its existence 'cannot be excluded' based on 'international practice'. At the same time, it meticulously establishes the demanding circumstances that would give rise to this right: 'repeated persecution, or systematic and severe discrimination so as to produce general violations of fundamental human rights'. Based on how the paragraph is worded, it is my understanding that the statement is saying that it would be 'international practice' that would recognize this right of remedial separation or secession. (Were the authors perhaps thinking of general international law? It would seem so, but I cannot tell for sure).

Therefore, in a way that is not entirely clear in its wording, what this paragraph is trying to convey is that the existence of a right of remedial separation *can be inferred* based on international practice. This position is endorsed by prominent Spanish scholars, recognizing that a right of separation does exist for a population, whether because it is discriminated against by its country's government (broader case) or because it is subjected to more serious widespread and systematic human rights violations (narrower case), assuming the two cases do not overlap.[21]

---

[20] As stated by Professor Victoria Abellán (ABELLÁN HONRUBIA, V., 'Sobre el método y los conceptos en Derecho Internacional Público', in VV.AA., *Soberanía del Estado y Derecho internacional – Homenaje al profesor Juan Antonio Carrillo Salcedo,* Vol. I (Secretariados de Publicaciones de: Universidad de Córdoba, Universidad de Sevilla, Universidad de Málaga, Seville, 2005) at 71-72. Note that the internal dimension of this principle overlaps with the principle of non-intervention or, at most, for some authors, is in addition to a right to democracy. Consequently, these other concepts and rules can be used to refer to internal self-determination.

[21] In various cases, it is my understanding that the following authors have taken this view: CARRILLO SALCEDO, J.A., 'Sobre el pretendido "derecho a decidir" en Derecho internacional

I do not share this position. In my view, *there is no legal basis whatsoever* to state that the existence of such a right 'cannot be excluded' based on practice. On the contrary, I believe that *the possible existence of a right of remedial separation* should be ruled out based on the current state of general international law.[22] In this regard, I agree with what some amongst us have found, namely: 'General international law has not yet completed the path to recognizing a right of remedial secession for peoples subjected to massive and systematic violations of human rights and IHL, including the internal aspect of self-determination.'[23] It thus seems to adopt the same position as the ICJ, suggesting that we are dealing with a case that is not clear enough.[24] The Supreme Court of Canada reached the same conclusion in 1998.[25]

3. Nor do international treaties attribute a human right to sovereignty and independence to infra-state entities (Point 3)

The statement's third point focuses on particular international law on human rights. This was necessary due to the aforementioned references included in the Catalan referendum law to Article 1 of the International

---

contemporáneo', 33 *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho* (2013) at 20; Mangas Martín, A., 'La secesión de territorios en un Estado miembro: efectos en el derecho de la Unión Europea', 25 *Revista de Derecho de la Unión Europea* (Madrid ISSN 1695-1085) (July-December 2013) at 51; Remiro Brotóns, A., et al., *Derecho Internacional* (Tirant lo Blanch, 2010); Mariño Menéndez, F., 'Naciones Unidas y el Derecho de Autodeterminación', in Mariño Menéndez, F. (ed.), *Balance y perspectivas de Naciones Unidas en el Cincuentenario de su creación,* Ed. Universidad Carlos III de Madrid, BOE, Madrid, 1996, at 85; Pons Ràfols, X., *Cataluña: Derecho a decidir y Derecho internacional* (Reus, Madrid, 2015) at 152-153. Likewise, Professor Juan Soroeta defends the applicability of this exception to the case in Soroeta Liceras, J.F., 'La Opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia sobre Kosovo de 22 de julio de 2010: una interpretación judicial *sui generis* para un caso que no lo es. Aplicabilidad de la cláusula de salvaguardia de la Resolución 2625 (XXV) o de la "secesión como remedio"', *REEI* (2013), especially at 28.

[22] *See* the reasons explained in detail in my study cited in note 14 above.

[23] By Professor Esperanza Orihuela Calatayud, who has studied this question deeply, even analysing states' positions concerning the ICJ's Kosovo opinion (Orihuela Calatayud, E., 'Does a Right of Remedial Secession Exist under International Law?', 22 *SYbIL* (2018), at 268).

[24] ICJ, Advisory Opinion, *Accordance with International Law of the Unilateral Declaration of Independence in Respect of Kosovo,* Advisory Opinion, 22 July 2010*,* at 436, par. 82.

[25] Supreme Court of Canada, *Reference re Secession of Quebec*, [1998] 2 S.C.R., at par. 134-135 and 138.

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 8, janvier-décembre 2020, pp. 403-422
DOI: http://dx.doi.org/10.25267/Paix_secur_int.2020.i8.13

Covenant on Civil and Political Rights and Article 1.2 of the Charter of the United Nations as the basis for holding an independence referendum against the Spanish Constitution. This point of the statement also refers to international case law, most likely due to another assertion made in the Catalan referendum law, namely, that '[i]n recent opinions', the International Court of Justice has defended the evolution of the 'right to decide'.[26] The Catalan Law 19/2017 continues, 'The Court notes that the right of peoples to decide has evolved, and that, to counter this evolution, no new rule or custom has arisen at an international level to prohibit these new practices.' This is entirely untrue. In any case, it was one recent advisory opinion, not several: the advisory opinion on Kosovo, which the ICJ delivered in 2010.

Nowhere in that opinion is any mention made of a 'human right of peoples to decide'. On the contrary, the ICJ states exactly the opposite: that *it will not examine whether the scope of the right of self-determination has evolved.*[27] An innocent mistake? I believe it denotes a very low level of knowledge and ethics for a political institution such as the Parliament of Catalonia to make such patently false assertions. However, the statement, ever cautious and polite, does not address these points. It wisely limits itself to stating the concrete truth of contemporary international law on the matter, which can be summarized as follows.

Although the statement does not expressly say so, it must be recalled that there is no hierarchy of sources in international law, but rather a hierarchy of norms. Even if a treaty includes a fundamental principle of international law in one of its articles, it could never change the *jus cogens* content of that customary norm. That is, the treaty can construct the *jus cogens* norm in a more or less concrete way, but it cannot contradict its essential content. Therefore, if common Article 1 of the Covenants refers to the right of self-determination of peoples, it can never be understood to do so in a manner contrary to the *jus cogens* norm of general international law, already clearly delimited in Point 1 of the statement.

---

[26] *See* the English version of Catalan Law 19/2017 at: http://exteriors.gencat.cat/web/.content/00_ACTUALITAT/notes_context/Llei-del-Referendum_ENGLISH.pdf.

[27] The ICJ decided not to answer the question of whether the right to self-determination allows a part of a state's population to separate (paragraph 83). *See*: ICJ, *Advisory Opinion, Kosovo,* 2010*, doc. cit*.

Both the resolutions and common Article 1 do include a paragraph providing that '…all people have the right freely to determine, without external interference, their political status and to pursue their economic, social and cultural development, and every State has the duty to respect this right in accordance with the provisions of the Charter' (paragraph 1 of the principle, Resolution 2625 (XXV); paragraph 2, Resolution 1514 (XV); and paragraph 1, common Article 1, 1966 Covenants). However, this paragraph concerns the right to *internal* self-determination. It was included in all these texts at the initiative of the USSR. The USSR's purpose was to insist that, without a right to emancipation from oppressive capitalist government, no human right could be protected or respected. The initiative was not well received by the capitalist bloc. The two political poles ultimately reached a consensus through the inclusion of a wording that could also be interpreted as a right to democracy, in addition to a right to political independence and territorial integrity. The subjects of this right to internal self-determination were the *people of the state as a whole*. The interpretation rules leave little room for other interpretations on this point.

It is a mistake to conflate the rule of internal self-determination with the rule of external self-determination. However, I will not dwell on this point here. For the purposes of this article, it should simply be underscored that neither international human rights treaty law nor any other norm of general international law establishes *a human right to decide on self-determination*.

4. The principle of self-organization and the right of states to internally transfer sovereignty to infra-state entities (Point 4)

This fourth point refers to the position of general international law on internal constitutional recognition of a right of separation for a state's own territorial communities.

It is a mistake to think that the internal right of separation that some states may grant to a part of their population is based on an international norm that supersedes the principles of territorial unity and integrity. If the UK or Canada – with their flexible constitutions – are able and willing to allow a vote on separation for a part of their population (Scotland or Quebec, respectively), that is up to them. International law respects their right to do it. But it is not a universal model that international law imposes. Likewise, no state can impose its internal notion of the link between democracy and the internal

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 8, janvier-décembre 2020, pp. 403-422
DOI: http://dx.doi.org/10.25267/Paix_secur_int.2020.i8.13

right of separation on any other state. The management of internal territory is a discretionary competence, protected by the sovereignty and independence principle, a fundamental norm of international law.

Therefore, should a state, such as Canada or the UK, wish to grant a right to secede or separate politically or constitutionally, it is a matter of internal concern. International law respects the sovereignty of all states; how each one is territorially organized is at the discretion of the state itself. The principle of territorial integrity is an inherent right of the state, not a duty.

There is no international duty to allow a vote on separation for part of a state's population. Only in the case of colonial peoples does *general* international law impose the allowance of a democratic decision on independence or other forms of political sovereignty; in practical terms, this means that self-determination is a *jus cogens* norm.

In short, the principle of self-organization recognizes the discretionary scope of certain sovereign powers of the state. Territorial organization is one of them. Only the principle of human dignity would limit this territorial organization; this is a very important point, although we will not pursue it further here. Moreover, it should be recalled that the vast majority of states proclaim unity and territorial integrity to be basic principles of their constitutional orders, as noted in the aforementioned case law of both the Spanish Constitutional and Supreme Courts.[28]

5. The European Union, guarantor of the rule of law and respect for the national and territorial identity of its Member States as established in their constitutions (Point 5)

This second-to-last point, prior to the conclusion, is crucial. The Catalan referendum law made reference to the incorporation of international law into Spanish law, based on Articles 96 and 10.2 of the Spanish Constitution. Not only does international law deny the existence of this right to independence, as we have seen, but European Union law respects the Constitutions of each Member State. The Catalan referendum law moreover makes the mistake, in citing the Spanish Constitution, of failing to refer to Article 95, which establishes a clear hierarchy of the Spanish Constitution above any international treaty. In fact, any international norm incorporated into Spanish law is hierarchically below the Constitution and above a law. The statement does not tiptoe around

[28] *See supra* notes 5 and 6.

this mistake, but rather addresses it clearly and forcefully, referring to the EU law to which all Member States are subject. This is a law that respects the national identity and constitutional and self-governing structures (understood to include territorial integrity) of the Member States.[29]

Another, equally important aspect of this point is that EU law requires Member States to respect and enforce the rule of law. The measures taken by the central authorities to address the unlawful acts of the Parliament of Catalonia, as well as of the Catalan Government, are not only lawful in accordance with Spanish constitutional, international and European law, but *are an obligation* imposed by EU law. Note that the obligation to enforce the rule of law does not refer only to respect for the rule of law in one's own jurisdiction; it also means that no Member State must allow actions in its jurisdiction that undermine the rule of law in another Member State. Belgium, for instance, is clearly in breach of this obligation, and Spain has failed to demand compliance, but that is another matter.

IV. CONCLUSION: POINT 6. THE RIGHT OF SELF-DETERMINATION OF PEOPLES IS NOT APPLICABLE TO CATALONIA NOR DOES IT PROVIDE A LEGAL BASIS FOR THE REFERENDUM AND SECESSIONIST PROCESS

The statement's final point is a clear and powerful conclusion to the preceding ones. It is not true that contemporary positive international law (*lex lata*) attributes a right to separation to part of the population of a state due to the principle of self-determination of peoples.

The statement's content is concise and perfectly reflects the truth of contemporary international law. The authors and signatories have proved up to the occasion in promoting and adopting it. In the most serious constitutional crisis in the history of Spain's rule-of-law-based democracy, they acted with exemplary civic responsibility in defence of the essential values of the country's liberal democracy, values that are the foundations of a peaceful and just co-existence.

Today, three years after the events of 6 and 8 September 2017, Catalan society remains split in two, with a deep inability for mutual understanding separating the two sides. The clearest sign of this attitude is the refusal of the

[29] *See*: Mangas Martin, A., 'Cataluña: ¿no habrá independencia?', 42 *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho,* (2014) at 55-65.

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 8, janvier-décembre 2020, pp. 403-422
DOI: http://dx.doi.org/10.25267/Paix_secur_int.2020.i8.13

pro-secessionists to acknowledge the other side's existence. The disaffection felt by these nationalist citizens towards the Spanish Constitution and the liberal democracy system that governs the European Union runs so deep that it translates to support for a populist ideology that denies the *positive rights* of all Spanish people, including non-secessionist Catalans, based on the secessionists' *mere desires*. The upcoming Catalan elections, scheduled for 14 February 2021, will show whether this ideology has lost force or continues along its unpredictable path.

Barcelona, October 22, 2020

BIBIOGRAPHICAL REFERENCES

AAVV, 'State secession and self-determination in contemporary international law', *Spanish Yearbook of International Law*, Nº 22, 2018.

ABELLÁN HONRUBIA, V., 'Sobre el método y los conceptos en Derecho Internacional Público', in Rodríguez Carrión, A.J., and Pérez Vera, E. (eds.), *Soberanía del Estado y Derecho internacional – Homenaje al profesor Juan Antonio Carrillo Salcedo*, Vol. I, Universidad de Córdoba – Universidad de Sevilla – Universidad de Málaga, Seville, 2005).

ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, P., 'La libre determinación de los pueblos en la nueva sociedad internacional', *Cursos Euromediterráneos Bancaja de Derecho Internacional*, Vol. I (1997).

CARRILLO SALCEDO, J.A., 'Sobre el pretendido "derecho a decidir" en Derecho internacional contemporáneo', *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, No 33, 2013, at 20.

CASSESE, A., *Self-determination of peoples: A legal reappraisal* Cambridge University Press, Cambridge, 1995.

GARCÍA DEL MURO SOLANS, J., *Good Bye, Verdad. Una aproximación a la posverdad,* Milenio, 2019.

MANGAS MARTIN, A., 'La secesión de territorios en un Estado miembro: efectos en el derecho de la Unión Europea',*Revista de Derecho de la Unión Europea*, No 25, 2013.

MANGAS MARTIN, A., 'Cataluña: ¿no habrá independencia?', *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, No 42, 2014, at 55-65.

MARIÑO MENÉNDEZ, F., 'Naciones Unidas y el Derecho de Autodeterminación', in Mariño Menéndez, F. (ed.), *Balance y perspectivas de Naciones Unidas en el Cincuentenario de su creación*, Universidad Carlos III de Madrid, BOE, Madrid, 1996.

ORIHUELA CALATAYUD, E., 'Does a Right of Remedial Secession Exist under International Law?', *Spanish Yearbook of International Law,* No 22, 2018.

PONS RÀFOLS, X., *Cataluña: Derecho a decidir y Derecho internacional,* Reus, Madrid, 2015.

REMIRO BROTÓNS, A., 'Soberanía del Estado, libre determinación de los pueblos y principio democrático', in Mariño Menéndez, F. M. (Ed.), *El Derecho Internacional en los albores del siglo XXI. Homenaje al Profesor Juan Manuel Castro-Rial Canosa*, Editorial Trotta, Madrid, 2002.

REMIRO BROTÓNS, A., *Derecho internacional público 1. Principios fundamentales*, Tecnos, 1982).

REMIRO BROTÓNS, A., et al., *Derecho Internacional,* Tirant lo Blanch, 2010.

REMIRO BROTÓNS, A., 'La independencia como un hecho revolucionario', 34 *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 2017.

SOROETA LICERAS, J.F., 'La Opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia sobre Kosovo de 22 de julio de 2010: una interpretación judicial sui generis para un caso que no lo es. Aplicabilidad de la cláusula de salvaguardia de la Resolución 2625 (XXV) o de la "secesión como remedio"', *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 2013.

TORROJA MATEU, H., 'Libre determinación de los pueblos versus secesión', *Cursos de derecho internacional y relaciones internacionales de Vitoria-Gasteiz 2018*, Thomson Reuters Aranzadi, 2019).

TORROJA MATEU, H., 'The self-determination of peoples vs human rights in liberal democracies: the case of Catalonia', ARI 99/2019, Elcano Royal Institute, 29 October 2019 (available at http://www.realinstitutoelcano.org/wps/portal/rielcano_en/contenido?WCM_GLOBAL_CONTEXT=/elcano/elcano_in/zonas_in/ari99-2019-torroja-self-determination-of-peoples-vs-human-rights-in-liberal-democracies-the-case-of-catalonia).

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 8, janvier-décembre 2020, pp. 403-422
DOI: http://dx.doi.org/10.25267/Paix_secur_int.2020.i8.13

ANNEXES

STATEMENT ON THE LACK OF FOUNDATION ON INTERNATIONAL LAW OF THE INDEPENDENCE REFERENDUM THAT HAS BEEN CONVENED IN CATALONIA

In light of the errors in invoking International Law to provide a legal foundation for the self-determination referendum (of Catalonia), the undersigning members of the Spanish Association of Professors in International Law and International Relations (AEDPDIRI, in Spanish) consider their civic obligation to issue the following statement:

1. According to the United Nations doctrine as well as international jurisprudence, the International Law related to the self-determination of peoples only allows the right to independence to those peoples under colonial rule or subject to foreign subjugation, domination or exploitation.

2. In view of the international practice, the right to separation from a State by its territorial communities whose ethnic, religious, linguistic or cultural identity is repeatedly persecuted by the National institutions and their peripheral agents or whose members are subject to systematic and severe discrimination in the exercise of their civil and political rights so as to produce general violations of the fundamental human rights of individuals and peoples can not be excluded.

3. Nothing in the 1966 International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR) or in any other treaty on human rights, nor in international jurisprudence, points to the recognition of a right of sub-national territorial communities to pronounce themselves on its Independence and separation from the State.

4. The general norms of International Law do not prohibit that sovereign states, in accordance with the principles of self-organisation, from having in their own legal framework principles and procedures for the separation of their territorial communities. Far from doing so, the vast majority (of the states) proclaim their unity and territorial integrity as the basic principles of their constitutional order.

5. The European Union respects and protects the national identity, and constitutional and self-ruling structures of its States. In addition, EU law demands from them to respect and enforce the rule of law, so that all public authorities are subject to the Constitution, the law and its implementation by the courts.

6. Since Catalonia is not an entity entitled to the right of separation from the State, the right to self-determination cannot constitute the legal basis for consulting its citizens on its independence, as envisaged on the referendum included in the Catalan Parliament 19/2017 law currently suspended by the Spanish Constitutional Court.

September 19, 2017

DECLARACIÓN SOBRE LA FALTA DE FUNDAMENTACIÓN EN EL DERECHO INTERNACIONAL DEL REFERÉNDUM DE INDEPENDENCIA QUE SE PRETENDE CELEBRAR EN CATALUÑA

Ante los errores en la invocación del Derecho Internacional para dotar de fundamento jurídico a la ley del referéndum de autodeterminación, los miembros de la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales (AEPDIRI) abajo firmantes consideran que es su obligación cívica formular la siguiente declaración:

1. Según la doctrina de las Naciones Unidas y la jurisprudencia internacional, las normas del Derecho Internacional General relativas al derecho de autodeterminación de los pueblos sólo contemplan un derecho a la independencia en el caso de los pueblos de los territorios coloniales o sometidos a subyugación, dominación o explotación extranjeras.

2. A la luz de la práctica internacional, no puede excluirse un derecho de separación del Estado a comunidades territoriales cuya identidad étnica, religiosa, lingüística o cultural es perseguida reiteradamente por las instituciones centrales y sus agentes periféricos, o cuyos miembros son objeto de discriminación grave y sistemática en el ejercicio de sus derechos civiles y políticos, de forma que se produzcan violaciones generalizadas de los derechos humanos fundamentales de los individuos y de los pueblos.

3. Nada en los Pactos Internacionales de 1966, en ningún otro tratado sobre derechos humanos, ni en la jurisprudencia internacional apunta a la consagración de un derecho de las comunidades territoriales infraestatales a pronunciarse sobre la independencia y separación del Estado.

4. Las normas generales del Derecho Internacional no prohíben que los Estados soberanos, atendiendo al principio de autoorganización, dispongan en sus propios ordenamientos jurídicos supuestos y procedimientos de separación de sus comunidades territoriales. La inmensa mayoría, lejos de hacerlo, proclaman la unidad e integridad territorial como principios básicos de su orden constitucional.

5. La Unión Europea respeta y protege la identidad nacional y la estructura constitucional y de autogobierno de sus Estados. Además, el Derecho de la Unión exige de éstos que respeten y hagan respetar el Estado de Derecho, de modo que todos los poderes públicos se sometan a la Constitución, a las leyes y a su aplicación por los tribunales.

6. Como Cataluña no es una entidad que disfrute de un derecho de separación del Estado reconocido por el Derecho internacional, el derecho de libre determinación no puede constituir el fundamento jurídico para consultar a los ciudadanos sobre su independencia, como pretende el referéndum previsto en la Ley 19/2017 del Parlament, actualmente suspendida por el Tribunal Constitucional.

19 de septiembre de 2017

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 8, janvier-décembre 2020, pp. 403-422
DOI: http://dx.doi.org/10.25267/Paix_secur_int.2020.i8.13

PAIX ET SÉCURITÉ INTERNATIONALES
Journal of International Law and International Relations
Num 8, janvier-décembre 2020 | ISSN 2341-0868
DOI http://dx.doi.org/10.25267/Paix_secur_int.2020.i8.14

Citation: QUINDIMIL LÓPEZ, J. A: "Technology Transfer, International Law and Protection of Marine Biodiversity beyond National Jurisdiction: Key Issues for a new International Agreement", *Paix et Sécurité Internationales*, num. 8, 2020, pp. 423-449.

Received: 11 June 2020.
Accepted: 30 September 2020.

TECHNOLOGY TRANSFER, INTERNATIONAL LAW AND PROTECTION OF MARINE BIODIVERSITY BEYOND NATIONAL JURISDICTION: KEY ISSUES FOR A NEW INTERNATIONAL AGREEMENT

Jorge Antonio QUINDIMIL LÓPEZ[1]

I. INTRODUCTION: TECHNOLOGY, INTERNATIONAL LAW AND PROTECTION OF MARINE BIODIVERSITY – II. THE SHORTCOMINGS OF THE UNITED NATIONS CONVENTION ON THE LAW OF THE SEA ON TRANSFER OF MARINE TECHNOLOGY – III. PAVING THE WAY FOR A NEW LEGALLY BINDING INSTRUMENT PROTECTING BIODIVERSITY BEYOND NATIONAL JURISDICTION (BBNJ) – IV. FILLING THE GAP: THE FUTURE BBNJ AGREEMENT AND KEY ISSUES ON TECHNOLOGY TRANSFER – V. FINAL REMARKS

ABSTRACT: This paper deals with the relevant issues on technology transfer arising from the process of negotiation of a new international legally binding instrument on marine biodiversity in areas beyond national jurisdiction. From the difficult implementation of provisions contained in the United Nations Convention on the Law of the Sea and other international instruments, to the current state of negotiations in the Intergovernmental Conference on Marine Biodiversity of Areas Beyond National Jurisdiction, this paper tries to present the challenges, the gaps and the opportunities at stake. This is a historic opportunity to shape integral and specific protection of the biological diversity beyond national jurisdiction, while the oceans are facing more threats and perils than never.

KEYWORDS: Technology transfer – International Law – Law of the sea – Biodiversity – Areas beyond national jurisdiction.

[1] PhD Assistant Professor (Profesor Contratado Doctor) of Public International Law, University of La Coruña, Spain. This research was conducted within the framework of the project "Proceso de negociación internacional para la conservación de la biodiversidad marina en las aguas más allá de la jurisdicción de los Estados", funded by the Spanish Government (DER2016-78979-R).

TRANSFERT DE TECHNOLOGIE, DROIT INTERNATIONAL ET PROTECTION DE LA BIODIVERSITÉ MARINE AU-DELÀ DE LA JURIDICTION NATIONALE: QUESTIONS CLÉS POUR UN NOUVEL ACCORD INTERNATIONAL

RÉSUMÉ: Ce document traite des questions pertinentes sur le transfert de technologie découlant du processus de négociation d'un nouvel instrument international juridiquement contraignant sur la biodiversité marine dans des zones au-delà de la juridiction nationale. De la réglementation inadéquate contenue dans la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer et d'autres instruments internationaux, à l'état actuel des négociations à la Conférence intergouvernementale sur la biodiversité marine des zones situées au-delà de la juridiction nationale, ce document tente de présenter les défis, les lacunes et les opportunités en jeu. C´est une occasion historique de façonner une protection intégrale et spécifique de la diversité biologique au-delà de la juridiction nationale, alors que les océans sont confrontés à plus de menaces et de périls que jamais.

MOTS CLÉS: Transfert de technologie - Droit international - Droit de la mer - Biodiversité - Zones au-delà de la juridiction nationale.

TRANSFERENCIA DE TECNOLOGÍA, DERECHO INTERNACIONAL Y PROTECCIÓN DE LA BIODIVERSIDAD MARINA MÁS ALLÁ DE LA JURISDICCIÓN NACIONAL: CUESTIONES CLAVE PARA UN NUEVO ACUERDO INTERNACIONAL

RESUMEN: Este trabajo aborda cuestiones relevantes sobre transferencia de tecnología que surgen del proceso de negociación de un nuevo instrumento internacional legalmente vinculante sobre biodiversidad marina en áreas más allá de la jurisdicción nacional. Desde las regulaciones inadecuadas contenidas en la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar y otros instrumentos internacionales, hasta el estado actual de las negociaciones en la Conferencia Intergubernamental sobre Biodiversidad Marina en áreas fuera de la jurisdicción nacional, este trabajo intenta presentar los desafíos, lagunas y oportunidades en juego, es una oportunidad histórica para configurar una protección integral y específica de la diversidad biológica más allá de la jurisdicción nacional, en un momento en el que los océanos enfrentan más amenazas y peligros que nunca.

PALABRAS CLAVE: Transferencia de tecnología - Derecho internacional - Derecho del mar - Biodiversidad - Áreas fuera de la jurisdicción nacional.

I. INTRODUCTION: TECHNOLOGY, INTERNATIONAL LAW AND PROTECTION OF MARINE BIODIVERSITY

The oceans are facing a "global emergency" [2]. The most important threats over the oceans come from pollution, including marine debris or plastics, to increased overfishing, alien invasive species, underwater noise, physical degradation and the impacts of climate change and acidification[3].

[2] UN Secretary-General: *Comments of the UN Secretary-General to the 44th G7 Summit*, 9 June 2018, https://www.un.org/sg/en/content/sg/speeches/2018-06-09/secretary-general-comments-44th-g7-summit.

[3] UN General Assembly: *Oceans and the law of the sea*, A/73/368, 5 September 2018.

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 8, janvier-décembre 2020, pp. 423-449
DOI: http://dx.doi.org/10.25267/Paix_secur_int.2020.i8.14

The sea is immense in extension and in resources, both mineral and living, and its economic, cultural and geostrategic importance is evident[4]. As Pinto said, "[f]rom the sea came food and mineral wealth; navigation offered infinite possibilities for the enhancement of wealth through trade, for cultural contacts, and for the spread of spiritual and temporal 'dominion through military conquest'"[5]. It is not possible to cover the immensity of the seas without technology, not for exploring or for sustainable use of marine resources. Or, from another point of view, technology[6] is completely necessary to explore and exploit in an adequate, respectful and sustainable manner[7].

Fisheries, commerce and military were the original, primitive uses of the oceans for mankind, but technology made possible new uses from the XX century up to the present, specially mining, genetic resources or energy[8], especially in the areas beyond national jurisdiction[9]. Today, it is possible to get more from the oceans than in the past, so the more technology we have, the

---

[4] Cfr. Villela Marroni, E; Asmus, M. L., "Geopolitical Strategy for the Territorialism of Oceans and Seas", *International Journal of Geosciences*, n. 4, 2013.

[5] Pinto, M. C. W.: "Legal Aspects of North/South Transfer of Marine Technology", *Sri Lanka Journal of International Law*, n. 139, 1990, p. 141.

[6] The UNCTAD *International Code of Conduct on the Transfer of Technology* defines technology as "systematic knowledge for the manufacture of a product, for the application of a process or for the rendering of a service", thus emphasizing the non-material aspect of technology. However, the context of the term is the "transfer of technology transaction", which includes arrangements for licensing industrial property, as well as the installation, operation, and functioning of plant and equipment (*United Nations Conference on an International Code of Conduct on the Transfer of Technology*, "Draft International code of conduct on the transfer of technology", 5 June 1985, UN doc. TD/code TOT/47, articles 1.2, 1.3)

[7] "The major knowledge gaps for BBNJ include: i) Baseline knowledge of which species live or pass through a given environment […] ii) Understanding connectivity between habitats […] iii) The role of biodiversity in ecosystem functioning […] iv) Predicting distributions and patterns from limited sampling […] v) The response of biodiversity to perturbation, or vulnerability […]" (Harden-Davies, H.; Snelgrove, P., "Science Collaboration for Capacity Building: Advancing Technology Transfer Through a Treaty for Biodiversity Beyond National Jurisdiction", *Frontiers in Marine Science, Policy and Practices Reviews*, Vol 7, February 2020, p. 8).

[8] Cfr. Abad Castelos, M.: *Las energías renovables marinas y la riqueza potencial de los océanos. ¿Un mar de dudas o un mar de oportunidades?*, Bosch, Barcelona, 2013, 248 pp.

[9] Cfr. Sobrido Prieto, M., "North East Atlantic Marine Protected Areas Beyond National Jurisdiction. Geographical and Material Scope", Chantal, M.; Loureiro, F.; Henriksen, T. (Eds.): *Global Challenges and the Law of the Sea*, Edit. Springer, Cham, 2020, pp. 443 ss.

more international regulation we need[10]. Furthermore, the "concerns grow about the increasing anthropogenic pressures posed by existing and emerging activities, such as fishing, mining, marine pollution, and bioprospecting in the deep sea"[11]. Regarding the areas beyond national jurisdiction, representing 50% of the Earth and 2/3 of the sea, this reality is even more noticeable. Around the 95% could not be yet sampled by scientists, and less than 10% of the seafloor has been mapped[12], and it is estimated a 91% of unknown marine biological diversity[13]. The discovery rate is directly related to technology evolution, since in 1880 there were around 2.000 deep-sea species identified, while in 2020 the number is of 25.830, and increasing exponentially every year, deeper and deeper[14]. Due to the complexity of the knowledge on marine biodiversity and the extremely difficult access to ABNJ, especially to the deep sea, technology and technology transfer turn into key elements for the best protection of biodiversity beyond national jurisdiction (BBNJ).

Contemporary development public policies consider technology transfer as a central element, acquiring increasing relevance[15]. Undoubtedly, one of the main challenges is the huge difficulty for coordinating the multiple

[10] "The conservation and sustainable use of BBNJ is increasingly attracting international attention, as scientific information, albeit insufficient, reveals the richness and vulnerability of such biodiversity" (International Institute for Sustainable Development (IISD): "Summary of the First Session of the Intergovernmental Conference (IGC) on the Conservation and Sustainable Use of Marine Biodiversity of Areas Beyond National Jurisdiction", *Earth Negotiations Bulletin (ENB)*, Vol. 25, N. 179, September 2019 (available on https://enb.iisd.org/vol25/enb25179e.html)

[11] IISD Reporting Services: "Summary of the Third Session of the Intergovernmental Conference (IGC) on the Conservation and Sustainable Use of Marine Biodiversity of Areas Beyond National Jurisdiction: 19-30 August 2019", *Earth Negotiations Bulletin*, Vol. 25, no. 218, 2 September, 2019. p. 1 (available on https://enb.iisd.org/vol25/enb25218e.html).

[12] Harden-Davies, H.; Snelgrove, P., "Science Collaboration for Capacity Building: Advancing Technology Transfer Through a Treaty for Biodiversity Beyond National Jurisdiction", *Frontiers in Marine Science, Policy and Practices Reviews*, Vol 7, February 2020, pp. 7-8.

[13] Mora, C., Tittensor, D. P., Adl, S., Simpson, A. G., and Worm, B. (2011). "How many species are there on earth and in the ocean?", *PLoS Biology*, 2011, DOI: 10.1371/journal.pbio.1001127.

[14] Glover, A. G.; Higgs, N.; Horton, T.: *World Registered of Deep-Sea species (WoRDSS)*, 2020. Accessed at http://www.marinespecies.org/deepsea_on_2020-06-20. DOI:10.14284/352.

[15] Shugurova, I. V.; Shugurov, M. V.: "International Technology Transfer. Controversial Global Policy Issues", *Environmental Policy and Law*, 45/3-4, 2015, p. 133.

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 8, janvier-décembre 2020, pp. 423-449
DOI: http://dx.doi.org/10.25267/Paix_secur_int.2020.i8.14

and disparate interests at stake, that of developed States (main holders of technology) and that of developing States and the international community as a whole (main holders of biodiversity, either in jurisdictional waters and beyond national jurisdiction)[16]. There is no doubt that "[c]apacity building and technology transfer play a key role in enabling developing countries to conserve and sustainably use marine resources, meaningfully participate in international fora dealing with ocean affairs, and meet their international obligations to protect the marine environment"[17].

Besides, technology transfer can be conceived from a double perspective. On the one hand, as an integral part of the regime of access and distribution of benefits derived from genetic resources (biotechnology). On the other hand, as an autonomous instrument to achieve the conservation and sustainable use of biodiversity through environmentally reasonable technologies. The first perspective has been an object of considerable attention by the doctrine, mainly due to the increasing development of genetic resources. However, the second perspective has been less analyzed in the general field of sustainable development and the protection of biodiversity, despite being specifically included in article 16 of the Convention on Biological Diversity (CBD)[18], revealing an essential character: "[…] both access to and transfer of technology among Contracting Parties are *essential* elements for the attainment of the objectives of this Convention […]"[19]. In the specific scope of marine biodiversity in areas beyond national jurisdiction (BBNJ), studies are even scarcer.

Thus, technology transfer is an essential pillar for achieving the objectives of sustainable development, as the most important international texts on

---

[16] *See* in general Boczek, B. A., *The Transfer of Marine Technology to Developing Nations in International Law*, The Law of the Sea Institute, University of Hawaii, 1982.

[17] Wright, G., Cremers, K., Rochette, J., Clark, N., Dunn, D., Gjerde, K. M., et al., "High Hopes for the High Seas: Beyond the Package Deal Towards an Ambitious Treaty". *IDDRI, Issue Brief*, n. 1, 2019, p. 6, available on https://www.iddri.org/sites/default/files/PDF/Publications/Catalogue%20Iddri/Décryptage/0005-Iddri-IB0919_8aout.pdf.

[18] Cfr. Prip, C; Rosendal, K; Tvedt, M.: "The state of technology transfer obligations in global environmental governance and law: biodiversity conservation and sustainable use", *FNI Report 4/2015*, Fridtjof Nansen Institute/Centre for Biodiversity Policy and Law, December, 2015, pp. 1-2.

[19] Italics added. Article 16.1 CBD.

the subject have established, from the Rio Declaration[20] to the Millennium Declaration[21] and the recent 2015 Sustainable Development Goals (SDG). In particular, the SDGs have renewed the importance of technology transfer in general [22], but especially in relation to the transfer of marine technology. Within the SDG 14 "Conserve and sustainably use the oceans, seas and marine resources for sustainable development", the goal of achieving this objective is the need to "[increase] scientific knowledge, develop the capacity for research and transfer of marine technology, taking into account the Criteria and Guidelines for the Transfer of Marine Technology of the Intergovernmental Oceanographic Commission[23], in order to improve the health of the oceans and enhance the contribution of marine biodiversity to the development of countries in development, particularly small island developing states and least developed countries". So, the inclusion of capacity-building and transfer of marine technology both in the international legally binding instrument (ILBI) and in SDGs, it clearly shows its growing importance and its inclusion in the international agenda at the highest political and legal level. Nevertheless, the problem is that it is the absence of economic commitment (mandatory, voluntary). Therefore, technology transfer in general and marine technology in particular, constitutes a central instrument of the United Nations 2030 Agenda for sustainable development, which the main purpose is to protect marine biodiversity.

Likewise, technology transfer is a fundamental pillar of several international regimes, among which the law of the sea and the international environmental law highlight. Specifically, some of the most important provisions on technology transfer can be found in the United Nations Convention on the

[20] "States should cooperate to strengthen endogenous capacity-building for sustainable development by improving scientific understanding through exchanges of scientific and technological knowledge, and by enhancing the development, adaptation, diffusion and transfer of technologies, including new and innovative technologies" (Principle 9).

[21] "We also resolve […] To ensure that the benefits of new technologies, especially information and communication technologies, in conformity with recommendations contained in the ECOSOC 2000 Ministerial Declaration, are available to all." (Point 20.5).

[22] SDG 17, "Revitalize the global partnership for sustainable development", paragraphs 17.6, 17.7 y 17.8.

[23] IOC Advisory Body of Experts on the Law of the Sea: *IOC Criteria and Guidelines on the Transfer of Marine Technology (CGTMT)*, UNESCO, Paris, 2005.

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 8, janvier-décembre 2020, pp. 423-449
DOI: http://dx.doi.org/10.25267/Paix_secur_int.2020.i8.14

Law of the Sea (UNCLOS), the United Nations Framework Convention on Climate Change (UNFCCC) and the CBD and its Nagoya Protocol[24]. Although we will pay special attention to UNCLOS, due to the purpose of this work, the provisions and experiences of UNFCCC and CBD will be very useful to extract lessons applicable to ILBI, especially because they enjoy a higher level of implementation than UNCLOS[25].

This research fits precisely in this context, trying to make contributions to the debate on the historic[26] negotiations of an international legal instrument to protect marine biodiversity in ABNJ[27]. In this way, it tries to explore new lines of progress in the knowledge of an area of extraordinary environmental, social, political, economic[28] and legal importance, taking into account the constant and growing threats to biodiversity (climate change, overexploitation

[24] Protocol on access to genetic resources and the fair and equitable sharing of benefits arising from the utilization of genetic resources in a fair and equitable way, 29 October 2010. Among the existing international instruments, it could be considered that the closest to our topic would be the 1992 CBD, whose articles 16 and 19 contain specific provisions on technology transfer. However, there is a broad consensus around the problems and difficulties on the implementation of these provisions shown in practice. Among other issues, it has been pointed out its inadequacy to achieve the objectives of the Convention, lack of synergies between financing mechanisms, or the lack of coverage of the needs of many States. (cfr. United Nations Environment Program: *Technology Transfer and Cooperation under the Convention on Biological Diversity: Towards more effective implementation*, Edit. UNEP, Nairobi, 2010). Although the CBD and the Nagoya Protocol deal with the biodiversity under national jurisdiction, a few concrete procedural issues related beyond national jurisdiction are regulated by both instruments (Vázquez, E., "La protección de la diversidad biológica marina más allá de la jurisdicción nacional. Hacia un nuevo acuerdo de aplicación de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar", *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, n. 37, 2019, p. 6.

[25] Cfr. Minas, S., "Marine Technology Transfer under a BBNJ Treaty: A Case for Transnational Network Cooperation", *American Journal of International Law Unbound*, Vol. 112, 2018, p. 145.

[26] It is considered "a once-in-a-lifetime opportunity to fashion a new treaty for the high seas" (Payne, C., "New Law for the High Seas", *Berkeley Journal of International Law*, vol. 37, n. 2, 2019, p. 191.

[27] To date, the most recent study on the state of the negotiations is Papastavridis, E.: "The negotiations for a new implementing agreement under the UN Convention on the Law of the Sea concerning marine biodiversity", *International and Comparatively Law Quarterly*, vol. 69, July 2020, pp. 585 – 610.

[28] For an economic perspective, *see* Pontecorvo, G.; Wilkinson, M., "An Economic Analysis of the International Transfer of Marine Technology, 2 *Ocean Development and International Law Journal,* Vol 2., n. 3, 1974.

of resources, etc. .), of its consequences on the environment and human beings. This research is also focused on the absence of an adequate international legal and institutional framework to effectively manage and protect marine biodiversity.

Indeed, the present work seeks to deepen the need for an international legal and institutional system, within the UNCLOS framework, to regulate the transfer of technology, putting it at the service of sustainable management and effective protection of marine biodiversity. In this sense, although there are international standards and institutions that refer to technology transfer and biodiversity, they do so separately and independently, without focusing on marine biodiversity. Therefore, it is about exploring the possibilities of creating a specific technology transfer framework for the protection of marine biodiversity.

II. THE SHORTCOMINGS OF THE UNITED NATIONS CONVENTION ON THE LAW OF THE SEA ON TRANSFER OF MARINE TECHNOLOGY

The main regulation of the Law of the Sea, UNCLOS, does not contain any specific regulation on the protection of marine biodiversity. Arguably, UNCLOS *regulates* more than it *protects*. Although it contains significant aspects of environmental protection, "the law of the sea has not been able to respond adequately to new and old environmental problems"[29]. However, it does contain three relevant parts on this subject that are interrelated. Part XII deals with the "Protection and preservation of the marine environment"[30], Part XIII regulates "Marine scientific research[31] and Part XIV specifically regulates the "Development and transfer of marine technology"[32], so that the right to investigate carries the responsibility to share and contribute to capacity-

[29] Mossop, J.: "Can We Make the Oceans Greener? The Successes and Failures of UNCLOS as an Environmental Treaty", *Victoria University of Wellington Law Review*, n. 49, p. 574.

[30] Articles 192 – 237.

[31] Articles 238 – 265.

[32] Articles 266 – 278. During the process before the III UN Conference on the Law of the Sea started, 32 States included in their proposals the issue of technology transfer, as well as the UNCTAD. For a study of the negotiations around Part XIV, vid. Li, Y., *Transfer of Technology for Deep Sea-Bed Mining: The 1982 Law of the Sea Convention and Beyond*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht/Boston/London, 1994; and, in brief, *see* CGTMT, 5-7.

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 8, janvier-décembre 2020, pp. 423-449
DOI: http://dx.doi.org/10.25267/Paix_secur_int.2020.i8.14

building and transfer of marine technology[33]. Notwithstanding these three parts, its implementation is far from satisfactory to the extent that oceans are gradually and severely been damaged, in particular the marine biological biodiversity[34].

The core regulation of capacity-building and transfer of marine technology in the Law of the Sea is Part XIV. The basis of the existence of a specific part dedicated to the transfer of marine technology is found in the principle of "common heritage of humanity"[35] applied to the seabed in the Resolution 2749 (XXV), *Declaration of Principles Governing the Seabed and the Ocean Floor, and the Subsoil thereof, beyond the Limits of National Jurisdiction*[36]: "the seabed and ocean floor, and the subsoil thereof, beyond the Limits of National Jurisdiction […] as well as the resources of the area are the common heritage of mankind", establishing the equal access to benefits of the area[37]. The transfer of marine technology constitutes an indispensable complement to the principle of the common heritage of humanity since Resolution 2749 (XXV), consolidated in Part XIV UNCLOS, developed in CGTMT, and present in the international agenda of sustainable development from Agenda 21[38] to the current SDG[39]. However, its effectiveness is far from adequate due to its implementation problems, as mentioned below.

Since the technology allowing access to ABNJ is only available to a few, both Resolution 2749 (XXV) and UNCLOS establish the need to create mechanisms for the transfer of technology to other countries as the only

---

[33] For a study on the relationship between Part XIII and Part XIV, *see* Harden-Davies, H.; Snelgrove, P., "Science Collaboration"... *cit.*, 1-14.

[34] Vázquez, E., "La protección"... *cit.*, p. 5.

[35] Ambassador Arvid Pardo from Malta formulated this principle in 1967 (Li, Y., *Transfer of Technology... cit.*, p. 15), establishing the Seabed Committee and then placing the technology transfer on the agenda of the III UN Conference on the Law of the Sea" in order to avoid the prevalence of developed countries over the exploitation of the seabed (and therefore compensating developing countries)" (CGTMT, p. 5).

[36] Cfr. CGTMT, p. 2.

[37] Principles 4 and 5.

[38] "Chapter 17 of the Agenda 21 states that Transfer of Marine Technology is a way to provide developing countries with a tool to improve their capacity to collect, analyze, assess and use information in support of sustainable development" (CGTMT, p. 3).

[39] SDG 14 and 17.

possibility of accessing an area which is the common heritage of humanity[40]. States are bounded to cooperate in accordance with their capacities to actively promote the development and transfer of marine technology, in accordance with fair and reasonable criteria. Otherwise, it establishes that the transfer of marine technology must generally be free or at a reduced cost for the benefit of the receiving State.

Although UNCLOS does not establish what should be understood by "transfer of marine technology", it is conceived very broadly from article 266 on *Promotion of the development and transfer of marine technology*: "States, directly or through competent international organizations[41], shall cooperate in accordance with their capabilities to promote actively the development and transfer of marine science and marine technology on fair and reasonable terms and conditions"[42]. In addition, UNCLOS "emphasizes: the development of technology including equipment; the sharing of scientific and technological knowledge, data and information; the training of people; and the establishment of national and regional marine scientific and technological centers"[43]. According to Part XIV UNCLOS, the nuclear elements of the transfer of marine technology[44] deal with *data* (information and knowledge), *people* (skills, training, exchanges), *equipment* (development, access, transfer) and *cooperation* (including collaboration)[45].

Following the content of Parts XIII and XIV, it is easy to conclude the importance of capacity building for marine scientific research and the transfer of marine technology, at a bilateral, regional and multilateral level,

[40] Cfr. UNESCO: "World Heritage in the High Seas: An Idea Whose Time Has Come", *World Heritage reports*, n. 44, 2016.

[41] In this sense, the following international organizations are considered competent in the sense of article 266.1: FAO, IAEA, IHO, IMO, IOC, ISBA, UNCTAD, UNDP, UNEP, UNESCO, UNIDO, WIPO, WMO, World Bank (Div. Ocean Affairs & Law of the Sea, *Law of the Sea Bulletin*, n. 31, 1996, p. 93). The status of international organization competent, mainly the IOC, "implies the basic duty for the IOC of giving impulse to the implementation and effective use of Part XIV by the States Members of the Commission" (CGTMT: pp. 3-4).

[42] Article 266.1.

[43] Article 268. For a careful commentary of this article, *see* Bartenstein, K., "Article 268", Proelss, A. (ed), *United Nations Convention on the Law of the Sea: A Commentary*, Beck/Hart Publishing, 2017, pp. 1778.

[44] Cfr. Harden-Davies, H.; Snelgrove, P., "Science Collaboration"... *cit*., p. 3.

[45] Developed by de CGTMT, *see infra*.

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 8, janvier-décembre 2020, pp. 423-449
DOI: http://dx.doi.org/10.25267/Paix_secur_int.2020.i8.14

being considered even as "key aspects of UNCLOS"[46]. However, the Law of the Sea Convention does not offer an adequate regulatory solution for the protection of biodiversity beyond national jurisdiction, even not including a single direct mention to marine biodiversity. The implementation of UNCLOS provisions on capacity-building and transfer of marine technology has been very insufficient[47], thus harming developing States in obtaining economic and environmental benefits or benefits from the exploration of resources. One of the main regulatory implementation difficulties is related to the dispersion of technology[48] between multiple actors, States, universities, research centers and private companies[49].

However, some evolution can be identified beyond UNCLOS, in particular by the Intergovernmental Oceanographic Commission (IOC) of UNESCO, which adopted the *Intergovernmental Oceanographic Commission Criteria and Guidelines on the Transfer of Marine Technology* (CGTMT) in 2003[50], according to Article 271 UNCLOS, entitled *Guidelines, criteria and standards*: "States, directly or through competent international organizations, shall promote the establishment of generally accepted guidelines, criteria, and standards for the transfer of marine technology on a bilateral basis or within the framework of international organizations and other for a, taking into account, in particular, the interests and needs of developing States". CGTMT considers that the transfer of marine technology includes "instruments, equipment, vessels, processes and methodologies required to produce and use knowledge to improve the study and understanding of the nature and resources of the ocean and coastal areas".

---

[46] Long, R. J.; Rodríguez Chaves, M., "Anatomy of a new international instrument for marine biodiversity beyond national jurisdiction. First impressions of the preparatory process", *Environmental Liability – Law, Policy and Practice*, n. 6, 2015, p.225.

[47] "That said, if Article 268 [UNCLOS] functioned well, there would be no need for this issue to be included in the 2011 'package deal' (Papastavridis, E.: "The negotiations"... *cit.*, p. 597).

[48] Minas, S., "Marine Technology"... *cit.*, p. 144. Furthermore, the level of development and implementation is quite different from one treaty to another.

[49] BASF, the world´s largest chemical company, owns 47% of the 12.998 genetic sequences associated with 862 marine species registered (https://www.europapress.es/ciencia/habitat-y-clima/noticia-47-patentes-geneticas-marinas-manos-sola-empresa-20180607184503.html).

[50] Adopted by the IOC Assembly, Resolution XXII-12, under the proposal of the Advisory Body of Experts on the Law of the Sea.

One of the most significant elements of CGTMT is the submission proceeding of Transfer of Marine Technology Application (TMTA)[51]. However, this mechanism has not been yet implemented, according to the CGTMT, "due primarily to resource constraints and lack of requests from developing nations"[52]. The IOC Assembly dealt with this lack of implementation creating a Group of Experts on Capacity Development[53] "to advise the Assembly on, and start the implementation of, the Transfer Marine Technology Clearing House Mechanism"[54]. So, the establishment of an effective clearing house mechanism is one of the major challenges of the ILBI, trying to build it on the bad experiences of CGTMT and on the better experiences of other Conventions, as UNFCCC[55]. Meanwhile, we do not have an appropriate mechanism to identify technological needs or to communicate those needs.

The bad experience in the implementation of UNCLOS should serve as a lesson for ILBI to catalyze a better application of Parts XIII and XIV of the Convention. Some consensus exists around the idea of "strengthening existing capabilities and capacities and an improvement in funding, as well as greater engagement with public and private scientific bodies in the relevant

---

[51] CGTMT, pp. 13 – 14. Any State may submit the Application to the IOC Secretariat, who will examine -in consultation with officers and specialists- in order to identify potential donors interested in subscribing to a further agreement on transfer of marine technology (González, A., "Cutting a Gordian Knot? Towards a practical and Realistic Scheme for the Transfer of Marine Technology", Nordquist, M.; Long, R.; Heidar, T.; Moore, J. (eds.): *Law, Science & Ocean Management*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden/Boston, 2007, pp. 375-376). For an economic study on technology transfer agreements, Amaro Czelusniak, V.; Pereira Ribeiro, M. C.; Amaral Dergin, D. E., "Contratos de transferência de tecnologia e a teoria da nova economía institucional", *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*, n. 72, pp. 629 – 661.

[52] *Ad Hoc Report of the Intergovernmental Oceanographic Commission* (IOC: *Strategy on Activities in relation to Capacity Development and Transfer of Marine Technology*, IOC/INF-1347, June 17 June 2017). In this sense, "it is noteworthy that the experience under the UN Framework Convention on Climate Change has been that developing country requests were submitted *after* the establishment of the Climate Technology Centre and Network, with the number of requests increasing with each passing year".

[53] *See* Minas, S., "Marine Technology"... *cit.*, p. 146.

[54] IOC Assembly, Decision IOC-XXIX/10.1 paragraph v, 2017.

[55] Cfr. Minas, S., "Marine Technology"... *cit.*, p 145.

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 8, janvier-décembre 2020, pp. 423-449
DOI: http://dx.doi.org/10.25267/Paix_secur_int.2020.i8.14

specialist fields, such as genomics and ocean engineering technologies"[56]. So, ILBI "offers a historic opportunity to strengthen the international framework, including for capacity building and technology transfer, to better support the conservation and sustainable use of biodiversity[57].

Although the concern for this matter began in 2004, with the creation by the United Nations General Assembly of an *Open-ended Special Informal Working Group*[58], only four meetings had been held until 2011. However, in recent years the activity of the Working Group had increased, finally culminating in February 2015 with the presentation of recommendations to the United Nations General Assembly, among which the following stand out: "Decide to develop an international legally binding instrument under the Convention on the conservation and sustainable use of marine biological diversity of areas beyond national jurisdiction and to that end"[59]. Following this recommendation, the United Nations General Assembly adopted resolution 69/292 on 19 June 2015, deciding to develop a legally binding international instrument, within the framework of the United Nations Convention on the Law of the Sea, on conservation and sustainable use of marine biological diversity in areas beyond national jurisdiction. Then, a Preparatory Committee was created to make substantive recommendations to the General Assembly before the subsequent convocation of an international conference that deals with the negotiation of a possible international convention or treaty on the matter.

III. PAVING THE WAY FOR A NEW LEGALLY BINDING INSTRUMENT PROTECTING BIODIVERSITY BEYOND NATIONAL JURISDICTION (BBNJ)

In this context, regarding to find the best way to protect marine biodiversity in the areas beyond national jurisdiction, the UN General Assembly decided to create in 2004 "an *Ad Hoc* Open-ended Informal Working Group to study issues relating to the conservation and sustainable use of marine biological

[56] Long, R. J.; Rodríguez Chaves, M., "Anatomy"... *cit*., p.225.

[57] Harden-Davies, H.; Snelgrove, P., "Science Collaboration"... *cit*. p. 2.

[58] Resolution 59/24, 17 November 2014.

[59] *Letter from the Chairs of the Working Group to the General Assembly*, 13 February 2015, A / 69/780, p. 2.

diversity beyond areas of national jurisdiction"[60]. Those issues deal with the survey of the past and present activities of UN and other international organizations regarding BBNJ, as well as their scientific, technical, economic, legal, environmental and socio-economic aspects, identifying possible options to promote international cooperation on the matter. After three meetings from 2006 to 2010, the Working Group members faced issues and exchanged opinions on marine science, marine genetic resources, marine protected areas, environmental impact assessment or illegal, unregulated and unreported fishing[61], among others[62].

In 2011[63], the Working Group decided to recommend the States to initiate a process to develop an international regulation protecting BBNJ, including the famous "package" –or "2011 package"- with the principal issues to be addressed: marine genetic resources (MGRs), marine protected areas (MPAs), environmental impact assessment (EIA), and capacity-building and technological transfer[64]. These four issues –all of them directly related to science and technology- have shaped and conditioned all the process since then, from the deliberations of the Working Group to the resolutions of the United Nations General Assembly and the intergovernmental negotiation[65]. The General Assembly adopted these recommendations and decided to establish the basis for the process according to its Resolution adopted on 24

[60] A/RES/59/24, par. 73. Just including a single reference to technology transfer, encouraging "the Intergovernmental Oceanographic Commission of the United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization to continue to disseminate and implement the Criteria and Guidelines on the Transfer of Marine Technology, approved by the Assembly of the Oceanographic Commission at its twenty-second session, in 2003" (par. 11).

[61] Cfr. Yturriaga Barberán, J.A., "Protección de la biodiversidad marina y gestión de las pesquerías en alta mar", Pueyo Losa, J.; Jorge Urbina, J. (Coords.): *La reforma de la gobernanza pesquera internacional y europea*, Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor, 2017, pp. 55 – 80.

[62] International Union for Conservation of Nature: *An International Instrument on Conservation and Sustainable Use of Biodiversity in Marine Areas beyond National Jurisdiction. Matrix of Suggestions*, Edit. IUCN, 16 December 2015, p. 7.

[63] New York, 31 May to 3 June 2011.

[64] *Annex to Resolution of the UN General Assembly,* 24 December 2011, A/RES/66/231, pp. 40 – 41.

[65] The 2012 Rio Conference on Sustainable Development decided to back the work of the Working Group, underlying its recommendations, including the elaboration of a new instrument.

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 8, janvier-décembre 2020, pp. 423-449
DOI: http://dx.doi.org/10.25267/Paix_secur_int.2020.i8.14

December 2011: "Decides, accordingly, to initiate within the Ad Hoc Open-ended Informal Working Group [...] that the process will address the issues identified […]"[66].

After that the Working Group completed its work in January 2015, the United Nations General Assembly triggered the process to promote the preparation of the ILBI, so opening the intergovernmental phase. Following this Resolution, after several meetings, the Working Group finally concluded the necessity to negotiate a new legally binding instrument under UNCLOS to protect BBNJ[67] through a global, comprehensive regime. In this sense, on 19 June 2015, the UN General Assembly adopted the Resolution 62/292 on the *Development of an international legally binding instrument under the United Nations Convention on the Law of the Sea on the conservation and sustainable use of marine biological diversity of areas beyond national jurisdiction*[68].

In particular, this Resolution created a *Preparatory Committee* "to make substantive recommendations to the General Assembly on the elements of a draft text of an international legally binding instrument"[69] under the UNCLOS and on the basis of the Working Group. So, the preparatory committee was called to pave the way for a further intergovernmental conference, so its first meeting, held from 28 March to 8 April 2016**,** supposed the beginning of the intergovernmental negotiations of the ILBI[70]. Due to the scope of its mandate and the complexity of issues and interests at stake, the work of the committee to reach consensus-based decisions was very hard. Different points of view appeared during the sessions held in 2016 and 2017, before the report to the General Assembly was adopted in the fourth session, 10 to 21 July 2017, dedicating section 6 to "Capacity-building and transfer of marine technology"[71], with elements regarding objectives, types, modalities,

[66] Paragraph 167, *Oceans and the law of the sea*, A/Res/66/231.

[67] The Working Group had studied the scope, the parameters and the feasibility of an international instrument under the UNCLOS (Resolution 69/245, 29 December 2014).

[68] A/RES/69/292.

[69] A/RES/69/292, par. 1. a).

[70] 91 States parties to UNCLOS gathered with 10 States non-parties, 7 intergovernmental organizations,5 specialized agencies and other organizations, 5 UN funds and programs, bodies and offices, 17 non-governmental organizations and 2 international private actors (International Chamber of Shipping and International Chamber of Commerce).

[71] A/AC.287/2017/PC.4/2, 10-21 July 2017, pp. 14-15.

and funding of capacity-building and transfer of marine technology. The Preparatory Committee, organized into plenary sessions and working groups, analyzed topics like scope of the new instrument, the relationship with other instruments[72], guiding approaches and principles, as well as 2011 package. All of these questions would further represent key issues of the ILBI[73].

From the first meeting of the Preparatory Committee[74], many delegations presented the capacity-building and transfer of marine technology "as a *conditio sine qua non* of the new instrument and as a cross-cutting feature in relation to the other elements of the 2011 package"[75], based upon the CGTMT and taking into account the importance of UNDP criteria and capacity building. So, the "2017 BBNJ Preparatory Committee report included capacity-building and technology transfer in the points of broad convergence among delegations"[76]. In particular, the Preparatory Committee recommended that technology transfer should be country-driven, sustainable and marine scientific and technological capacity should be developed in accordance with Parts XIII and XIV of the UNCLOS[77]. However, the delegations could not reach consensus on several points dealing with the details, requirements and conditions related to technology transfer, so it was postponed to further meetings[78].

The Preparatory Committee also discussed on the scope of the ILBI, concluding that the new instrument will be focused on the conservation and sustainable use of marine biodiversity in ABNJ, through the issues contained

[72] In this sense, *see* Warner, R., "Conserving Marine Biodiversity in Areas Beyond National Jurisdiction: Co-Evolution and Interaction with the Law of the Sea", Rothwell, D.; Oude Elferink, A.; Scott, K.; Stephens, T. (Eds.), *The Oxford Handbook of the Law of the Sea*, Oxford University Press, 2015, https://www.frontiersin.org/articles/10.3389/fmars.2014.00006/full.

[73] So, the work of the Working Group conditioned the further development of the process, especially since 2011 with the integrated approach and the 2011package, but other multilateral organisms made contributions in this process, like FAO, IMO, ISA, IOC, and the International Union for Conservation of Nature (cfr. Long, R. J.; Rodríguez Chaves, M., "Anatomy"... *cit.*, p. 218).

[74] During this first session, few States and few International Organizations gathered, but the G77/China were very active.

[75] Long, R. J.; Rodríguez Chaves, M., "Anatomy"... *cit.*, p. 225.

[76] Minas, S., "Marine Technology"... *cit.*, p. 146.

[77] A/AC.287/2017/PC.4/2, p.14.

[78] A/AC.287/2017/PC.4/2, p.17.

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 8, janvier-décembre 2020, pp. 423-449
DOI: http://dx.doi.org/10.25267/Paix_secur_int.2020.i8.14

in 2011 package, and will be open to parties and non-parties to UNCLOS, including international organizations with competences on its object, as the European Union[79]. Otherwise, one of the most intense debates concerned the principles inspiring the ILBI, including references to the precautionary principle, ecosystem-based approach, adaptive management, cooperation, science-based decision-making, the principle of sustainable development, public and indigenous community participation in decision-making and good governance, common but differentiated responsibilities, freedom of the high seas, the polluter pays principle, equitable use of marine life for the benefit of present and future generations, stewardship of the global marine environment, state liability for environmental damage, inter-generational and intra-generational equity, attention to the special needs and concerns of developing states, including least developed countries, as well as land-locked developing countries and small island developing States[80].

IV. FILLING THE GAP: THE FUTURE BBNJ AGREEMENT AND KEY ISSUES ON TECHNOLOGY TRANSFER

On April 2018, following the report of the Preparatory Committee, the Intergovernmental Conference held its organizational meeting to prepare the further steps in order to reach a zero draft on the basis of consensus-based decisions, which was finally adopted on 2019 after three sessions[81]. Following the third IGC[82], the States reached a draft containing a proposal regarding

[79] One of the main hurdles during the first session of the Preparatory Commission was also present during the meetings of the BBNJ Working Group: "the relationship between the new instrument and the governance and management of high seas fisheries", as well as "the inclusion or exclusion of a reference to fish in the definition of MGRs remains contentious". In return, the delegates reached a consensus in the sense that "the new instrument should not encroach upon the sovereign rights and the jurisdiction of coastal states in relation to the continental shelf and its resources".

[80] Cfr. Long, R. J.; Rodríguez Chaves, M., "Anatomy"... *cit.*, p. 221.

[81] First session, from 4 to 17 September 2018; Second Session, from 25 March to 5 April 2019; and Third Session from 19 to 30 August. For further information on the development of the meetings.

[82] More than 400 participants, including governments, international organizations, civil society, and academia engaged productively in the session in an amicable spirit to achieve the

the following key issues: general provisions, cross-cutting issues, and the four elements of the 2011 package.

On the matter of technology transfer, the zero draft finally contains important commitments reached by the delegations, including, for instance, many of the objectives discussed by the delegations, the classification of technology transfer and capacity building modalities, or the necessity of a clearing-house instrument, as well as the establishment of general cooperation, from sectoral to a global level. However, the most important and substantive questions remain without consensus, as it is exposed below. Some other general questions, including the definition of "marine technology"[83] or "transfer of marine technology"[84], are considered unnecessary by delegations from the EU and its member States, Japan, the United States, Canada, Australia, the Republic of Korea or Switzerland, suggesting its elimination and the referral to the CGTMT[85].

The draft includes *Capacity-building and transfer of marine technology* as Part V (articles 42 – 47). The first article regulating capacity-building and transfer of marine technology, article 42, deals with the *objectives*, where the most controversial issue is the verb accompanying the "access to marine technology by and the transfer of marine technology for peaceful purposes to developing States Parties for the attainment of the objectives of this Agreement". For some of the most "technological" countries, like the US, Japan, Norway, Israel, or the Russian Federation, the objective of the new instrument should be "promote and encourage access". However, may developing States, including the core Latin American Group, support the reference to "ensure" access to marine technology by and the transfer of marine technology, while the G-77/ China and others suggest that it should be "carried out" through enhanced cooperation[86].

---

goal of conservation and sustainable use of BBNJ (International Institute for Sustainable Development (IISD): "Summary of the Third Session"... *cit*).

[83] Article 1.11 Draft. *Textual proposals submitted by delegations by 20 February 2020, for consideration at the fourth session of the Intergovernmental Conference on an international legally binding instrument under UNCLOS, Article-by-article compilation*, 15 April 2020, pp. 9-10.

[84] Article 1.14 Draft. *Textual proposals submitted by delegations by 20 February 2020... cit.*, pp. 9-10.

[85] International Institute for Sustainable Development (IISD): "Summary of the Third Session"... *cit.*.

[86] *Textual proposals submitted by delegations by 20 February 2020... cit.*, p. 293.

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 8, janvier-décembre 2020, pp. 423-449
DOI: http://dx.doi.org/10.25267/Paix_secur_int.2020.i8.14

In general, this is the same discussion around many other topics dealing with capacity-building and transfer of marine technology. Indeed, it is possible to find this discussion on verbs "promote" or "ensure" regarding cooperation in capacity-building and transfer of marine technology in article 43. Most of the developed countries suggest that "States parties, directly or through relevant legal instruments and frameworks and relevant global, regional, subregional and sectoral bodies, shall *promote* cooperation"; while developing countries affirm that "States parties […] shall *ensure* cooperation"[87].

Nevertheless, the most controversial topics of the draft deal with the mandatory or voluntary nature of the modalities for capacity-building and transfer of marine technology and of the funding provisions. On one hand, developing States mainly support that "[c]apacity-building and the transfer of marine technology *shall* be provided on a *mandatory and voluntary* bilateral, regional, subregional and multilateral basis"[88]. Meanwhile, developed States do not accept anything beyond a *voluntary* basis. On the other hand, and probably the most difficult hurdle to overcome, the gap between developing and developed countries remains insurmountable in Part VII "Financial resources [and mechanism]". Its first normative provision is still without any consensus: "Funding in support of the implementation of the Agreement, in particular capacity-building and the transfer of marine technology under this Agreement, shall be adequate, accessible, transparent, sustainable, and predictable and both voluntary and mandatory [or only voluntary]"[89]. The United States and Israel lead the position of many developed and technological States which not accept the funding of the new instrument and capacity-building and transfer of technology on mandatory basis[90].

In general, the delegates reached a "broad consensus that capacity-building and transfer of marine technology should take place at all levels and in several forms, including: the sharing of data, information and knowledge; infrastructure; and human resources, as per Article 46"[91]. Many other topics showed substantial progress, including the most part of objectives, a provision

[87] Article 43.1 Draft.

[88] Article 44.2 Draft.

[89] Article 52.1 Draft.

[90] *Textual proposals submitted by delegations by 20 February 2020... cit*, pp. 367-369.

[91] Harden-Davies, H.; Snelgrove, P., "Science Collaboration"... *cit*., p. 2.

on cooperation at all levels, a provision on cooperation at all levels, including through global, regional, sub-regional, and sectoral bodies; the suggested types/categories of capacity-building and technology transfer; the desirability of a clearing-house mechanism (CHM); and the COP or other appropriate body having a role in determining capacity-building and technology transfer types[92]. Notwithstanding this, huge divergences remain on the way how to implement capacity-building and transfer of marine technology, in particular those dealing with the mandatory or voluntary nature of the cooperation and of the financial resources. Anyway, there is a huge sentiment of a optimist on the positive evolution of the negotiations leading to achieve a happy end[93].

So, the zero draft underlines cooperation as a key issue for achieving capacity-building and transfer of marine technology[94], but it is however weak in implementation mechanisms. Hence, further work is still needed on whether capacity-building and transfer of marine technology should be to be voluntary, or both mandatory and voluntary, or "in accordance with their capabilities"[95]; who should benefit; the role of the COP in elaborating relevant modalities; the terms and conditions upon which CB and TT are to be provided; concerns regarding the imposition of obligations on the private sector; the provision on monitoring and review, including their mandatory or voluntary nature; questions on the scope[96].

---

[92] International Institute for Sustainable Development (IISD): "Summary of the Third Session"... *cit*.

[93] "Notwithstanding the fact that positions of States are not yet aligned on many important issues, there are hope and confidence in that this Conference will ultimately be fruitful, and lead to the development of an instrument that all delegations can agree to, one that makes a strong contribution to the conservation and sustainable use of marine biological diversity of areas beyond national jurisdiction and to the health of the ocean" (De Serpa Soares, M.: "The Conservation and Sustainable Use of the Ocean in Areas Beyond National Jurisdiction: Where Do We Stand?", Chantal, M.; Loureiro, F.; Henriksen, T. (Eds.): *Global Challenges and the Law of the Sea*, Edit. Springer, Cham, 2020, p 326).

[94] Articles 44 – 46.

[95] In this sense, article 266.1 UNCLOS.

[96] International Institute for Sustainable Development (IISD): "Summary of the Third Session"... *cit*.

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 8, janvier-décembre 2020, pp. 423-449
DOI: http://dx.doi.org/10.25267/Paix_secur_int.2020.i8.14

Further discussions[97] will be decisive to determine whether the negotiations may lead to an effective new legally binding instrument[98], as a historic opportunity to improve the implementation of capacity-building and transfer of marine technology in the general frame of UNCLOS, following IOC and UNCTAD guidelines and criteria. To make this historic opportunity real, the new instrument should do two things. Firstly, it should learn from the great mistakes of UNCLOS, weak obligations and weak institutions, and too much fragmentation[99]. Until now, the tough positions of some economic and technological powers made it impossible to overcome divergences in key topics like modalities of capacity-building and technology transfer or financial and monitoring mechanisms. Secondly, it should learn from the best comparative experiences regarding capacity-building and technology transfer in international regimes, like environment and climate change. In particular, the success of the ILBI broadly depends on its inspiration for the establishment of a clearing-house mechanism, in the sense of some of the best tested in practice. In this sense, the Preparatory Committee had suggested that the ILBI should "make provision for a clearing-house mechanism to perform functions with regard to capacity-building and transfer of marine technology, *taking into account the work of other organizations*"[100]. In particular, the role and experience of

[97] The Fourth Session of the Intergovernmental Conference, to be held from 23 March to 3 April 2020, was postponed due to COVID-19 pandemics.

[98] However, to date, "[t]he current state of negotiations does not offer real degree of certainty as to how effective the new agreement will be" (Papastavridis, E.: "The negotiations"... *cit.*, p. 610).

[99] "While numerous agreements are currently in place to deal with high seas resources, the BBNJ negotiation reflects the decision that there are too many gaps and too much fragmentation for these to effectively govern the vast and rich high seas" (Payne, C. R., "New Law"... *cit.*, p. 353).

[100] Italics added. *Report of the Preparatory Committee established by UN General Assembly Resolution 69/292*, A/AC287/2017/PAC.4/2, p. 14. For a Summary of features of clearing-house mechanisms from various international environmental agreements, *see* Cicin-Sain, B. et al.: *Policy Brief on Capacity Development as a Key Aspect for a New International Agreement on Marine Biodiversity Beyond National Jurisdiction (BBNJ)*, Global Ocean Forum, September 2018, pp. 29 – 30.

the IOC could operate as a central key of the new mechanism emerging from the new agreement[101].

Experts show a broad consensus that ILBI means a historic opportunity for improving UNCLOS as a general framework for the implementation of capacity-building and the transfer of marine technology. In this sense, the ability to negotiate is crucial and delegations must prioritize the establishment of serious commitments, both in solid obligations, effective institutions and financial resources[102]. Notwithstanding this, the negotiations of the new agreement were not focused on this important fact, but in the mandatory or voluntary character of the capacity-building and technology transfer measures[103]. Anyway, beyond the formal, hard, legal, institutional financial topics, the informal, soft side of capacity-building and technology transfer must be considered as a key dimension on this matter[104]. Mechanisms as the *Ocean Biogeographic Information System* (OBIS) or the *Global Ocean Observing System* represent both a great example of an effective network and a sample of low-profile States commitments, due to its financial problems and uncertain future[105]. There is still a long way to walk regarding the lack of information about capacity-building and transfer of marine technology, in the absence of an efficient centralized mechanism of marine data. For instance, the Global Ocean Science Report gathers information just from 34 IOC Member States[106].

---

[101] *Ídem*, p. 33. Several options were proposed for a clearing-house mechanism, including a Secretariat for the new International Agreement, the existing IOC or a combination of both a new Secretariat and the IOC.

[102] The negotiations of ILBI focus on scientific and technological aspects of capacity-building and technology transfer, as well as cooperation mechanisms allowing States to fulfill their rights and responsibilities (Wright, G., Cremers, K., Rochette, J., Clark, N., Dunn, D., Gjerde, K. M., et al., "High Hopes"... *cit.*, pp. 2-3.

[103] Papastavridis, E.: "The negotiations"... *cit.*, p. 597.

[104] "Past programs set a strong precedent for science collaboration of this kind. The Census of Marine Life (2000-2010) […] by leveraging philanthropic seed funding to fund and build public and private partnerships and international science networks, some of which live on today (e.g., the International Network for the Investigation of Deep Sea Ecosystems, INDEEP)".

[105] Harden-Davies, H.; Snelgrove, P., "Science Collaboration"... *cit.*, p. 6-7.

[106] *Ibidem*, p. 2.

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 8, janvier-décembre 2020, pp. 423-449
DOI: http://dx.doi.org/10.25267/Paix_secur_int.2020.i8.14

V. FINAL REMARKS

Science and technology have always been considered as key aspects in the implementation of UNCLOS, and they are also taken into account in ILBI negotiations. Its significance is extraordinary, despite the enormous importance of the BBNJ, because there is no international legal instrument that protects it nor in an integral way or in a specific way. Without replacing or modifying other international instruments, it would allow providing a global framework for the management and conservation of BBNJ, on a scientific basis, guiding principles, an ecosystem approach, and mechanisms to control human activity in ABNJ.

However, the success of ILBI will depend, in part, on the use of technology to study marine biological diversity, and implement measures of conservation and sustainable use. The capacity for the protection and sustainability of marine biodiversity is linked to the possibilities of reaching an adequate knowledge of its conditions and characteristics. Due to the difficulties of access to marine biological diversity in ABNJ, technology occupies a decisive place to achieve adequate protection and sustainability. Only to the extent that the environment is well known, appropriate measures may be taken to adequately protect it from the threats derived mainly from pollution, illegal fishing, and climate change. And, due to ABNJ's special circumstances, technology is the key factor in achieving that knowledge and therefore optimizing BBNJ's protection possibilities. However, the development and access to the technology necessary for the study and protection of BBNJ are only available to a few developed States and companies, making technology transfer a crucial element in ABNJ. To maximize the deployment of marine technology to protect marine biodiversity in areas beyond national jurisdiction, technology transfer to developing countries is crucial.

The implementation of the regulations on the transfer of marine technology in accordance with the normative and institutional framework existing to date, represented by UNCLOS and IOC, is one of the worse problems. To date, adequate development of UNCLOS Parts XIII and XIV, or key aspects of CGTMT, has not been achieved as an effective mechanism for identifying and communicating capacity-building and transfer of marine technology needs from developing States. For this reason, the relevance of the negotiations is extraordinary, further justified by the commitment assumed by

the States within the framework of the United Nations, to create a specific international treaty or convention for the protection of marine BBNJ. In this sense, ILBI presents the added value of being able to potentially contribute to improving the coordination of existing mechanisms

So, this is one of the most important current issues in international agenda that presents *great difficulties* of access, knowledge, and regulation; *great threats* to the environment that put biodiversity at risk in the largest areas of the planet that are also the most vulnerable; and but also *great benefits*, derived from the increasing exploration and exploitation of resources in the ABNJ. All this has led to a decided interest of the States and the United Nations to carry out the negotiation at the highest level through a complementary agreement to UNCLOS, something that had not happened for the last 25 years. It is, therefore, a multidimensional matter that attains great environmental, technological, political, economic, and legal significance.

One of the main problems that ILBI will have to face is the dispersion of technology among multiple state and non-state actors, public and private. However, this may be, at the same time, one of the great virtues of ILBI if it is able to build the new model of technology transfer by centralizing the entire flow of public and private institutions that develop technology and technology transfer in the world. However, making it real depends on a high level of effective international cooperation and collaboration among actors. This cooperation, as the rest of the means needed for an effective capacity-building and transfer of marine technology for protection biodiversity in the deep sea, should be triggered and developed by ILBI. However, due to the low degree of negotiation on this topic, that is still a *deep* expectation.

BIBLIOGRAPHICAL REFERENCES

ABAD CASTELOS, M.: *Las energías renovables marinas y la riqueza potencial de los océanos. ¿Un mar de dudas o un mar de oportunidades?*, Bosch, Barcelona.

AMARO CZELUSNIAK, V.; PEREIRA RIBEIRO, M. C.; AMARAL DERGIN, D. E., "Contratos de transferência de tecnologia e a teoria da nova economía institucional", *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*, n. 72, pp. 629 – 661.

BARTENSTEIN, K., "Article 268", Proelss, A. (ed), *United Nations Convention on the Law of the Sea: A Commentary*, Beck/Hart Publishing, 2017, pp. 1778 - 1783.

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 8, janvier-décembre 2020, pp. 423-449
DOI: http://dx.doi.org/10.25267/Paix_secur_int.2020.i8.14

BOCZEK, B. A., *The Transfer of Marine Technology to Developing Nations in International Law*, The Law of the Sea Institute, University of Hawaii, 1982.

CICIN-SAIN, B. et al.: *Policy Brief on Capacity Development as a Key Aspect for a New International Agreement on Marine Biodiversity Beyond National Jurisdiction (BBNJ)*, Global Ocean Forum, September 2018.

IOC ADVISORY BODY OF EXPERTS ON THE LAW OF THE SEA: *IOC Criteria and Guidelines on the Transfer of Marine Technology (CGTMT)*, UNESCO, Paris, 2005.

DE SERPA SOARES, M.: "The Conservation and Sustainable Use of the Ocean in Areas Beyond National Jurisdiction: Where Do We Stand?", Chantal, M.; Loureiro, F.; Henriksen, T. (Eds.): *Global Challenges and the Law of the Sea*, Edit. Springer, Cham, 2020.

GLOVER, A. G.; HIGGS, N.; HORTON, T.: *World Registered of Deep-Sea species (WoRDSS)*. Accessed at http://www.marinespecies.org/deepsea_on_2020-06-20. DOI:10.14284/352.

GONZÁLEZ, A., "Cutting a Gordian Knot? Towards a practical and Realistic Scheme for the Transfer of Marine Technology", Nordquist, M.; Long, R.; Heidar, T.; Moore, J. (eds.): *Law, Science & Ocean Management*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden/Boston, 2007.

HARDEN-DAVIES, H.; SNELGROVE, P., "Science Collaboration for Capacity Building: Advancing Technology Transfer Through a Treaty for Biodiversity Beyond National Jurisdiction", *Frontiers in Marine Science, Policy and Practices Reviews*, Vol 7, February 2020.

LI, Y., *Transfer of Technology for Deep Sea-Bed Mining: The 1982 Law of the Sea Convention and Beyond*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht/Boston/London, 1994.

LONG, R. J.; RODRÍGUEZ CHAVES, M., "Anatomy of a new international instrument for marine biodiversity beyond national jurisdiction. First impressions of the preparatory process", *Environmental Liability – Law, Policy and Practice*, n. 6, 2015.

MINAS, S., "Marine Technology Transfer under a BBNJ Treaty: A Case for Transnational Network Cooperation", *American Journal of International Law Unbound*, Vol. 112, 2018.

MORA, C., TITTENSOR, D. P., ADL, S., SIMPSON, A. G., AND WORM, B. (2011). *How many species are there on earth and in the ocean?* PLoS Biol. 9:e1001127, DOI: 10.1371/journal.pbio.1001127.

MOSSOP, J.: "Can We Make the Oceans Greener? The Successes and Failures of UNCLOS as an Environmental Treaty", *Victoria University of Wellington Law Review*, n. 49, p. 574.

PAPASTAVRIDIS, E.: "The negotiations for a new implementing agreement under the UN Convention on the Law of the Sea concerning marine biodiversity", *International and Comparatively Law Quarterly*, vol. 69, July 2020, pp. 585 – 610.

PAYNE, C. R., "New Law for the High Seas", *Berkeley Journal of International Law*, 37, n. 2, 2019.

PINTO, M. C. W.: "Legal Aspects of North/South Transfer of Marine Technology", *Sri Lanka Journal of International Law*, n. 139, 1990.

PONTECORVO, G.; WILKINSON, M., "An Economic Analysis of the International Transfer of Marine Technology, 2 *Ocean Development and International Law Journal,* Vol 2., n. 3, 1974.

PRIP, C; ROSENDAL, K.; TVEDT, M.: "The state of technology transfer obligations in gloval environmental governance and law: biodiversity conservation and sustainable use", *FNI Report 4/2015*, Fridtjof Nansen Institute/Centre for Biodiversity Policy and Law, December, 2015.

SHUGUROVA, I. V.; SHUGUROV, M. V.: "International Technology Transfer. Controversial Global Policy Issues", *Environmental Policy and Law*, 45/3-4, 2015.

UNESCO: "World Heritage in the High Seas: An Idea Whose Time Has Come", *World Heritage reports*, n. 44, 2016.

UNITED NATIONS DIVISION OCEAN AFFAIRS & LAW OF THE SEA, *Law of the Sea Bulletin*, n. 31, 1996.

UNITED NATIONS ENVIRONMENT PROGRAM: *Technology Transfer and Cooperation under the Convention on Biological Diversity: Towards more effective implementation*, Edit. UNEP, Nairobi, 2010

VÁZQUEZ, E., "La protección de la diversidad biológica marina más allá de la jurisdicción nacional. Hacia un nuevo acuerdo de aplicación de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar", *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, n. 37, 2019.

VILLELA MARRONI, E.; ASMUS, M. L., "Geopolitical Strategy for the Territorialism of Oceans and Seas", *International Journal of Geosciences*, n. 4, 2013.

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 8, janvier-décembre 2020, pp. 423-449
DOI: http://dx.doi.org/10.25267/Paix_secur_int.2020.i8.14

WARNER, R., "Conserving Marine Biodiversity in Areas Beyond National Jurisdiction: Co-Evolution and Interaction with the Law of the Sea", Rothwell, D.; Oude Elferink, A.; Scott, K.; Stephens, T. (Eds.), *The Oxford Handbook of the Law of the Sea*, Oxford University Press, 2015, https://www.frontiersin.org/articles/10.3389/fmars.2014.00006/full

WRIGHT, G., CREMERS, K., ROCHETTE, J., CLARK, N., DUNN, D., GJERDE, K. M., et al., "High Hopes for the High Seas: Beyond the Package Deal Towards an Ambitious Treaty". *IDDRI, Issue Brief*, n. 1, 2019, available on https://www.iddri.org/sites/default/files/PDF/Publications/Catalogue%20Iddri/Décryptage/0005-Iddri-IB0919_8aout.pdf.

YTURRIAGA BARBERÁN, J.A., "Protección de la biodiversidad marina y gestión de las pesquerías en alta mar", Pueyo Losa, J.; Jorge Urbina, J. (Coords.): *La reforma de la gobernanza pesquera internacional y europea*, Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor, 2017, pp. 55 – 80.

PAIX ET SÉCURITÉ INTERNATIONALES
Journal of International Law and International Relations
Num 8, janvier-décembre 2020 | ISSN 2341-0868
DOI http://dx.doi.org/10.25267/Paix_secur_int.2020.i8.15

Citation: EL MARRAKCHI, T.: "Les enjeux stratégiques actuels de la Russie en Méditerranée: analyse retrospective et prospective", *Paix et Sécurité Internationales*, num. 8, 2020, pp. 451-466.

Received: 8 May 2020.
Accepted: 28 June 2020.

LES ENJEUX STRATÉGIQUES ACTUELS DE LA RUSSIE EN MÉDITERRANÉE : ANALYSE RETORSPECTIVE ET PROSPECTIVE

Taoufik EL MARRAKCHI[1]

I. INTRODUCTION – II. LA FLOTTE RUSSE EN MÉDITERRANÉE : HISTOIRE D'UN RETRAIT UNILATÉRAL – III. LES ENJEUX DU RETOUR DE LA FLOTTE RUSSE EN MÉDITERRANÉE – IV. LA MÉDITERRANÉE : UN ESPACE POUR LA RENAISSANCE DE LA PUISSANCE RUSSE.

RESUME : Depuis 2015, année de l'intervention militaire russe en Syrie, la Méditerranée, notamment orientale, est au cœur de la politique étrangère de la Russe qui cherche à se donner un statut de grande puissance en opposition à l'Occident. Dès lors le présent article se propose de s'interroger sur les raisons du retrait unilatéral de la flotte russe de la Méditerranée au lendemain de la dislocation de l'URSS, sur les enjeux de son retour et sur les intérêts que Moscou défend dans la région.

MOTS CLES : Russie, la géostratégie, la Méditerranée, la flotte russe

LOS DESAFÍOS ESTRATÉGICOS ACTUALES DE RUSIA EN EL MEDITERRÁNEO: ANÁLISIS RETROSPECTIVO Y PROSPECTIVO

RESUMEN : Desde 2015, el año de la intervención militar rusa en Siria, el Mediterráneo, y especialmente el Mediterráneo oriental, está en el centro de la política exterior de Rusia. Este último lleva años buscando otorgarse el estatus de una gran potencia internacional en oposición a Occidente. Este artículo pretende examinar los motivos de la retirada unilateral de la flota rusa del Mediterráneo tras la desintegración de la URSS, los desafíos de su regreso y los intereses que Moscú defiende en la región.

PALABRAS CLAVE: Rusia, geoestrategia, Mediterráneo, flota rusa.

[1] Docteur en Droit et professeur chargé de cours (Visiting Lecteur) à l'Académie marocaine des études diplomatiques. Et Ex colonel Major.

THE CURRENT STRATEGIC CHALLENGES OF RUSSIA IN THE MEDITERRANEAN: RETROSPECTIVE AND PROSPECTIVE ANALYSIS

ABSTRACT : Since 2015, the year of Russian military intervention in Syria, the Mediterranean, especially the eastern Mediterranean, is at the heart of Russian foreign policy, which seeks to give itself the status of a great power in opposition to the West. This article intends to set out to examine the reasons for the unilateral withdrawal of the Russian fleet from the Mediterranean after the dissolution of the Soviet Union, the challenges related of its return and the interests that Moscow defends in the region.

KEYWORDS: Russia, geostrategy, Mediterranean Sea, Russian fleet.

I. INTRODUCTION

Faisant référence à l'influence de la localisation géographique d'un État sur les choix de sa politique, Napoléon nous enseigne « qu'*un État fait la politique de sa géographie* ». L'appropriation de ce postulat permet à tout analyste de la géopolitique russe de bien saisir les fondements de la politique étrangère du Kremlin pour qui le désenclavement géographique de la Russie passe par la recherche d'un accès aux mers chaudes parmi lesquelles la Méditerranée représente un espace essentiel nécessaire à la défense de ses intérêts politiques, économiques et stratégiques.

Structurée à travers le temps, la perception géostratégique russe à l'égard de la Méditerrané s'est construite autour d'un certain nombre de constantes parmi lesquelles figure ce sentiment permanent d'insécurité qui fait de la Russie une « forteresse assiégée ». Dès lors, l'accès à l'espace méditerranéen apparaît comme un effort de désenclavement entrepris par Moscou depuis les trois derniers siècles. A travers son adhésion à la convention de Montreux du 20 juillet 1936[2] l'Union soviétique à permis à sa flotte de s'affranchir de la contrainte des Détroits turcs du Bosphore et des Dardanelles et de circuler librement entre la mer Noir et la Méditerranée et vice-versa.

Plus tard, après le début de la guerre froide, Moscou avait réussi à acquérir des bases navales aussi bien en Albanie, en Égypte, en Syrie qu'en Libye. En 1987, l'URSS disposait en Méditerranée d'une force navale de 43 navires lui permettant de s'opposer à la pression occidentale sur son flanc sud et de faire face à la VI° flotte américaine, ainsi qu'au dispositif naval de l'OTAN.

[2] La convention de Montreux est un accord international multilatéral qui détermine l'exercice de la libre circulation dans les détroits des Dardanelles et du Bosphore, ainsi que dans la Mer Noire.

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 8, janvier-décembre 2020, pp. 451-466
DOI: http://dx.doi.org/10.25267/Paix_secur_int.2020.i8.15

Ce sont les unités de cette force navale, dénommée «Eskadra», qui, depuis Sébastopol, assuraient, garantissaient et pérennisaient les intérêts de l'URSS en Méditerranée.[3]

Le 31 décembre 1991, la disparition soudaine et inattendue de l'URSS s'apparente à un séisme de la vie internationale, dont Francis Fukuyama n'a pas hésité à affirmer qu'elle marquait «la fin de l'histoire ».[4] De par ses conséquences géostratégiques, cette disparition a affaibli la nouvelle Fédération de Russie sur la scène internationale suite à sa décision unilatérale de retirer sa flotte de la zone méditerranéenne.

Au terme de sept années d'absence, Evgueni Primakov,[5] nommé en 1998 par Boris Eltsine au poste de ministre des Affaires étrangères, avait annoncé cette même année la volonté de son pays de renouer avec le Méditerranée et le Moyen-Orient. Vingt ans après, l'espace méditerranéen demeure au cœur de la politique étrangère de la Russe qui cherche à se donner un statut de grande puissance en opposition à l'Occident. Un tel objectif, nous invite à nous interroger sur les raisons du retrait unilatéral de la flotte russe de la Méditerranée, sur les enjeux de son retour, sur les intérêts que Moscou défend dans la région et sur les moyens qu'elle mobilise pour y parvenir.

II. LA FLOTTE RUSSE EN MÉDITERRANÉE : HISTOIRE D'UN RETRAIT UNILATÉRAL

Tout au long de son histoire contemporaine, l'outil par lequel le Kremlin garantissait ses intérêts en Méditerranée été sa flotte de la mer Noire. Après l'éclatement de l'URSS en 1991, cette flotte a fait l'objet d'un lourd litige entre la nouvelle Fédération de Russie et l'Ukraine, nouvellement indépendante, au sujet de la répartition des navires et des installations maritimes situés en Crimée et sur le littoral ukrainien, particulièrement l'arsenal de Sébastopol et la base navale d'Odessa.

[3] Delanoe, I, « Sébastopol A: de l'URSS à l'Ukraine, les enjeux du changement de souveraineté de 1991 », in *Cahiers de la Méditerranée*, n° 86, 2013, pages 141 à 150.

[4] Fukuyama, F, *La fin de l'histoire et le dernier homme*, Paris, Flammarion, coll. « Champs », 1993, p. 451.

[5] Primakov, E, est le plus célèbre des élèves (et plus tard professeur) de l'Institut d'études orientales de l'Académie des sciences de Moscou. Il est surnommé par certains le « Kissinger russe » ou « Laurence d'Arabie soviétique » du fait de sa parfaite connaissance du monde arabo-musulman.

Il s'agit d'un litige qui a pour origine la signature par le président ukrainien, Leonid Kravtchouk, le 5 avril 1992, d'un décret portant sur « les mesures urgentes à prendre pour édifier les forces armées de l'Ukraine», lequel texte stipule que l'ensemble des unités et infrastructures de la flotte soviétique de la mer Noire passe sous la juridiction de Kiev.[6]

Avec la dénonciation vigoureuse de ce décret par Moscou, la question du devenir de la flotte de la mer Noire entraînera des tensions entre les deux pays. Entre 1992 et 1995 les négociations n'ont abouti qu'à la résolution de la seule question des armes nucléaires stratégiques qui ont été transférées, sous la pression de la communauté internationale, de l'Ukraine à la Russie[7], désignée héritière officielle de la défunte URSS.

Pour le Kremlin, ce litige comporte des enjeux sécuritaires lourds de conséquences : sécurité des côtes russes en mer Noire, statut, prestige et garantie des intérêts de la Russie en Méditerranée….Dès lors, la nécessité de préserver cet outil de souveraineté[8] devient une cause nationale pour une Russie à la recherche de la reconstitution de sa grandeur.

Ce n'est qu'en mai 1997 que ce litige sera réglé par une série de traités portant sur les conditions du partage de la flotte[9] et sur les clauses de la présence de l'armée russe sur le sol ukrainien[10]. Tout en réaffirmant la souveraineté de Kiev sur la péninsule de la Crimée, ces traités permettaient à la Russie de conserver les bases navales et aériennes existantes dans le port de Sébastopol jusqu'en

---

[6] «Flotte de la mer Noire: divisée et obsolète», Russian news & Information Agency (désormais RIA), Novosti, 9 juin 2010.

[7] Le 5 décembre 1994, l'Ukraine, la Russie, les États-Unis et le Royaume-Uni signent le « Memorandum de Budapest » : l'Ukraine promet de transférer ses missiles nucléaires en Russie pour leur démantèlement et de signer le Traité de non prolifération. En échange, la Russie et les deux pays occidentaux signataires s'engagent à ne pas menacer ou utiliser la force contre l'intégrité territoriale ou l'indépendance politique de l'Ukraine: https://www.legrandsoir.info/dans-crimee-il-y-a-crime-et-dans-tout-crime-il-faut-un-coupable.html.

[8] La sortie des unités de la flotte de la mer Noire durant le conflit géorgien constitue la première mission opérationnelle de combat menée par cette flotte depuis la fin de la guerre froide.

[9] Le partage de la flotte soviétique de la mer Noire en 1991 constitue une originalité historique dans le sens où une telle configuration ne s'est jamais présentée auparavant dans un contexte aussi particulier.

[10] Avec ces traités, les deux États signent le 31 mai 1997, un traité d'amitié, de coopération et de partenariat, qui est en fait un traité de politique générale.

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 8, janvier-décembre 2020, pp. 451-466
DOI: http://dx.doi.org/10.25267/Paix_secur_int.2020.i8.15

2017. Cette date a été reportée par un nouveau bail jusqu'à 2042, moyennant le versement par l'armée russe à la ville de Sébastopol d'une rente annuelle de 100 millions de dollars.

Après avoir procédé au partage, à part égale, des navires et infrastructures portuaires de l'ancienne flotte soviétique de la mer Noire, la Russie a effectué une opération de rachat d'un certain nombre de navires aux Ukrainiens pour un montant de 526 millions de dollars, opération qui lui a permis de disposer au final de 82 % du potentiel total de cette flotte. Une fois l'opération de partage achevée et la base de Sébastopol maintenue dans le giron de la Russie, la scène méditerranéenne a été progressivement réinvestie par Moscou compte tenu des enjeux politique, économique et militaire qu'elle recèle.

III. LES ENJEUX DU RETOUR DE LA FLOTTE RUSSE EN MÉDITERRANÉE

Le retour de la flotte russe en Méditerranée a été annoncé en 1999 par Vladimir Poutine, alors Premier ministre de Boris Eltsine, en déclarant que la « *la Russie avait vocation à entretenir une présence navale permanente dans les eaux méditerranéennes* ».[11] En 2001, la doctrine maritime russe avait stipulé que Moscou entend prendre toutes les dispositions nécessaires afin d'être en mesure de pérenniser sur le théâtre méditerranéen une présence navale envisagée sur le long terme.[12] Depuis la diffusion de cette doctrine, l'activité navale russe s'est accrue significativement en Méditerranée pour atteindre, en 2008, le volume d'un groupe aéronaval formé autour du porte-avions « l'Amiral Kouznetsov ».[13] Cette forte activité à fait dire au Commandant de la force navale russe que Moscou n'envisage pas intervenir militairement mais aspire à *« assurer la présence de sa flotte comme l'un des éléments cruciaux des forces armées de la Russie dans la région* ».[14]

[11] Litterbeck, D, et Enngelbecht, G, « The West and Russia in the Mediterranean: Towards a Renewed Rivalry ? », *Mediterranean Politics*, vol. 14, n° 3, novembre 2009, p. 393.

[12] On peut lire dans la doctrine maritime russe que l'objectif de long terme de la politique maritime nationale dans la région méditerranéenne consiste à assurer une présence navale suffisante de la Fédération de Russie. *Voir* la « Doctrine maritime de la Fédération de Russie jusqu'en 2020 », Moscou, 2001: http://www.rusnavyintelligence.com/2017/08/nouvelle-doctrine-navale-russe-quid-novi.html.

[13] Un groupe aéronaval, est articulé autour d'un porte-avions et de plusieurs navires de renseignement, de combat naval et de soutien logistique.

[14] « La Russie augmentera sa présence dans les régions stratégiques de l'océan mondial », *Rossiskaia Gazeta*, 2 avril 2008, http://www.rg.ru/2008/02/04/vmf-poxod-anons.html.

Déjà en 2007, le quotidien britannique « The Guardian » avait annoncé que le gouvernement russe cherchait à faire étalage des capacités opérationnelles de sa marine, tout en considérant que l'envoi de son porte-avions constitue *« le premier pas vers le rétablissement de la présence navale russe dans la région »*.[15]

En 2013, cherchant à dissuader la France et les États-Unis d'intervenir par des frappes aériennes en Syrie, la Russie avait organisé en Méditerranée orientale ses plus importantes manœuvres aéronavales au cours desquelles elle a déployé la plus grande concentration de navires depuis la chute de l'URSS.[16] Justifiant l'importance de ce déploiement, l'amiral Viktor Tchirkov, commandant en chef de la marine russe, avait déclaré que l'objectif de cette présence en Méditerranée était d'« *éviter la moindre menace aux frontières et à la sécurité de l'État* ».[17] Pour le quotidien français « le Figaro », l'ampleur de ces manœuvres « *manifeste le soutien accordé par Moscou au régime syrien »* et montre la détermination de la Russie à ne pas permettre aux pays d'Occident « *d'appliquer à la Syrie le scénario libyen* ».[18] Selon le journal américain « The New York Times », Ces manœuvres de la marine russe constituent une tentative de Moscou de se positionner comme un arbitre décisif dans le règlement du conflit syrien.[19]

A vrai dire, ayant un but plus politique que militaire, la présence d'une imposante flotte russe permanente en Méditerranée vise surtout à défendre trois catégories d'intérêts : celui relatif à la renaissance de son statut de grande puissance, des intérêts sécuritaires et des intérêts économiques.

---

[15] « Warships head to Mediterranean in Russian show of strength », The Guardian, 5 décembre 2007.

[16] *Voir* : « Russia sends missile cruiser to Mediterranean as Syria tension mounts », *The Guardian*, 12 septembre 2013.

[17] « Méditerranée : Moscou portera sa présence à dix navires de combat », in RIA Novosti, 13 septembre 2013.

[18] Lasserre, I, « La Russie poursuit ses ventes d'armes au régime d'Assad », *Le Figaro*, 18 février 2013, http://www.lefigaro.fr/international/2013/02/18/01003-20130218ARTFIG00707-la-russie-poursuit-ses-ventes-d-armes-au-regime-d-assad.php.

[19] Marszal, A, « Russia warns west over "illegal" Syria intervention », *The New York Times*, 26 août 2013, http://www.nytimes.com/2013/26/08/world/syria/09briefs.html, consulté le 26 août 2013.

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 8, janvier-décembre 2020, pp. 451-466
DOI: http://dx.doi.org/10.25267/Paix_secur_int.2020.i8.15

IV. LA MÉDITERRANÉE : UN ESPACE POUR LA RENAISSANCE DE LA PUISSANCE RUSSE

Au cours des décennies 1990 et 2000, la montée en puissance de l'interventionnisme américain a développé chez les russes la crainte de voir Washington occuper seule la scène internationale, sans tenir compte des intérêts des autres nations. En effet, les crises du Kosovo de 1999, d'Irak de 2003 et de la Libye de 2011, n'ont laissé à la Russie d'autre choix que l'emploi de son droit de veto au Conseil de sécurité de l'ONU. Une telle situation a fait dire à Sergueï Lavrov, au début de l'année 2013, que « *Si quelqu'un est résolu à employer la force à tout prix, nous ne pourrons sans doute guère y faire obstacle. Mais que ce quelqu'un en assume l'initiative et s'arrange avec sa conscience ! Il n'y aura, en tout cas, aucun blanc-seing du Conseil de sécurité de l'ONU* ».[20] Il s'agit là d'une déclaration qui traduit le constat des limites de la puissance russe et exprime un attachement au droit international face à ce que Sergueï Lavrov appelle le « business » du changement de régime.[21]

Tout en constatant que les interventions menées par les Occidentaux au Kosovo et en Irak n'ont pas contribué à l'instauration de la paix et que l'opération menée par l'OTAN en Libye n'a fait qu'étendre l'instabilité jusqu'au Sahel, Moscou commence donc à manifester sa contestation contre l'ingérence dans les affaires des États souverains et a annoncé ouvertement qu'elle « *ne se laissera pas marcher sur les pieds indéfiniment* ».[22] Pour y arriver, elle décide de faire contrepoids à l'influence occidentale en opérant un retour en force sur la scène méditerranéenne, lequel retour avait été considéré au mois de février 2013 par le même Sergueï Lavrov comme étant « *un facteur de stabilité pour la région* ».[23]

En renforçant le potentiel de sa flotte et sa présence dans la région méditerranéenne, la Russie dévoile ainsi une nouvelle doctrine militaire globale

[20] Cité par Lioukanov, F, « La Russie au Moyen-Orient : une bataille de principes ? », *Regards de l'Observatoire franco-russe,* 2013, p. 332.

[21] « Nous ne sommes pas dans le commerce du changement de régime », déclaration du ministre russe des Affaires étrangères Sergueï Lavrov au quotidien russe *Russia Today*, 21 décembre 2012 (http://rt.com/op-edge/lavrov-interview-syria-iran-528/).

[22] Armstrong, P, « La nouvelle doctrine militaire de la Russie », in *Revue militaire canadienne*, Eté 2000, *voir* : http://www.journal.forces.gc.ca/vo1/no2/doc/103-106-fra.pdf.

[23] « Russian Navy will hold military presence in the Mediterranean Sea », *Rusnavy.com* [en ligne], 26 février 2013 (http://rusnavy.com/news/newsofday/index.php?ELEMENT_ID=16838).

ayant un double objectif : se donner un rang de grande puissance et s'affirmer faceaux États-Unis et à l'OTAN qui apparaissent de plus en plus menaçants.

Lancée le 21 avril 2000, la nouvelle doctrine militaire russe explicite les orientations de la politique étrangère et de sécurité du Kremlin qui est l'expression d'une politique extérieure en rupture avec l'Occident. Tout en revendiquant un surcroît de présence et d'indépendance sur la scène internationale, cette doctrine dénonce «les ingérences dans les affaires intérieures russes, les tentatives d'ignorer les intérêts russes dans la résolution des conflits internationaux et la remise en cause des équilibres régionaux aux frontières de la Russie ».

Depuis cette date, la position de la Russie ne cesse de se durcir face à l'unilatéralisme américain. En avril 2008, se tient à Bucarest le Sommet de l'OTAN dont l'agenda prévoit deux points clés : l'adhésion de l'Ukraine et de la Géorgie à l'Alliance, ainsi que le déploiement d'un bouclier antimissile à l'Est de l'Europe. En réaction à ce Sommet, tout en craignant un encerclement occidental, la Russie a élaboré un programme de modernisation de sa Marine et un renforcement de la flotte de la mer Noire. Le but étant de disposer d'un outil naval performant capable de contribuer à la déstabilisation de l'influence américaine dans les zones où elle domine comme la Méditerranée ou le Moyen-Orient.

Parmi les actions ayant participé à cette déstabilisation figure l'intervention des forces russe en Syrie. Conduite avec le professionnalisme qui sied aux grandes armées, cette intervention a constitué une occasion pour la Russie de se garantir une place dans les potentielles négociations post-conflit et de compter à nouveau dans le concert des grandes nations.

En 2014, Barack Obama avait provoqué la fureur du Kremlin en qualifiant la Russie de « puissance régionale » en perte d'influence. Dès lors, l'implication russe en Syrie n'est qu'une réponse directe à ces propos. A travers cette implication, la Russie a voulu dire à Obama : on est une puissance globale, qui peut intervenir quand ses intérêts sont en jeu.[24]

Après avoir contribué à la sauvegarde du régime de son allié syrien et assuré la protection de ses bases à Lattaquié et à Tartous, la Russie a fini par gagner

[24] Le président américain a qualifié de «puissance régionale» la Russie, à l'occasion d'un sommet sur le nucléaire organisé à La Haye, in *lexpress.fr,* publié le 26 mars 2014. https://www.lexpress.fr/actualite/monde/europe/la-russie-est-une-puissance-regionale-en-perte-d-influence-selon-obama_1503285.html.

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 8, janvier-décembre 2020, pp. 451-466
DOI: http://dx.doi.org/10.25267/Paix_secur_int.2020.i8.15

son pari en Syrie du fait de l'hésitation américaine, de la faiblesse onusienne et des incohérences européennes.[25] Aujourd'hui, la Russie entend prendre une part croissante dans le règlement des conflits internationaux et être un acteur majeur au sein du théâtre méditerranéen dans lequel elle entend défendre également des intérêts sécuritaires.

1. Des intérêts sécuritaires a l'origine du retour russe en Méditerranée

Au cours d'une tournée diplomatique dans les pays arabes, effectuée en 1996, L'ancien ministre russe des Affaires étrangères Evgueni Primakov avait annoncé que « la Méditerranée fournissait à la Russie un accès direct au Moyen-Orient, une région considérée comme stratégique par Moscou qui voit encore aujourd'hui son flanc méridional comme le plus instable ».[26]

Cette perception d'instabilité et de vulnérabilité de sa frontière sud s'est amplifiée au lendemain des événements qui ont secoué le monde arabe à partir de 2011, lesquels événements ont été observés avec crainte par les autorités russes.[27] Du point de vue du Kremlin, la situation au Moyen-Orient risque fort de faire tâche d'huile en Asie centrale et dans le Caucase, voisinage immédiat de la Russie. Pour le Kremlin, il existe une sorte de continuum entre la problématique de l'instabilité au Moyen-Orient et la sécurité pour elle-même et son voisinage.[28]

Déjà, dès le début des contestations populaires en Égypte, fin 2010, certains observateurs russes avaient perçu les vagues du « printemps arabe » comme des « grandes révolutions islamiques »[29] pouvant menacer la sécurité de leur pays. En développant une telle lecture, les autorités russes ne peuvent donc rester insensibles à toute forme d'islamisation déstabilisante d'un Moyen-

---

[25] Lombardi, R, « Comprendre (vraiment) la politique russe en Méditerranée et au Moyen-Orient », in: http://www.atlantico.fr/decryptage/comprendre-vraiment-politique-russe-en-mediterranee-et-au-moyen-orient-roland-lombardi-2847543.html#4IdB64V82dERRHH1.99.

[26] Primakov, E. parle alors de « ventre mou » (soft underbelly) pour désigner les frontières méridionales de la Russie. Cité par Andrej Kreutz, *Russia in the Middle East*…, *cit.*, p. 11.

[27] *Voir* Klimov, A, « La Russie et la région méditerranéenne », 16 octobre 2009, article disponible sur le site du Conseil Russie-UE : http://ru.ruseu.com/blog/politic/details_92.html

[28] Facon, I, « Syrie : les 6 raisons pour lesquelles la Russie défend encore le régime de Bachar el-Assad », source :https://www.lejdd.fr/international/moyen-orient/syrie-les-6-raisons-pour-lesquelles-la-russie-defend-encore-le-regime-de-bachar-el-assad-3628127.

[29] « Putin blames West for global chaos », in *Russia Today*, 27 septembre 2012.

Orient au sud de leur Fédération sur laquelle vivent 20 millions de musulmans[30] dont l'évolution identitaire préoccupe Moscou.

Cette préoccupation est d'autant plus forte que la Russie a subi, au cours des quinze dernières années, de nombreuses attaques terroristes perpétrées par des mouvements indépendantistes, tchétchènes, caucasiens ou islamistes radicaux. Parmi ces attaques, cinq ont causé des pertes civiles particulièrement lourdes **:** la première prise d'otage au théâtre de Moscou du 23 au 26 octobre 2002,[31] la seconde prise d'otages de Beslan en Ossétie du Nord du 1 au 3 septembre 2004,[32] les attentats-suicide dans le métro de Moscou du 29 mars 2010,[33] l'attentat à l'aéroport international de Moscou du 24 janvier 2011,[34] ainsi que l'écrasement dans le Sinaï le 31 octobre 2015 du vol 9268 à destination de Saint-Pétersbourg,[35] Outre ces événements tragiques, nombreux sont les « djihadistes » russophones qui opèrent en Irak et en Syrie dont le chiffre s'élève à 5000. Le retour de ces combattants qui ont capitalisé une expérience opérationnelle préoccupe fortement les autorités russes qui craignent une expansion des actions armées au sein des républiques musulmanes du Caucase.

Tirant donc les enseignements de sa lutte contre les mouvements radicaux, tout en se présentant comme le leader de la lutte contre le terrorisme, la Russie a pesé de tout son poids sur les rapports de forces au Moyen-Orient en articulant sa diplomatie autour d'un « croissant chiite » s'étendant de l'Iran

[30] Torrivellec, X, « État et enjeux de l'islam "de" Russie », *Note de l'Observatoire franco-russe*, nº 4, octobre 2013, p. 5.

[31] Une cinquantaine de terroristes tchétchènes prennent en otage 850 spectateurs au théâtre Doubrovka de Moscou. Au quatrième jour de la prise d'otages, les forces spéciales russes donnent l'assaut et tuent les terroristes. On dénombre au moins 128 morts.

[32] Des terroristes séparatistes tchétchènes prennent en otage environ un millier d'enfants et d'adultes dans une école. Après trois jours de siège, une explosion dans l'école provoque un mouvement de panique des enfants, sur lesquels les preneurs d'otage tirent, et les forces spéciales interviennent. Selon le bilan officiel, il y a eu 334 civils tués, dont 186 enfants.

[33] Deux explosions, survenues à 7 h 52 et à 8 h 36 (heure locale), dans deux stations du métro moscovite ont provoqué 39 morts et 102 blessés.

[34] Cet attentat à l'aéroport international Domodedovo de Moscou a fait 35 morts et plus de 180 blessés.

[35] 23 minutes après le décollage de la station balnéaire de Charm el-Cheikh , le vol 9268 a perdu le contact pour s'écraser en Sinaï causant la mort des 217 passagers et des sept membres d'équipage. Le jour même du crash, l'État islamique revendique la responsabilité de la catastrophe par la voix de Wilayat Sinaï.

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 8, janvier-décembre 2020, pp. 451-466
DOI: http://dx.doi.org/10.25267/Paix_secur_int.2020.i8.15

à la Syrie en passant par l'Irak ».[36] Le but étant la création d'une zone tampon dans l'espace méditerranéen lui permettant d'endiguer la menace terroriste à distance.

Pour concrétiser cet endiguement, il lui était nécessaire d'affirmer une présence militaire dans la région et de démontrer ses capacités. C'est chose faite depuis le 30 septembre 2015, date de l'intervention militaire de son armée contre l'État Islamique. Première dans la région depuis l'époque soviétique, cette intervention militaire est considérée par les experts comme un succès qui a consacré le (ré) ancrage de la Russie en Méditerranée pour défendre et promouvoir également ses intérêts économiques.

2. Des intérêts économiques à défendre et à promouvoir en Méditerranée

En zone méditerranéenne et au Moyen-Orient, la Russie dispose de nombreux intérêts économiques dont les plus importants sont liés aux secteurs sensibles des énergies, de l'armement et du nucléaire civil.

A. La Russie en Méditerranée: des intérêts énergetiques à saisir

Les récentes découvertes de gaz naturel dans les eaux territoriales de l'Égypte, du Liban, de la Syrie et d'Israël viennent confirmer que les fonds de la Méditerranée orientale renferment de riches gisements de gaz naturel dont le volume est estimé, selon un rapport géologique américain réalisé en 2010, à près de 84.000 milliards de mètres cubes. Outre le gaz, les pays de la région recèlent, également, des gisements de pétrole dont l'importance pourrait contribuer à l'amélioration de leur sécurité d'approvisionnement énergétique, tout en diminuant leur dépendance aux importations d'énergie.

Pour se mettre en bonne position dans ce futur marché potentiel, la Russie entend jouer un rôle majeur, principalement dans l'espace maritime vierge de la Syrie. En effet, dès la fin de 2013, Damas et Moscou ont signé un accord de vingt-cinq ans, marquant le début d'une prospection pétrolière et gazière en eaux syriennes, dont le coût devrait s'élever à 73 millions d'euros.[37] C'est à la société russe « Soyuz Nefte Gaz » que revient la mission d'explorer le bassin

[36] Cervello, M, « Les nouvelles ambitions maritimes de la Russie au Sud, de nouvelles préoccupations pour l'OTAN », article en ligne : http://fmes-france.org/wp-content/uploads/2016/09/article-Manon-Cervello.pdf.

[37] Le Monde.fr avec AFP, le 25 décembre 2013: https://www.lemonde.fr/proche-orient/article/2013/12/25/la-russie-se-lance-dans-l-exploration-petroliere-en-syrie_4339807_3218.html.

du secteur syrien et de déterminer ses réserves avant d'entreprendre leur extraction. Il s'agit là du premier contrat de prospection pétrolière et gazière dans les eaux territoriales de la Syrie.

Disposant d'une position géographique permettant l'acheminement du pétrole et du gaz du golfe Persique vers le marché européen, la Syrie avait refusé, en 2009, de signer un contrat avec le Qatar visant la construction d'un gazoduc passant par l'Arabie saoudite, la Jordanie, la Syrie et la Turquie, en vue de le relier à l'Europe. Ce refus illustre parfaitement la volonté du pouvoir politique syrien à défendre les intérêts de son allié russe.

Cherchant à promouvoir les intérêts d'autres secteurs de l'économie de leur pays, Poutine et Medvedev se sont fait accompagner par les responsables de leurs grandes sociétés industrielles lors de leurs tournées au Moyen-Orient en 2005, 2007 et 2009. Ces tournées ont engendré une nette évolution des exportations russes vers les pays du bassin méditerranéen et du Moyen-Orient en les faisant passer de 3,9% en 1995 à 7% en 2016, grâce, notamment aux ventes d'armes.

B. La vente d'armes : secteur clé du commerce extérieur russe en Méditerranée

Selon le rapport publié fin Mars 2018 par l'Institut International de Recherche sur la Paix de Stockholm (SIPRI), au cours de la période 2013-2018, la Russie est classée deuxième exportateur mondial d'armes avec un taux de 22% derrière les États Unis (34%) et avant la France (6,7%). En moyenne, les ventes d'armes russes ont connu une augmentation annuelle de 11% durant les dernières années.[38] Pour SIPRI, durant la même période 2013-2017, le Moyen-Orient a occupé la troisième place avec un taux de 11% des exportations russes, après l'Asie-Océanie (66%) et l'Afrique (13%).

Aussi diversifiée que performante, l'industrie de l'armement russe est constituée de consortiums et de holding d'État dont « Rosoboronexporte » est l'agence publique qui a le monopole d'État pour la négociation de contrats et l'export d'armes. Dans la stratégie de conquête de marchés de cette agence, les États de la Méditerranée et du Moyen-Orient occupent une bonne place.

Parmi les armes russes qui connaissent aujourd'hui une forte demande d'acquisition de la part des États de la Méditerranée et du Moyen-Orient

[38] Déclaration du ministre de la Défense Sergueï Choïgou à la chaîne Rossiya 1: https://fr.sputniknews.com/defense/201808121037625405-armes-russes-exportations/.

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 8, janvier-décembre 2020, pp. 451-466
DOI: http://dx.doi.org/10.25267/Paix_secur_int.2020.i8.15

figure le missile de défense aérienne de longue portée baptisé S-400. Qualifié d'« incomparable » par les experts militaires, ce système dont la portée avoisine les 400 kilomètres peut s'attaquer à toutes les catégories de cibles aériennes, allant des missiles balistiques aux avions de chasse furtifs, en passant par les drones.[39] Ses capacités techniques et opérationnelles dépassent de loin celles du système « Patriot » américain qui a connu une grande notoriété durant les grands conflits armées des décennies 1990 et 2000.

Parmi les clients du S-400 figurent l'Égypte, l'Irak, la Syrie. Les Saoudiens comptent, également parmi les clients les plus intéressés par cette arme. Lors de la visite du Roi Salmane à Moscou, le 5 octobre 2017, un protocole d'accord fut signé pour l'achat d'un certain nombre de systèmes d'armes, dont le S-400, assorti d'un transfert de technologie permettant le développement futur d'une industrie saoudienne de défense.

Les Turcs, à leur tour, viennent de signer un accord de 2,5 milliards de dollars, au grand dam des États-Unis qui ont menacé Ankara de sanctions, lesquelles menaces ont amené le ministre turc des Affaires étrangères, Mevlüt Çavuşoğlu à répondre que « les négociations sur le S-400 sont terminées. C'est marché conclu ».[40]

Autre pays qui importe 59% de ses armes de la Russie, l'Algérie. Selon les propos de l'ambassadeur russe à Alger, rapportés par le site d'information russe Sputnik,[41] Alger achète « *la moitié des armes russes exportées vers l'Afrique* ». Au cours des dernières années, l'armée algérienne a acquis de la Russie diverses catégories d'équipements de défense de nouvelle génération, tels que les systèmes de défense antiaérienne et antimissile, les avions de combat, les sous-marin, les chars, et bientôt les hélicoptères «tueurs de chars». Selon le dernier rapport de SIPRI,[42] l'Algérie reste aujourd'hui le plus grand importateur d'armes en Afrique avec 46% des importations d'armes sur la période 2012-2016.

[39] Vecteurs aériens de renseignement et de combat sans pilote.

[40] Karpukhin, S., Russie: visite «historique» du roi Salman d'Arabie saoudite à Moscou: http://www.rfi.fr/europe/20171004-russie-visite-historique-roi-salmane-arabie-saoudite-moscou.

[41] « L'Algérie achète la moitié des armes russes exportées vers l'Afrique », article publié le 19/07/2018 par Martin Mateso : disponible sur : http://geopolis.francetvinfo.fr/l-algerie-achete-la-moitie-des-armes-russes-exportees-vers-l-afrique-198995.

[42] Pour un résumé du rapport de SIPRI en langue française consulter : https://www.sipri.org/sites/default/files/2017-09/yb17-summary_fr.pdf.

Outre les intérêts économiques liés aux secteurs de l'énergie et des armes que la Russie cherche à défendre et à promouvoir en Méditerranée et au Moyen-Orient, d'autres branches de leur industrie font, également, partie de ces intérêts parmi lesquelles figure l'industrie nucléaire civile dont la vente de ses produits aux pays de la région connait une expansion significative.

C. Le nucléaire civil russe : un marché en expansion en Méditerranée

La Russie occupe depuis longtemps une place majeure au sein du marché mondial du nucléaire civil. Un des fleurons de l'industrie nationale, l'énergie nucléaire a été reconnue comme un secteur stratégique au sein de l'économie russe et bénéficie de tout le soutien du gouvernement et, notamment, l'accès aux fonds souverains d'investissement.

Sous l'impulsion du Kremlin, la société nucléaire nationale Rosatom a développé une stratégie d'exportation visant l'accroissement du nombre de contrats pour des réacteurs, afin qu'ils représentent 40 % des exportations nucléaires du pays en 2022.[43] Pour se faire, Rosatom cible aujourd'hui les régions méditerranéenne et du Moyen-Orient où les opportunités sont importantes. En déployant des efforts constants de promotion de sa technologie nucléaire, la société russe est arrivé à remporter plusieurs contrats de vente des réacteurs nucléaires aussi bien en Égypte, en Jordanie, en Turquie qu'en Arabie saoudite et cherche, depuis 2017, à saisir d'autres opportunités au Maroc, en Irak, en Algérie et aux Émirats arabes unis. Si les discussions en cours aboutissent à des accords commerciaux, Rosatom pourrait participer à la construction de plus de 16 réacteurs dans les deux régions.[44]

Nombreux sont les facteurs qui font de la Russie un partenaire crédible pour les pays méditerranéens et moyen-orientaux qui cherchent à développer la technologie nucléaire. Parmi ces facteurs, nous citons, d'abord, la capacité de Rosatom à fournir des solutions nucléaires intégrées qui couvrent l'ensemble du cycle du combustible, en amont et en aval, ensuite, les avantages liés au financement des différentes phases de construction du réacteur[45] qui ont été

[43] Elibrahimy, H, « La Russie, les Arabes et l'énergie nucléaire », article publié en 2017, disponible sur : http://www.iemed.org/observatori/arees-danalisi/arxius-adjunts/afkar/afkar-53/tendances_economiques_Russie_Arabes_energie_nucleaire_Hassan_Elbahtimy.

[44] *Ibidem*.

[45] Par exemple, la Russie octroie des prêts à long terme et à faible taux d'intérêt, à payer à partir de la mise en service du réacteur.

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 8, janvier-décembre 2020, pp. 451-466
DOI: http://dx.doi.org/10.25267/Paix_secur_int.2020.i8.15

particulièrement appréciés par les gouvernements jordanien et égyptien, enfin, l'offre faite par Rosatom consiste à construire le réacteur, à l'exploiter puis à vendre ensuite son électricité au réseau national à un prix garanti. Une telle offre a été acceptée par la Turquie et la Jordanie.

Au delà de ces facteurs qui sont susceptibles de favoriser le développement d'un partenariat de long terme entre Moscou et les pays de la Méditerranée et du Moyen-Orient, il reste à préciser qu'en 2016 la valeur globale des ventes russes est d'environ 110 milliards de dollars. Le marché du Moyen-Orient est de 61 milliards de dollars (54%) déboursés par les clients essentiels qui sont l'Iran, la Turquie, la Jordanie, l'Égypte, l'Arabie Saoudite et les Émirats Arabes Unis.

BIBLIOGRAPHIE

ARMSTRONG, P, « La nouvelle doctrine militaire de la Russie », in *Revue militaire canadienne*, Eté 2000.

CERVELLO, Manon, « Les nouvelles ambitions maritimes de la Russie au Sud, de nouvelles préoccupations pour l'OTAN ». *Institut Méditerranéen de Défense et de Sécurité*, 2016.

DELANOE, I, « Sébastopol A: de l'URSS à l'Ukraine, les enjeux du changement de souveraineté de 1991 », in *Cahiers de la Méditerranée*, n° 86, 2013, pages 141 à 150.

ELIBRAHIMY, H, « La Russie, les Arabes et l'énergie nucléaire », *IEMED*, Institut Européen de la Méditerranée, 2017.

FUKUYAMA, F, *La fin de l'histoire et le dernier homme*, Paris, Flammarion, coll. « Champs », 1993, p. 451.

KLIMOV, A, « La Russie et la région méditerranéenne », 16 octobre 2009, article disponible sur le site du Conseil Russie-UE : http://ru.ruseu.com/blog/politic/details_92.html.

LITTERBECK, D, et ENNGELBECHT, G, « The West and Russia in the Mediterranean : Towards a Renewed Rivalry ? », *Mediterranean Politics*, vol. 14, n° 3, novembre 2009.

LIOUKANOV, F, « La Russie au Moyen-Orient : une bataille de principes ? », *Regards de l'Observatoire franco-russe*, 2013.

LOMBARDI, R, « Comprendre (vraiment) la politique russe en Méditerranée et au Moyen-Orient », in :http://www.atlantico.fr/decryptage/comprendre-vraiment-politique-russe-en-mediterranee-et-au-moyen-orient-roland-lombardi-2847543.html#4IdB64V82dERRHH1.99.

TORRIVELLEC, X, « État et enjeux de l'islam "de" Russie », *Note de l'Observatoire franco-russe*, nº 4, octobre 2013.

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 8, janvier-décembre 2020, pp. 451-466
DOI: http://dx.doi.org/10.25267/Paix_secur_int.2020.i8.15

PAIX ET SÉCURITÉ INTERNATIONALES
Journal of International Law and International Relations
Num 8, janvier-décembre 2020 | ISSN 2341-0868
DOI http://dx.doi.org/10.25267/Paix_secur_int.2020.i8.16

Citation: JORDANA SANTIAGO, M. E: "The European Union Fight against Trafficking of Human Beings: Challenges of the Victim's Statute", *Paix et Sécurité Internationales*, num. 8, 2020, pp. 467-493.

Received: 15 October 2019.
Accepted: 22 October 2020.

THE EUROPEAN UNION FIGHT AGAINST TRAFFICKING OF HUMAN BEINGS: CHALLENGES OF THE VICTIM'S STATUTE

Maria Esther JORDANA SANTIAGO[1]

I. INTRODUCTION - II. THE INTERNATIONAL REGULATION OF TRAFFICKING IN HUMAN BEINGS - III. THE INTERNATIONAL DELIMITATION OF THE CRIME OF TRAFFICKING IN HUMAN BEINGS - IV. THE PROTECTION OF THE VICTIM FROM A HUMAN RIGHTS PERSPECTIVE - V. FINAL REMARKS

ABSTRACT: The fight against trafficking in human beings poses several challenges. The introduction of the human rights approach in this area requires victim protection measures. Faced with this challenge, the European Union has opted for the introduction of different measures through Directive 2011/36/EU. This instrument complements the international framework provided by the Palermo Protocol on trafficking and the Warsaw Convention. The study of some of the provisions of these instruments should help to determine whether EU regulation is truly an advance in the protection of victims of trafficking.

KEY WORDS: trafficking in human beings, protection of victims, human rights, European criminal law.

LA LUCHA DE LA UNIÓN EUROPEA CONTRA LA TRATA DE SERES HUMANOS: RETOS DEL ESTATUTO DE LA VÍCTIMA

RESUMEN: La lucha contra la trata de seres humanos plantea numerosos retos. La introducción del enfoque de derechos humanos en este ámbito se traduce en medidas de protección de las víctimas. Ante este reto, la Unión Europea ha optado por la introducción de distintas medidas mediante la Directiva 2011/36/UE. Este instrumento complementa el marco internacional proporcionado por el Protocolo de Palermo sobre trata y el Convenio de Varsovia. El estudio de algunas de las

[1] Lecturer and researcher (Investigadora Ordinaria) in Public International Law, University of Girona. Orcid Id. 0000-0001-7642-852X, mariaesther.jordana@udg.edu. This work has been carried out within the framework of the project "International cooperation as an essential means to combat trafficking in human beings: the role of the EU and other international organizations" (CIMCETT), financed by the Ministry of Economy and Competitiveness of the Spanish Government. DER2016-78990-P.

disposiciones de estos instrumentos debería contribuir a determinar si la regulación de la UE es verdaderamente un avance en la protección de las víctimas de trata.

PALABRAS CLAVE: trata de seres humanos, protección de las víctimas, derechos humanos, derecho penal europeo

LA LUTTE DE L'UNION EUROPÉENNE CONTRE LA TRAITE DES ÊTRES HUMAINS: UN DÉFI POUR LE STATUT DE VICTIME

RÉSUMÉ : La lutte contre la traite des êtres humains pose de nombreux défis. L'introduction d'une approche des droits de l'homme dans ce domaine se traduit par des mesures de protection des victimes. Face à ce défi, l'Union européenne a opté par introduire de différentes mesures par la voie de la Directive 2011/36 / UE. Cet instrument complète le cadre international prévu par le Protocole de Palerme sur la traite des êtres humains et la Convention de Varsovie. L'étude de certaines des dispositions de ces instruments devrait aider à reflectir jusqu'à que pauit la réglementation de l'UE constitue vraiment un progrès dans la protection des victimes de la traite.

MOTS-CLÉS: traite des êtres humains, protection des victimes, droits de l'homme, droit penal européen

I. INTRODUCTION

Trafficking in human beings (THB) is a crime of extreme gravity, which involves the flagrant violation of human rights. This phenomenon exists fundamentally for two reasons: firstly, because in the States of destination there is a demand for people for exploitation (usually labour or sexual) and, secondly, because it is a highly profitable business for traffickers.

For decades, the main objective of the European Union has been to dismantle the organized crime groups involved in trafficking, although part of the effects did not occur in their territory[2]. Proof of this was the adoption of the EU Strategy for the Eradication of Trafficking in Human Beings[3], which provided for the increase of criminal prosecutions through the joint and coordinated work of the Union agencies[4].

---

2 *Vid.* Pérez Alonso, E.J., "Política legislativa y criminal de la Unión Europea contra la trata de seres humanos", in Mercado Pacheco, P. *et al.*, *Formas contemporáneas de esclavitud y derechos humanos en clave de globalización, género y trata de personas*, Tirant lo Blanch, 2020, pp. 647-678.

3 European Commission, *The EU Strategy towards the Eradication of Trafficking in Human Beings 2012–2016*. COM (2012) 286 final, Brussels, 19.06.2012.

4 *Vid.* Moreno Urpí, A., "Las víctimas de la trata de seres humanos en Europa y la acción de las agencias ELSJ", in Blasi Casagran, C. and Illamola Dausà, M., *El control de las agencias del Espacio de Libertad,Seguridad y Justicia : contrapeso necesario a su autonomía* , Marcial Pons, 2017, pp. 177-190.

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 8, janvier-décembre 2020, pp. 467-493
DOI: http://dx.doi.org/10.25267/Paix_secur_int.2020.i8.16

Even with partial data, it is estimated that thousands of people are exploited in the EU territory. According to the US State Department, in 2018 a total of 16,838 victims were identified in the European region[5]. The most recent data available to the European Commission on THB victims in the EU correspond to the two-year period 2015-2016. According to this official record, 20,532 people were registered as victims by the authorities of the Member States[6]. Also the number of victims of trafficking from third States continues to grow[7]. The unreliable data is the result of a no-common standardized registration system and the lack of availability of some Member States to share information. Differences between the legal definitions of the member States, confusion or concealment of trafficking among other crimes are also contributing to the error in data collection[8].

Between 80% and 65% of registered victims are women, while between 20% and 35% are men. Sexual exploitation affects 95% of women, as opposed to labour exploitation, which in 71% involves male victims[9]. Of the total amount of registered victims, 17% are children between 12 and 17 years old, while almost 3% were less than 11 years old[10].

These data mainly point to two facts: on the one hand, trafficking undeniably has a gender component; on the other, not only the dismantling

---

[5] US Department of State, *Trafficking in Persons Report*, June 2019, p. 51. Available in https://www.state.gov/wp-content/uploads/2019/06/2019-Trafficking-in-Persons-Report.pdf [checked on 15.01.2020].

[6] In this sense, *vid.* European Commission, *Data collection on trafficking in human beings in the EU. Final report – 2018,* Publications Office of the European Union, 2018, p.34. In the earlier three-year period 2010-2012, Eurostat indicated that a total of 30,146 people were registered as victims of trafficking in human beings by the authorities of the Member States, *vid.* EUROSTAT, *Trafficking in Human Beings. Statistical working papers.* Publications Office of the European Union, 2015, p. 15.

[7] It is estimated that during the 2015-2016 period the 56% of the registered victims in the EU were a third State national, *Vid.* European Commission, *Data collection on trafficking in human beings…, op. cit.,* p.80.

[8] EUROPOL, *Trafficking in Human Beings in the European Union*, Den Haag, 2011, p. 3 and EUROJUST, *Strategic project on Eurojust's action against trafficking in human beings*, Den Haag, 2012, p. 27.

[9] European Commission, *Data collection on trafficking in human beings… cit.,* p.65.

[10] EUROSTAT, *Trafficking in Human Beings… cit.*, p. 10.

of organized groups is required, but the adequate protection of victims is necessary, especially children.

The human rights approach broke into the fight against trafficking at the beginning of this century. Such appearance in the context of the United Nations has as a result its inclusion in other international instruments in the European regional sphere.

Although this regulatory framework is not particularly novel, the fight against trafficking has not ended and poses challenges especially regarding the protection of victims. Even if some references will be made, it is not the object of the present work to examine the progress in the prosecution of the crime[11], nor to analyze the doctrine of the ECtHR on the interpretation of Article 4 of the ECHR. This paper aims to analyse the extent to which respect the statute of the THB victim in the European Union's territory from a human rights perspective. To this end, the victim protection measures contained in the THB Palermo Protocol, the Warsaw Convention and the Directive 2011/36/EU will be compared. Such analysis will be preceded by the study of the definition of the crime, as well as the delimitation of the concept of the victim of trafficking in human beings. This will attempt to determine whether EU regulation is truly an advance in the protection of victims of trafficking from a human rights perspective.

II. THE INTERNATIONAL REGULATION OF TRAFFICKING IN HUMAN BEINGS

Trafficking in human beings has been subject to international regulation in different instruments based on a clearly criminal approach[12]. Although with the main objective of the fight against crime, the 2000 UN Convention

[11] Regarding this issue *vid.* inter alia Sanchez Domingo, M.B. "Prevención y lucha contra la trata de seres humanos en el Derecho penal" in Jimeno Bulnes, M., Aproximación legislativa versus reconocimiento mutuo en el desarrollo del espacio judicial europeo: una perspectiva multidisciplinar, JM. Bosch, 2016, pp. 347-392; Jordana Santiago, M., La lucha contra la trata en la UE: los retos de la cooperación judicial penal transfronteriza, *Revista CIDOB d'Afers Internacionals*, 111, 2015, pp. 57-77.

[12] A detailed analysis of these instruments could be found in Allain, J., *The Slavery Conventions. The Travaux Préparatories of the 1926 League of Nations Convention and the 1956 United Nations Convention*, Martinus Nijhoff Publishers, 2008, pp.52 *et seq*.

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 8, janvier-décembre 2020, pp. 467-493
DOI: http://dx.doi.org/10.25267/Paix_secur_int.2020.i8.16

against Transnational Organized Crime and its Protocols[13] incorporates timid references to the treatment that must be provided to the victims. In fact, the THB Palermo Protocol[14] is considered a key step towards the introduction of the human rights perspective since it includes protection and assistance to the victims. However, its provisions are far from having mandatory content. The proposals emerged in the context of the United Nations have had an important impact on regulation at European regional level, with the adoption of instruments of a marked victim-centric character[15].

Within the framework of the Council of Europe, the fight against THB is based on the Council of Europe Convention on the fight against trafficking in human beings (hereinafter the Warsaw Convention) [16]. But it also should be added that an extensive interpretation of the 1950 Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms has allowed the European Court of Human Rights (hereinafter, ECtHR) to condemn the failure of Member States to comply with trafficking victims[17]. Indeed, according to the ECHR, trafficking issues fit into Article 4 of the European Convention of Human Rights prohibiting slavery and servitude[18].

[13] *Vid.* Resolution A/RES/55/25 adopted by the United Nations General Assembly, 15 November 2000. Available at https://undocs.org/en/A/RES/55/25 [checked on 15.09.2019].

[14] *Protocol to Prevent, Suppress and Punish Trafficking in Persons, Especially Womenand Children, supplementing the United Nations Convention against TransnationalOrganized Crime*, Annex II, A/RES/55/25... *cit.*

[15] Despite the well-known mainstreaming approach of human rights, many international instruments in the criminal field still do take in consideration few aspects related to human rights protection, in this regard *vid.* Reina Peñas, M., "Análisis del fenómeno de la trata de personas desde la perspectiva de los derechos humanos", *Revista de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales- ICADE,* 107, 2019; and Milano, V., "Protección de las víctimas de trata con fines de explotación sexual: Estándares internacionales en materia de enfoque de derechos humanos y retos relativos a su aplicación en España", *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 32, 2016, p.6 *et seq*.

[16] *Convention n. 197 on Action against Trafficking in Human Beings and its Explanatory Report*. Signed in Warsaw, 16 May 2005. Known as the Warsaw Convention.

[17] *Vid.* Moreno Urpí, A., "La acción judicial y la modelación de la definición de la trata de seres humanos: ¿Esclavitud moderna o fenómeno con entidad propia? Reflexiones a la luz de la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos Rantsev v. Chipre y Rusia", *La creación judicial del Derecho y el diálogo entre jueces*. Universidad Autónoma de Barcelona, 2017.

[18] In this sense, *vid. Siliadin v. France*, 26 July 2005 (73316/01); *Rantsev v. Cyprus and Russia*, 7 January 2010 (25965/04) also; *Chowdury and others v. Greece*, 20 March 2017 (21884/15). A

The Warsaw Convention proposes to "strengthen" and "develop" the protection provided by the United Nations framework[19], making a clear reference to the THB Palermo Protocol[20]. As will be shown in the next sections, the Warsaw Convention characterizes by incorporating a considerable number of provisions focused on the protection of victims[21]. This means that this instrument addresses trafficking from a double perspective: criminal law and human rights. Thus, States parties must necessarily take into account the rights of the victims in actions related to persecution, prevention and protection[22].

The regulation of trafficking in human beings in the context of the EU was mainly the subject of immigration and asylum policy[23] and the fight against serious crime framework. Since the last century nineties, there was an agreement in the EU on the need to deepen the fight against trafficking, proof of this is the adoption of the Common Action 97/154/JHA[24]. The strengthening of the Amsterdam Treaty and the impulse of Tampere contributed decisively to

---

critical analysis with the ECHR jurisprudence is found in Gallagher, A., *The International Law of Human Trafficking*, Cambridge University Press, 2010, p.187 *et seq.;* and Van Der Wilt, H., "Trafficking in Human Beings: A modern form of slavery or a transnational crime?", *ACIL Research Paper*, 07, 2014, p.12 *et seq*.

[19] Preamble, par. 12.

[20] *Vid.* Article 39 Warsaw Convention, which establishes a relationship of subordination and complementarity with the Palermo Protocol.

[21] Gallagher, A., "Recent Legal Developments in the Field of Human Trafficking: A Critical Review of the 2005 European Convention and Related Instruments", *European Journal of Migration and Law*, 8, 2006, pp.163-189, p.174.

[22] *Vid.* Raffaelli, R., "The European Approach to the Protection of Trafficking Victims: The Council of Europe Convention, the EU Directive and the Italian Experience", *German Law Journal*, 10, 3, 2009, pp.205-222, p.212.

[23] Indeed, several political programs place the fight against trafficking in the context of migratory flow management, see, for example, Chapter IV of the Tampere Council Conclusions. The link between trafficking and migration flows is not original, and follows the approach chosen in the context of the United Nations. This issue is analyzed in Geddes, A., "Getting the best of both worlds? Britain, the EU and migration policy", *International Affairs*, 81, 2005, pp.723-740, p.732 *et seq*.

[24] Joint Action 97/154/JHA of 24 February 1997 adopted by the Council on the basis of Article K.3 of the Treaty on European Union concerning action to combat trafficking in human beings and sexual exploitation of children**.** *Official Journal* L63, 04.03.1997, p. 2.

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 8, janvier-décembre 2020, pp. 467-493
DOI: http://dx.doi.org/10.25267/Paix_secur_int.2020.i8.16

the production of a variety of legal acts in the area of criminal prosecution[25]. A paradigmatic case of this trend is the Framework Decision 2002/629/JHA on trafficking in human beings [26].

During the last decade of the 20th century, the fight against trafficking was configured as an essential objective for the achievement of the EU Area of Freedom, Security and Justice. In this line, THB was identified as an "euro-crime", a fact that in practice considerably facilitated its criminal prosecution in the Union[27].

In fact, with the Lisbon Treaty entry into force, THB was included among the crimes that due to their seriousness and cross-border nature entail "the need to combat them with common criteria" (Article 83 TFEU). In line with this idea, the Stockholm Program encouraged the Commission to begin the revision of the Framework Decision, a process that ended with the adoption of Directive 2011/36/EU on combating trafficking in human beings[28]. These regulation establishes minimum rules on crimes, penalties and prevention of trafficking. In addition, as noted in its preamble, the Directive attempts to introduce a comprehensive and respectful approach to human rights[29]. Before deepening into the content of the Directive from this perspective, it

[25] The eminently criminal approach of the instruments of that moment is highlighted in Villacampa Estiarte, C., "La nueva directiva europea relativa a la prevención y a la lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas. ¿Cambio de rumbo de la política de la Unión en materia de trata de seres humanos?", *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 14, 2011, pp.1-52. The THB phenomenon form a penal perspective is analysed in Zuñiga, L., "Trata de Seres Humanos y criminalidad organizada transnacional:problemas de política criminal desde los derechos humanos", *Estudios penales y criminológicos*, 38, 2018, pp.361-408.

[26] Council Framework Decision 2002/629/JHA of 19 July 2002 on combating trafficking in human beings. *Official Journal* L203, de 01.08.2002, p. 1.

[27] Van Sliedregt, E., "The dual criminality requirement", in Keijzer, N., and Van Sliedregt, E. (eds.), *The European Arrest Warrant in practice,* T.M.C. Asser Press, 2009, p. 51-70, p. 52.

[28] Directive 2011/36/EU of the European Parliament and of the Council of 5 April 2011 on preventing and combating trafficking in human beings and protecting its victims, and replacing Council Framework Decision 2002/629/JHA. *Official Journal* L101, 15.04.2011, p. 1.

[29] *Vid.* Santana Vega, D., "La Directiva 2011/36/UE, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y la protección de las víctimas: análisis y crítica", *Nova et Vetera*, 20, 64, 2011, pp.211-226.

is necessary to define the THB phenomenon and also state who deserves the status of victim and the challenges that it entails for the EU members.

III. THE INTERNATIONAL DELIMITATION OF THE CRIME OF TRAFFICKING IN HUMAN BEINGS

The definition of trafficking in human beings is not a simple task - due to the complexity of the phenomenon - and sometimes it raises important academic debates[30]. As noted, THB has been the subject of several international legal instruments[31]. The THB Palermo Protocol contains a broad definition of trafficking.

Indeed, according to Article 3 of the Protocol, trafficking in persons shall consist of "the recruitment, transportation, transfer, harbouring or receipt of persons, by means of the threat or use of force or other forms of coercion, of abduction, of fraud, of deception, of the abuse of power or of a position of vulnerability or of the giving or receiving of payments or benefits to achieve the consent of a person having control over another person, for the purpose of exploitation. This shall include, at a minimum, "the exploitation of the prostitution of others or other forms of sexual exploitation, forced labour or services, slavery or practices similar to slavery, servitude or the removal of organs". Ergo, this instrument defines trafficking based on three elements: action, means and exploitation. These elements, with some nuances, are shared by the Warsaw Convention and the Directive 2011/36/EU. In fact, both regional instruments state in their preambles the will to complete the international legal framework. This must not be surprising

[30] *Vid. inter alia*, Scarpa, S., *Contemporary forms of Slavery*. Study of the European Parlament, 2018; Allain, J., *The Law and Slavery*. Martinus Nijhoff, 2015; Villacampa Estiarte, C., *El delito de trata de seres humanos. Una incriminación dictada desde el derecho internacional*. Cizur Menor, Thomson-Aranzadi, 2011; Scarpa, S., *Trafficking in Human Beings: Modern Slavery*. Oxford University Press, 2008. On the historical evolution of the need to regulate the trafficking of human beings and the doctrinal discussion around the definition of this phenomenon, *vid.* Gallagher, *The International Law... cit*., pp. 12 *et seq*.

[31] Regarding the trafficking on human beings' international definition *vid.* Badia Martí, A., "Noción jurídica internacional de la trata de personas, especialmente mujeres y niños", in Vargas Gómez-Urrutia, M.; Salinas De Frías, A., (coords.), *Soberanía del Estado y derecho internacional: homenaje al profesor Juan Antonio Carrillo Salcedo*, Universidad de Córdoba - Universidad de Málaga, 2005, pp.177-197; see also Roth, V., *Defining Human Trafficking and Identifying Its Victims*. Martinus Nijhoff, 2012.

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 8, janvier-décembre 2020, pp. 467-493
DOI: http://dx.doi.org/10.25267/Paix_secur_int.2020.i8.16

since the THB Palermo Protocol formulates a definition of trafficking that has high international support[32]. Thus, the Warsaw Convention reproduces almost literally in its Article 4(a), the definition provided by the THB Palermo Protocol. However, there are few differences that should be highlighted.

Firstly, Article 4(b) adds a reference to the irrelevance of the victim's consent when any of the means stated is used. In line with the Protocol, children special protection translates into the irrelevance of the child's consent. Secondly, the Warsaw Convention does not define exploitation, but indicates that this "shall include, at a minimum, the exploitation of the prostitution of others or other forms of sexual exploitation, forced labour or services, slavery or practices similar to slavery, servitude or the removal of organs". Thus the Convention exemplifies with a clearly list of minimums that allows other behaviours to subsume in the purpose of trafficking. It also should be added that, in the ECtHR opinion, in certain circumstances the consent of the victim is not enough to rule out a violation of their rights[33]. This interpretation opens avenues for questioning the lack of consent as an essential element of trafficking. In addition, it completes the human rights approach of the Warsaw Convention.

With regard to the EU, trafficking in human beings is explicitly prohibited in the Charter of Fundamental Rights of the European Union where, according to Article 5(3), it is considered a form of slavery. In line with the THB Palermo Protocol, the Directive 2011/36/EU adopts another THB concept, pointing the idea that slavery is another form of trafficking[34].

In line with the provisions of Article 3 of the THB Palermo Protocol, the EU considers that trafficking consists of three distinct phases. First, the phase of capturing victims in which deception, coercion and even abductions can be used. Second, the phase of transfers that, in transnational cases, requires the

---

[32] Nowadays the Protocol deals with 175 ratifications, including those of the EU Member States, *vid. United Nations Treaty Collection*. Available in https://bit.ly/2I751Ea [Checked on 11.09. 2019].

[33] *Vid.* ECHR, *Van der Müssele v. Bélgica*, 23 November 1983, 8919/80.

[34] Differences in fit between trafficking and slavery show a lack of coherence and in the case of the Directive entails the reduction of the seriousness of the crime of trafficking, in this regard *vid.* Ortega, M., "La trata de seres humanos en el derecho de la Unión Europea", in Donaire, F.J. and Olesti, A. (coords.), *Técnicas y ámbitos de coordinación en el espacio de libertad, seguridad y justicia*. Marcial Pons, 2015, pp. 181-196, p. 188.

introduction of the victims in a State other than the State of origin. Thirdly, the exploitation phase in which the victim is subjected to the lucrative activity for the organization and which different relocations of the victim can occur. Occasionally, a fourth phase is added in which the economic benefits are laundered, this includes crimes of tax evasion, or the financing of other lawful activities.

Given its nature, the Directive seeks an approximation of legal systems through the establishment of common standards. This results into the requirement to criminalize trafficking in the criminal laws of the Member States. Thus, Article 2 of the Directive suggests that Member States should take measures to ensure the punishment of trafficking. As in the Council of Europe, the definition of trafficking in the Directive reproduces almost literally the THB Palermo Protocol. However, the review carried out by the European Commission on the transposition of the Directive shows that there is still a need to improve the classification of trafficking in national laws[35], for example, some of the Member States do not include all means (abduction, fraud, abuse of power, etc.) in its definition of trafficking[36].

Also, there are some nuances that should be brought up in the context of the EU. First, the transnational factor is not considered as a necessary element in all the studied definitions. Victims of trafficking do not always cross borders,

[35] Regarding to the introduction of the EU Directive in the Spanish legistation see *inter alia* González Tascón, M., "La lucha de la Unión Europea contra la trata de seres humanos y sus repercusiones en la legislación penal espanyola", in Andrés Sáenz de Santamaría, P., *Una contribución a la europeización de la ciencia jurídica: Estudios sobre la Unión Europea*, Civitas, 2019, pp. 451-484; Villacampa Estiarte, C., "El delito de trata de seres humanos en derecho penal español tras la reforma de 2015", in Pérez Alonso, E.J. *et al*., *El derecho ante las formas contemporáneas de esclavitud*, Tirant lo Blanch 2017, pp. 447-467; De La Mata Barranco, N. J., "Delitos de trata de seres humanos y contra la inmigración ilegal, y contra la libertad de indemnidad sexual", in De la Cuesta Arzamendi *et al*., *Adaptación del derecho penal español a la política criminal de la Unión Europea*, Aranzadi, 2017, pp. 183-220; and Delgado Sancho, C.D., "La trata de seres humanos y la inmigración clandestina tras la reforma de la Ley orgánica 1/2015", *Revista Aranzadi Doctrinal*, 8, 2017, pp. 253-271; Gómez López, I. and Muñoz Sánchez, E., "Algunas cuestiones en torno al delito de trata de seres humanos en el ordenamiento jurídico espanyol", *Cuadernos de política criminal*, 123, 2017, pp. 213-246.

[36] *Vid.* European Commission, *Report from the Commission to the European Parliament and the Council, assessing the extent to which Member States have taken the necessary measures in order to comply with Directive 2011/36/EU on preventing and combatin trafficking in human beings and protecting its victims in accordance with Article 23(1).* Brussels, 2.12.2016, COM (2016)722final, p.3 *et seq*.

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 8, janvier-décembre 2020, pp. 467-493
DOI: http://dx.doi.org/10.25267/Paix_secur_int.2020.i8.16

since they can be exploited in their country of origin. However, it should be noted that in the EU a considerable number of victims of trafficking cross some border. Certainly, it is not easy to find a case in which at least one internal border is not crossed, either legally or illegally. Transnationality can occur both during the recruitment phase and during the exploitation phase, in which the movement of victims through different EU countries is common.

Second, although the main purpose of trafficking is the victim's exploitation, it does not prove to be an essential element for certain facts to be classified as traffic-related infractions.

Article 2(3) of the Directive indicates that exploitation consists "at a minimum" of different forms of sexual exploitation, labour or forced services. The data collected in the EU shows that this enumeration is not accidental. In fact, about 56% (65% without the United Kingdom) of the victims suffer sexual exploitation (street prostitution, prostitution in red light districts or brothels, strip clubs and bars, pornographic industry, escorts or saunas, among others), 26% (20% without the United Kingdom) are subjected to forced labour (agriculture, construction, textile, hospitality and fishing sectors stand out) and 18% are forced to exercise other types of exploitation (begging, domestic work, criminal activities, organ removal, etc.) [37].

A *numerus apertus* in Article 2(3) contributes to the fit of all trafficking practices in the concept of exploitation. In fact, Directive 2011/36/EU points out that there must be a certain spirit or intent to exercise exploitation of the victim. Article 3 emphasizes the extensive criminalization of all participants in the trafficking process, recognizing as criminal practice "induction, complicity or attempt". This is a strong point of the Directive since it forced its inclusion in some State regulations which have been remained silent.

Finally, the Directive addresses the issue of consent in a similar manner to the Warsaw Convention. It is based on the idea that in the cases of trafficking there is no consent of the victim or is subject to error due to the use of certain means. And, in the case of minors, only the mood to exploit is taken into account. It is true that sometimes the victim of trafficking may have shown initial consent. For example, the practice confirms that many of non-EU citizens start their itinerary by hiring the services of criminal groups without

[37] For the period 2015-2016, *Vid.* European Commission, *Data collection on trafficking in human beings… cit.,* p. 18, for the 2010-2012 triennium *vid.* EUROSTAT, *Trafficking in Human Beings… cit*., p. 30.

being aware that they will become victims of trafficking when they arrive at their destination[38]. Both in this and in other situations, the initial consent loses its full value due to coercion, deceit or abuse by traffickers.

To recapitulate, the examined regional instruments reproduce the definition of trafficking agreed in the context of the United Nations and embodied in the THB Palermo Protocol. Both the Warsaw Convention and the EU Directive introduce some nuances to the definition containing several open enumerations. This option allows to subsume very different behaviours under the phenomenon of trafficking, contributing to eliminate impunity and lack of protection of the victims. The importance of a sufficiently flexible, but at the same time, detailed definition of trafficking is crucial mainly due to the complexity of the crime.

Indeed, depending on the *modus operandi* of a criminal organization, trafficking can be hidden and not prosecuted. In fact, trafficking is not conceived as an isolated crime but as a process[39] or a chain crime[40] that consists of different phases that may constitute more than one crime depending on the complexity of the carried out activities. Thus, it is common for the trafficking commission to also perpetrate related crimes such as: rape or sexual abuse, injury, forced abortion, child pornography, torture, murder, kidnapping, forced marriage, retention of documentation, labour exploitation and even corruption. On certain occasions this leads to confusion with the commission of certain crimes. For instance, there are frequent confusions between trafficking and smuggling of people[41]. And in fact, not all EU Member States regulations clearly differentiate between these crimes when the victims are irregular immigrants[42]. As will be seen in the next section, the concealment

[38] FRONTEX, *Annual Risk Analysis*. Warsaw, 2012, p. 32.

[39] García Vázquez, S., "Inmigración ilegal y trata de personas en la Unión Europea: la desprotección de las víctimas", *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 10, 2008, pp. 231-274, p. 236.

[40] Ortega, M., "La trata de seres humanos…" *cit*., p. 186.

[41] Díaz Barrado, C.M., "La lucha contra la trata de seres humanos en la UE: los componentes para una política propia", *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 45, 2013, p. 461-498, p. 467.

[42] Guild, E., "Immigration and Criminal Law in the European Union: The Legal Measures and Social Consequences of Criminal Law in Member States on Trafficking and Smuggling in Human Beings", in Guild, E. and Minderhoud, P. (eds.), *Immigration and criminal law in the European Union*, Martinus Nijhoff, 2006, pp. 1-7, p. 3.

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 8, janvier-décembre 2020, pp. 467-493
DOI: http://dx.doi.org/10.25267/Paix_secur_int.2020.i8.16

of trafficking contributes to the difficulties in identifying victims, even for assistance services or criminal prosecution bodies[43].

IV. THE PROTECTION OF THE VICTIM FROM A HUMAN RIGHTS PERSPECTIVE

Having examined the definition of trafficking in the international instruments chosen, the study of the victim's definition and the measures proposed for their protection could be interesting. The analysis of these measures will contribute to identify the challenges of protection from a human rights perspective.

In the case of the Council of Europe Convention, the term "victim" corresponds to a "natural person subject to trafficking in human beings". That is, returning to the above, a person who is subject to exploitation due to the use of means such as threats, coercion, abduction, deceit, abuse of power or its vulnerability.

The Directive makes numerous references to the victims in its text, but does not include its definition. However, in its preamble it refers to the definition of victim contained in Framework Decision 2001/220/JHA[44] on the status of the victim in criminal proceedings, which was been replaced by Directive 2012/29/EU[45]. According to these provisions, the victim will be any natural person who has suffered some damage, in special physical or emotional injuries, but also economic damage, both by action and by omission against State criminal legislation[46]. Unlike the other international instruments, the EU framework explicitly recognizes as victims the relatives "of a person whose death has been directly caused by a crime and who has suffered damage or injury as a result of the death of said person"[47]. The definition provided by this

[43] García Vázquez, S., "Inmigración ilegal y trata…" *cit.*, p. 235.

[44] Council Framework Decision 2001/220/JHA of 15 March 2001 on the standing of victims in criminal proceedings. *Official Journal* L82, 22.03.2001, p. 1.

[45] Directive 2012/29/EU of the European Parliament and of the Council of 25 October 2012 establishing minimum standards on the rights, support and protection of victims of crime, and replacing Council Framework Decision 2001/220/JHA. *Official Journal* L 315, 14.11.2012, p.57.

[46] A detailed analysis of the victim's figure is available in Llorente Sánchez-Arjona, M., "Las víctimas en el espacio judicial europeo: estudio de la Directiva 2012/29/UE, de 25 de octubre de 2012", *REJ – Revista de Estudios de la Justicia*, 22, 2015, pp.119-141.

[47] *Vid.* Article 1(a) Directive 2012/29/UE.

framework is complemented by Article 2(2) of Directive 2011/36/EU, which specifies that in the case of THB victims the vulnerability is associated with the inexistence of a "real or acceptable" alternative to the abuse submission. In cases where the victim is a child (less than 18 years of age), the Directive only requires the spirit of exploitation regardless of the means used or the situation of vulnerability of the victim.

1. The identification of the victim

The correct identification of the victims is essential to ensure the respect for human rights in the fight against trafficking. In fact, the importance of victim identification stands out in both persecution and protection. From the point of view of criminal prosecution, another dimension is added to the importance of detecting the victims: in most cases these victims are witnesses of illicit actions and, therefore, are a key piece for the conviction of the traffickers. In some cases of trafficking the victim's identification is really complicated[48], since their exploitation situation can be confused or involve some criminal activity[49]. On other occasions, the same exploitation consists in forcing victims to commit crimes[50].

The experience of the European Union agencies shows that there are considerable difficulties for the early identification of victims, especially before the exploitation phase begins. The identification of victims of trafficking entails an additional challenge in border control[51], since the appearance of many of the trafficking indicators become effective once within the EU territory, in addition,

---

[48] *Vid.* Meneses Falcón, C., "¿Por qué se identifican tan pocas víctimas de trata de seres humanos?" *Revista de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales- ICADE,* 107, 2019; and Cabrera Rodríguez, E., "La trata de seres humanos con fines de explotación sexual. La detección e identificación de las víctimes", *Revista de derecho y proceso penal*, 45, 2017, pp. 97-115.

[49] *Vid.* Villacampa Estiarte, C. and Torres Rosell, N., "Trata de seres humanos para explotación criminal: Efectos sufridos por las víctimas a su paso por el sistema de justicia penal", in Mercado Pacheco, P. *et al.*, *Formas contemporáneas de esclavitud y derechos humanos en clave de globalización, género y trata de personas*, Tirant lo Blanch, 2020, pp. 731-758.

[50] These kind of practices usually occur when there are minors involved. In these cases, the most widespread behaviors are to force them to commit different crimes against property, such as robbery or theft, or to exploit them in cannabis plantations in urban flats, *vid.* EUROPOL, *Child trafficking for exploitation in forced criminal activities and forced begging*. Den Haag, 2014, p. 2.

[51] In this sense it is interesting the discussion in Scherrer, A., *Detecting and protecting victims of trafficking in hotspots. Ex-post evaluation.* European Parliamentary Research Service, 2019.

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 8, janvier-décembre 2020, pp. 467-493
DOI: http://dx.doi.org/10.25267/Paix_secur_int.2020.i8.16

potential victims are not aware of their real situation[52]. Studies of the European Migration Network[53] show that the request for help from victims to the State authorities is rare. This is due to several reasons, such as the intensive control that traffickers exercise over them, the lack of self-perception as a victim even when the exploitation phase has been initiated, the lack of knowledge of the language of the country, the fear of being identified as irregular and be deported, the ignorance of their rights, among others.

Victim identification should be understood as the first step to an effective protection. The THB Palermo Protocol is silent on this matter. However, the Legislative Guide on the Protocol points to the need for States to establish a concrete process for this purpose[54]. Regarding the regional framework, Article 10 of the Warsaw Convention turns out to be really detailed and points out the compulsory nature of different measures. Thus, the obligation to identify translates into adequate training in identification and support for all those civil servants who can interact with potential victims. Also, it points to the necessary coordination between authorities involved and of these with civil society organizations. In addition, the Convention explicitly prohibits the expulsion of a person during the identification process when there are suspicions of trafficking, referring to the possibility of issuing residence permits for this purpose. Finally, specific measures are established in the event that there is an unaccompanied minor susceptible to being a victim of trafficking.

The Directive 2011/36/EU points to the adoption of measures to "establish appropriate mechanisms aimed at early identification, assistance and support to victims, in cooperation with the relevant support organizations" without further details. However, the preamble of such Directive points out that these measures basically consist in the training of all those civil servants who can interact with the possible victims[55]. Thus, the Directive leaves the choice and concretion of the measures to the States. In this way, there is a risk that some States only comply

[52] FRONTEX, *Situational Overview on Trafficking in Human Beings*. Warsaw, 2011, p. 6, also FRONTEX, *Annual Risk Analysis*. Warsaw, 2012, p. 32.

[53] EMN, *Identification of victims of trafficking in human beings in international protection and forced return procedures (synthesis report)*. European Migration Network Study, 2014, p. 20 *et seq*.

[54] *Vid.* UNODC, *Guía legislativa para la aplicación del Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños*, 2004, par. 64. Available in https://www.unodc.org/tldb/es/legislative_guides.html [Checked on 25.09.2019].

[55] *Vid.* Recital 25, Directive 2011/36/UE.

with a minimum scenario and therefore get a really lack effective system for the identification[56]. As indicated above, failure to identify means not assuming the obligation to protect victims and carries out the risk of violation of their rights.

2. The adoption of protective measures

Once a victim has been identified, or when there is reasonable suspicion, the obligation of the State should be to provide protection and assistance, refrain from violating their rights and avoid the secondary victimization.

Although, Article 6 of the THB Palermo Protocol, points to the need for measures, assistance and protection in general terms, the European regional scope is more concrete. Thereby, the obligation to protect implies the adoption of certain measures for the recovery of the victim, measures linked to the criminal judicial process, together with measures for compensation[57].

According to Article 12(1) of the Warsaw Convention, the recovery of the victim requires an approach that provides physical recovery, but also psychological and social recovery. First, this translates into a set of measures such as immediate medical assistance, the assistance of an interpreter or translator, a safe place to live, the assurance of education for children, or legal advice about their rights and possible legal actions to be taken. Secondly, the measures should be aimed at access to the labor market, training and ensuring non-urgent medical assistance[58]. Such measures shall apply as soon as it is suspected to be a victim of trafficking. In this regard, it should be noted that Article 13(1) of the Warsaw Convention indicates that the measures will be activated for "reasonable grounds", while Article 11(2) of the Directive points

[56] In fact, the Commission insists that States should make more efforts to identify victims early and correctly, *vid.* European Commission, *Second report on the progress made in the fight against trafficking in human beings (2018) as required under Article 20 of Directive 2011/36/EU on preventing and combating trafficking in human beings and protecting its victims*, Brussels, 3 December 2018, COM(2018)777 final, p.9.

[57] *Vid.* Torres Rosell, N. and Villacampa Estiarte, C. "Protección jurídica y asistencia para víctimas de trata de seres humanos", *Revista General de Derecho Penal*, 27, 2017.

[58] When the victim is the child, a set of specific measures is established, such as the appointment of a guardian, or the access to education. Further details about this regime in Gómez Fernández, I. and Pérez González, C., "La protección de los menores de edad víctimas de trata de seres humanos: derecho internacional, europeo y español", in Alcácer Guirao, R., Martín Lorenzo, M. and Valle Mariscal De Gante, M. (Coords.), *La Trata de seres humanos: persecución penal y protección de las víctimas*, Dyikinson 2015, pp. 223-263.

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 8, janvier-décembre 2020, pp. 467-493
DOI: http://dx.doi.org/10.25267/Paix_secur_int.2020.i8.16

to "reasonable evidence". It is feasible to suspect that the choice of these words is not accidental. In any case, having "evidence" connotes more solid probation. Be that as it may, the measures should contribute to the stability of the victim during the "period of restoration and reflection". Although reference is made to a period unit, based on the obligation to protect the victim, a reflection should not be accepted without having achieved the restoration.

Taking into account the experiences suffered by the victims, the establishment of insufficient and, in any case, relatively short periods (of at least 30 days in the Convention and 90 days in the Directive) could be easily criticized, forcing the need for extensions. According to Article 11 of the Directive, victims of trafficking must receive support and protection before, during and after the criminal proceedings against their exploiters have been completed. Beyond being disturbing the appearance of the "assistance-criminal prosecution" tandem, the development and vagueness of some of the provisions of such Article are not without controversy[59].

First, the Directive does not specify how long after the sentence the victims should be assisted. Since reference is only made to "an adequate period of time", the duration of the period of protection may vary considerably depending on the entity that decides and the criteria that said body uses for its determination. Secondly, the adequacy of the period of time is related to the exercise of rights intimately linked to the criminal process such as legal assistance, information on legal actions or interpretation. Therefore, after the criminal process is over, continuing to provide support to the victim is a discretionary decision of each Member State. Thirdly, Directive 2011/36/EU states that support for the victim must be unconditional, since it must be provided regardless of whether it decides to collaborate with the investigations or intends to testify at a trial. However, the explicit reference to Directive 2004/81/EC[60] poses difficulties of interpretation, since such regulation offers the possibility of obtaining residence to those victims who decide to cooperate

[59] Gromek-Broc, K., "EU Directive on preventing and combating trafficking in human beings and protecting victims: Will it be effective?", *Nove et Vetera*, vol. 20, 64, 2011, pp. 227-238, p. 232.

[60] Council Directive 2004/81/EC of 29 April 2004 on the residence permit issued to third-country nationals who are victims of trafficking in human beings or who have been the subject of an action to facilitate illegal immigration, who cooperate with the competent authorities. *Official Journal* L26, 06.08. 2004, p. 19.

with the judicial authorities[61]. In this regard, the Warsaw Convention establishes that, after the restoration and reflection period is over, the victim can obtain a temporary residence permit both for reasons of cooperation with the criminal investigation, or for reasons related to their personal situation.

In this way, the Warsaw provisions point to a concrete and more favourable solution than the Directive. As Eurostat pointed out at the time[62], there is no concrete or reliable data on how many residence permits are granted to victims of trafficking in application of the Directive 2004/81/EC. But it is confirmed that this instrument is often discarded due to the possibility of requesting asylum according the Refugees Convention, as it offers higher expectations to the victims of staying regularly in the EU territory. More recent data submitted by the Commission does not allow to be conclusive on this point. Since only information on 6 Member States is available. These data show that 15% of the victims had a period of reflection, that about 5% obtained a residence permit in application of Directive 2004/81/EC and that 1% sought international protection[63].

Far from obtaining a residence permit and in the absence of other adequate protection measures[64], the victims of trafficking can be finally expelled from the EU territory due to their irregular status. The victim's protection should entail the essential requirement of voluntariness for repatriation. In any case, the human rights approach means that the return of victims of trafficking in human beings should be carried out under security standards. Although with reluctance of some of the negotiating States[65], Article 8 of the THB Palermo Protocol indicates that repatriation should be voluntary and safe. Surely in many cases the repatriation of the victim is not the most advisable measure, especially because of the risk of falling again into the exploitation or for humanitarian reasons. But also due to the little rootedness in the State of origin or in which the victim has his permanent residence permit.

---

[61] *Vid.* Villacampa Estiarte, C., "La nueva Directiva europea…" *cit.,* pp. 13 *et seq*.

[62] EUROSTAT, *Trafficking in Human Beings… cit*., p. 45.

[63] *Vid.* European Commission, *Data collection on trafficking in human beings… cit.,* p. 47.

[64] Heinrich, K. H., "Ten year after the Palermo Protocol: Where are protections for human trafficking victims?", *Human Rights Brief*, 18, 1, 2010, pp.2-5, p.3.

[65] *Vid.* Gallagher, *The International Law of... cit*., p.339.

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 8, janvier-décembre 2020, pp. 467-493
DOI: http://dx.doi.org/10.25267/Paix_secur_int.2020.i8.16

In the European context, the debate on non-voluntary repatriations is not definitively closed. The Warsaw Convention suggests that the return should be "preferably" voluntary[66] and emphasizes that returns should respect the dignity of the victim. In the case of the EU, as indicated by Article 13(2) of Directive 2008/115/EC, after the temporary residence permit has ended, victims in an irregular situation are subject to the immigration regime and therefore their expulsion is feasible[67].

Another group of measures is activated during the judicial process. On the one hand, measures related to access to information and assistance aimed to allowing their opinions and concerns to be examined at different stages of the process. On the other hand, measures to ensure the privacy and confidentiality of the identity of the victim during legal proceedings.

Whether a human rights approach is chosen, protection should necessarily precede persecution. A strong point of the European Directive is the introduction of this perspective by including a clause of non-persecution of victims who have been forced to participate in illegal activities. Although this provision represents an obvious breakthrough, its content is timid and raises some issues that should be amended if the protection of victims is really sought. In the first place, it entails the obligation of the Member States to legislate so that their authorities "can opt" not to judge or condemn the victims. Leaving a wide margin of discretion could eventually lead to remote protection regimes between the different Member States. Second, the Directive does not prohibit the detention of victims. This circumstance makes difficult for the victims to be treated as such, but it also generates distortions in the victim's self-perception as such or reaffirms their misperception. For example, in some cases victims are perceived as immigrants who must pay a debt to their facilitators. In this context, victims often become members of the trafficker criminal group, assuming control and exploitation of other victims. In other cases, the criminal groups themselves involve the victim sharing a small part of the incomes, a fact that implies that they are self-perceived as

[66] Council Of Europe, *Informe explicativo sobre el Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos CETS 197*, 2005, p.32.

[67] Ortega Gómez, "La trata de seres humanos (...)" *cit.*, p.191-192.

accomplices[68]. All these practices increase the likelihood that victims do not want to cooperate with the authorities[69].

The Directive also contains a set of specific measures for the protection of children[70]. Such measures may consist of the appointment of a guardian or legal representative, assistance to the family members of the minor residing in EU territory, the appointment of a representative in the procedures in which the parents may be involved in the exploitation, among others. The report on the transposition of the Directive shows a more than improvable scenario. Indeed, the Commission notes that only six Member States contain specific measures for the protection of minors. Other Member States limit the application of specific measures to those under 14 years of age, obviating that the definition provided by the Directive establishes the limit of 18 years and, in addition, remarks that in case of not knowing the age the minority must be presumed. The need for a good transposition of these provisions is evident, especially if one takes into account that many of the girls who suffer trafficking in the territory of the Union are between 15 and 17 years old[71].

Finally, a brief reference to the measures for compensation for the damages suffered by victim should be made. The THB Palermo Protocol does not establish a specific obligation on this regard. In fact, Article 6 is limited to pointing out that certain provisions should be included in member States regulations. Without further ado, the Legislative Guide remarks that the action of the States could be translated into provisions that allow the exploration of: non-contractual liability through civil law, the imposition of compensation orders or the issuance of sentences for malicious damages linked to criminal

---

[68] EUROJUST, *Strategic project on Eurojust's action against trafficking in human beings*. Den Haag, 2012, p. 16.

[69] EUROPOL, *Trafficking in Human Beings in the European Union*. Den Haag, 2011, p. 11.

[70] *Vid.* Inter alia Gómez Fernández, I. and Pérez González, C., "La protección de los menores de edad víctimas de trata de seres humanos: Derecho internacional, europeo y español". In Alcácer Guirao, R., Martín Lorenzo, M. and Valle Mariscal de Gante, M. (Coords.), *La trata de seres humanos: persecución penal y protección de las víctimas... cit*, pp. 223-263; and Pérez González, C., "La protección de los menores víctimas de la trata de seres humanos: algunas precisiones en torno al principio de diligencia debida", *LEX*, 12, 2014, pp.69-88.

[71] COM (2016) 722final, p. 13.

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 8, janvier-décembre 2020, pp. 467-493
DOI: http://dx.doi.org/10.25267/Paix_secur_int.2020.i8.16

proceedings; as well as the establishment of funds or special plans of State funds[72].

Within the framework of the Council of Europe, the compensation of victims for damages is regulated in more detail in Article 15 of the Warsaw Convention. The obligation to introduce the victim's right to financial compensation is established, either within the criminal process or before the civil jurisdiction. Unfortunately, the Convention only exemplifies with the creation of a State fund for the compensation of the victims, keeping them away from the regime that applies to victims of other crimes, such as terrorism. Regarding to the establishment of procedural rights, it should be added that Article 15 emphasizes the obligation to inform the victims of judicial and administrative procedures at their disposal in an intelligible language. In turn, it provides for measures aimed at ensuring access to free legal aid according to domestic law. These provisions are as important as the establishment of resources, since ignorance or poor advice entail the lack of claim. In the case of the Directive, Article 17 points to the duty of States to guarantee victims' access to "existing compensation regimes for victims of intentionally committed violent crimes". Thus, is not revolutionary at all. This can result in the victim's lack of compensation for the damages suffered, especially since some Member States may not have such regimes.

The evaluation of the transposition of the Directive regarding to all the measures points to divergences - without further ado - and it is inconclusive as to whether Member States have included in their national legislation measures to attend to victims with special needs arising from psychological, physical violence or sexually suffered[73]. Unfortunately, the Commission's report must be read as an imperative need to improve national laws on this point.

V. FINAL REMARKS

Trafficking in human beings is a complex crime that involves organized criminal groups whose main objective is the exploitation of their victims. Practice shows that there is an infinity of *modus operandi*. Thus, sometimes the distinction between trafficking and other crimes may not be an easy task.

[72] UNODC, *Guía legislativa… cit*., p.289.

[73] COM (2016) 722 final, p. 10.

Until the beginning of XXI century, the prevailing approach in the fight against trafficking has been criminal with an obvious lack of results and clear deficiencies in the treatment of victims. Therefore, the complexity of the phenomenon required to incorporate other perspectives including the protection of human rights.

The analysis of some of the instruments applicable in the territory of the European Union regarding the victims reveals that their effective protection still presents numerous deficiencies.

From the protection point of view, the relevance of the THB Palermo Protocol is justified by the introduction of a victim-centred approach in some of its provisions. However, this instrument basically provides generic formulas and contains very few references to specific protection measures. Thus, from the point of view of the victims at the European regional level, the relevance of the THB Palermo Protocol will lie in the influence on the legal instruments to be negotiated after its adoption. Proof of this are the Warsaw Convention and Directive 2011/36/EU adopted respectively within the framework of the Council of Europe and the European Union.

The Warsaw Convention goes one step further than the Protocol on the protection of victims, since it points to specific obligations for the States parties. Standing out regulation in the EU is based on the idea that the protection of victims must be one of the central objectives of the Union's actions against the phenomenon of trafficking. Certainly, the introduction of the rights of the victim in the framework provided by Directive 2011/36/EU must be a source of satisfaction. However, there are still risks of not offering a really effective protection for victims that is to be respectful of their rights. This could be a corollary of the wide margin of discretion left to the Member States in the regulation of protection regimes and measures.

Acting as a priority to the defence of human rights, should involve supporting victims in a truly unconditional manner. On the one hand, this means providing really effective procedures in the early identification of victims to avoid expulsions in the case of irregular migrants. On the other hand, there is a need to modify the residence permit system to be an effective tool for the real recovery of the victim. Finally, new provisions should be introduced to eradicate the wide margin of discretion that Member States currently have regarding the assistance and protection of THB victims. And in any case, the

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 8, janvier-décembre 2020, pp. 467-493
DOI: http://dx.doi.org/10.25267/Paix_secur_int.2020.i8.16

introduction of a human rights approach in the fight against trafficking should mean the protection of victims as one of the central objectives of action in the European Union.

BIBLIOGRAPICAL REFERENCES

ALLAIN, J., *The Law and Slavery*. Martinus Nijhoff, 2015.

ALLAIN, J., *The Slavery Conventions. The Travaux Préparatories of the 1926 League of Nations Convention and the 1956 United Nations Convention*, Martinus Nijhoff Publishers, 2008.

BADIA MARTÍ, A., "Noción jurídica internacional de la trata de personas, especialmente mujeres y niños", in Vargas Gómez-Urrutia, M.; Salinas De Frías, A., (coords.), *Soberanía del Estado y derecho internacional: homenaje al profesor Juan Antonio Carrillo Salcedo*, Universidad de Córdoba - Universidad de Málaga, 2005.

DE LA MATA BARRANCO, N. J., "Delitos de trata de seres humanos y contra la inmigración ilegal, y contra la libertad de indemnidad sexual", in De La Cuesta Arzamendi *et al.*, *Adaptación del derecho penal español a la política criminal de la Unión Europea*, Aranzadi 2017.

CABRERA RODRÍGUEZ, E., "La trata de seres humanos con fines de explotación sexual. La detección e identificación de las víctimes", *Revista de derecho y proceso penal*, 45, 2017, pp. 97-115.

COUNCIL OF EUROPE, *Informe explicativo sobre el Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos CETS 197*, 2005.

DELGADO SANCHO, C.D., "La trata de seres humanos y la inmigración clandestina tras la reforma de la Ley orgánica 1/2015", *Revista Aranzadi Doctrinal*, 8, 2017, pp. 253-271.

DÍAZ BARRADO, C.M., "La lucha contra la trata de seres humanos en la UE: los componentes para una política propia", *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 45, 2013, pp. 461-498.

EMN, *Identification of victims of trafficking in human beings in international protection and forced return procedures (synthesis report)*. European Migration Network Study, 2014.

EUROJUST, *Strategic project on Eurojust's action against trafficking in human beings*, Den Haag, 2012.

EUROPEAN COMMISSION, *Data collection on trafficking in human beings in the EU. Final report – 2018,* Publications Office of the European Union, 2018.

EUROPOL, *Child trafficking for exploitation in forced criminal activities and forced begging*. Den Haag, 2014.

EUROPOL, *Trafficking in Human Beings in the European Union*, Den Haag, 2011.

EUROSTAT, *Trafficking in Human Beings. Statistical working papers.* Publications Office of the European Union, 2015.

FRONTEX, *Annual Risk Analysis*. Warsaw, 2012.

FRONTEX, *Situational Overview on Trafficking in Human Beings*. Warsaw, 2011.

GALLAGHER, A., *The International Law of Human Trafficking*, Cambridge University Press, 2010.

GALLAGHER, A., "Recent Legal Developments in the Field of Human Trafficking: A Critical Review of the 2005 European Convention and Related Instruments", *European Journal of Migration and Law*, 8, 2006, pp.163-189.

GARCÍA VÁZQUEZ, S., "Inmigración ilegal y trata de personas en la Unión Europea: la desprotección de las víctimas", *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 10, 2008, pp. 231-274.

GEDDES, A., "Getting the best of both worlds? Britain, the EU and migration policy", *International Affairs*, 81, 2005, pp.723-740.

GÓMEZ FERNÁNDEZ, I; PÉREZ GONZÁLEZ, C., "La protección de los menores de edad víctimas de trata de seres humanos: derecho internacional, europeo y español", in Alcácer Guirao, R., Martín Lorenzo, M. and Valle Mariscal De Gante, M. (Coords.), *La Trata de seres humanos: persecución penal y protección de las víctimas*, Dykinson, 2015, pp. 223-263.

GÓMEZ LÓPEZ, I; MUÑOZ SÁNCHEZ, E., "Algunas cuestiones en torno al delito de trata de seres humanos en el ordenamiento jurídico espanyol", *Cuadernos de política criminal*, 123, 2017, pp. 213-246.

GONZÁLEZ TASCÓN, M., "La lucha de la Unión Europea contra la trata de seres humanos y sus repercusiones en la legislación penal espanyola", in Andrés Sáenz de Santamaría, P., *Una contribución a la europeización de la ciencia jurídica: Estudios sobre la Unión Europea*, 2019, pp. 451-484.

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 8, janvier-décembre 2020, pp. 467-493
DOI: http://dx.doi.org/10.25267/Paix_secur_int.2020.i8.16

GROMEK-BROC, K., "EU Directive on preventing and combating trafficking in human beings and protecting victims: Will it be effective?", *Nove et Vetera*, vol. 20, 64, 2011, pp. 227-238.

GUILD, E., "Immigration and Criminal Law in the European Union: The Legal Measures and Social Consequences of Criminal Law in Member States on Trafficking and Smuggling in Human Beings", in Guild, E. and Minderhoud, P. (eds.), *Immigration and criminal law in the European Union*, Martinus Nijhoff, 2006, pp. 1-7.

HEINRICH, K. H., "Ten year after the Palermo Protocol: Where are protections for human trafficking victims?", *Human Rights Brief*, 18, 1, 2010, pp.2-5.

JORDANA SANTIAGO, M., La lucha contra la trata en la UE: los retos de la cooperación judicial penal transfronteriza, *Revista CIDOB d'Afers Internacionals*, 111, 2015, pp. 57-77.

LLORENTE SÁNCHEZ-ARJONA, M., "Las víctimas en el espacio judicial europeo: estudio de la Directiva 2012/29/UE, de 25 de octubre de 2012", *REJ – Revista de Estudios de la Justicia*, 22, 2015, pp.119-141.

MENESES FALCÓN, C., "¿Por qué se identifican tan pocas víctimas de trata de seres humanos?" *Revista de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales- ICADE,* 107, 2019.

MILANO, V., "Protección de las víctimas de trata con fines de explotación sexual: Estándares internacionales en materia de enfoque de derechos humanos y retos relativos a su aplicación en España", *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 32, 2016.

MORENO URPÍ, A., "La acción judicial y la modelación de la definición de la trata de seres humanos: ¿Esclavitud moderna o fenómeno con entidad propia? Reflexiones a la luz de la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos Rantsev v. Chipre y Rusia", *La creación judicial del Derecho y el diálogo entre jueces*. Universidad Autónoma de Barcelona, 2017.

MORENO URPÍ, A., "Las víctimas de la trata de seres humanos en Europa y la acción de las agencias ELSJ", in BLASI CASAGRAN, C. y ILLAMOLA DAUSÀ, M., *El control de las agencias del Espacio de Libertad,Seguridad y Justicia : contrapeso necesario a su autonomía* , Marcial Pons, 2017, pp. 177-190.

ORTEGA, M., "La trata de seres humanos en el derecho de la Unión Europea", in DONAIRE, F.J. y OLESTI, A. (coords.), *Técnicas y ámbitos de coordinación en el espacio de libertad, seguridad y justicia*. Marcial Pons, 2015, pp. 181-196.

PÉREZ ALONSO, E.J., "Política legislativa y criminal de la Unión Europea contra la trata de seres humanos", in MERCADO PACHECO, P. *et al.*, *Formas contemporáneas de esclavitud y derechos humanos en clave de globalización, género y trata de personas*, Tirant lo Blanch, 2020, pp. 647-678.

PÉREZ GONZÁLEZ, C., "La protección de los menores víctimas de la trata de seres humanos: algunas precisiones en torno al principio de diligencia debida", *LEX*, 12, 2014, pp.69-88.

RAFFAELLI, R., "The European Approach to the Protection of Trafficking Victims: The Council of Europe Convention, the EU Directive and the Italian Experience", *German Law Journal*, 10, 3, 2009, pp.205-222.

REINA PEÑAS, M., "Análisis del fenómeno de la trata de personas desde la perspectiva de los derechos humanos", *Revista de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales- ICADE,* 107, 2019.

ROTH, V., *Defining Human Trafficking and Identifying Its Victims*. Martinus Nijhoff, 2012.

SANCHEZ DOMINGO, MB. "Prevención y lucha contra la trata de seres humanos en el Derecho penal" in Jimeno Bulnes, M., *Aproximación legislativa versus reconocimiento mutuo en el desarrollo del espacio judicial europeo: una perspectiva multidisciplinar*, JM. Bosch, 2016, pp. 347-392.

SCARPA, S., *Contemporary forms of Slavery*. Study of the European Parlament, 2018.

SCARPA, S., *Trafficking in Human Beings: Modern Slavery*. Oxford University Press, 2008.

SCHERRER, A., *Detecting and protecting victims of trafficking in hotspots. Ex-post evaluation*. European Parliamentary Research Service, 2019.

TORRES ROSELL, N. y VILLACAMPA ESTIARTE, C. "Protección jurídica y asistencia para víctimas de trata de seres humanos", *Revista General de Derecho Penal*, 27, 2017.

UNODC, *Guía legislativa para la aplicación del Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños*, 2004.

VAN DER WILT, H., "Trafficking in Human Beings: A modern form of slavery or a transnational crime?", *ACIL Research Paper*, 07, 2014.

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 8, janvier-décembre 2020, pp. 467-493
DOI: http://dx.doi.org/10.25267/Paix_secur_int.2020.i8.16

VAN SLIEDREGT, E., "The dual criminality requirement", in Keijzer, N., and Van Sliedregt, E. (eds.), *The European Arrest Warrant in practice,* T.M.C. Asser Press, 2009, p. 51-70.

VILLACAMPA ESTIARTE, C. y TORRES ROSELL, N., "Trata de seres humanos para explotación criminal: Efectos sufridos por las víctimas a su paso por el sistema de justicia penal", in Mercado Pacheco, P. *et al.*, *Formas contemporáneas de esclavitud y derechos humanos en clave de globalización, género y trata de personas*, Tirant lo Blanch, 2020, pp. 731-758.

VILLACAMPA ESTIARTE, C., "El delito de trata de seres humanos en derecho penal español tras la reforma de 2015", in Pérez Alonso, E.J. *et al.*, *El derecho ante las formas contemporáneas de esclavitud*, Tirant lo Blanch 2017, pp. 447-467.

VILLACAMPA ESTIARTE, C., "La nueva directiva europea relativa a la prevención y a la lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas. ¿Cambio de rumbo de la política de la Unión en materia de trata de seres humanos?", *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 14, 2011, pp.1-52.

VILLACAMPA ESTIARTE, C., *El delito de trata de seres humanos. Una incriminación dictada desde el derecho internacional*. Cizur Menor, Thomson-Aranzadi, 2011

ZUÑIGA, L., "Trata de Seres Humanos y criminalidad organizada transnacional:problemas de política criminal desde los derechos humanos", *Estudios penales y criminológicos*, 38, 2018, pp.361-408.

AGORA

PAIX ET SÉCURITÉ INTERNATIONALES
Journal of International Law and International Relations
Num 8, janvier-décembre 2020 | ISSN 2341-0868
DOI http://dx.doi.org/10.25267/Paix_secur_int.2020.i8.17

Citation: LAZARI, A.: "Las redes y el *écart*: reflexiones en torno a *El Estado de Derecho y la Unión Europea*", *Paix et Sécurité Internationales*, num. 8, 2020, pp. xx-xx.

Received: 2 August 2019.
Accepted: 23 October 2020.

LAS REDES Y EL *ÉCART*: REFLEXIONES EN TORNO A *EL ESTADO DE DERECHO Y LA UNIÓN EUROPEA*

Antonio LAZARI[1]

I. IDENTIDADES Y ESTADO DE DERECHO: PRÓLOGOS DE COMPLEJIDAD – II. ¿EL ESTADO DE DERECHO COMO ENGRANAJE DE LA IDENTIDAD CONSTITUCIONAL EUROPEA? – III. EL ESTADO DE DERECHO SUPRANACIONAL COMO *GROVIGLIO (MARAÑA)*: ELABORACIÓN DEL NUEVO PRINCIPIO EUROPEO DE INTERLEGALIDAD – IV. ORIGEN Y CONSOLIDACIÓN DEL GROVIGLIO – V. INTERACCIÓN ENTRE EL ESTADO DE DERECHO Y DEMOCRACIA A NIVEL JURÍDICO: *ÉCARTS* NEGATIVOS Y POSITIVOS – VI. INTERACCIÓN ENTRE EL ESTADO DE DERECHO Y DEMOCRACIA A NIVEL POLÍTICO: *ÉCARTS* NEGATIVOS Y POSITIVOS – VII. EL ESTADO DE DERECHO COMO REGLA DE CONVIVENCIA

RESUMEN: En el periodo actual caracterizado por las fuertes tensiones entre un paradigma nacionalista e iliberal y la propia idea de «Unión mediante el Derecho» asume una dimensión central el principio del Estado de Derecho. Para configurarse como norma de convivencia de la sociedad europea este principio ha de ser reelaborado en la doble dirección de tensión dialéctica con las normas democráticas, por un lado, y de comparación dialéctica con las «tradiciones constitucionales comunes», por el otro. El presente ensayo pretende analizar tales cuestiones identitarias mediante la nueva metodología del *écart*.

PALABRAS CLAVE: Estado de Derecho, democracia, valores de la Unión Europea, identidad constitucional, identidad europea, derecho comparado.

NETWORKS AND *ÉCART*: REFLECTIONS ON *EL ESTADO DE DERECHO Y LA UNIÓN EUROPEA*»

ABSTRACT: In the current period of strong tensions between a nationalist and illiberal paradigm and the very idea of «Union by law» the principle of the rule of law assumes a central dimension. In order to be configured as a rule of European society's cohabitation, this principle has to be reworked in the dual direction of dialectical tension with democratic norms, on the one hand, and of dialectical comparison with «common constitutional traditions», on the other. This essay aims to analyse these

[1] Associate Professor (Profesor Titular) of International Law, Universidad Pablo de Olavide, Sevilla, Spain alazari@upo.es.

identity issues using the new *écart* methodology.

KEYWORDS: rule of law, democracy, values of the European Union, constitutional identity, European identity, comparative law.

RÉSEAUX ET ÉCART: RÉFLEXIONS SUR «*EL ESTADO DE DERECHO Y LA UNIÓN EUROPEA*»

RESUME: Dans la période actuelle caractérisée par les fortes tensions entre un paradigme nationaliste et intolérant et l'idée même de « l'Union par le droit » prend une dimension centrale le principe de l'État de droit. Pour être configuré comme une règle de coexistence de la société européenne, ce principe doit être retravaillé dans la double direction de la tension dialectique avec les normes démocratiques, d'une part, et de la comparaison dialectique avec les «traditions constitutionnelles communes», d'autre part. Cet essai vise à analyser ces questions d'identité à l'aide de la nouvelle méthodologie de l'«écart ».

MOTS CLES: État de droit, démocratie, valeurs de l'Union européenne, identité constitutionnelle, identité européenne, droit comparé.

I. IDENTIDADES Y ESTADO DE DERECHO: PRÓLOGOS DE COMPLEJIDAD

La lectura de algunas obras adquiere mayor envergadura y prestigio con el paso del tiempo. El volumen colectivo *Estado de derecho y Unión Europea*, **editado en 2018, por la editorial Tecnos, con la dirección de D. J. Liñán Nogueras y P. J. Martín Rodríguez**[2] está entre ellas fundamentalmente por dos razones: la primera por la completitud sustancial de los campos investigativos abordados y la calidad de los docentes involucrados en esta iniciativa de epicentro granadino, y la segunda por la metodología empleada en todas las contribuciones. Una de las ideas-fuerza subyacente en el libro colectivo es que el principio del Estado de derecho funciona como una regla compleja, un haz de normas[3]. Asume progresivamente sustancia real con el paso del tiempo, porque algunos eventos recientes elevan al Estado de Derecho a bastión imprescindible de la propia identidad de la Unión, más allá incluso de la provincia iusinternacionalista, y del Derecho en general[4].

[2] *Estado de derecho y Unión Europea*, dirigido por D.J. Liñán Nogueras - P.J. Martín Rodríguez, Tecnos, Madrid, 2018.

[3] En el territorio académico español, por últimos, Martín y Pérez de Nanclares, J., «La Unión Europea como Comunidad de Valores: A vueltas con la crisis de la democracia y del Estado de derecho», en *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 43, 2019, pp. 121-159; Villegas, C., «El Estado de Derecho en el ámbito internacional y el imperio de la ley en las relaciones internacionales: tendencias, retos y desafíos», *Revista Electrónica Estudios Internacionales*, 2017, pp. 56-76, disponible en DOI: 10.17103/reei.33.01.

[4] «This is the main undertaking of the EU in this phase of the integration, foreshadowing its more appealing and promising horizon: the EU as the guardian of the law, not just EU

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 8, janvier-décembre 2020, pp. 497-549
DOI: http://dx.doi.org/10.25267/Paix_secur_int.2020.i8.17

Inspira, por tanto, una profunda reflexión acerca del significado de la concepción compleja del Estado de Derecho, que aquí trataremos de desgranar también desde el prisma del Derecho Comparado.

La mayoría de las reflexiones que constelan esta imprescindible obra reconoce una diferente visión cultural del Estado de Derecho en las tradiciones culturales nacionales. La *rule of law* anglosajona[5] no es traducible *tout court* con *Etat de droit*[6], que a su vez no significa exactamente coincidente con el «imperio de la ley». Son reflexiones – todas estas - que lleva a la palestra del Derecho de la Unión la necesaria importancia de la ciencia comparativa[7]. El hilo de la complejidad del Estado de Derecho se puede desenmarañar gracias al empleo de herramientas conceptuales comparativas, que terminan por subrayar también aspectos críticos asociados al principio analizado en el libro.

En efecto, el principio del Estado de Derecho manifiesta recientemente inquietantes grietas, por ejemplo, en el control político democrático *ex ante* y de legalidad judicial *ex post* respecto a muchas medidas económicas financieras adoptadas en el periodo de crisis post-2008 o en la posible reacción ante ciberataques llevados a cabo contra instituciones públicas o privadas de un Estado o de un grupo de Estados. El libro tiene el clarísimo mérito de evitar caer en el manierismo jurídico, con el que a menudo se han discernido los «buenos» principios, estigmatizando, en cambio, las «malas» conductas. Una saludable dosis de espíritu crítico recorre las páginas de «Estado de Derecho y Unión Europea», llegando de ninguna manera a poner en tela de juicio el principio, como en otras ocasiones, desde otros ángulos ideológicos se ha efectuado[8].

---

law, but the law independently from its content, provenance or effect»; así Peirone, F., *The Guardian Of The Law. The EU Rule Of Law And The Member States' Corruption Challenges*, Jean Monnet Working Paper 6/18.

[5] Cfr. Dicey, A.V., *Introduction to the Study to the Law of the Constitution*, Oxford University Press, Oxford, 2013.

[6] Cfr. Duguit, L., *Traité de droit constitutionnel*, 1923, t. III, Gallica, Paris, p. 587 ; Hauriou, M., *Précis de droit administratif*, Recueil Sirey, Paris, 1914, p. 36.

[7] *Ex multis* Gosalbo Bono, R., «The significance of the rule of law and its implications for the European Union and the United States», *Univ. Pittsburgh Law Review*, 72, 2010, p. 360.

[8] La literatura sobre el tema es infinita, pero imprescindible es la lectura de Mangas Martín, A., *Humanización, democracia y Estado de derecho en el ordenamiento internacional,* discurso de recepción de la académica de número, Sesión del 8 de abril de 2014, Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, Madrid, 1-218. Extremadamente fascinantes son las lecturas deconstructivas sobre el tema realizadas, por ejemplo, por: AA.VV., *Lo stato di diritto. Storia,*

El Estado de Derecho constituye un elemento integrante de un tejido jurídico y político y componente sustentante de la arquitectura cultural de las democracias liberales, que hasta ahora todos los juristas y políticos daban por descontado en nuestro entorno. No existe un Estado de Derecho europeo al margen de las tradiciones culturales nacionales, ni existe un Estado de Derecho de la Unión al margen del diálogo con sus contiguas instituciones del Consejo de Europa[9].

Por otro lado, la continua, machacona apelación a las identidades nacionales (constitucionales o culturales) conducentes hacia la exclusión del Otro, como manifiestamente evidenciado por una lectura - incluso rápida – de los programas nacionales de UKIP en ocasión del denominado Brexit, del Frente Nacional liderado por Le Pen (primero padre, y luego hija), por la Lega de Salvini, los partidos al gobierno en Polonia, Hungría y Eslovaquia, al margen del ascenso del trumpismo y de la democracia iliberal de la India, Brasil y Rusia, desembocan en el vasto delta cultural del pensamiento único nacionalista: Nosotros (franceses, ingleses, italianos, polacos, húngaros, eslovacos, estadounidenses, indios y rusos) primeros[10]. A este paradigma de factura simplista se contraponen algunos valores identitarios que pueden quedar obsoletos o inadecuados justo porque complejos, pluralistas, ligados a procedimientos farragosos y, a veces, lejanos del terreno de la ciudadanía. Uno de ellos es el Estado de Derecho, cuya dimensión real está emergiendo en toda su amplitud recientemente[11]. En el último lustro, en

teoria, critica, editado por P. Costa – D. Zolo, Feltrinelli, Milano, 2003; Bussani, M., *Il diritto dell'Occidente. Geopolitica delle regole globali*, Einaudi, Torino, 2010; Kennedy, D, *The Dark Side of Virtue: Reassessing International Humanitarism*, Princeton University Press, Princeton, 2004, traducido al español en *El lado oscuro de la virtud*, Almuzara, Córdoba, 2007, p. 33.

[9] En las «Medidas para el refuerzo del Estado de Derecho en la Unión Europea: mayor sensibilización, un ciclo de seguimiento anual y una aplicación más eficaz», publicado por la Comisión Europea el 18 de julio de 2019 la misma institución afirma muy significativamente: «Con objeto de promover una cultura del Estado de Derecho común en toda Europa, la Comisión estudiará la posibilidad de poner en marcha un acto anual específico para el **diálogo** con la sociedad civil. [...] La Comisión reforzará la **cooperación con el Consejo de Europa y otras organizaciones internacionales, así como con las redes judiciales y los parlamentos nacionales.** La Comisión pide al Parlamento Europeo, al Consejo y a los Estados miembros que participen plenamente en este proceso» [Énfasis añadido].

[10] Reveladora es también la lectura del manifiesto de *Géneration identitaire*, disponible en https://www.youtube.com/watch?v=kqybsUqkOWs. Cfr. Cohen E; Stanley J, «El nacionalismo blanco de Donald Trump», *El País*, 17 de octubre 2020, p. 11.

[11] Cfr. Adamski, D., «The Social Contract of Democratic Backsliding in the "New EU" Countries», *Common Market Law Rev.* 2019, 56, pp. 623–666.

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 8, janvier-décembre 2020, pp. 497-549
DOI: http://dx.doi.org/10.25267/Paix_secur_int.2020.i8.17

efecto, un principio de origen y funcionamiento delimitado por y en el recinto nacional va adquiriendo una relevancia absolutamente inesperada. De principio presente en el preámbulo del Convenio Europeo de los Derechos Humanos y que durante décadas había sido asumido potencialmente en el patrimonio constitucional europeo ha pasado a ser un elemento vertebrador real, efectivo de la Unión Europea actual [ya solo las citas en las recientes sentencias del TJUE y del TEDH en los últimos cinco años se han disparado exponencialmente (nueve de las últimas catorce decisiones de la Gran Sala del TEDH falladas en el año 2018 hacen expresa referencia a este principio que el mismo tribunal de Estrasburgo tendía al principio a confundir con el principio de democracia)]. De principio supranacional en potencia a vector jurídico esencial de la Unión Europea en acto[12]. Queda por ver qué es realmente el Estado de Derecho en la Unión Europea y en el espacio jurídico europeo[13], frente a la tentación de cerrar culturas e identidades[14].

II. ¿EL ESTADO DE DERECHO COMO ENGRANAJE DE LA IDENTIDAD CONSTITUCIONAL EUROPEA?

Ya en la «Presentación» de la obra los dos directores advierten y evidencian la oportunidad de una discusión acerca de un tema tan relevante para la construcción de una identidad jurídica europea, recalcando que tal obra ha sido el fruto

[12] La Comisión ha presentado en el documento arriba mentado iniciativas concretas agrupadas en torno a tres pilares: promoción de una cultura del Estado de Derecho; prevención de problemas relacionados con el Estado de Derecho; respuesta eficaz a las violaciones del Estado de Derecho «Medidas para el refuerzo del Estado de Derecho en la Unión Europea: mayor sensibilización, un ciclo de seguimiento anual y una aplicación más eficaz». En ello se lee que «el proyecto europeo depende del respeto constante del Estado de Derecho. Se trata de un requisito previo para que los ciudadanos disfruten de sus derechos en virtud de la legislación de la UE y para que haya una confianza mutua entre los Estados miembros». El vicepresidente primero Frans Timmermans ha declarado: «El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha reiterado recientemente que el Estado de Derecho es esencial para el funcionamiento de la UE. Su importancia también es reconocida por una abrumadora mayoría de los ciudadanos de la UE. No obstante, en los últimos cinco años ha sido objeto de ataques de diverso tipo».

[13] Cfr. Von Bogdandy, A., «La transformación del derecho europeo: el concepto reformado y su búsqueda de la comparación», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 201654, 441-471.

[14] Cfr. Closa C; Kochenov D; Weiler J.H.H, *Reinforcing Rule of Law Oversight in the European Union*, RSCAS 2014/25, Robert Schuman Centre for Advanced Studies Global Governance Programme-87.

de un proceso cognitivo de amplio y largo espectro, «más allá del análisis de la repercusión inmediata y concreta de estos nuevos desafíos» (pag. 15). Desde las primeras reflexiones esgrimidas por uno de los mejores juristas de este país del siglo XX, Francisco Rubio Llorente (q.e.p.d.), y por el Abogado General Campos Sánchez-Bordona se despliegan nuevos horizontes e interrogantes en la compleja traslación de un concepto hasta hace pocas décadas inexorablemente unido a la vida social y jurídica interna al Estado. De la lectura de este trabajo colectivo e interdisciplinar rezuman más dudas que certezas, como acertadamente apunta el Abogado General del Tribunal de Justicia, Manuel Campos Sánchez- Bordona.

Se trata hoy en día de perplejidades incluso necesarias en la medida en que frente a los desafíos identitarios nacionales la Unión Europea está destinada a dotarse de utillajes siempre más alejados de los cánones obsoletos y excluyentes del Estado nación, para abarcar conceptos radicados en concepciones distintas de las típicas categorías jurídicas. Y un cierto sentido de inquietud atraviesa las sugestivas aportaciones que componen el libro, que van desde el *caveat* lanzado por Liñán Nogueras sobre la desnaturalización y generalización del concepto de Estado de Derecho a la toma de conciencia de una aparente contradicción entre su capacidad incisiva y su escasa dimensión aplicativa.

Hace constar el prof. Rubio Llorente que desde las sentencias Elfes de 1957 y Lüth de 1958 «los Derechos Fundamentales son expresión del sistema de valores que sirven de fundamento a la Ley Fundamental y, en consecuencia, no son solo derechos subjetivos frente al Estado, sino principios objetivos del ordenamiento jurídico con plena eficacia en el seno de las relaciones sociales u horizontales» (pag. 33). De esta manera, «el juez se convierte en el poder más alto dentro del Estado y la *countermajoritarian objection*, que se fundamenta en la legitimidad democrática del legislador, pierde su razón de ser» (pag. 34). A contraluz se puede leer la posible contradicción entre los postulados del principio democrático institucionalizado en la figura del Parlamento, por un lado, y la figura del juez como bastión del Estado de Derecho, por otro. De aquí la renovada importancia y función del juez en la protección de esta tipología de derechos en la consecución de un renovado concepto de Estado de Derecho. Se trata de una argumentación profunda que va a afectar los nervios del Estado postmoderno y que encuentra una aplicación judicial en las recientes sentencias sobre la identidad nacional, consagrada por el art. 4.2 TUE.

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 8, janvier-décembre 2020, pp. 497-549
DOI: http://dx.doi.org/10.25267/Paix_secur_int.2020.i8.17

He aquí uno de los pasajes neurálgicos de la investigación hilvanada por Liñán Nogueras sobre el desanclado del Estado de derecho desde su hábitat estatal. De ser realizable tal operación conceptual, habría que verificarse hasta qué punto es posible prescindir del tejido constitucional, que vivifica y hace posible el desarrollo del Estado de derecho nacional[15]. «This is the question!» La prolongación casi natural del Estado (de Derecho) se consume en el terreno ultraestatal tras la segunda Guerra Mundial, pues la crisis de la propia figura del Estado genera principios limitadores de la soberanía absoluta decimonónica. La cuestión reside en las modalidades del trasplante en el terreno supranacional, se halla en el *groviglio (maraña)*[16], en el entrelazamiento de las cuerdas constitucionales con los hilos internacionalistas.

«En pocas palabras: el camino seguido en el caso de la UE es justo el contrario que el que ha presidido la 'internacionalización' clásica del Estado de Derecho que se inició en Naciones Unidas a principio de la segunda década del siglo» (pag. 51). La operación conceptual, acometida *in primis* por el Tribunal de Justicia, ha consistido en la progresiva y lenta edificación de una Comunidad de Derecho, presidida en el principio de Estado de Derecho.

Este elemento apunta a la posibilidad de traslación conceptual solo en ámbitos institucionales y políticos análogos al sistema constitucional ínsito en el actual proceso comunitario europeo, aserto luego profundizado por el trabajo de Augusto Piqueras en la teoría del isomorfismo (pag. 338 ss.). Esta doble ecuación según la cual si no existe un entorno constitucional no se dan las condiciones para la implantación del Estado de derecho y si, al contrario, cuando emerjan los elementos propios de un sistema constitucional hay Estado de derecho, ha sido tildada por Liñán Nogueras de simplista y discutible. La cuestión no es completamente nueva en los terrenos del Derecho Comparado, donde desde hace décadas los juristas se interrogan acerca del alcance efectivo de los trasplantes jurídicos. A quien, como

[15] Cfr. Walker, N., «Postnational Constitutionalism and the Problem of Translation», *European Constitutionalism beyond the State*, editado por J.H.H. Weiler y M. Wind, Cambridge, Cambridge University Press, 2003, pp. 27-29.

[16] Nos referimos a la teoría antropológica esgrimida por Remotti, F., *Somiglianze. Una via per la convivenza*, Editori Laterza, Bari, 2019, donde se demuestra la necesidad de afrontar el tema identitario desde una perspectiva dialógica y pluralista. Del mismo autor imprescindibles es la lectura de los escritos *Contro l'identità*, Laterza, Bari, 1997; y *L'ossessione identitaria*, Laterza, Bari, 2010.

Alan Watson[17], había inicialmente propendido por una visión estático-mecánica de dichos trasplantes y, por consiguiente, razonaba en términos de clasificación rígida de las taxonomías de las familias jurídicas[18], se han contrapuesto estudiosos que han apostado por una tesis dinámica del estudio de las interferencias, de las conexiones entre tradiciones[19]. Patrick Glenn habla, en efecto, de LAN (*Local Area Network*), entendido como nudos, *groviglio* de interconexión de tradiciones legales[20]: «this intersection of inheritance and alteration as the creation of a network [..] adherents to a tradition constitute a local area network [LAN] of information [...] and it is a network because the exchange of information is a constant and ongoing process»[21].

Claramente también en la Unión Europea se habla de ámbitos jurídicos y políticos distintos: nacional y supranacional. El principio del Estado de Derecho en el segundo sentido se ha desarrollado solo recientemente y no figura entre los pilares sustentantes *ab urbe condita*. Su inicial formulación en el Tratado de Maastricht, referida principalmente a las relaciones con Estados terceros, su siguiente reformulación en el Tratado de Ámsterdam respecto a un ajuar constitucional común, que rige dentro de los Estados miembros, y su faceta sancionadora contemplada en el art. 7 del mismo tratado inducen a pensar que este principio y su indefinición formen parte de un proceso de constitución identitaria de la Unión efectuada mediante las reelaboración y contribución del

---

[17] Watson, A., *Evolution Of Western Private Law,* Johns Hopkins University Press, 2001, p. 123.

[18] La operación lógica y política consistía, en definitiva, en clasificar familias jurídicas, separando y excluyendo posibles interferencias espurias. Sobre este fascinante tema cfr. M. Aime, *Classificare, separare, escludere. Razzismi e identità*, Piccola Biblioteca Einaudi, Torino, 2020. Cfr. Amselle, J.L., *Logiche meticce. Antropologia dell'identità in Africa ed altrove*, Bollati, Boringhieri, Torino, 1999.

[19] Imprescindibles son las aportaciones de Glenn, H.P., «Doin' the Transsystemic: Legal Systems and Legal Traditions», *McGill Law Journ*., 2005, 50, pp. 863-898; Mattei, U. – Monateri, P.G., *Introduzione breve al diritto comparato*, Cedam, Padova, 1997, pp. 52 ss.; Mattei, U., «Three Patterns of Law: Taxonomy and Change in the World's Legal System», *Amer. Journ. Comp. Law,* 1997, December, pp. 5-42; Siems, M., *A Network-Based Taxonomy of the World's Legal Systems*, Durham Law School, Working Paper, March 2014.

[20] Cfr por último Donald, D., *Legal System Network Effects and Global Legal Development*, (2020) 10 *Notre Dame J. Inter &Compar. Law*, pp. 267-306.

[21] Glenn, H.P., *Legal Traditions of the World: Sustainable Diversity in Law*, Oxford University Press, Oxford, 2010, 4th ed., pp. 15-16.

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 8, janvier-décembre 2020, pp. 497-549
DOI: http://dx.doi.org/10.25267/Paix_secur_int.2020.i8.17

patrimonio constitucional común[22]. En pocas palabras, en un primer momento la inclusión del Estado de Derecho en los recientes tratados de la UE testimonia sí un giro sustancial hacia una constitución identitaria europea, en todos los sentidos individualizados por Weiler en «*The Constitution of Europe*»[23], pero indica también que tal inclusión todavía permanecía hasta hace muy poco tiempo a nivel potencial. Esta sensación se refuerza por la propia indefinición del concepto y de los sujetos llamados a determinar el contenido de este principio exigido a los Estados miembros. En la actual redacción del vigente Tratado de Lisboa la nota novedosa radica en la asunción del Estado de Derecho en términos idiosincrásicos de la Unión Europea: es uno de sus valores y la vez es un principio común a sus Estados miembros. Esta dualidad propia de la identidad de la Unión que se nutre de un patrimonio constitucional común a sus componentes se despliega en la dúplice dimensión del principio de Estado de Derecho como internacionalización *ad extra* y transnacionalización *ad intra*. «De un lado se establece como un principio exigible a los Estados miembros del sistema y se promociona y exige a Estados terceros. De otro, el principio que se contempla como común a las tradiciones constitucionales comunes de sus Estados miembros se incorpora al Derecho de la Unión Europea como principio informador y organizativo» (pag. 62). Así las cosas, la dualidad de la noción y función del Estado de Derecho existe y la jurisprudencia del TJUE en el dictamen 2/13 de 2014[24] y la sentencia Kadi de 2008[25] la corrobora, pero su sistematización teórica es discutida y compleja. En mi opinión, tal dualidad, cuya existencia no se refuta, se ha de enmarcar en una visión compleja del paradigma comunitario europeo que intrínsecamente se alimenta y basa en los sistemas jurídicos y en las tradiciones constitucionales comunes, como evidenciado por y en los primeros seis artículos del Tratado de Lisboa. La distancia real entre la construcción conceptual del Estado de Derecho simplemente autonomista y un

[22] PIZZORUSSO, A., *Il patrimonio costituzionale europeo*, Il Mulino, Bologna, 2002.

[23] WEILER, J.H.H. *The Constitution of Europe: «do the New Clothes Have an Emperor ?», and Other Essays on European Integration*, Cambridge University Press, Cambridge, 2000.

[24] Dictamen 2/13 de 2014, ECLI:EU:C:2014:2454.

[25] Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 3 de septiembre de 2008, Yassin Abdullah Kadi y Al Barakaat International Foundation contra Consejo de la Unión Europea y Comisión de las Comunidades Europeas, Asuntos acumulados C-402/05 P y C-415/05 P, 2008 I-06351, ECLI:EU:C:2008:461. Interesante es el ensayo de MARTINICO, G., «Building Supranational Identity: Legal Reasoning And Outcome In Kadi I And Opinion 2/13 Of The Court Of Justice», *Italian Journal Of Public Law*, Vol. 8 Issue 2/2016, pp. 235-267.

Estado de Derecho sustentado por la linfa constitucionalista/axiológica se puede medir en la progresiva «complejización» de las argumentaciones esgrimidas en la decisión Kadi y los razonamientos presentes en Costa c. Enel de 1964. Mientras en la primera sentencia la edificación de un nuevo ordenamiento jurídico radicaba en la afirmación de un principio de primacía absoluto en un ordenamiento *sui generis* autónomo e independiente; en la segunda se razona ya en términos complejos de ordenamientos interrelacionados, regidos por criterios críticos de primacía condicionada y nutriéndose de las tradiciones constitucionales comunes.

El paradigma jurídico y político de la Unión es consustancialmente comparativo, en la medida en que precisa siempre de la interacción y/o el diálogo con sus correspondientes interlocutores estatales. Ello no significa que cualquier concepto o valor de la Unión esté plagiado desde una suerte de patrimonio común estatal, sino más bien que la construcción identitaria europea surge de una sociedad caracterizada por el pluralismo jurídico y por el consiguiente principio básico de interdependencia. Si el TJUE pone a todas luces de manifiesto en todas sus determinaciones el fundamento de la autonomía institucional y jurídica de la Unión, creo también que por parte del mismo TJUE y de la mayoría de los intérpretes de tal jurisprudencia no se pone en valor el correspondiente movimiento comparativo de interdependencia. Advierte la profundidad de esta temática, si bien desde otra perspectiva, el propio Liñán Nogueras allí donde se pregunta si «el propio Tribunal ha construido una noción 'autónoma' del Estado de Derecho y de sus convivencias con las definiciones del Estado de Derecho en los ámbitos constitucionales internos» (pag. 65). Recientemente, se mueven en esta trayectoria interdependiente y sistémica algunos escritos elaborados por la doctrina más atenta al estudio de los valores de la Unión[26].

Vuelve a la cuestión preliminar definitoria Ana Salinas de Frías. Coincide la catedrática de Málaga con las consideraciones formuladas *mutatis mutandis* por Liñán Nogueras en el aserto de que el Estado de derecho, más que como categoría teórica unívoca y omnicomprensiva, «parece tratarse de una denominación común bajo la cual se agrupan una serie de principios fundamentales indispensables para la convivencia pacífica en el seno de toda sociedad constitucional democrática contemporánea» (pag. 91).

En primer lugar, Salinas se pregunta si en el seno del Consejo de Europa la equiparación de fórmulas lingüísticas traducibles con la expresión «Estado de

[26] Martín y Pérez de Nanclares, J., «La Unión Europea como Comunidad de Valores...» *cit.*, p.150.

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 8, janvier-décembre 2020, pp. 497-549
DOI: http://dx.doi.org/10.25267/Paix_secur_int.2020.i8.17

derecho» sea correcta. Es un argumento evidentemente relacionado con la ciencia iuscomparativa, que ha sido prolífica y profusamente tratado por Legrand[27] y Harlow[28], llegando a la conclusión que el esfuerzo armonizador universal esconde *mentalités* o *deep structures* distintas y, a veces, contrapuestas[29].

Y aquí el hilo conductor del libro se desarrolla en el estudio «El Estado de Derecho en el sistema institucional de la Unión Europea: realidades y desafíos», firmado por Paz Andrés Sáenz de Santa María. A mi parecer, absolutamente fascinante –e incluso imprescindible– es la parte de la contribución que aborda la relación entre la gobernanza económica y el eje institucional del Estado de Derecho. La realidad del funcionamiento institucional principalmente en el ámbito económico se ve alterado inevitablemente en vía general por la influencia generada en la Comisión o por el Consejo Europeo, y, en un sentido más específico, por el Eurogrupo y las Cumbres del Eurogrupo. Esta nueva dinámica, conculcando el equilibrio institucional, contribuye –como no duda en recalcar la profesora de la Universidad de Oviedo– a la desinstitucionalización de la Unión. El propio Tribunal General lo pone de manifiesto en la sentencia Mallis y otros c. Comisión Europea[30] y así lo confirma el Tribunal de Justicia en casación en 2016[31]. La opacidad respecto al papel del Eurogrupo y su escaso grado de sometimiento al control parlamentario, por otro lado, había sido denunciado por una Resolución de marzo 2014 por el propio Parlamento Europeo.

Otro riesgo que entreve este trabajo radica en la proliferación de actos atípicos y su impugnabilidad, como se evidencia a todas luces en el famoso caso Gauweiler de 2015. Me remito literalmente, así como hace este capítulo, a las palabras del Abogado General Cruz Villalón: de no existir algún tipo de control a la publicación en su página web de una rueda de prensa de la realización del Programa OMT, «el

---

[27] Legrand, P., *Le droit comparé*, PUF, París, 1999.

[28] Harlow, C., «Voices of Difference in a Plural Community», *The American Journal of Comparative Law*, 2002, 50, pp. 339-367.

[29] Cfr. Palombella, G., «The Rule of Law and its Core», en *Relocating the Rule Law*, editado por G. Palombella – N. Walker, Oxford University Press, Oxford, 2009, espec. p. 26.

[30] Auto del Tribunal General (Sala Primera) de 16 de octubre de 2014, Konstantinos Mallis y Elli Konstantinou Malli contra Comisión Europea y Banco Central Europeo (BCE), Asunto T-327/13, ECLI:EU:T:2014:909.

[31] Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 20 de septiembre de 2016, Ledra Advertising Ltd y otros contra Comisión Europea y Banco Central Europeo, Asuntos acumulados C-105/15 P a C-109/15 P, ECLI:EU:C:2016:701.

sistema de actos y de control judicial previsto en los Tratados quedaría gravemente comprometido si no fuese posible controlar la legalidad de esa medida». El *caveat* de Paz Andrés de Santa María arroja luz sobre las posibles perversiones del principio del Estado de Derecho en tema de control de legalidad de la gobernanza económica tanto por alterar el equilibrio institucional como por debilitar el control judicial.

Profundiza estas consideraciones el ensayo de Manuel López Escudero en tema de «Degradación de las exigencias de Estado de derecho en el ámbito de la Unión Económica y Monetaria». En su extenso, articulado y sagaz escrito el Autor explora una zona gris del Derecho de la Unión relacionada con la degradación de las exigencias requeridas por el Estado de Derecho en las arenas movedizas de la UEM desde la crisis del 2008. Se trata de un asunto de crucial relevancia en el actual contexto político y jurídico de la Unión, pues, en síntesis, en la articulación de mecanismos de asistencia financiera se ha forjado un complejo sistema de instrumentos de Derecho Internacional, junto con mecanismos intrínsecos a la Unión, puesto a disposición de instituciones de órganos formales e informales de la UE. «Esta mezcla del derecho de la UE con instrumentos de derecho internacional controlados por los países de la zona euro ha generado una reglamentación de los mecanismos de asistencia financiera de naturaleza hibrida, de extrema complejidad» (pag. 190). Y las conclusiones extraídas por el Autor son contundentes, irrefutables y muy profundamente articuladas: «el entramado normativo regulador de los rescates a los países de la zona euro incumple esta exigencia y ellos se traduce en una notable dificultad de los órganos jurisdiccionales nacionales y europeos a la hora de ejercer el control jurisdiccional de la aplicación de esta normativa híbrida» (*ibidem*). En otra vertiente, a la largo de su profundo estudio López Escudero recalca que el previo control democrático ejercido al calor de las exigencias del Estado de Derecho no ha resultado satisfactorio ni suficiente respecto del papel jugado por la discutida Troika (Comisión, Banco Central y Fondo Monetario Internacional).

Apuntemos, pues, este perfil asaz problemático y lagunoso del Estado de Derecho en la Unión Europea, porque representa uno de los *blind spots*, como diría David Kennedy[32], de mayor relieve en la situación actual. Se detectan lagunas en la protección de los derechos fundamentales frente a las variadas operaciones de rescates con la precedente creación de los denominados Mecanismo Europeo

[32] Kennedy, D., *The Dark Side of Virtue... cit.*, p. 34.

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 8, janvier-décembre 2020, pp. 497-549
DOI: http://dx.doi.org/10.25267/Paix_secur_int.2020.i8.17

de Estabilización Financiera (designada con el acrónimo MEEF) y Mecanismo Europeo de Estabilidad (MEDE), magistralmente estudiadas y agudamente criticadas por su desvinculación de cualquier control judicial, como en la relacionada vertiente del análisis de la reciente galaxia jurisprudencial[33], reguladora (donde hay que mencionar el Reglamento 472/2013), donde sobresalen - entre muchas - las sentencias Pringle de 2012[34], Florescu de 2017[35] y, sobre todo, el ya citado caso Ledra de 2016[36].

El trabajo de Martín Rodríguez aborda de manera clara también el estudio de los desafíos al Estado de derecho procedentes de un ideario iliberal, como las supuestas ideologías propugnadas nacionalistas por Orbán y Salvini. Se termina por dar forma y sustancia al propio concepto de Estado de Derecho a través de estudios que «magnifica[n] la diversidad de las plasmaciones concretas existentes suponiendo un obstáculo de primer orden para postular la universa(bi)lidad de la noción» (pag. 161). El núcleo argumental más sustancioso del trabajo reside en el estudio de la traslación del Estado de derecho en sede supranacional, cuyo íncipit intelectual se halla en los principios generales del sistema jurídico. He de recalcar que estos principios generales, concebidos en escala internacional en un sentido excluyente bajo la forma de «principios generales de Derecho reconocidos por

[33] Al margen de las reflexiones presentes en el libro, se entreve una rendija de luz en las iluminantes consideraciones formulas en las Conclusiones del Abogado General Hogan presentadas el 28 de febrero de 2019, Asunto C644/17 Eurobolt BV: «26. Se desprende claramente del asunto Les Verts que la Unión Europea es una comunidad de Derecho, en la medida en que ni sus Estados miembros ni sus instituciones pueden sustraerse al control de la conformidad de sus actos con la carta constitucional fundamental que constituye el Tratado o con la normativa derivada de este. Esto significa que «los justiciables tienen derecho a impugnar judicialmente la legalidad de cualquier resolución o de cualquier otro acto nacional por los que se les aplique un acto de la propia Unión». [..] 28. Por lo tanto, no cabe duda de que el control judicial del cumplimiento del ordenamiento jurídico de la Unión Europea corresponde al Tribunal de Justicia y a los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros. El artículo 19 TUE, que da una expresión concreta al valor del principio del Estado de Derecho establecido en el artículo 2 TUE, confía expresamente la responsabilidad de garantizar el control judicial en el ordenamiento jurídico de la Unión no solo al Tribunal de Justicia, sino también a los órganos jurisdiccionales nacionales».

[34] Sentencia del Tribunal de Justicia (Pleno) de 27 de noviembre de 2012, Thomas Pringle contra Governement of Ireland y otros, Asunto C-370/12, ECLI:EU:C:2012:756

[35] Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 13 de junio de 2017, Eugenia Florescu y otros contra Casa Judeţeană de Pensii Sibiu y otros, ECLI:EU:C:2017:448

[36] Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 20 de septiembre de 2016, Ledra, *cit.*

las naciones civilizadas» según el art. 38 del Estatuto del Tribunal Internacional de Justicia, constituyen, al contrario, una categoría inclusiva en la medida en que plasman la constitución, la vertebración de la Unión, sustentándola del patrimonio constitucional común. Por este motivo, bien que se trate de Estado de Derecho con su vertiente axiológica bien que se trate de principios generales, como el de primacía, de eficacia directa, interpretación conforme o de responsabilidad del Estado, se hace imprescindible la herramienta extrapolada del ámbito del Derecho Comparado.

Javier Roldán Barbero analiza la fertilización cruzada entre Estado de derecho y democracia en la esfera nacional y a escala mundial: el grado de cumplimiento de los derechos fundamentales *ad intra* y *ad extra* plantea una relación inextricable, esculpida estentóreamente en la disposición del art. 21.1.1 TUE. El Autor sostiene que «la respuesta que se dé a la vulneración del Estado de derecho en terceros países está rodeada de factores políticos: la pervivencia política, jurídica, dialéctica del principio de no intervención en los asuntos internos: las mismas manchas de la Unión en la materia, las dudas sobre su ejemplo, sobre su legitimidad; el sistema internacional, básicamente occidental y básicamente injusto: el doble rasero que se maneja en este tipo de asuntos; etc» (pag. 261). Así se va inevitablemente diluyendo la promoción de los valores que conforman internamente el armazón constitucional de la Unión, entre los cuales figura preeminentemente la promoción y preservación del principio democrático y del Estado de derecho en aras de una panoplia de medidas diplomáticas, financieras y administrativas. Nos alejamos, por tanto, de la provincia del Derecho y del Juez.

Y de la figura identitaria del juez como defensor de los Derechos Fundamentales escribe Pedro Cruz Villalón. Como buen ordenamiento jurídico que empieza a ser responsable también de la defensa de los derechos fundamentales, pero aún interpreta el cosmos con ojos adolescentes, el Tribunal de Justicia «reclama un universo jurídico único con primacía del Derecho de la Unión» en la opinión provocadora de Tomuschat[37]. Pues la cuestión la fotografía nítidamente Pedro Cruz Villalón, allí donde se interroga sobre el motivo por el qué el TJUE no se

[37] Tomuschat, C., «Der Streit um die Auslegunshoheit: Die Autonomie der EU als Heiliger Gral — Das EuGH-Gutachten gegen den Beitritt der EU zur EMRK», *Europäsiche Grundrechte Zeitschrift*, 2015, pp. 133-139, p. 137, citado por Martín y Pérez de Nanclares, J., «El TJUE como actor de la constitucionalidad en el espacio jurídico europeo: la importancia del diálogo judicial leal con los tribunales constitucionales y con el TEDH», *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 39, 2017, p. 267

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 8, janvier-décembre 2020, pp. 497-549
DOI: http://dx.doi.org/10.25267/Paix_secur_int.2020.i8.17

asume totalmente el cometido de ser un «tribunal de derechos fundamentales», o de derechos humanos, sobre todo cuando podría sostenerse que es el proprio TJUE quien ha decidido serlo y en el más alto grado» (pag. 311). Se trata de una cuestión de identidad plenamente asumida o, incluso, de responsabilidad, pero «esto es algo que el TJUE *debe* reconocérselo a sí mismo, igual que no *debe* pretender ante los demás que no lo es o «que no lo es del todo»: primero, porque, con el debido respeto, no es así y, segundo, porque nada se adelanta con eso» (*ibidem*).

Miguel Azpitarte Sánchez analiza el perfil descendente estatal de Estado de derecho europeo desde el ángulo de la reconstrucción de los componentes identitarios del actual Estado constitucional. Se ha hablado a tal propósito de «administrativización» de la conducta del parlamento nacional y de la novedosa facultad de los jueces estatales para condenar eventuales distorsiones. El Autor llega a un punto crucial, consistente en el vaciamiento de la política interna a favor de la consolidación del proceso democrático de la Unión. Así las cosas, «el uso del término 'acto legislativo' es más que nada un pastiche, en la medida en que ha quedado totalmente desprovisto del significado político que en el Estado constitucional atribuimos al concepto de ley» (pag. 351). Donde más se ha percibido tal influencia es en el momento electoral en los Estados a causa de la influencia de la política europea, máxime en los periodos de crisis económica. Volvemos por tanto a la relación entre Estado de Derecho supranacional, capaz de juridificar la acción legislativa nacional, y el elemento sustancialmente democrático. En este ámbito, si bien reconociendo los méritos de gran parte de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en la protección de los consumidores frente a las entidades bancarias, el Autor hunde su análisis en la crítica de la fallada tutela de los derechos fundamentales vulnerados por las medidas aprobadas en el contexto del MEDE. Se reanuda, así, el hilo conductor que ha asociado las tesis de Paz Andrés y López Escudero, naturalmente desde ópticas distintas. En la vertiente europea nos hallamos ante una acción política con un constitucionalismo ecléctico, en la medida en que, principalmente debido a la crisis económica, se ha visto frenada la tendencia a la realización de una identidad arraigadamente política y constitucional de la democracia europea, aumentando, como ya hemos podido constatar anteriormente, el mecanismo intergubernamental de corte interestatal y aniquilando la lógica de la solidaridad en escala transnacional.

En resumidas cuentas, dos son los interrogantes que, en última instancia y desde un prisma complejo y dialógico, afloran en el estudio del Estado de Derecho

en la Unión Europea: la cuestión sobre la dualidad del Estado de Derecho nacional y europeo, y sus puntos de criticidad en este último ámbito. Afrontaremos esta dúplice cuestión en una tríplice secuencia: la primera problemática que abordaremos versará acerca de un principio de Estado de Derecho de índole compleja. Trataremos de trazar el perfil de un Estado de Derecho pluralista e interordinamental. Luego, analizaremos el recorrido histórico que ha connotado tal visión compleja principalmente en relación directa con el principio democrático, para finalmente estudiar algunos supuestos concretos de tal visión compleja.

III. EL ESTADO DE DERECHO SUPRANACIONAL COMO *GROVIGLIO* (MARAÑA): ELABORACIÓN DEL NUEVO PRINCIPIO EUROPEO DE INTERLEGALIDAD

A raíz de la lectura del tomo *Estado de Derecho y Unión Europea* se plantean cuestiones esenciales sobre la interdependencia del principio de la *Rule of Law* con los homólogos criterios de legalidad nacional, por un lado, y con los relacionados principios democráticos y de respeto de los derechos fundamentales, por otro.

Desde el primer punto de observación igualmente fascinante e integrativa ha sido la lectura del reciente volumen colectivo *The Challenge of Inter-Legality,* editado por Jan Klabbers y Gianluigi Palombella[38]. No se trata de una visión bidimensional del principio de primacía, ni de una remodelación jerárquica del principio establecido en los años Sesenta del siglo pasado[39].

Como hemos apreciado en las páginas escritas por Rubio Llorente, la legalidad de la tradición jurídica moderna sigue siendo un sustantivo al singular. La característica del ordenamiento jurídico el Estado moderno es su exclusividad. Angelo Ermanno Cammarata escribió que la legalidad radica en la asunción de la norma como único y exclusivo factor regulador de la actividad práctica[40].

En el tiempo de la legalidad al singular existe, por supuesto, el pluralismo de los ordenamientos jurídicos, pero la compatibilidad entre la exclusividad

[38] *The Challenge of Inter-Legality,* editado por Klabbers, J. y Palombella, G., Cambridge University Press, Cambridge, 2019.

[39] Perju, V., «Against Bidimensional Supremacy in EU Constitutionalism», *German Law Journal*, vol. 21 (2020 Forthcoming), disponible en https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3657261.

[40] Cammarata, A.E., *Formalismo e sapere giuridico*, Giuffré, Milano, 1963.

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 8, janvier-décembre 2020, pp. 497-549
DOI: http://dx.doi.org/10.25267/Paix_secur_int.2020.i8.17

del criterio jurídico y el pluralismo se establece a través de lo que Cammarata definió la relatividad de la distinción entre el valor jurídico y el hecho. Se trataba de yuxtaponer piezas de ordenamientos jurídicos independientes y autónomos. Los otros sistemas existen para el ordenamiento correspondiente al punto de vista del observador, pero no existen en tanto cuanto valor jurídico, sino como un hecho o como un entorno para el sistema jurídico. Es la dinámica ínsita en el Derecho Internacional Privado de acuño clásico, que concierne también el uso del derecho extranjero en los ordenamientos estatales[41]. Esa distinción es relativa en el sentido de que cada orden puede llegar a ser hecho o entorno para el otro sistema. Lo importante es que la distinción, entre un valor jurídico y un hecho o un sistema y un entorno, nunca se ve disminuida, so pena de anular la legalidad como único criterio de evaluación[42].

La inter-legalidad presupone el fin de este mundo. La legalidad se convierte en un sustantivo en plural (*legalities*) [43]. El mundo de la interlegalidad es el *cosmos* en el que la pluralidad de los sistemas no es un hecho o el entorno para el ordenamiento adoptado como punto de vista, sino que es valor jurídico o sistema jurídico ella misma. No se trata aquí solo de componer un puzle jurídico de diferentes piezas: el objetivo consiste en la convivencia de sistemas. El ordenamiento frente al cual se pone el agente no es un hecho, sino un valor jurídico y es un derecho cogente del mismo modo que lo es el derecho del orden al que pertenece el agente. En la relación entre sistemas ya no existe la asimetría luhmanniana entre el sistema y el entorno: cada ordenamiento vale frente al otro como sistema y no como entorno[44]. En el mundo de la legalidad en plural caen los axiomas de la legalidad a lo singular. En primer lugar, por supuesto, cae el principio de exclusividad del criterio de evaluación.

Se trata de una óptica desconocida donde no existe en el plano lógico y jerárquico un *prius*. La preceptividad legal se comparte entre múltiples sistemas. El pluralismo es eficaz y operativo en el sentido de que se trata de ordenamiento

[41] Sobre la dicotomia entre una visión monista y dualista del derecho internacional Waters, A., «Creeping Monism: the Judicial Trend toward Interpretive Incorporation of Human Rights Treaties», *Columbia Law Review*, 2007, pp. 648 ss.

[42] Cfr. Habermas J; Luhmann, N., *Teoria della società o tecnologia sociale*, Milano 1973, *passim*; Luhmann, N., *Sociologia del diritto*, Laterza, Bari, 1997; Id., *La differenziazione del diritto*, Il Mulino, Bologna, 1990.

[43] Scoditti, E., «*Legalità al plurale*», *Quaderni costituzionali*, 2013, pp. 1031 ss..

[44] Luhmann, N., *Sociologia del diritto*, cit., p. 88.

con eficacia jurídica constante: la eficacia no se atenúa una vez que se asuma el punto de vista de un sistema. Comparando ha de ocurrir lo mismo: no se trata de confrontar sistemas partiendo del punto de vista del observador o del agente, como en la tradicional visión monológica tradicional y excluyente. No se trata de admitir un principio de legalidad y automáticamente excluir al otro, así como no se trata de comparar partiendo de un ajuar conceptual del comparador. El TJUE profunde el esfuerzo de mayor alcance a este propósito en la construcción de la edificación de la confianza mutua en el espacio de libertad, seguridad y justicia, come agudamente en el libro sostiene Cortés Martín.

En segundo lugar, el principio del derecho válido cae. La concepción de derecho monologicamente válido excluye naturalmente la validez de los otros derechos y presupone un criterio para determinar cuándo la ley es válida, trátese de una regla lógica-trascendental en el sentido dibujado por Kelsen[45] o una práctica social de reconocimiento del derecho válido *à la* Hart[46]. La validez de un derecho no excluye la validez de otro derecho regido por una norma de reconocimiento diferente: la validez ya no es un criterio para la identificación, y consiguiente exclusión, del derecho.

En tercer lugar, la famosa distinción introducida por Herbert Hart entre un punto de vista interno del sistema jurídico, que es el de quien lo adopta como su propia regla de conducta, y el punto de vista del observador externo que mira el sistema no como un precepto, sino como un hecho histórico[47]. En el mundo de la legalidad en plural ya no existe una distinción entre lo interno y lo externo.

De esta forma, el principio de inter-legalidad o legalidad supranacionalidad se alimenta de los derechos nacionales y, como se evidencia ineludiblemente de los art. 2, 4 y 6 del Tratado de la Unión, supone una operación de apertura al Otro, de comparación dialógica, que podríamos definir como la identidad del sistema de la Unión[48].

---

[45] Sobre todo Kelsen, H., *Teoría pura del derecho. Introducción a los problemas de la ciencia jurídica*, Trotta, Madrid, 2011.

[46] Principalmente Hart, H., *El concepto de Derecho*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1992.

[47] *Ibidem*, p. 118 ss.

[48] Von Bogdandy, A., «La transformación del derecho europeo...», cit., pp. 441-471.

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 8, janvier-décembre 2020, pp. 497-549
DOI: http://dx.doi.org/10.25267/Paix_secur_int.2020.i8.17

En este mundo se superponen los diferentes sistemas, que no ven conculcada su eficacia legal, incluso cuando se articulan en el otro orden supranacional. Cuando la legalidad es «al plural» se analiza el espacio que se encuentra en el medio, «*in-between*», como escribe Palombella[49]. Es el derecho inter-legal, que en la metodología comparativa que proponemos toma la forma del *écart* de Jullien[50]. Si ambos o más sistemas jurídicos son fuentes de efectos jurídicos, si ambos constituyen un valor jurídico y no son un criterio para evaluar al otro, el derecho es lo que resulta de la interconexión entre las diferentes legalidades. El derecho es necesariamente compuesto y multi-verso. Aquí reside la utilidad teórica específica de la perspectiva de la inter-legalidad.

Desde esta óptica en el '*in-between*' no existe un vacío jurídico, que ha de ser colmado por estrategias de dialogo político, sino que hay derecho, en particular existe la interfaz entre derechos concurrentes en el caso concreto. Es el derecho resultante de las interconexiones entre ordenamientos: no es monopolio solo de un ordenamiento. El derecho es un *continuum* privo de soluciones de continuidad, pues la inter-legalidad concibe a los sujetos y a las cortes representativas de las distintas legalidades como informados a un comportamiento normativo y no herméticamente compartimentalizados en los ordenamientos jurídicos nacionales. Ahora bien, para llegar a esta conclusión, este principio supranacional ha de concebir a las distintas legalidades en términos de relación no de tipo sistémico, sino como una interferencia entre distintos regímenes jurídicos que surge en el caso concreto. Es el pliegue del entramado de las variegadas piezas del vestido de Arlequín, es el centro de articulación de la pluralidad de ordenamientos; el derecho del '*in-between*' de la interlegalidad, el *écart* comparativo no puede ser nada más que el derecho del hecho concreto. De ahí el papel muy importante que desempeñan los tribunales en la dimensión de la legalidad al plural. La inter-legalidad no funciona a nivel abstracto del sistema, porque la articulación entre los ordenamientos está allí sólo en el momento en que uno interfiere con el otro. Sólo cuando las legalidades interactúan, surge el momento de la inter-legalidad y este es una problemática práctica que surge con el caso concreto y no de manera abstracta

[49] Palombella, G., *Theory, Realities, and Promises of Inter-Legality. A* Manifesto, en *The Challenge of Inter-Legality*, cit., p. 378.

[50] Jullien, F., *La identidad cultural no existe*, Taurus, Madrid, 2017, p. 15: «no puede tratarse de «diferencias» que aíslan las culturas sino de *écarts*, que las sitúan frente a frente y en tensión, que promueven lo común entre ellas».

y general. En el nivel abstracto tradicional sólo existe la yuxtaposición entre las diferentes legalidades. La inter-legalidad se lleva a cabo sólo en la práctica.

Preservar la legalidad al plural significa mantener la divergente pluralidad de los puntos de vista. El único imperativo que sustenta la inter-legalidad se sitúa en la dinámica de su funcionamiento: mantener la interconexión entre las diferentes legalidades permitiendo a todas las legalidades competidoras de contribuir a la definición del derecho en el caso concreto. La justicia coincide con dar voz a los diferentes regímenes jurídicos involucrados en el caso. El órgano jurisdiccional exponente del ordenamiento individual, al dirimirla controversia, debe asumir también el punto de vista del ordenamiento concurrente, cuya presencia se impone por las peculiaridades del caso: en definitiva, debe hacerse cargo de las razones del Otro. El Otro y sus argumentaciones entran en la identidad constitutiva europea. No se habla ya de identidades excluyentes, que impiden de hallar similitudes y diferencias con los otros (ordenamientos), evitando de advertir las redes de relaciones que somos y que entretenemos con los Otros. Es la idea de inclusión del Otro, perfilada por Habermas, mediante la idea de un pliegue de una intersección intricada de normas[51]. Una definida la idea de interlegalidad como nudo, nos interrogamos sobre cómo se ha creado el *groviglio* en el Derecho de la Unión Europea.

IV. ORIGEN Y CONSOLIDACIÓN DEL *GROVIGLIO*

El *groviglio*, la interacción entre principios de legalidad nacionales y comunitario, no nace *ab urbe condita*, como ya dijimos. El primer periodo del proceso de integración estuvo marcado por el estudio de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. La razón fue simple: es su jurisprudencia la que construye el Estado de Derecho europeo, la integración se consume en el plano del derecho: *integration through law*. Las dos cuerdas limitadoras del Estado decimonónico, ese Ulises omnipotente que había enloquecido por haber escuchado el canto de las sirenas, nacen distintas pero potencialmente una en frente de la otra.

El TJCEE plasma el lenguaje de la integración mediante los principios generales de primacía y eficacia directa. Aquí se consuma el primer grande choque conceptual que recientemente ha sido explorado por Weiler[52]

[51] Habermas, J., *La inclusión del otro. Estudios de teoría política*, Paidós, Madrid, 1999.

[52] Weiler, J.H.H., «Descifrando el ADN político y jurídico de la integración europea: un estudio exploratorio», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 96, 2012, pp. 13-40.

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 8, janvier-décembre 2020, pp. 497-549
DOI: http://dx.doi.org/10.25267/Paix_secur_int.2020.i8.17

que veremos reflejado *mutatis mutandis* en la mayoría de los episodios aquí reportados. El conflicto en la sentencia Costa c. Enel[53] entre el principio de legalidad comunitaria y el incipiente valor de la democracia estatal, de la ley Enel que tanto sudor y lágrimas había costado en sede nacional con el primer gobierno de centro-izquierda de la República italiana. Se quedó coja *ab imis* la interacción con el principio democrático: desde la sentencia Van Gend en Loos[54]. Al defender el concepto de un nuevo ordenamiento jurídico, razonó concluyendo que

> la Comunidad constituye un nuevo ordenamiento jurídico de Derecho internacional en beneficio de los Estados que han limitado sus derechos soberanos, aunque con ciertos límites, y las materias afectadas no sólo afectan a los Estados miembros, sino también a sus nacionales. Independientemente de la legislación de los Estados miembros, el Derecho Comunitario no sólo impone, por consiguiente, obligaciones a los individuos sino que también les confiere derechos que forman parte de su herencia legal [..]Además, cabe señalar que los nacionales de los Estados que conforman la Comunidad están llamados a cooperar en su funcionamiento a través de la mediación del Parlamento Europeo y el Comité Económico y Social.

El problema es que esta «cooperación», esta operación conceptual de entrelazamiento, era extremadamente débil. En ese momento, el Parlamento Europeo apenas disponía de facultad consultiva y no se elegía con sufragio directo.

El nuevo ordenamiento jurídico supranacional debía fundarse en un único principio de legalidad y de primacía. Con el tiempo, sin embargo, se vio cómo aquel nuevo sistema jurídico, cuyas características idiosincrásicas se fundaban en la figura central del particular y de su participación activa en la edificación del edificio jurídico, no validado mediante prácticas democráticas y que no respetase los derechos humanos, no podía considerarse como una manifestación del imperio de la ley[55]. Al tribunal de Luxemburgo no le

[53] Sentencia del Tribunal de Justicia de 15 de julio de 1964, Flaminio Costa contra ENEL, Asunto 6-64, ECLI:EU:C:1964:66.

[54] Sentencia del Tribunal de Justicia de 5 de febrero de 1963, NV Algemene Transport- en Expeditie Onderneming van Gend & Loos contra Administración fiscal holandesa, Asunto 26-62, ECLI:EU:C:1963:1.

[55] Destacadamente, Habermas, J. , «Paradigms of Law», en *Habermas on law and democracy: critical exchanges*, editado por M. Rosenfeld - A. Arato, University of California Press, Berkeley and Los Angeles, 1998, pág. 13; IDEM, *Between Facts and Norms: contributions to a discourse theory*

quedaba otra solución: la afirmación de la integración mediante el imperio de la ley debería deshacerse de modelos positivistas formalistas kelsenianos o mediante la incardinación de la elaboración de las leyes en el seno de un proceso democrático.

A este celebradísimo primer periodo sigue en los años Setenta del siglo pasado el discurso constitucional europeo, marcado por las sentencias de los tribunales constitucionales italiano[56] y alemán[57], que abrieron un espacio de diálogo con el Tribunal de Justicia, donde no hubiera debido haber otra relación que el principio excluyente de autoridad y, en consecuencia, el cumplimiento incondicionado del Derecho de la Unión por los jueces nacionales. Sin embargo, no es posible entender la trayectoria del principio de primacía comunitario, las sentencias Internationale[58] y Simmenthal[59] sin ponerlas en correlación dialéctica con las decisiones de los jueces nacionales (y así se deberían estudiar en nuestras aulas universitarias). Las reservas de constitucionalidad han tenido su parte positiva, han sido espoleo para un mayor nivel de democratización del derecho comunitario. Se pregunta Robert Lecourt en el homenaje al prof. Boulouis con el objeto de situar los términos del debate bajo un ángulo diferente: «¿qué hubiera sido de la protección de los Derechos fundamentales en la Unión Europea sin los desacuerdos judiciales planteados por los tribunales constitucionales italiano y alemán?»[60] Deberían los defensores de la Constitución aceptar sin rechistar un sistema que –en la medida en que no atribuía ninguna posición a los Derechos fundamentales- pudiera un día rebajar el estándar de protección constitucional nacional? «La rebelión (esto es, la violación del principio de primacía absoluta) se ha revelado

of law and democracy, MIT Press, Cambridge, 1998; IDEM, *Postnational Constellation*, MIT Press, Cambridge, 2001.

[56] Tribunal Constitucional italiano, 27 de diciembre de 1965, *San Michele* ; 27 de diciembre de 1973, *Frontini Pozzani.*

57 Tribunal Constitucional de Karlsruhe, 18 de octubre de 1967; 29 de mayo de 1974, *Solange I*

[58] Sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de diciembre de 1970, Internationale Handelsgesellschaft mbH contra Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel, ECLI identifier: ECLI:EU:C:1970:114.

[59] Sentencia del Tribunal de Justicia de 9 de marzo de 1978, Amministrazione delle Finanze dello Stato contra SpA Simmenthal, Asunto 106/77, ECLI:EU:C:1978:49

[60] Lecourt, R., « Quel eût été le droit des Communautés sans les arrêts de 1963 et 1964?», en *L'Europe et le droit. Mélanges en hommage à Jean Boulouis* , Dalloz, París, 1991, pp. 349-361.

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 8, janvier-décembre 2020, pp. 497-549
DOI: http://dx.doi.org/10.25267/Paix_secur_int.2020.i8.17

como legítima en la medida en que ha permitido transferir la plusvalía de los órdenes constitucionales nacionales al ordenamiento jurídico de la Unión, siempre respetando la estructura y los objetivos del Derecho comunitario. La consecuencia fue inmediata: el diálogo se activó, y de la distancia se empezó a hablar de «sistemas constitucionales e internacional que interactúan» [61]. El Estado de Derecho no puede prescindir de su sustancialización axiológica, so pena de resolverse en un simulacro jurídico[62]. «Dialogue between different jurisdictional levels within complex constitutional systems is constantly on-going. Within the EU, this dialogue is an indispensable condition for the functioning of the Rule of Law, described as the tension between gubernaculum (the body of positive law) and jurisdictio (the principles of law beyond the sovereign's reach). Unlike other constitutional systems where the dialogue between the legislature and the judiciary plays the crucial role, **the interaction between national courts and the Court of Justice of the EU is the only way through which the EU can be precluded from becoming a self-defining, tyrannical, constitutional order**. As national courts seek to protect their constitutional values, they supply an important source of jurisdiction» [énfasis añadido][63].

A los desacuerdos planteados por los jueces italianos, primero, y alemanes, después, siguió la respuesta del Tribunal de Justicia que construyó argumentos conceptuales capaces de retomar el camino de la dialéctica, principalmente la técnica de los principios generales del Derecho para colmar la laguna originaria de los tratados constitutivos. Estos principios constituyen el lugar de intersección de planos distintos y preceden la consagración constitucional por parte de las Conferencias Intergubernamentales posteriores. El *groviglio* entre el principio de legalidad, culminado con la primacía comunitaria, y el

---

[61] BURGORGUE-LARSEN, L., «Sobre un acercamiento dialógico al Derecho Constitucional Europeo», *Revista de Derecho Comunitario Europeo,* núm. 25. enero-junio de 2016, disponible en http://www.ugr.es/~redce/REDCE25/articulos/05_BURGORGUE.htm.

[62] Cfr. WEILER, J.H. H. *Descifrando el ADN político y jurídico de la integración europea: un estudio exploratorio*, cit., p. 31: «Los horrores de la II Guerra mundial y de los seis años anteriores provocaron en Alemania una reconsideración conceptual del ideal del imperio de la ley. Se puede tomar como ejemplo la degradación y el despojo de los judíos en Alemania en los primeros ochos años del régimen anterior a las deportaciones y asesinatos masivos».

[63] KOCHENOV, D;VAN WOLFEREN, M., *The dialogical rule of law and the breakdown of dialogue in the EU,* EUI Working Paper LAW 2018/01, p. 1.

valor constitucional democrático, culminado a su vez en el *controlimite* de la supremacía constitucional, genera nuevas concepciones epistemológicas, ya fueran para desarrollar análisis innovadores centrados en el constitucionalismo multinivel (la Constitución compuesta)[64] o en la Constitución-red[65].

Cuanto más las cortes constitucionales en sus sentencias invocan un mayor grado de democratización europea, principalmente en las sentencias referentes a la identidad constitucional, tanto más avanzan las teorías pluralistas del Derecho. En presencia de posiciones aparentemente inconciliables, basadas en posturas clásicas y lógicamente absolutistas de los dos cuerdas de Ulises, a saber primacía absoluta de la Unión frente primacía absoluta de las Constituciones nacionales, una concepción de comparación inclusiva se contrapone a una visión clásica de la comparación como hegemónica y excluyente, concretizada tanto en los principios generales comunes a las naciones más civilizadas, acogidos en el art. 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia como en la idea de identidad constitucional presente en muchas sentencias de los tribunales constitucionales. La aproximación dialógica permite comprender –e incluso legitimar - este «toma y daca», pues atribuye mayor importancia al *écart*, al *in-between*, al *entre* de las culturas y sistemas nacionales y comunitario. «Estudiar su desarrollo en general y el del Derecho constitucional europeo, en particular, tomando exclusivamente en consideración el punto de vista de uno solo de los dos niveles de poder y, por consiguiente, el punto de vista de sólo uno de los dos actores (políticos o judiciales) que se enfrentan, no es, sin más, procedente» [66].

En el contexto de un sistema constitucional integrado, en el que el diálogo horizontal es tan importante como el vertical, no resulta sorprendente que otros actores judiciales nacionales hayan importado la posición alemana en su «ratio decidendi», considerándola legítima. Del *Højestere*t danés[67] al Tribunal

[64] Pernice, I, *Fondements du droit constitutionnel européen*, Paris, Pedone, Col. Cours et Travaux n°1 2004, p. 94; Pernice, I; Mayer, F., «De la constitution composée de l'Europe», *RTDE*, 2004, pp. 623-647.

[65] Bustos Gisbert, R., *La Constitución Red. Un estudio sobre supraestatalidad y Constitución*, Instituto Vasco de Administración Pública, Oñati, 2005.

[66] Burgorgue-Larsen, L., «Sobre un acercamiento dialógico al Derecho Constitucional Europeo», cit.

[67] *Højesteret* , 6 de abril de 1998. Cfr. Dyberg, P., «La Constitución danesa y la Unión europea II (Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo danés de 6 de abril de 1998», *Revista de*

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 8, janvier-décembre 2020, pp. 497-549
DOI: http://dx.doi.org/10.25267/Paix_secur_int.2020.i8.17

constitucional checo[68], otros jueces nacionales han participado en el debate que es intensamente democrático ya que trata de la cuestión de los límites al ejercicio de todo tipo de poder. En este contexto de evolución incesante, el Tribunal constitucional alemán confirmaba y precisaba su posición en la sentencia Lisboa[69]. Todos estos tribunales revistiendo su *voice* democrática de coloraturas identitarias, anunciaban –y anuncia– la llegada de la tercera ola del principio de *judicial review*[70] y ponían –y ponen– en el centro de la diatriba judicial la tensión entre Estado de Derecho, culminado por la primacía comunitaria, y democracia, refigurada en la idea de identidad constitucional.

A despecho de las miserias por las que pasa la democracia representativa en los Estados miembros y de su reducido papel en la gestación del Derecho de la Unión, el Tribunal Constitucional de Karlsruhe estima ya desde 1993 con la sentencia Maastricht –argumento que ha precisado en 2009 Sentencia Lisboa y retomado con la decisión última sobre PSPP[71]– que el lugar de expresión democrática por excelencia en Europa era y seguía siendo el Parlamento nacional –en su caso el *Bundestag* y el *Bundesrat*–[72].

---

derecho comunitario europeo , 1998, pp. 573-591.

[68] Tribunal constitucional checo (*Ústavní soud*), 8 de marzo de 2006, n°I PL US 50/04 ; Tribunal constitucional checo (*Ústavní soud*), 26 de noviembre de 2008, Tratado de Lisboa, Pl ÚS 19/08. El parágrafo 111 de la sentencia afirma que para contrastar la constitucionalidad del Tratado de Lisboa, el Tribunal considerará tanto su propia jurisprudencia como la jurisprudencia alemana. El parágrafo 118 hace realidad esta afirmación y el Tribunal cita expresamente la jurisprudencia constitucional alemana (Sentencias *Solange II* de 1986 y *Maastricht* de 1993).

[69] Tribunal constitucional alemán, 30 de junio 2009, Lisboa, 2 BvE 2/08, 2 BvE 5/08, 2 BvR 1010/08, 2 BvR 1022/08, 2 BvR 1259/08 et 2 BvR 182/09.

[70] Lustig D; Weiler, J.H.H., «Judicial review in the contemporary world—Retrospective and prospective», *International Journal of Constitutional Law*, 2018, Vol. 16. No. 2, p. 362.

[71] Sentencia de 05 Mayo 2020 2 BvR 859/15, 2 BvR 980/16, 2 BvR 2006/15, 2 BvR 1651/15

[72] «La sentencia del tribunal constitucional sabre el Tratado de Maastricht confirma ciertamente en su resultado la prevista ampliación de tareas de la Unión Europea, sin embargo parte en la fundamentación de la sentencia de que el principio de democracia se "vaciaría" de un modo intolerable si el ejercicio de las competencias del Estado no se remitiera a un pueblo estatal "relativamente homogéneo"». [...] No obstante, es de la idea de que el poder del Estado democráticamente legitimado tiene que emanar de un pueblo que en la formación política de la voluntad articule suficientemente su "identidad nacional" dada prepolítica y extrajurídicamente. Para que pueda desarrollarse un proceso democrático, el pueblo estatal tendría que tener la posibilidad "de dar expresión jurídica a lo que –de modo relativamente

Mientras en 1993 el Tribunal dejaba abierta la puerta a una posible evolución de la democracia a escala europea postulando un reforzamiento de los poderes del Parlamento Europeo, nada de esto encontramos en 2009. El Parlamento europeo no representa al pueblo europeo, «continúa siendo en el fondo un órgano de representación de los pueblos de los Estados miembros»[73]. Y aunque las sentencias que siguieron al rescate de Grecia (7 de septiembre de 2011)[74] y al procedimiento de ratificación del Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza y del Tratado sobre el Mecanismo Europeo de Estabilidad (12 de septiembre de 2012)[75], hayan sorteado en alguna medida las críticas relativas al déficit democrático, no deja de ser cierto que el Tribunal constitucional alemán se mantiene firme en su defensa del derecho de sufragio, que no puede ser vaciado en su contenido por una limitación de las competencias del «Bundestag».

De aquí un primer *écart* comparativo, una «matización oblicua» respecto al concepto de democracia esgrimido por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su sentencia Matthews desde 1999[76]; y, de otro, con lo que el Tribunal constitucional checo mantuvo en 2009. Allí donde el Tribunal de Karlsruhe analiza la democracia de manera extremadamente formal, desconociendo deliberadamente la metamorfosis del sistema político europeo (un sistema interconectado) y el incremento que desde el inicio de la integración cabe advertir en las competencias y en la legitimidad del Parlamento europeo, el «Ústavni Sound», sin embargo, estima que el artículo 10.1 TUE –según el cual el funcionamiento de la Unión se funda sobre la democracia representativa– contempla los dos niveles de ejercicio del poder (europeo y nacional)[77]. Por su parte, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, diez años antes, afirmaba sin ambages en su sentencia Matthews que el Parlamento europeo era: «el instrumento principal del control democrático y de la responsabilidad política

homogéneo– le une espiritual, social y políticamente"»; así HABERMAS, J., *La inclusión del otro*... cit., p. 132.

[73] Tribunal Constitucional alemán, 30 de junio de 2009, *Lisboa,* § 284.

[74] Tribunal Constitucional alemán, 7 de septiembre 2011, 2 BvR 987/10, 2 BvR 1485/10 et 2 BvR 1099/10, *ordonnance* du 27.10.11, 2 BvE 8/11.

[75] Tribunal Constitucional alemán, 12 de septiembre 2012, 2 BvR 1390/12, 2 BvR 1421/12, 2 BvR 1438/12, 2 BvR 1439/12, 2 BvR 1440/12, 2 BvE 6/12.

[76] TEDH, 18 de febrero de 1999, *Matthews c. Reino Unido.*

[77] Tribunal constitucional checo *(Ústavni Sound)* , 3 de noviembre de 2009 2009, Pl ÚS 29/09, § 43.

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 8, janvier-décembre 2020, pp. 497-549
DOI: http://dx.doi.org/10.25267/Paix_secur_int.2020.i8.17

en el sistema comunitario. Legitimado por su elección por sufragio universal directo, el Parlamento Europeo debe ser considerado, sean cuales sean sus límites, como la parte de la estructura de la Comunidad Europea que mejor refleja la preocupación de asegurar en el seno de ésta un «régimen político verdaderamente democrático»[78].

La perspectiva dialógica indica que nada queda fijado de una vez para siempre, ya que la integración europea es sobre todo un proceso; es, por definición, evolutiva. El *écart* pone en tensión dos polos, dos términos evidenciando un proceso[79]. Y no se trata, al fin y al cabo, solo de tejer entre dos polos. «La transformación interminable del sistema de integración ha generado dos tipos de consecuencias en términos dialógicos. La primera no consiste en el mantenimiento del principio de reservas de constitucionalidad por los dos tribunales líderes en la materia, sino, y sobre todo, su importación por otros tribunales constitucionales de los Estados Miembros de la Unión. Aquí, el diálogo horizontal funciona a toda marcha»[80]. Es el traje de Arlequín, que se compone de múltiples y coloridas piezas. Cada tribunal ha contribuido con su impronta a la construcción del derecho constitucional europeo. Las piezas variopintas de este humilde y extravagante ropaje proceden de España (2004)[81], pasando por Francia (2004)[82], Hungría (2006)[83], o la República Checa (2008)[84]: el principio de primacía de la Unión, máximo exponente de su legalidad, no se debería comprender prescindiendo de este entramado constitucional. La propia identidad comunitaria, como se evidencia en la sentencia Kadi de

[78] TEDH, 18 de febrero de 1999, *Matthews c. Reino Unido* , § 48.

[79] Cfr. Palombella, G., «Illiberal, Democratic and Non-Arbitrary? Epicentre and Circumstances of a Rule of Law Crisis», *Hague Journal on the Rule of Law*, 2018, 10, p. 7: «The EU is a two-level system, and it has to take into account that a tension between the two layers would be rather expectable, even if Europe as such were itself a 'democracy».

[80] Burgorgue-Larsen, L., «Sobre un acercamiento dialógico...» *cit.*

[81] Tribunal Constitucional español, 13 de diciembre de 2004, Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, DTC n°1/2004, 5 de enero de 2005.

[82] Consejo Constitucional, 19 de noviembre de 2004, *Traité établissant une Constitution pour l'Europe* , 2004-505 DC.

[83] Tribunal Constitucional de Hungría, 16 de junio de 2006, n°1053/E/2005 AB.

[84] Tribunal Constitucional checo, 26 de noviembre de 2008, Tratado de Lisboa, Pl ÚS 19/08.

2008[85], no se entiende sin esta tensión continua frente a los avances en la construcción de la Unión Europea[86].

Podemos decir que el resultado del diálogo judicial en materia de derechos fundamentales ha sido doble: de una parte, ha propulsado a la Unión a la era de la modernidad constitucional proporcionando al Tribunal de Justicia un código genético propio de defensa derechos fundamentales, saliendo de la pura lógica del mercado: la corte de Luxemburgo y las cortes constitucionales no bailan solas. Por otro, la codificación de los *contralímites* por el artículo 4.2 TUE –en los que entretanto se ha visto un desplazamiento subrepticio de los derechos fundamentales hacia la identidad constitucional sobre todo de índole democrática[87]– es consustancial a este código genético del Derecho constitucional europeo[88].

---

[85] Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 3 de septiembre de 2008, Yassin Abdullah Kadi y Al Barakaat International Foundation contra Consejo de la Unión Europea y Asuntos acumulados C-402/05 P y C-415/05 P, Recopilación de Jurisprudencia 2008 I-06351, ECLI:EU:C:2008:461.

[86] Los ejemplos son muy numerosos. Pondremos de manifiesto este pasaje particularmente significativo de una sentencia importante del Tribunal constitucional checo. 26 de noviembre de 2008, Tratado de Lisboa, Pl ÚS 19/08, par. 197 : «In any case, we can also agree with the government's opinion that, even after the Treaty of Lisbon enters into force, the relationship between the European Court of Justice and the constitutional courts of member states will not be placed in a hierarchy in any way; it should continue to be a dialog of equal partners, who will respect and supplement each other's activities, not compete with each other».

[87] En el marco de este trabajo, no es posible entrar a valorar todos los matices del fenómeno. Cada tribunal constitucional, en función de su historia y del ordenamiento en el que se integra, establece unos concretos vínculos entre identidad constitucional y derechos fundamentales. Éstos, en general, se insertan en el concepto global pero no lo agotan. El concepto de «identidad constitucional», que en la arena del diálogo entró de la mano de Francia (Consejo constitucional, 30 de marzo de 2006, *Loi pour l'égalité des chances* , 2006-535 DC ; Consejo constitucional, 27 de julio de 2006, *Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information* , 2006-540 DC ; Consejo constitucional , 30 de noviembre de 2006, *Loi relative au secteur de l'énergie* , 2006-543 DC), fue asumido por el Tribunal constitucional alemán hasta el punto de crear un nuevo tipo de control (*Identitäskontrolle,* §§228, 230, 240 Sentencia Lisboa de 2009).

[88] La jurisprudencia del Tribunal de Justicia tuvo la ocasión de asumir seriamente algunos elementos relevantes de la identidad constitucional de los Estados miembros, antes incluso de que se inscribiera formalmente en el artículo 4.2 del TUE, tal y como fue adoptado en Lisboa. Se trata de algo explicable, por otra parte, puesto que su antecesor (el artículo F 2 del TUE en la formulación de Maastricht) ya había subrayado la importancia de la

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 8, janvier-décembre 2020, pp. 497-549
DOI: http://dx.doi.org/10.25267/Paix_secur_int.2020.i8.17

Este código, esta nueva gramática europea se basa en la inclusión del otro como diría Habermas[89], en la comprensión e inserción de las razones del otro en el discurso jurídico. De aquí que el correspondiente método comparativo deba ser no excluyente y que las propias argumentaciones esgrimidas abarquen la óptica del Otro, como hemos ya visto en la perspectiva de la inter-legalidad. Mediante el diálogo intersistémico el TJUE ha aprendido a calibrar argumentaciones y principios según una técnica típica de los tribunales constitucionales nacionales: se trata de la llamada «ponderación fundamental»[90].

Ya en vía general, el marco metajurídico trazado por art. 2 TUE incorpora la disposición del art. 4.2 TUE tanto en consideración del orden jerárquico ontológico y lógico del ordenamiento de la UE, como porque para formar parte de la Unión (artículo 49 TUE) se debe haber superado previamente el filtro del art. 2 TUE.

En segundo lugar, para entender qué relación discurra entre la identidad constitucional nacional y la identidad europea, la apertura internacionalista de las todas las Constituciones modernas, de las que denominadas «cláusulas europeas» (implícitas o expresadas) son una prueba clara que la pertenencia a la Unión Europea, el reparto de los valores en los que se basa y la consecución de los objetivos que pretende alcanzar, son parte integrante de la propia identidad constitucional nacional. No se concibe la España moderna sin la comprensión de la Constitución y de la participación en las Comunidades Europeas: las dos cuerdas limitadoras del Estado en la sociedad española se construyeron en el mismo periodo, así como ha ocurrido en todas las sociedades de los Estados miembros de la actual Unión Europea.

Si aceptamos esta afirmación, podemos decir que la defensa de la identidad nacional nunca podría verse como una forma de antieuropeísmo, en la medida en que las decisiones antieuropeas del Estado irían en contra de ella misma, lo que derivaría en su degeneración, porque producirían la negación de un elemento constitucional necesario para el establecimiento adecuado de la identidad constitucional (al menos mientras el país sea miembro de la Unión),

identidad. V. Constantinesco se pronunció sobre este aspecto en, «L'intégration des principes constitutionnels nationaux dans le traité : l'article 6§1 du traité sur l'Union européenne (ex-F§1) tel que modifié par le traité d'Amsterdam», *Droit constitutionnel, Droit communautaire. Vers un respect mutuel réciproque ?* , dirigido por H. Gaudin, pp. 299-311.

[89] Habermas, J., *La inclusión del otro... cit.*

[90] Según la definición de Weiler, J.H.H., *The Constitution of Europe*, *cit.,* p. 123.

determinada por la (auto)limitación de la soberanía de la Unión Europea, que permite a un Estado adherirse a la Unión Europea, aceptando su producción regulatoria y legal y permitiendo su aplicación dentro del sistema nacional. Es el discurso seguido por Fabbrini y Pollicino a propósito de la identidad constitucional italiana en todos los actores políticos transalpinos[91].

El motivo fundamental del *groviglio* reside en este punto: no existe horizonte constitucional actual sin la participación en la Unión y no existe Unión sin la linfa vital de las constituciones nacionales. De la misma forma, no existe Estado de derecho europeo sin las dialécticas vivificadoras con los principios de legalidad estatales, por un lado; y el principio democrático, por otro. En este contexto debemos entender la primera afirmación de la existencia –incluso previa a la participación ad intra en la Unión– del marco común del art. 2 TUE, también respecto del art. 4.2 TUE: este último forma parte de la dialéctica comunitaria, sin que deba forzosa o subrepticiamente alcanzarse una síntesis hegeliana. La identidad europea consiste en el *écart*, en el *in-between*, en poner en tensión términos interrelacionados formando una inmensa telaraña conceptual o red. No existe identidad nacional sin identidad europea[92], también porque la primera, de no ser contemplada y estando en conformidad con el art. 2 TUE, formará parte de la segunda. Y también porque como sostiene el Abogado General Pedro Cruz Villalón en el caso Gauweiler una vez dentro del espacio conceptual y jurídico de la Unión se desarrolla un fenómeno cultural de armonización judicial en torno a las tradiciones constitucionales comunes[93].

> [N]o creo que esté de más recordar que el Tribunal de Justicia ha operado desde muy antiguo con la categoría de las «tradiciones constitucionales comunes» de los Estados miembros a la hora de buscar inspiración en la construcción del sistema de valores sobre los que la Unión se asienta. En particular, en estas tradiciones constitucionales comunes el Tribunal de Justicia ha buscado, de forma

[91] Fabbrini, F; Pollicino, O, *Constitutional identity in Italy: European integration as the fulfilment of the Constitution*', EUI Law Department Working Paper 6 (2017); IDEM, «Constitutional Identity in Italy Institutional Disagreements at a Time of Political Change», en *Constitutional Identity in a Europe of multilevel constitutionalism*, editado por C. Calliess y G. van der Schyff, Tilburg University, 2020, pp. 134 ss.

[92] Cfr. Martínez López-Sáez, M., «A la búsqueda de la identidad constitucional: una aproximación al caso español y europeo en clave de pluralismo constitucional y diálogo judicial», *Revista de Derecho Político*, N.º 105, mayo-agosto, 2019, pp. 315-358.

[93] Conclusiones del Abogado General Pedro Cruz Villalón, presentadas el 14 de enero de 2015, Asunto C62/14, Peter Gauweiler.

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 8, janvier-décembre 2020, pp. 497-549
DOI: http://dx.doi.org/10.25267/Paix_secur_int.2020.i8.17

> muy preferente, asentar una propia cultura de derechos, la cultura de derechos de la Unión. La Unión ha adquirido así el carácter, no sólo de una comunidad de Derecho, sino también de una «comunidad de cultura constitucional». Esa cultura constitucional común aparece como parte de la identidad común de la Unión, con la importante consecuencia, a mi juicio, de que la identidad constitucional de cada Estado miembro, específica desde luego en la medida en que a ello haya lugar, no pueda sentirse a una distancia astronómica de dicha cultura constitucional común, por decirlo con cautela. Por el contrario, una bien entendida actitud abierta respecto del Derecho de la Unión debería inspirar en el medio y largo plazo un principio de confluencia básica entre la identidad constitucional de la Unión y la de cada uno de los Estados miembros.

Quizás la clave del acercamiento de la cuerda (de la cultura) del Estado de Derecho europeo y de (la cultura de) la democracia constitucional estatal resida en las tradiciones constitucionales comunes, tanto por su origen, dado que afloran en la jurisprudencia de la Corte de Luxemburgo precisamente cuando el juez comunitario decide revestir el principio de primacía de un manto de legalidad constitucional nacional, como por su concepto, puesto que la construcción cultural de la *European rule of law* se ha desarrollado en la dialéctica comparativa del actual art. 6.3 TUE incluso en la construcción de los principios generales. Este fenómeno lo veremos en el primer ejemplo de *écart* como tensión comparativa en relación al caso Taricco II.

V. INTERACCIÓN ENTRE EL ESTADO DE DERECHO Y DEMOCRACIA A NIVEL JURÍDICO: *ÉCARTS* NEGATIVOS Y POSITIVOS

Crucial para entender la dinámica subyacente al paradigma complejo del Derecho de la Unión y al funcionamiento del principio del Estado de Derecho es la sentencia Taricco II[94], de las que destacaremos algunos puntos esenciales. En ella se puede analizar claramente la idea de *écart*, de matización comparativa en el sentido positivo y constructivo. El punto de partida se halla en la angulación adoptada por la *Corte Costituzionale* italiana, planteando una concepción de identidad constitucional plasmada prioritariamente en las tradiciones constitucionales comunes y en el principio de cooperación leal recogido en el art. 4.3 TUE. La Consulta transalpina evidencia, *in primis*, el reconocimiento del principio del Estado de derecho comunitario, afirmando el principio de primacía del ordenamiento comunitario. En este marco

[94] Sentencia de 5 de diciembre de 2017, Taricco II , C-42/17, EU:C:2017:564.

conceptual propone una interpretación pluralista de este mismo principio en virtud del proprio art. 2.2 TUE, introduciendo la posibilidad de interpretar el principio de legalidad de los delitos y penas, elaborado ya como tradición constitucional común a los Estados miembros y sancionado por el art. 7 CEDH. En fuerza del art. 52 CEDFUE en relación con los principios de previsibilidad, determinación e irretroactividad el principio de prescripción, que podría ser contemplado en el ordenamiento italiano como identitario, entra en el círculo del patrimonio constitucional común, especificando una faceta del Estado de derecho, previsto por el art. 2 TUE. Interpretado de esta forma, un elemento idiosincrásico del ordenamiento italiano se subsume en los términos del art. 6.3 y 4.3 TUE, más que con el instrumento del art. 4.2 TUE. «L'arma finale dei cc.dd. controlimiti è stata disinnescata dalla Corte di Lussemburgo mediante un'accorta riconduzione del contenuto dei principi fondamentali o di «identità costituzionale», rivendicati come propri dell'ordinamento italiano e tali da giustificare perfino una disapplicazione della norma che autorizza l'adesione alla UE, ad un'accezione di quei principi sussunta entro le «tradizioni costituzionali comuni» ai singoli Stati»[95].

El principio de legalidad, como se alega en la cuestión prejudicial, es parte de las tradiciones constitucionales comunes, justificando una interpretación del Derecho de la Unión que lo abarque, en este caso, permitiendo la «no desaplicación» de la legislación interna incluso en el sentido trazado por el propio Tribunal de Justicia. Este entramado de normas y sistemas, este pliegue en el traje de Arlequín, es fruto de la labor del juez tejedor, que no contrapone principios, sino que crea los principios generales del ordenamiento eurocomunitario, haciendo confluir en el «depósito conceptual» de la Unión la linfa de las tradición constitucionales comunes. En definitiva, las tradiciones constitucionales comunes y las identidades nacionales individuales, derivadas de las tradiciones constitucionales propias de cada Estado, no se oponen, sino que interactúan entre sí; y, aunque nunca se ha abordado la cuestión de lo que es realmente común entre las tradiciones nacionales y el derecho europeo, el papel formal del segundo absorbe -casi destila o deriva- su contenido de las segundas.

[95] De Stefano, F., «Diritto dell'Unione europea e tradizioni costituzionali nel dialogo tra le Corti (parte prima)», *Giustizia Insieme*, maggio 2020, disponible en https://www.giustiziainsieme.it/it/europa-e-corti-internazionali/887-diritto-dell-unione-europea-e-tradizioni-costituzionali-nel-dialogo-tra-le-corti.

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 8, janvier-décembre 2020, pp. 497-549
DOI: http://dx.doi.org/10.25267/Paix_secur_int.2020.i8.17

Aunque no exista una obligación jurídica formal de la Unión de respetar las identidades nacionales (que sería la negación de la propia base de la Unión, que pretende armonizarlas en un *quid novi* que se diferencie de la mera suma de esas), el hecho de que éstas, a través de tradiciones constitucionales comunes y de su interpretación casuística, contribuyen inevitablemente la formación del Derecho de la Unión como principio inspirador, en el término de principio general del Derecho de la Unión reconocido por los art. 6.3 TUE y 52.3 de la CDFUE, necesariamente acaba influyendo en el mismo derecho eurocomunitario. En el caso Taricco el ordenamiento comunitario se ha visto finalmente enriquecido de un principio identitario del sistema jurídico italiano, sin perjudicar el principio general del Estado de Derecho. Así puntualiza el auto n. 24 del 2017 de la corte italiana: «il principio del primato del diritto dell'Unione … riflette piuttosto il convincimento che l'obiettivo della unità, nell'ambito di un ordinamento che assicura la pace e la giustizia tra le Nazioni, giustifica una rinuncia a spazi di sovranità, persino se definiti da norme costituzionali. Al contempo la legittimazione (art. 11 della Costituzione italiana) e la forza stessa dell'unità in seno ad un ordinamento caratterizzato dal pluralismo (art. 2 del TUE) nascono dalla sua capacità di includere il **tasso di diversità minimo**, ma necessario per preservare la identità nazionale insita nella struttura fondamentale dello Stato membro (art. 4, paragrafo 2, del TUE). In caso contrario i Trattati europei mirerebbero contraddittoriamente a dissolvere il fondamento costituzionale stesso dal quale hanno tratto origine per volontà degli Stati membri»[96].

En el auto del recurso prejudicial parece que, cuando la Consulta avoque decididamente la competencia para describir y «defender» la identidad constitucional nacional, no lo hace de manera rígida y autorreferencial (según el paradigma de la mismidad de Ricouer[97]), sino para tratar de insertar la identidad constitucional italiana en el espectro más amplio de la identidad europea e interpretar de manera «sistemática» los valores y principios de la Carta Constitucional, «en armonía» con las disposiciones de la Carta Europea, y en particular con la Carta de Niza. Lejos de sustituirse al Tribunal de Justicia en la interpretación del Derecho europeo, el Tribunal Constitucional parece invitar a los jueces luxemburgueses a trabajar en una integración bidireccional

[96] Ordinanza Corte Costituzionale 24/2017 del 23 noviembre 2016, (ECLI:IT:COST:2017:24)

[97] Ricoeur, P., *Si mismo como otro*, Siglo XXI, Madrid, 1996.

de las protecciones, utilizando las tradiciones constitucionales (en este caso, evidentemente, también consideradas «parte» de la identidad constitucional italiana) como elementos para aplicar los principios ya presentes en el sistema comunitario europeo, ampliando su ámbito de aplicación e intensificando así su protección[98].

Otro ejemplo de *écart* reside en la diferente concepción del principio de democracia, elaborado por los tribunales constitucionales italiano y alemán. Mientras que la jurisprudencia del *BVerfG* hace referencia a un ideal de democracia representativa, el homologo tribunal italiano asocia este principio constitucional a la función jurisdiccional en tanto que «juez de los *controlimiti*», capaz de concretizar los principios constitucionales la identidad constitucional nacional.

Lo que aquí nos interesa destacar, a diferencia de lo que parece caracterizar la jurisprudencia del BVerfG, es que el principio democrático está inmediatamente vinculado a la función judicial, más que declinado en términos de democracia representativa. Por lo tanto, parece que, según el Tribunal Constitucional italiano, la defensa de la identidad constitucional, en primer lugar, pase por garantizar la correcta aplicación de los principios del sistema, puestos en marcha (especialmente) por el poder judicial, y no a través del canal de la adopción de decisiones políticas, que garantiza el correcto ejercicio de los instrumentos de democracia representativa, como es el caso de Alemania.

Planteando una identidad constitucional insertada en un marco común europeo, y en especial mendo refiriéndose principal y lógicamente a las tradiciones constitucionales comunes del art. 6.3 TUE, parece deducirse que el art. 4.2 TUE se refiere sólo a la fracción de la identidad constitucional que, diferenciando a los diferentes países miembros entre sí, se convierte en un valor, precisamente el de la diversidad, que el sistema europeo preserva como valor fundacional pluralista en el art. 2.2 TUE, representando, además, esa porción de soberanía que no ha experimentado limitaciones en el proceso

[98] Afirma la Corte costituzionale italiana: «Questa Corte tiene a sottolineare che l'interpretazione appena delineata, se da un lato serve a preservare l'identità costituzionale della Repubblica italiana, dall'altro non compromette le esigenze di uniforme applicazione del diritto dell'Unione e si propone pertanto come soluzione conforme al principio di leale cooperazione e di proporzionalità. […] [La qualificazione della prescrizione come avente natura sostanziale], nel caso di specie, costituisce un livello di protezione più elevato di quello concesso agli imputati dall'art. 49 della Carta di Nizza e dall'art. 7 della CEDU» (ord. n. 24/2017, puntos 8-9).

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 8, janvier-décembre 2020, pp. 497-549
DOI: http://dx.doi.org/10.25267/Paix_secur_int.2020.i8.17

de integración a la luz del principio de atribución del art. 4.1 TUE, pero que está destinada a reducirse progresivamente cuanto más se desarrolle el fenómeno de aproximación judicial, como afirma Pedro Cruz Villalón en las Conclusiones del caso Gauweiler). En general, se trata de enmarcar los conflictos interordinamentales pensando no directamente en los derechos y principios individuales en juego, sino en la comparación entre dos «ponderaciones fundamentales», la interna y la comunitaria, poniéndolas en tensión. La propia idea de identidad está conformada a la ipseidad de Ricoeur, contraponiéndose a una concepción estática y rígida de identidad como mismidad.

Otro *écart* comparativo concierne la ratificación del Tratado sobre el Mecanismo Europeo de Estabilidad de 12 de febrero de 2012 y del Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza en el seno de la Unión Económica y Monetaria del 2 de marzo de 2012. Estos acuerdos han sido objeto de la intervención jurisprudencial de varios tribunales constitucionales europeos (de Hungría, a Estonia, pasando por Francia y Alemania)[99], así como del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (sentencia Pringle)[100]. El resultado ha sido que los tribunales constitucionales y Tribunal de Justicia salvaron el mecanismo ideado por los Estados miembros para validar el Mecanismo Europeo de Estabilidad de la zona euro. Sin embargo, algunos cortes estatales, donde más

[99] Tribunal constitucional húngaro, 11 de mayo de 2012, n° 22/2012, JO (*Magyar Közlöny)* n° 57/2012 ; Tribunal supremo estonio, ass. pl., 12 juillet 2012, n°3-4-1-6-12; Consejo constitucional francés, 9 de agosto de 2012, 2012-654 DC ; Tribunal constitucional alemán, 12 de septiembre de 2012, 2 BvR 1390/12, 2 BvR 1421/12, 2 BvR 1438/12, 2 BvR 1439/12, 2 BvR 1440/12, 2 BvE 6/12.

[100] El TMES introduce los instrumentos para asegurar la estabilidad financiera en el seno de la Unión. Para lograrlo, el 25 de marzo de 2011, el Consejo europeo previó en su decisión 2011/199, añadir, al artículo 136 TFUE un parágrafo habilitando a los Estados de la zona euro establecer un mecanismo de estabilidad permanente : «Los Estados miembros cuya moneda es el euro podrán establecer un mecanismo de estabilidad que se activara´ cuando sea indispensable para salvaguardar la estabilidad de la zona del euro en su conjunto». Al hacerlo así, el Consejo europeo de Bruselas de 25 de marzo de 2011 ha establecido igualmente las modalidades de funcionamiento de este futuro MES que fue definitivamente instituido por el Tratado concluido el 2 de febrero de 2012, entre los Estados de la zona euro, adoptando la forma de una organización financiera internacional. Éste es el ingenio que tuvo que «salvar» el Tribunal de Justicia en el asunto *Pringle* dictado como consecuencia del reenvío prejudicial de la *Supreme Court* irlandesa, Cfr. MARTUCCI, F., «La Cour de justice face à la politique économique et monétaire : du droit avant toute chose, du droit pour seule chose. Commentaire de l'arrêt CJUE, 27 novembre 2012, Pringle», *RTDE* , avril-juin 2013, pp. 239-266.

dificultades económicas se han padecido y donde las consecuencias humanas de los planes de austeridad han sido demoledoras, han priorizado en sus argumentaciones ponderadas la protección de derechos sociales frente a las medidas de austeridad. Por ejemplo, el Tribunal constitucional portugués en una sentencia emblemática de 5 de abril de 2013[101] declaró inconstitucionales algunas disposiciones de la ley nº 66B/2012 de 31 de diciembre de 2012 por la que se aprobaba las medidas legislativas, traspositivas de un programa de ajuste económico y financiero negociado entre el Estado portugués, de una parte, y la Comisión Europea, el Banco Central europeo y el Fondo Monetario Internacional, por otra. Una vez más, la relación entre el estado de derecho y la democracia nacional ha sido revalorizado en la decisión lusa. No ha de pasarse por alto el método empleado para proteger los derechos elementales del conjunto de funcionarios y de los más vulnerables, por ejemplo, los perceptores de prestaciones por desempleo. El *quomodo* de sus argumentaciones se ha basado en el principio de proporcionalidad. Una vez más, estamos ante un *groviglio*, ante la interacción de razones constitucionales de derivaciones estatales y supraestatales[102]. En estos primeros ejemplos comparativos de *écart* la identidad constitucional suministra linfa vital al principio de Estado de derecho europeo, colocándose en los valores reconocidos por el art. 2 TUE y constituyendo un elemento de mayor protección de los derechos fundamentales: el derecho a la previa determinación de la sanción previsto por la sentencia Taricco II, aun no siendo un principio constitucional común (solo el sistema español reconoce

[101] Tribunal constitucional portugués, 5 de abril de 2013, n° 187/2013, *Diario de la Republica*, n°78, série I du 24 avril 2013.

[102] En una medida histórica, el Tribunal Constitucional portugués (PCC) emitió su primera sentencia sobre la relación entre el Derecho de la Unión y la Constitución de la República Portuguesa (CPR) el 15 de julio de 2020. La sentencia 422/2020 del PCC, reconociendo su falta de competencia para controlar la constitucionalidad de las disposiciones del Derecho de la Unión (y los casos en que dicha competencia podría reaparecer), fue unánime, sin opiniones coincidentes o discrepantes, lo que es inusual en una decisión de este significado del Tribunal Constitucional luso. En esta sentencia, se pidió al PCC que decidiera sobre la constitucionalidad de un Reglamento de la UE, pero declinó la competencia para pronunciarse sobre esta cuestión. Se trata de una decisión larga, matizada y compleja, que demuestra que el Tribunal de Justicia era consciente de su importancia especialmente después de la reciente decisión del PSPP del Tribunal Constitucional alemán (BVerfG). La decisión se puede consultar en http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20200422.html.

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 8, janvier-décembre 2020, pp. 497-549
DOI: http://dx.doi.org/10.25267/Paix_secur_int.2020.i8.17

la institución de la prescripción en el código italiano), bien puede instalarse en el álveo del principio de legalidad representando un enriquecedor *quid pluris*.

La perspectiva dialógica comparativa tiene el mérito de permitir la actuación de contrapoderes en un sistema político complejo, como veremos en sentido negativo *infra* en el caso de los *referenda* griego y británico. Con el cuadro aquí dibujado la integración europea asume la configuración de un coro polifónico con múltiples actores y voces. El Secretario General del Consejo de Europa, Jagland, en el *su Informe sobre Estado de derecho y movimientos populistas,* describe a los partidos y movimientos populistas, en cambio, como «those political forces which appeal to widespread public grievances while seeking to exclude other voices»[103]. En relación con esta voz exclusiva y excluyente, los *controlimiti* jurídicos vistos a contraluz podrían permitir restablecer un diálogo que es intrínseco en la lógica «internivel» (inevitablemente enmarañada, pero todavía dirigida a la integración que no a la desintegración de la pluralidad de sistemas que se relacionan entre sí), dando voz a los Tribunales Constitucionales, que de otro modo correrían el riesgo de ser marginados en el proceso de definición y protección de la identidad constitucional nacional[104]. La posibilidad de la *voice* «allude […] all'impiego da parte della Corte costituzionale di quegli strumenti persuasivi e interpretativi, che […] permettano di far presente a livello comunitario (e alla Corte di Giustizia innanzitutto) le esigenze del sistema costituzionale italiano e dei suoi elementi fondativi»[105], también mediante herramientas - más o menos - dialógicas (como el recurso perjudicial o la simple «desalineación» de la jurisprudencia luxemburguesa), sin llegar necesariamente a una declaratoria de inconstitucionalidad destinada a expulsar del ordenamiento el acto externo perjudicial de la identidad constitucional, y ciertamente sin poder (o querer) determinar siquiera la salida del país de la Unión.

Algunas sentencias de las cortes constitucionales de índole nacionalista, tendentes a endurecer el funcionamiento del dialogo con el ordenamiento comunitario y con el Tribunal de Justicia, representan el extremo menos dialogante del espectro dialógico. Si se interpreta el art. 4.2 TUE en un prisma

[103] JAGLAND, J., *State of democracy, human rights and the rule of law. Populism – How strong are Europe's checks and balances? Report by the Secretary General of the Council of Europe 2017*, Abril 2017, p. 8.

[104] Cfr. CASSESE, S., «Fine della solitudine delle corti costituzionali, ovvero il dilemma del porcospino», *Ars Interpretandi*, n. 1/2015.

[105] CARTABIA, M., *Principi fondamentali e integrazione europea*, Milano, 1995, p. 260.

identitario de mismidad, como una «cláusula abierta» sin el marco general del art. 2 TUE, pudiendo ser determinada sin ninguna reserva por los Tribunales Constitucionales nacionales, se puede llegar a concebirla de manera similar a un «caballo de Troya», dentro del cual atrincherarse para preservar márgenes muy amplios de soberanía nacional, que fragmentaría excesivamente el ordenamiento de la Unión Europea en detrimento del proceso de integración judicial *tout court*. Por otra parte, la unidad a la que debe aspirar la UE es precisamente la convergencia de los valores fundamentales al amparo del artículo 2 TUE, que debe guiar al Tribunal de Justicia, por una parte, y a los tribunales constitucionales nacionales, por otra, hacia un acercamiento gradual de sus ponderaciones fundamentales, que no comprometería la diversidad interna existente en los sistemas de los distintos Estados miembros. Tanto en la saga Taricco como en las reciente sentencias sobre identidades nacionales se registra una evidente tendencia a la dialéctica en la tercera oleada de los *judicial review*, en la cual algunas cortes constitucionales se arrogan la posibilidad de sindicar sobre la aplicación del Estado de Derecho y del principio de primacía en virtud de la reclamada identidad constitucional y haciendo hincapié en los principios de atribución y de democracia.

Concordamos con quien afirma que

> this type of development could in this manner be conceived as empowering important voices which have been weakened or silenced in the discourse of judicial review by national and transnational tribunals. The virtue of closing democratic or rule of law deficits is obvious, **but even identity is not a dirty word if it is seen as a social feature which corresponds to positive dignitarian yearnings of the human condition and equally positive social features of individual responsibility and collective solidarity.** Voice should also be understood as dialogical—not defiance or rejection by engagement and correction.[106]

En la supuesta disyuntiva con el principio de *rule of law*, amparado por el propio art. 2 TUE y enriquecido por el art. 6.3 TUE, el recurso al art. 4.2 TUE por parte de algunos Estados miembros que se apelen a la identidad nacional ha de ser bien entendido y encuadrado complementariamente en un contexto donde esta disposición no dispone de la cobertura de los valores y principios fundamentales de la Unión, amén de los límites esculpidos por los principios

[106] Lustig, D; Weiler, J.H.H., «Judicial review in the contemporary world...», *cit*., p. 360. El énfasis es nuestro.

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 8, janvier-décembre 2020, pp. 497-549
DOI: http://dx.doi.org/10.25267/Paix_secur_int.2020.i8.17

de cooperación leal de igualdad de los Estados ante los tratados, contendidos ambos en el propio art. 4 TUE.

«As a result, the ECJ attached a broader significance to the principle of legality as part of the common constitutional traditions of the Member States and enshrined in Article 49 of the EU Charter of Fundamental Rights. [...] In other words, the principle of legality is provided with enhanced strength not merely by virtue of the protection guaranteed by the Charter and ECHR, but mostly as a result of its configuration as a common constitutional tradition»[107]. Aquí, se ha constatado cómo funciona el principio de interlegalidad, ampliando el radio de acción de la *rule of law* europea y, a la vez, preservando un aspecto crucial del principio nacional de legalidad de ámbito penal.

Las decisiones sobre la identidad constitucional que procuran respetar el marco único de los valores trazado por el art. 2 TUE conjuntamente con los primeros siete artículos del Tratado de la Unión, encarnan una visión de la propia identidad de tipo relacional: son la trasposición de la idea de ipseidad de Ricoeur. En este contexto el principio del Estado de Derecho, por un lado, se entrelaza con los otros valores fundacionales de la Unión y, por otro, se construye mediante la comparación con las tradiciones constitucionales comunes.

En este contexto emerge otro momento de reflexión relacionado con la propia identidad del juez; asunto introducido, como ya visto *supra*, por Cruz Villalón.

En el traje de Arlequín formado por un tejido complejo, las piezas consistentes en las aportaciones por las cortes de los Estado miembros de la Unión Europea, por el Tribunal de la Unión y por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos tienen su propia consistencia: las denominadas ***key ontological identities***[108]. En algunos asuntos, como por ejemplo las decisiones

[107] Van Der Schyff, G., «Member States of the European Union, Constitutions, and Identity A Comparative Perspective», en *Constitutional Identity in a Europe of multilevel constitutionalism*, editado por C. Calliess y G. van der Schyff, Tilburg University, 2020, p. 201. Cfr. para una visión pluralista de la identidad constitucional Graziadei, M; Decaria, R., «The "Constitutional Traditions Common to the Member States" in the Case-law of the European Court of Justice: Judicial Dialogue at its Finest», *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 2017, pp. 949–971.

[108] Rodin, S., «Constitutional Relevance of Foreign Court Decisions», *American Journal of Comparative Law*, 2016, p. 816.

relativas a la admisión del velo o de atuendos de índole religiosa, en Estrasburgo el conflicto se consume entre una de las libertades fundamentales del individuo y la pretensión de proteger la imagen de la empresa, mientras en Luxemburgo esta estrategia empresarial adquiere carácter prioritario de libertad fundamental[109].

Se trata solo de algunos fallos escogidos entre muchos, donde el análisis crítico-comparativo revela una actitud de la corte de Luxemburgo poco habituada a afrontar temáticas de envergadura constitucional, probablemente anclada a su hábitat fundacional o excesivamente atenta a preservar su peculiaridad.

Si las *key ontological identities* comunitarias significan identidad en la versión de la mismidad de Ricouer, es decir implican una comparación estática y diferenciadora, el propio Tribunal de Justicia no logrará realmente salir del cascarón identitario mercantilista y, en un cierto sentido, narcisista. Si, al contrario, la metodología comparativa, subyacente a la apertura identitaria, que connota realmente la Unión Europea *ab urbe condita*, como testimonian los artículos 6.3 TUE y 53 de la Carta de los Derechos Fundamentales, se traduce en tensión hacia el Otro, entonces se desarrollará un auténtico movimiento judicial dialéctico. «L'art. 6 TUE, con il rinvio che dà piena efficacia alla Carta dei diritti fondamentali, acquista un nuovo spessore, e diventa, assieme all'art. 2 TUE il fulcro valoriale dell'Unione europea»[110]. Cuando se expresa mediante un registro de orden constitucional, la corte de Luxemburgo ha de tener en cuenta una visión dialéctica de identidad, como diría Ricoeur una identidad en términos de ipseidad; abierta es decir a la comparación- tensión con los ordenamientos constitucionales nacionales, propugnando una interpretación sistemática del art. 4.2 TUE a la luz de las disposiciones del art. 4.3 y 6.1 TUE.

[109] Cfr. Lazari, A., «El diálogo entre jueces como paradigma comparativo europeo», en *Diálogos judiciales en el sistema europeo de protección de derechos: Una mirada interdisciplinar*, editado por Caruso Fontán y Pérez Alberdi, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 41-70.

[110] L.S. Rossi, *2, 4 6 (TUE)…l'interpretazione dell'»Identity Clause» alla luce dei valori fondamentali dell'UE*, en AA.VV., *Liber Amicorum Antonio Tizzano. De la Cour CECA à la Cour de l'Unión: le long parcours de la justice européenne*, Giappichelli, Torino, 2018, p. 866.

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 8, janvier-décembre 2020, pp. 497-549
DOI: http://dx.doi.org/10.25267/Paix_secur_int.2020.i8.17

Es cuanto hizo con las sentencias Kadi I[111], Digital Rights[112], Google Spain[113] o Schrems I y II[114], entre muchas. En cada una de las decisiones citadas la remisión a las tradiciones constitucionales comunes adquiere realmente nueva dimensión de alcance constitucional y aperturista. Dialogando con las cortes constitucionales el Tribunal de Luxemburgo va adquiriendo la citada técnica de la «*ponderación fundamentab*»[115], ausente en la jurisprudencia de sus primeros treinta años.

Una vez más, la metodología comparativa abre paso a una terminología y, aún más profundamente, a un talante constitucional que diferencia la primera fase de su jurisprudencia basada en la mismidad, en la construcción de una identidad excluyente, aflorada en la sentencia Costa c. Enel, respecto de una concepción identitaria de ipseidad, forjada en el diálogo con el Otro, culminada, por ejemplo, en la sentencia Kadi de 2008. Esta idea de una identidad abierta y dialógica del ordenamiento de la Unión no solo se evidencia claramente en los art. 2, 4 y 6 del Tratado de la Unión: representa también la única vía conceptual para componer la disyuntiva entre los dos principios básicos del proprio art. 2 TUE. Respondiendo a la cuestión avanzada por Cruz Villalón, la identificación sustancial del Tribunal de Justicia como corte de los derechos fundamentales marca y depende también del fin de la «soledad de los jueces constitucionales»[116].

Al contrario, si bien no asumiendo unos rasgos políticos paroxísticos del Brexit, afloran sentencias que en nombre de una idea monolítica de las cláusulas

[111] Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 3 de septiembre de 2008, Yassin Abdullah Kadi y Al Barakaat International Foundation contra Consejo de la Unión Europea y Asuntos acumulados C-402/05 P y C-415/05 P, Recopilación de Jurisprudencia 2008 I-06351, ECLI:EU:C:2008:461.

[112] Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 8 de abril de 2014, Digital Rights Ireland Ltd contra Minister for Communications, Marine and Natural Resources y otros y Kärntner Landesregierung y otros, asuntos acumulados C-293/12 y C-594/12, ECLI:EU:C:2014:238.

[113] Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 13 de mayo de 2014, Google Spain, S.L. y Google Inc. contra Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) y Mario Costeja González, asunto C-131/12, ECLI:EU:C:2014:317.

[114] Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión, Data Protection Commissioner/Maximillian Schrems y Facebook Ireland, asunto C-311/18, , 16 de julio de 2020, no archivado.

[115] Según la definición de Weiler, J.H.H., *The Constitution of Europe*, cit., p. 123.

[116] Cassese, S., «Fine della solitudine delle corti costituzionali, ovvero il dilemma del porcospino», cit., p. 12.

eternas de las Constituciones, erigen un discurso opositivo y excluyente de la identidad nacional (Semoules[117], Solange[118], Cohn-Bendit[119], *controlimiti*[120], Maastricht[121] and Lisbon[122], *the Polish Accession Judgment*[123], Landtová[124], Ajos[125], Gambling Act[126], *ex multis*), capaz, entonces, de confligir con las bases ontológicas del proceso de integración y con las propias fundamentas del proprio derecho constitucional, íntimamente asociado con el funcionamiento de la Unión y con el principio de cooperación leal. La metodología comparativa inclusiva lee, observa tales tendencias. «While the rule of law, democracy, and human rights are the fundamental premise of the EU legal order and determine the content of the European constitutional identity, as theoretical concepts they denote sameness. Yet in practice their operationalisation may vary from case to case and expose substantive differences. […] In our view, these cases challenged the understanding of Polish constitutional identity as axiological equivalence or convergence. Moreover, recent political developments –in particular the conflict around the Constitutional Tribunal accompanied by the discussion

[117] Bundesverfassungsgericht [BVerfG] [Federal Constitutional Court] 12 October 1993, 89 Entscheidungen Des Bundesverfassungsgerichts[BVerfGE] 155; Case 2134/92, Brunner v. The Euro Conseil d'Etat, Syndicat général de fabricants de semoules de France, C.M.L.R. 395 (1970).

[118] Bundesverfassungsgericht [BVerfG] [Federal Constitutional Court] May 29, 1974, 37 Entscheidungen Des Bundesverfassungsgerichts [BVerfGE] 271, 285 [hereinafter Solange I].

[119] CE Ass., Dec. 22, 1978, Case Ministre de l'intérieur c. Cohn-Bendit, Rec. 524 (Fr.).

[120] Corte Costituzionale, Dec. 17, 1973, n. 183, 2 C.M.L.R. 372.

[121] Bundesverfassungsgericht [BVerfG] [Federal Constitutional Court] 12 October 1993, 89 Entscheidungen Des Bundesverfassungsgerichts[BVerfGE] 155; Case 2134/92, Brunner v. The European Union Treaty, 1 *C.M.L.R.* 57 (1994).

[122] Bundesverfassungsgericht [BVerfG] [Federal Constitutional Court] June 30, 2009, 123 Entscheidungen Des Bundesverfassungsgerichts[BVerfGE] 267 [hereinafter Lisbon Judgement].

[123] Trybunal Konstytucyjny [TK] [Constitutional Tribunal] May 11, 2005, Case No. 18/04 (Pol.) [hereinafter Accession Treaty].

[124] Nález Ústavního soudu ze dne 31.01.2012 (ÚS) [Judgment of Constitutional Court of Jan. 31, 2012], sp.zn Pl. ÚS 5/12 (Czech.).

[125] Danish Constitutional Court Case no. 15/2014 Dansk Industri (DI) acting for Ajos A/S v. Estate of A (relating to CJEU, Case C-441/14 Dansk Industri, acting on behalf of Ajos A/S v. Estate of Karsten Eigil Rasmussen)pean Union Treaty, 1 C.M.L.R. 57 (1994).

[126] TK judgment of 11 March 2015, case No. P 4/14 (Gambling Act).

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 8, janvier-décembre 2020, pp. 497-549
DOI: http://dx.doi.org/10.25267/Paix_secur_int.2020.i8.17

about the model of constitutional review and the relationship between the constitutional adjudicator and the legislative power– underscore the new, distinctive features of the Polish constitutional regime. These recent events not only raise serious rule-of-law concerns but also undermine the principle of loyal cooperation and redefine the position of Poland in the EU».[127]

El eje de análisis se desplaza desde el terreno jurídico al ámbito político.

VI. INTERACCIÓN ENTRE EL ESTADO DE DERECHO Y DEMOCRACIA A NIVEL POLÍTICO: *ÉCARTS* NEGATIVOS Y POSITIVOS

La aplicación de la operación comparativa mediante *écart* genera, al contrario, inquietantes dudas en el ámbito de los *controlimites* políticos, que se desenvuelven mediante instrumentos de democracia directa, habitualmente connotados por un mayor grado de concreción respeto de los criterios jurídicos arriba mentados. Ellos se exponen más directamente a derivas populistas y hacen aflorar estos dos metavalores de los que se hablaba al principio. Nos referimos, en particular y brevemente, al referéndum griego de 5 julio de 2015 y a la bien notoria consulta inglés de 23 junio de 2016.

En el caso griego el referéndum se utilizó para defender un aspecto peculiar de la identidad nacional-constitucional de Grecia, a saber, un determinado modelo de bienestar, que podía ser peligrosamente «desmantelado» por medidas de austeridad, en particular las impuestas por la Troika a los Estados que firmaron sendos *memorandos*. En efecto, estas disposiciones precisamente por su excesiva rigidez (quizás, irracionabilidad) ponían en tela de juicio su compatibilidad con lo dispuesto en los Tratados (en especial, la llamada «cláusula social no regresiva», conforme al artículo 9 TFUE) y especialmente con la Carta de Niza, pero, como es bien sabido, el tribunal de justicia, en varias decisiones -que la doctrina no dudó en definir como «pilatescas»- desestimó examinar el fondo las medidas nacionales de austeridad y , en cualquier caso, no aplicó la Carta de Niza como parámetro para la control de validez. A este propósito, se reporta la amarga reflexión de Rodotà:

> Quel che sta accadendo nell'Unione europea è appunto […] una decostituzionalizzazione. Il suo sistema è stato amputato della Carta dei diritti

[127] Śledzińska, A.-Simon, J. –Ziółkowski, M., «Constitutional Identity in Poland. Is the Emperor Putting on the Old Clothes of Sovereignty?», en *Constitutional Identity in a Europe of multilevel constitutionalism*, editado por C. Calliess y G. van der Schyff, Tilburg University, 2020, p. 231.

> fondamentali, del suo Bill of Rights, che pure, com'è scritto nell'articolo 6 del Trattato di Lisbona, «ha lo stesso valore giuridico dei trattati». […] Oggi l'orizzonte è mutato, l'Unione agisce come se la Carta non vi fosse, nega ai cittadini il valore aggiunto ad essa affidato proprio per acquisire legittimità attraverso la loro adesione, e muta i cittadini da attori del processo europeo in puri spettatori, impotenti e sfiduciati di fronte all'arrivo da Bruxelles di imposizione di sacrifici e non di garanzie dei diritti. V'è in tutto questo una contraddizione, un abbandono della logica che volle il passaggio dell'espressione «Mercato unico» a «Unione europea», che avrebbe dovuto avvicinare istituzioni e cittadini, e questi tra loro. E vi è pure un abbandono di quanto è scritto nel Preambolo della Carta, dove si afferma l'Unione «pone la persona al centro della sua azione».[128]

Las observaciones esgrimidas en la ya sentencia Ledra[129] cobran a este efecto particular relevancia, pues brindan la posibilidad de que los ciudadanos de la UE puedan invocar la CDFUE como límite frente a las medidas de ajuste económico adoptadas por los Estados de la zona Euro, necesaria para cumplir con las exigencias del Estado de Derecho». La reciente decisión Dr. K. Chrysostomides & Co. LLC de 2018 lo confirma, si bien las conclusiones no sean favorables a los demandantes, en su apartado 203 «al igual que la Comisión, el BCE está obligado a respetar la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (en lo sucesivo, «Carta») cuando actúe fuera del marco jurídico de la Unión. De ello se deduce que, en el marco de un recurso de indemnización, pueden imputarse a la Comisión y al BCE comportamientos ilícitos vinculados a la supervisión de la aplicación de las medidas lesivas por estas instituciones»[130].

El cambio conceptual ínsito en la ausente aplicación de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión puede haber sido causa de una profunda reacción dialéctica, que ha de ser interpretada y comprendida no solo en términos de respuesta nacional al consolidado déficit democrático que aún aflige las instituciones comunitarias (como evidencia la –ausente–

[128] Rodotà, S., «Il pensiero debole dell'Europa che s'accontenta», *MicroMega*, 10 enero 2014 (y en *La Repubblica*, 9 enero 2014, p. 12).

[129] Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 20 de septiembre de 2016, Ledra Advertising Ltd y otros contra Comisión Europea y Banco Central Europeo, Asuntos acumulados C-105/15 P a C-109/15 P, cit.

[130] Sentencia del Tribunal de Justicia del 24 de septiembre de 2018 por Dr. K. Chrysostomides & Co. LLC y otros contra la sentencia del Tribunal General (Sala Cuarta ampliada) dictada el 13 de julio de 2018 en el asunto T-680/13, Dr. K. Chrysostomides & Co. LLC y otros / Consejo de la Unión Europea y otros, Asunto C-603/18 P.

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 8, janvier-décembre 2020, pp. 497-549
DOI: http://dx.doi.org/10.25267/Paix_secur_int.2020.i8.17

parlamentarización de la crisis griega)[131], sino como denuncia de una carencia bien más vasta en el circuito europeo de las garantías al máximo nivel. Éste el punto de convergencia de las temáticas de la relación dialéctica Estado de Derecho- democracia y la dualidad *ad intra* y *ad extra* del Estado de Derecho. Un Estado de Derecho que flaquea desde el frente de su relación con la democracia se ve muy debilitado a nivel axiológico; y si, *a contrario* solo se nutre de la linfa de la democracia europea, podrá dar lugar a una enérgica dinámica con las democracias iliberales. Por otro lado, un Estado de Derecho europeo que no se aplique plenamente también a los variados instrumentos de rescates económicos e índole internacionalista solo acaba fomentando estos mismos movimientos nacionalistas, donde la identidad nacional se tiñe de una visión excluyente y democrática. «Substantively, then, the much vaunted Community rights which serve, almost invariably the economic interests of individuals were «bought» at least in some measure at the expense of democratic legitimation»[132]. En definitiva, parece que la identidad constitucional griega ha sido afirmada *desde abajo* hacia arriba, pero no en oposición a la eurocomunidad (por lo tanto, en ausencia de rasgos antieuropeos), sino de manera «integrativa» con respeto a ella. Representó el instrumento «jurídico-político» por el que Grecia intentó rechazar las estrictas medidas de austeridad, haciendo hincapié así en su incompatibilidad con los derechos sociales protegidos en el sistema. Es una muestra, en síntesis, de una relación dialógica, que podría llevar a resultados muy proficuos sobre todo para la vida política y jurídica de la Unión.

Si, en cambio, en la relación entre Estado de Derecho y democracia, entre principio de primacía e identidad constitucional prima la versión de la mismidad de Ricouer, se genera una situación paroxística, de rasgos populistas y antieuropeístas, desembocada en el referéndum ingles del llamado Brexit[133].

[131] Caravita, B., «Parlamentarizzare la crisi greca», *Federalismi.it*, 14/2015; Yannakourou, A., «Challenging austerity measures affecting work rights at domestic and international level. The case of Greece», en *Social Rights in Times of Crisis in the Eurozone: The Role of Fundamental Rights' Challenges*, Fiesole, 2014, 19 ss.

[132] Weiler, J.H.H., «Epilogue: living in a glass house: Europe, democracy and the rule of law», en *Reinforcing rule of law oversight in the European Union*», dirigido por C. Closa y D. Kochenov, Cambridge University Press, Cambridge, 2016, p. 324.

[133] «It therefore has to be concluded that the only option open the ECJ and the EU itself, is a reinvigorating of the judicial dialogue as the to this day only successful form of dialogical Rule of Law deployable in the Union»; así Kochenov, D; Van Wolferen, M., *The dialogical rule of law and the breakdown of dialogue in the EU*, cit., p. 24.

En tal escenario el referéndum mostró la «elección trágica» a la que los países que prefieren el camino de la integración diferenciada podrían ser más propensos, no para lograr una Europa a varias velocidades (que es posible, en cierta medida), sino para optar por una Europa a la carta, que es el preludio de su desintegración. De hecho, el Reino Unido ha a menudo empleado la herramienta de exclusión voluntaria, pero, a la luz del resultado del Brexit, parece ser posible decir que estas cláusulas se han utilizado no tanto para proteger (*ex ante*) su propia «identidad» nacional-constitucional, sino más bien para preservar celosamente partes de la «soberanía» política que no pretendía «compartir» con la Unión, hasta el punto de degenerar en un nacionalismo euroescéptico (*rectius*: antieuropeo) de no-retorno, que finalmente condujo a su salida de la Unión.

VII. EL ESTADO DE DERECHO COMO REGLA DE CONVIVENCIA

Tanto en sede política como en ámbito judicial hemos podido ver qué términos como «identidad constitucional» o «democracia» pueden ser interpretados en el sentido de ipseidad contribuyendo a elevar el grado de la dialéctica constitucional del ordenamiento comunitario, o pueden asumir una dimensión negativa, favoreciendo, en cambio, un alejamiento, la «tentación del muro»[134]. En el primero caso, la voz de los Estados miembros –en su versión política y/o jurídica– forma parte de un coro, cuya partitura se halla toda en los primeros seis artículos del Tratado de la Unión y cuya baqueta está también en manos del Tribunal de Justicia.

> On the other hand, voice can slide into exit, exit from the benefits of multilateralism, transnational governance which is essential to tackle problems not amenable to national solutions, from a veritable commitment to individual human rights with the pretext of collective goods, from legitimate identitarian concerns and patriotism as a discipline of love and solidarity to a spirit and ethos of xenophobia and atavism. Courts, in the name of democracy, the rule of law, and constitutional identity, can become part of this destructive exit discourse. As noted earlier, we are less concerned in this context to analyze veritable «exit à la Brexit» though such movements and tendencies undoubtedly have an impact on judicial decision-making and courts can act as breaks or catalysts to

[134] Recalcati, M., *La tentazione del muro*, Feltrinelli, Milano, 2020.

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 8, janvier-décembre 2020, pp. 497-549
DOI: http://dx.doi.org/10.25267/Paix_secur_int.2020.i8.17

> such. The exit option which primarily concerns us is when national courts defy transnational normativity with differing rationales and vehemence.[135]

En conclusión, existe, por un lado, una visión identitaria excluyente tanto de naturaleza política, culminada en el Brexit, como de índole jurídica, escenificada en algunas sentencias de algunos órganos constitucionales nacionales dentro del marco del art. 2 TUE, que ante los desafíos del siglo XXI cede a las sirenas de la «tentación del muro»[136]: es el paradigma que se manifiesta en muchos discursos de políticos epígonos de las democracias iliberales. Existe, asimismo, otro paradigma, mucho más complejo, de apertura al Otro, que mediante la creación de un Estado de Derecho europeo en continua tensión con el principio democrático y el respeto de los derechos humanos, funciona –y surgió– con el objetivo bien preciso de limitar los delirios de omnipotencia de los Estados: *Eros and Civilization*[137]. La elaboración de este último paradigma se lleva a cabo mediante una metodología comparativa dialógica, donde no emerge un *prius* lógico, ni existe una hegemonía excluyente, sino una relación reticular con las tradiciones constitucionales (y no) comunes, en la dirección vertical, y con los citados principios democrático y del respeto de los derechos humanos en el seno del art. 2 TUE, en el sentido horizontal.

Deberíamos, por tanto, habituarnos –y educar– a tejer tramas culturales y jurídicas. A concebir el propio principio de la *Rule of Law* en sus variadas interfaces[138]: *ex ante*, es un principio que debe respetarse como condición previa para los Estados que pretendan acceder a la Unión Europea (art. 49 TUE). En términos de valor fundacional de la Unión (art.2.1 TUE), ha de ser interpretado comparativamente en el sentido de ser «común a los Estados miembros»[139] (art. 2.2 TUE) y de ubicarse en el mismo rango de los principios de democracia

---

[135] Lustig, D; Weiler, J.H.H., «Judicial review in the contemporary world...*», cit.,* p. 362.

[136] Recalcati, M., *La tentazione del muro*, cit., espec. p. 21.

[137] Marcuse, H., *Eros and Civilization: A Philosophical Inquiry into Freud,* Beacon Press, Boston, 1955.

[138] Waldron, J., «Is the Rule of Law an Essentially Contested Concept?*», Law and Philosophy,* n. 21, 2002, p. 64.

[139] Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo y al Consejo, «Reforzar en mayor medida el Estado de Derecho en la Unión Situación y posibles próximas etapas, Bruselas», 3.4.2019 COM(2019) 163 final, en sus primeras líneas afirma: «El Estado de Derecho es uno de los valores fundacionales de la Unión Europea, así como un reflejo de nuestra identidad común y nuestras tradiciones constitucionales comunes. Constituye la

y respeto de los derechos humanos[140]. Finalmente, otro filamento liga este principio a la actuación en las relaciones con el resto del mundo (art. 3.5 TUE); en particular, es uno de los principios que se indican expresamente entre los que deben guiar la acción exterior de la Unión (art. 21 TUE). Y dentro de cada dirección deberíamos razonar en términos relacionales de comparación con los sistemas constitucionales que ofrecen linfa vital a la identidad europea: no compartimentalicemos derecho constitucional nacional y Derecho de la Unión[141]. Es otro mérito del texto desde donde hemos partido en el análisis del Estado de Derecho. Las identidades europeas, así como el principio de la *rule of law*, ahondan sus raíces en el pluralismo jurídico, en la relativización de principios anteriormente concebidos como absolutos, debida a una operación de puesta en tensión de polos, nacionales y comunitario[142]. Sin el espoleo conceptual de las sentencias de los tribunales nacionales, no se habrían podido idear las tradiciones constitucionales comunes, ni los principios generales del Derecho Comunitario[143]. Sin la comprensión de la dialéctica de los polos del precepto democrático, por un lado, y del Estado de Derecho, por otro, no se descifran plenamente los avatares que han constelado la afirmación de la Comunidad Europea de Derecho desde el *affaire* Haider y la propia *ratio legis* del actual art. 7 TUE[144] hasta la mentada rebelión de los Estados liderados por gobiernos populistas.

---

base del sistema democrático de todos los Estados miembros y es necesario para garantizar la protección de los derechos fundamentales.».

[140] Cfr. Lenaerts, K., «New Horizons for the Rule of Law Within the EU», *German Law Journal*, 21, 2020, pp. 29–34.

[141] Von Bogdandy, A., «La transformación del derecho europeo: el concepto reformado y su búsqueda de la comparación», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 54, 2016, pp. 441-471.

[142] Cfr. Tadeusz, T; Koncewicz, M., «Constitutional Identity in the European Legal Space and the Comity of Circumspect Constitutional Courts», *Gdanskie Studia Prawnicze,* n.º XXXIII, 2015, pp. 198-199.

[143] Muy críticas son las conclusiones a las que llega Weiler, J.H.H., «Epilogue: living in a glass house...», cit., p. 326: «But it should simultaneously hurry up and put its own democratic house in order lest it be reminded that those living in glass houses should be careful when throwing stones».

[144] Lachmayers, J.K., Questioning the Basic Values – Austria and Jorg Haider, en *The Enforcement of EU law and Values*, editado por A. Jakab y D. Kochenov, Oxford University Press, Oxford, 2017, pp. 436-455; Werner, P y Muller, R., «The EU as a Militant Democracy, or: Are there limits to constitutional mutations within Eu Member States?», en *Revista de Estudios Politicos*, 2014, pp. 149-170; Bugaric, B., *Protecting Democracy and the Rule of Law in the European Union:*

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 8, janvier-décembre 2020, pp. 497-549
DOI: http://dx.doi.org/10.25267/Paix_secur_int.2020.i8.17

La interconexión profunda entre Estado de Derecho y democracia se verifica por dos razones, afirma Weiler. «First, the aggression against the core values is often done in the name of democracy and popular will. The Rule of Law – understood in its thick substantive and not thin procedural sense – is raised as a check on majoritarian tyranny. A democracy of evil people will produce evil results and such evil is not cleansed simply because a lot of people, even a democratic majority, wills it. Second, because whereas the democratic credentials of the Union are at least suspect, its Rule of Law credentials are thought to be, and in many senses are, above any suspicion»[145].

Un principio de Estado de Derecho vaciado de su vertebración axiológica representaría un peligroso retroceso. Un Estado de Derecho, percibido como recurso, revigorizado por la dialéctica comparativa con las tradiciones culturales comunes, y en particular con el principio democrático, representa, en cambio, quizás la única respuesta al peligro de las simplificaciones nacionalistas fuera y dentro de la Unión. Los contrapuntos nacionales son elementos absolutamente necesarios para comprender plenamente la teoría y el funcionamiento de la Unión Europea: no ya en sentido de la duplicidad necesaria, sino en la dirección del *groviglio*, del *écart*, de la continua tensión sin una síntesis forzada[146]. No existiría, por tanto, identidad europea sin la relación dialéctica con las identidades constitucionales nacionales, porque adolecería de su lógico contrapunto[147]; así como no existe ninguna identidad o tradición nacional que pueda prescindir de la interacción con las interfaces de las otras identidades nacionales que se ligan indisolublemente a ella[148]. «Identità è una

the Hungarian Challenge, LESQ Paper 79/2014, 2014, 5; Sadurski, W., «Adding a Bite to a Bark? A story of Article 7, the EU Enlargement, and Jorg Haider», *Columbia Journal of European law*, 2010, pp. 385-426; Berit Freeman, H., «Austria: The 1999 Parliamentary Elections and the European Union Member's sanctions», *Boston College International & Comparative law Review*, 25, 2002, pp. 109-124; Merlingen M, Mudde C y Sedelmeier, U, «The Right and the Righteous? European Norms, Domestic Politics, and the Sanction against Austria», *Journal of Common Market Studies*, 2001, pp. 59-77.

[145] Weiler, J.H.H., «Epilogue: living in a glass house...», cit., p. 321.

[146] Walker, N., «Constitutionalism and Pluralism in Global Context, en Constitutional Pluralism in the European Union and Beyond», editado por M. Avbelj y J. Komarek, Hart Publishing, Oxford, 2012, p. 21.

[147] Agudamente Poiares Maduro, M., «Contrapunctual Law: Europe's Constitutional Pluralism in Action», en *Sovereignty in Transition*, editado por N. Walker, Hart Publishing, 2003.

[148] Es el preciado legado de Glenn, H.P., *Legal Traditions of the World*... cit.

parola nitida, lucida, attraente oltre a trasmettere un senso di sicurezza e quasi certezza, uno strumento molto potente (e avvincente) di riduzione della complessità»[149]. He aquí, en última instancia, el núcleo de la cuestión relativa al Estado de Derecho y su significación social, política y jurídica.

La *European rule of law*, en suma, para ser efectiva, debería alimentarse comparativamente de los principios de legalidad de los sistemas nacionales, enmarcándolos en el art. 2 TUE, y en el entramado normativo de los primeros seis artículos del Tratado)[150], sin ninguna pretensión hegemónica o excluyente, así como advierte Bussani: «l'idea stessa di rule of law trova le proprie radici nelle interiora della cultura occidentale, e non in quelle delle esperienze altrui. Il nostro discorso pubblico, tuttavia, nutre la considerazione dell"altro', sprovvisto di rule of law, non quale dato di partenza di qualsiasi analisi che si voglia inclusiva della diversità e di prospettive condivise, ma come difetto da sanare o condannare – quasi che, essendo solo l'Occidente padrone della rule of law, esso fosse anche il solo padrone della legalità. Ben più di un rischio è allora che questo concetto vago, universalizzato in varie direzioni, tutte legittimate coi e dai giuristi, venga posto non al servizio di una dialettica atta a costruire un rapporto pacificato, e opportuno, fra noi e gli 'altri', ma continui a essere 'naturalizzato' e 'decontestualizzato', finendo così per alimentare posizioni ideologiche, o per nutrire una visione del mondo autarchica, perché mal rifornita di problemi»[151]. De esta forma dialógica, probablemente, el ADN de la Unión, su identidad constitucional, consistente en una apertura al Otro tanto en el sentido interno como externo, podrá recuperar el mensaje fundamental surgido en las postrimerías de la Segunda Guerra Mundial[152]. En el momento en que el proyecto de la Unión Europea se ha replegado en sí mismo, defiendo posiciones de atávico privilegio, incluso de sabores colonialistas, ha promovido indirectamente el retorno a la coexistencia

[149] Remotti, F., *Somiglianze. Una via per la convivenza*, cit., p. 103.

[150] No compartimos, por tanto, la respuesta consistente en un alcanzar un mayor nivel de dogmatismo del principio de primacía, propuesta por Kelemen, R. D; Pech, L., «The Uses and Abuses of Constitutional Pluralism: Undermining the Rule of Law in the Name of Constitutional Identity in Hungary and Poland», *Middlesex University Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, 21, 2019, pp. 59–74.

[151] Bussani, M. *Il diritto dell'Occidente. Geopolitica delle regole globali*, Einaudi, Torino, 2010, pp. 50-51.

[152] Weiler, J.H.H., «Descifrando el ADN político y jurídico de la integración europea...» cit., pp. 13-40.

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 8, janvier-décembre 2020, pp. 497-549
DOI: http://dx.doi.org/10.25267/Paix_secur_int.2020.i8.17

yuxtapositiva del Derecho internacional clásico como formula resolutiva de la crisis económica así como en la definición de la emergencia migratoria. La integración mediante las palancas del Derecho será posible siempre que se establezcan lazos de solidaridad de hecho, como pregonaba hace setenta años la Declaración Schuman: de la coexistencia de Leviatanes soberanos e independientes a la convivencia bajo el mismo techo mediante normas[153]. La estrella polar del Estado de Derecho así entendido representaría, por tanto, la regla de convivencia de la sociedad europea[154], no en el sentido de una mera yuxtaposición del Derecho Internacional clásico, sino como regla «contrassegnata da interazione, da disponibilità a costruire insieme»[155]. Este conjunto «gentil»[156] de cuerdas distintas y distantes, convertido ahora en *groviglio* de normas internas y supranacionales que ha servido a encauzar las voces estatales en un – indudablemente mejorable – concierto europeo[157], ahora está amenazado una vez más por las sirenas nacionalistas, que reivindican el retorno a la «libertad de acción» soberanista: al Ulises desatado de Elster[158].

---

[153] En definitiva es la cuestión que plantean los estudiosos del proceso de integración que plantean una profunda transformación de la quintaesencia de la Unión Weiler, J.H.H. *The Transformation of Europe*, cit., pp. 2405-2483; por último Niglia, L., «The New Transformation of Europe: Arcana Imperiii», *American Journal of Comparative Law*, 2020, 68, pp. 151-185.

[154] Importantes son las reflexiones a este propósito formuladas por Giménez Romero, C., «Convivencia: conceptualización y sugerencias para la praxis», *Puntos de vista: Cuadernos del Observatorio de las Migraciones*, 1, pp. 7-31.

[155] Zagrebelsky, G., *La virtù del dubbio*, Laterza, Bari, 2007, p. 122.

[156] En ámbito jurídico este sistema «gentil» está lucidamente perfilado por Padoa Schioppa, T. *Europa, forza gentile*, Il Mulino, Bologna, 2001; y Zagrebelsky, G., *Il diritto mite. Legge diritti giustizia*, Einaudi, Torino, 1992. Como paradigma general actual cfr. Carofiglio, G., *Della gentilezza e del coraggio. Breviario di politica e altre cose*, Feltrinelli, Milano, 2020.

[157] Harlow, C. «Voices of Difference in a Plural Community», *The American Journal of Comparative Law*, 50, 2002, pp. 339-367.

[158] Elster, J., *Ulises desatado. Estudios sobre racionalidad, precompromiso y restricciones*, Gedisa, Barcelona, 2002. Por último, hace referencia a esta dinámica, que es general y solo jurídica, Aime, M., *Classificare, separare, escludere. Razzismi e identità*, Piccola Biblioteca Einaudi, Torino, 2020, p. 184, donde se habla de «i partiti sovranisti che rivendicano una sempre maggiore chiusura dei propri confini, una libertà di manovra assoluta per ogni paese, indicando le norme europee come un impaccio che limita la libertà di azione».

BIBLIOGRAFÍA BÁSICA

BUSSANI, M., *Il diritto dell'Occidente. Geopolitica delle regole globali*, Einaudi, Torino, 2010.

CASSESE, S., «Fine della solitudine delle corti costituzionali, ovvero il dilemma del porcospino», *Ars Interpretandi*, n. 1/2015.

CLOSA C., KOCHENOV D., WEILER J.H.H., *Reinforcing Rule of Law Oversight in the European Union*, RSCAS 2014/25, Robert Schuman Centre for Advanced Studies Global Governance Programme-87.

GLENN, H.P., *Legal Traditions of the World: Sustainable Diversity in Law*, Oxford University Press, Oxford, 2010, 4th ed.;

GRAZIADEI, M., DECARIA, R., 'The «Constitutional Traditions Common to the Member States» in the Case-law of the European Court of Justice: Judicial Dialogue at its Finest', *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 2017, pp. 949–971;

KENNEDY, D., *The Dark Side of Virtue: Reassessing International Humanitarism*, Princeton University Press, Princeton, 2004, traducido al español en *El lado oscuro de la virtud*, Almuzara, Córdoba, 2007;

KLABBERS, J., PALOMBELLA, G. (Ed.), *The Challenge of Inter-Legality*, Cambridge University Press, Cambridge, 2019.

KOCHENOV, D. - VAN WOLFEREN, M., *The dialogical rule of law and the breakdown of dialogue in the EU,* EUI Working Paper LAW 2018/01.

LIÑÁN NOGUERAS, D.J. y MARTÍN RODRÍGUEZ, P.J. (Dir), *Estado de derecho y Unión Europea*, Tecnos, Madrid, 2018.

LUSTIG D., WEILER, J.H.H., «Judicial review in the contemporary world—Retrospective and prospective», *Intern. J. Constit. Law*., 2018, Vol. 16. No. 2, pp. 315–372;

MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J., «El TJUE como actor de la constitucionalidad en el espacio jurídico europeo: la importancia del diálogo judicial leal con los tribunales constitucionales y con el TEDH», *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 39, 2017, p. 267

MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J., «La Unión Europea como Comunidad de Valores: A vueltas con la crisis de la democracia y del Estado de derecho», *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 43, 2019, pp. 121-159

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 8, janvier-décembre 2020, pp. 497-549
DOI: http://dx.doi.org/10.25267/Paix_secur_int.2020.i8.17

MARTÍNEZ LÓPEZ-SÁEZ, M., «A la búsqueda de la identidad constitucional: una aproximación al caso español y europeo en clave de pluralismo constitucional y diálogo judicial», *Revista de Derecho Político*, N.º 105, mayo-agosto, 2019, pp. 315-358.

MARTINICO, G., «Building Supranational Identity: Legal Reasoning And Outcome In Kadi I And Opinion 2/13 Of The Court Of Justice», *Italian Journal Of Public Law*, Vol. 8 Issue 2/2016, pp. 235-267

PADOA SCHIOPPA, T. *Europa, forza gentile*, Il Mulino, Bologna, 2001;

POIARES MADURO, M., «Contrapunctual Law: Europe's Constitutional Pluralism in Action», en *Sovereignty in Transition*, editado por N. Walker, Hart Publishing, 2003

REMOTTI, F., *Somiglianze. Una via per la convivenza*, Editori Laterza, Bari, 2019

WEILER, J.H.H., «Epilogue: living in a glass house: Europe, democracy and the rule of law», en *Reinforcing rule of law oversight in the European Union*», dirigido por C. Closa – D. Kochenov, Cambridge, CUP, 2016, pp. 320-331.

ZAGREBELSKY, G., *Il diritto mite. Legge diritti giustizia*, Einaudi, Torino, 1992.

PAIX ET SÉCURITÉ INTERNATIONALES
Journal of International Law and International Relations
Num 8, janvier-décembre 2020 | ISSN 2341-0868
DOI http://dx.doi.org/10.25267/Paix_secur_int.2020.i8.18

Citation: TORREJÓN RODRÍGUEZ, J. D; CALVO MARISCAL, L: "Presentacion de resultados de investigación: Proyecto I+D 2015-2019 'España, Seguridad y fronteras exteriores europeas en el área del Estrecho' (DER2015-68147-R) / Presentation of Research Results: R&D Project 2015-2019 'Spain, Security And European External Borders In The Strait of Gibraltar Area' (DER2015-68147-R)", *Paix et Sécurité Internationales*, num. 8, 2020, pp. 551-567.

PRESENTACION DE RESULTADOS DE INVESTIGACIÓN: PROYECTO I+D 2015-2019 «ESPAÑA, SEGURIDAD Y FRONTERAS EXTERIORES EUROPEAS EN EL ÁREA DEL ESTRECHO» (DER2015-68147-R)

Juan Domingo TORREJÓN RODRÍGUEZ[1]
Lorena CALVO MARISCAL[2]

I. EL PROYECTO

En estas páginas presentaremos los resultados del Proyecto de investigación *España, Seguridad y Fronteras Exteriores Europeas en el Área del Estrecho*. Se trata de un proyecto **financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad de España**, y que fue desarrollado inicialmente entre los años 2016, 2017 y 2018, y luego prorrogado durante el primer semestre de 2019.

Los **investigadores principales (IP)** del proyecto fueron el Profesor Dr. D. Alejandro del Valle Gálvez, Catedrático de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales de la Universidad de Cádiz, y la Profesora Drª. Dª. Inmaculada González García, Profesora Titular de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales de la Universidad de Cádiz.

[1] Profesor Ayudante Doctor (Assistant Lecturer) del Área de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales de la Universidad de Cádiz, España.

[2] Profesora Sustituta Interina (PhD Researcher , Assistant) del Área de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales de la Universidad de Cádiz, España.

TABLA 1. DATOS PRINCIPALES DEL PROYECTO

TÍTULO DEL PROYECTO O CONTRATO		
España, Seguridad y Fronteras Exteriores Europeas en el Área del Estrecho		
ENTIDAD FINANCIADORA	**REFERENCIA**	**TIPO DE CONVOCATORIA**
Ministerio de Economía y Competitividad	DER2015-68174-R	Nacional
ENTIDADES PARTICIPANTES		**DURACIÓN**
Universidad de Cádiz (UCA) – España Universidad de Granada (UGR) – España Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED) – España Universidad Complutense de Madrid (UCM) – España Universidad de Pisa – Italia Universidad del Egeo – Grecia Universidad de Abelmalek Essaâdi de Tánger-Tetuán – Marruecos		2016-2018 (3 años)
INVESTIGADORES PRINCIPALES		
Alejandro del Valle Gálvez (UCA) Inmaculada González García (UCA)		

Fuente: Cátedra Jean Monnet «Inmigración y Fronteras»: https://catedra-jean-monnet.uca.es/investigacion/.

Los **objetivos generales** perseguidos con este proyecto consistían en analizar la especificidad no reconocida formalmente y que lleve a una concepción integral de las problemáticas de las fronteras en el Área del Estrecho. De forma que su eventual especificidad lleve a la presentación de propuestas de actuaciones y líneas estratégicas en Seguridad específicas para estas fronteras exteriores.

Estos objetivos generales fueron concretados en tres **objetivos específicos**. El primero de ellos consistía en analizar la evolución y elementos principales de las cinco Áreas-Base de trabajo en las que se dividió el trabajo de los investigadores. La primera de estas Áreas-Base corresponde a las temáticas de

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 8, janvier-décembre 2020, pp. 551-567
DOI: http://dx.doi.org/10.25267/Paix_secur_int.2020.i8.18

inmigración, asilo y Refugio. La segunda correspondía a las cuestiones relativas a las reclamaciones territoriales y conflictos, que abarcan las reclamaciones territoriales de Marruecos sobre las Ciudades, Islas y Peñones de España en la costa africana; la Controversia de Gibraltar; la situación del conflicto del Sáhara Occidental; así como la delimitación de espacios marítimos en el Área del estrecho y en fachada atlántica frente a las Islas Canarias. La tercera Área-Base estaba centrada en la cooperación económica con Marruecos, Fondos Estructurales y cooperación transfronteriza, en el contexto de la UE; y en ella se analizarían la interdependencia económica y las relaciones económicas con Marruecos, así como la acción exterior económica de España en general, con inclusión de la seguridad energética, las problemáticas de Ceuta y Melilla derivadas del hecho de estar fuera de la Unión Aduanera, el Acuerdo de Libre Comercio (ALC) con Marruecos y las negociaciones para su profundización. La cuarta Área-Base se correspondía con las temáticas relacionadas con la Defensa, la cooperación antiterrorista y la cooperación policial; y, dentro de la quinta Área-Base entraban las cuestiones relativas a la democracia, los derechos humanos y las minorías.

La idea no era solo analizar la evolución y situación de cada una de las cinco Áreas base, sino determinar los aspectos estructurales y coyunturales en cada una de ellas, sus interacciones, y su impacto en el control de las Fronteras Exteriores Europeas por España.

El segundo objetivo específico de este proyecto consistía en analizar el control y gestión de las Fronteras Exteriores Europeas en el Área del Estrecho de Gibraltar. En el marco de este objetivo, estaba previsto analizar la Evolución del control y gestión de las fronteras exteriores europeas, en particular en el Mediterráneo y sur de Europa, y en el Área del Estrecho-España; analizar cómo inciden las Áreas-Base de trabajo en el control de las Fronteras Exteriores por España; y determinar la especificidad de las Fronteras Exteriores españolas.

Como tercer objetivo, se plantea un análisis de la seguridad de España. A tal fin, se propone hacer un seguimiento, plantear el vínculo entre las Fronteras Exteriores Europeas y la seguridad de España, verificar si, desde el punto de vista de la seguridad, se deben realizar actuaciones específicas o dedicar una aprtado especial por el control de las Fronteras Exteriores por España; y, finalmente, en consonancia con el objetivo general del Proyecto, determinar qué propuestas deberían plantearse en materia de Seguridad para

que, en caso de confirmación de la hipótesis de partida, se considere que las fronteras exteriores del Estrecho tienen una especificidad que requiere de líneas estratégicas y acciones específicas.

FIGURA 1 Objetivos específicos del proyecto

Análisis de la evolución y elementos principales de las 5 Áreas-Base de trabajo.
1.A.- Evolución y situación de cada una de las 5 Áreas-Base.
1.B.- Determinación de los aspectos estructurales y coyunturales en cada una de las 5 Áreas-Base de trabajo.
1.C.- Interacción entre las 5 Áreas-Base.
1.D.- Impacto de las Áreas-Base en el control de fronteras exteriores europeas por España.

Control y gestión de las Fronteras Exteriores europeas en el Área del Estrecho.
2.A.- Evolución del control y gestión de las fronteras exteriores europeas, en particular en el Mediterráneo y sur de Europa.
2.B.- Evolución del control y gestión de las fronteras exteriores europeas en el Área del Estrecho-España.
2.C.- Cómo inciden las Áreas-Base de trabajo o variables en el control de fronteras exteriores por España.
2.D.- Determinación de la especificidad de las Fronteras Exteriores españolas.
Seguridad de España.

3.A.- Seguimiento de la Seguridad en España.
3.B.- Vínculo entre fronteras exteriores europeas de España y Seguridad.
3.C.- Si la Seguridad debe contener actuaciones específicas o apartado especial por el control de las fronteras exteriores de España.
El 3.D.- sería el colofón lógico y por tanto el Objetivo General del Proyecto: determinar qué propuestas deberían plantearse en materia de Seguridad para que, en caso de confirmación de la hipótesis de partida, se considere que las fronteras exteriores del Estrecho tienen una especificidad que requiere de líneas estratégicas y acciones específicas.

Fuente: elaboración propia

Para llevar a cabo los objetivos generales y específicos del proyecto, este proyecto contó con la **participación de 18 investigadores**, divididos en un equipo de investigación y un equipo de trabajo.

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 8, janvier-décembre 2020, pp. 551-567
DOI: http://dx.doi.org/10.25267/Paix_secur_int.2020.i8.18

El **equipo de investigación** (véase la TABLA 3), liderado por los Investigadores Principales del Proyecto, está formado por siete integrantes. En su mayor parte, son profesores de Derecho Internacional Público de la Universidad de Cádiz, pero también hay una Profesora de Derecho Internacional Público de la Universidad de Granada y un Profesor de Economía aplicada de la Universidad Nacional Española a Distancia.

TABLA 3 Cuadro con el equipo de investigación

Nombre	Categoría Profesional	Universidad
Alejandro del Valle Gálvez	Catedrático DIP	Cádiz
Inmaculada González García	Profª. Titular DIP	Cádiz
Miguel Acosta Sánchez	Prof. Titular DIP	Cádiz
Jesús Verdú Baeza	Prof. Titular DIP	Cádiz
Miguel Ángel Cepillo Galvín	Prof. Titular DIP	Cádiz
Teresa Fajardo del Castillo	Profª. Titular DIP	Granada
Gonzalo Escribano Francés	Prof. Titular Economía Aplicada	UNED (Madrid)

Fuente: elaboración propia

En cuanto al **equipo de trabajo** (VEASE TABLA 4), estuvo formado por once integrantes. Cinco de ellos integrantes del Área de Derecho Internacional Público de la Universidad de Cádiz, pero también por profesores de este Área de las Universidades Abdelmalek Essâadi de Tánger-Tetuán (Marruecos), del Egeo (Grecia), de Pisa (Italia) y de Winnipeg (Canadá), así como por una investigadora en Relaciones Internacionales de la Universidad Complutense de Madrid.

TABLA 4. Cuadro con el equipo de Trabajo

Nombre	Categoría Profesional	Universidad
Rachid El Houdaïgui	Catedrático DIP	Abd. Essâadi - Tánger
Panaiotis Grigoriu	Catedrático DIP	U. del Egeo (Grecia)
Marcello Di Filippo	Catedrático DIP	Pisa
José María López Bueno	Catedrático Economía	U. de Winnipeg (Canadá)
Franziska Weber	Prof. DIP	Hamburgo
Rachel Rosembloom	Profº. DIP	Boston
Juan D. Torrejón Rodríguez	Prof. Sustituto DIP	Cádiz
Michel Remi Njiki	Prof. Sustituto DIP	Cádiz
Sebastián Díaz Ribes	Prof. Sustituto DIP	Cádiz
Siham Zebda	Profª. Sustituta DIP	Cádiz
Lorena Calvo Mariscal	Investigadora DIP	Cádiz
Luis Romero Bartumeus	Prof. Colaborador DIP	Cádiz
Beatriz Mesa	Investigadora RRII	Complutense

Fuente: elaboración propia

II. RESULTADOS DEL PROYECTO

En este apartado expondremos los resultados del proyecto. Subdividiremos en dos siguientes apartados: La primera, análisis predominantemente cuantitativo de las actividades realizadas: publicaciones, actividades de difusión de los resultados, contactos con otras universidad.. La segunda, cumplimiento de los objetivos.

1. Actividades realizadas

Los resultados de las actividades desarrolladas en el marco de este proyecto de investigación han dado lugar a 68 publicaciones: 2 libros, 42 artículos y 23 capítulos de libro (español e inglés). Asimismo, durante el período de vigencia del proyecto se han publicado 4 números de la Revista hispano-marroquí *Paix et Sécurité Internationales*, y 1 número de la Revista *Cuadernos de Gibraltar/ Gibraltar Reports*, sobre las controversias gibraltareñas.

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 8, janvier-décembre 2020, pp. 551-567
DOI: http://dx.doi.org/10.25267/Paix_secur_int.2020.i8.18

Los libros publicados en el marco de este I+D han sido: ACOSTA SANCHEZ, M. A., *Las fronteras internacionales de España en África: Melilla,* Ed. Reus, Madrid, 2016, 266 pp. ISBN*:* 978-84-290-1912-4 ; y EL HOUDAIGUI R. – DEL VALLE GALVEZ A., Directores, *Les risques en Mediterranée: Conséquences sur le trinôme: Union Européenne, Espagne, Maroc.* - M. A. Cepillo Galvín y A. Mahmoud El Mouden (Coords.), 175 pp. Libro electrónico -Edición electrónica, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cádiz, 2017. ISBN: 978-84-9828-615-1.

En cuanto a los artículos de revista, destacamos los siguientes:

DEL VALLE GÁLVEZ, A., «Los refugiados, las fronteras exteriores y la evolución del concepto de frontera internacional», *Revista de Derecho Comunitario Europeo (RDCE)*, ISSN 1138-4026, Año nº 20, Nº 55, 2016, págs. 759-777. Primer cuartel del listado de índice de impacto de las revistas españolas de ciencias jurídicas IN-RECJ.

DEL VALLE GÁLVEZ, A., «Unión Europea, crisis de refugiados y limes imperii», *Revista General de Derecho Europeo*, ISSN-e 1696-9634, Nº. 38, 2016. Primer cuartil del listado de índice de impacto de las revistas españolas de ciencias jurídicas IN-RECJ.

DEL VALLE GÁLVEZ A., «Maritime Zones around Gibraltar» en «Agora: Spain and the Law of the Sea: 20 years under LOSC*», Spanish Yearbook of International Law-SYbIL*, 2017, pp. 311-326. Categoría: A (CARHUS+ 2014).

DEL VALLE GÁLVEZ A., «Política exterior española en el área del Estrecho. Gibraltar, Ceuta y Melilla, Marruecos» *Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Vitoria-Gasteiz* 2018, Ed Thomson - Reuters -Aranzadi 2019, pp. 389-460 ISSN 1577-533X.

DEL VALLE GÁLVEZ A., La fragilidad de los derechos humanos en las fronteras exteriores europeas, y la externalización / extraterritorialidad de los controles migratorios» *Anuario de los cursos de derechos humanos de Donostia-San Sebastián* vol. XVIII-2018 , ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 25-57, ISSN 2341-0655.

GONZÁLEZ GARCÍA, I., «Rechazo en las fronteras exteriores europeas con Marruecos: Inmigración y Derechos Humanos en las vallas de Ceuta y Melilla, 2005-2017», *Revista General de Derecho Europeo* (*RGDE*), nº 43 (2017).

GONZÁLEZ GARCÍA, I., «Archipelagos and islands» en «Agora: Spain and the Law of the Sea: 20 years under LOSC», en *Spanish Yearbook of International Law* (*SYbIL*), 2017, pp. 279-288. ISSN 0928-0634. Categoría: A (CARHUS+ 2014).

ACOSTA SÁNCHEZ, M. A., «El Sistema Europeo de Vigilancia de Fronteras (EUROSUR): a vueltas con la participación del Reino Unido en Schengen. Sentencia del Tribunal de Justicia de la UE, de 8 de septiembre de 2015, España c. Parlamento y Consejo», *Revista General de Derecho Europeo (RGDE),* 2016, nº 39, 42 pp. ISSN – 1696-9634.

CEPILLO GALVÍN, M. A., «Hacia una reformulación del principio de preferencia comunitaria en la era de la globalización económica», *Revista General de Derecho Europeo*, ISSN-e 1696-9634, nº 38, 2016.

VERDÚ BAEZA, J., «El patrimonio cultural subacuático y el estrecho de Gibraltar. El caso de la Bahía de Algeciras/Gibraltar» », *Cuadernos de Gibraltar/Gibraltar Reports*, nº 2, 2016, pp. 123 – 146. ISSN 2444 – 7382.

MESA, B., «Le Maroc, un «acteur émancipé» dans la géopolitique saheliene», *Paix et Sécurité Internationales, Journal of Internacional Law and International Relations,* 2018, nº 6.

DI FILIPPO, M., «The allocation of competence in asylum procedures under EU law: The need to take the Dublin bull by the horns», in *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 2018, No. 59, pp. 41-95.

EL HOUDAIGUI, R. «La política exterior de Marruecos, desafíos y ajustes», *Anuario Internacional CIDOB* 2018. Nueva época, 2018, pp. 214-220, ISSN: 1133-2743. CIDOB's Yearbook is indexed in the database Raco: https://www.raco.cat/index.php/AnuarioCIDOB..

TORREJÓN RODRÍGUEZ, J. D., ««El Parlamento Europeo y el conflicto del Sáhara Occidental», *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, Nº 36, 2018.

ROMERO BARTUMEUS: «Los actores que intervienen en la estrategia del estrecho de Gibraltar». *Cuadernos de Gibraltar / Gibraltar Reports*, nº 2 (2016-2017).

WEBER, F. (2016) «Labour market access for asylum seekers and refugees under the Common European Asylum System», *European Journal of Migration and Law*, 18(1): 34-64.

En cuanto a los capítulos de libro, destacamos:

ACOSTA SÁNCHEZ, M. A., «Inmigración marítima en el Mediterráneo: las iniciativas de la UE y la protección de los derechos humanos», *Anuario de los Cursos de Derechos Humanos de Donostia – San Sebastián*, Aranzadi, Navarra, vol. XVII, 2017, pp. 23-59. ISBN: 978-84-9177-719-9.

CALVO MARISCAL, L., «Migration and asylum seekers in International, European and Spanish law applied: implementation in the Strait of Gibraltar area», en Poirier, P. y Grigoriou, P. (eds.), *Institutional, Political and Social Challenges for Europe in Crisis*, Atenas, Eurasia, 2018, ISBN: 978-618-5027-84-1, pp 277-307.

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 8, janvier-décembre 2020, pp. 551-567
DOI: http://dx.doi.org/10.25267/Paix_secur_int.2020.i8.18

CEPILLO GALVÍN, M. A., «España, la Unión Europea y el paso fronterizo de Gibraltar: ¿hacia un nuevo escenario de integración completa de Gibraltar en la Unión Europea?, en Alcaide Fernández, J. y Petit de Gabriel, E. W. (Eds.): *España y la Unión Europea en el Orden Internacional, XXVI Jornadas ordinarias de la AEPDIRI, Universidad de Sevilla, 15 y 16 de octubre de 2015,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 203-212.

DEL VALLE GÁLVEZ, A., «Gibraltar–Ceuta y Melilla: ejercicio comparativo desde el Derecho internacional» en Alcaide Fernández, J. y Petit de Gabriel, E. W., (Eds.), *España y la Unión Europea en el orden internacional, XXVI Jornadas ordinarias de la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales, Universidad de Sevilla, 15-16 octubre 2015*, Tirant Lo Blanch, Valencia 2017, pp. 179-191.

DEL VALLE GÁLVEZ, A., «Refugiados y crisis migratorias: fronteras y *desterritorialidad* en las puertas de Europa». Capítulo en Ripol Carulla, S. (Coord.): *Derecho, Inmigración y Empresa,* Marcial Pons, Barcelona, 2019, pp. 89-117.

DEL VALLE GÁLVEZ, A. «España y Gibraltar ante el Brexit : *Modus Vivendi* y Principado, una propuesta « en *El Brexit y Gibraltar: un reto con oportunidades conjuntas, Colección Escuela Diplomática* nº 23, Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación, coord. por Magdalena María Martín Martínez, José Martín y Pérez de Nanclares, Madrid, 2017, págs. 157-176.

EL HOUDAIGUI, R., « Stratégies et initiatives Méditerranéennes dans la lutte contre la migration irrégulière« » in *Rapport du Centre Euromaghrébin de Recherche et d'Etudes stratégiques : Quelle approche et quels moyens mettre pour limiter la migration irrégulière et lutter contre les réseaux criminels dans l'espace 5+5 ?*, Rapport 2018.

ESCRIBANO, G. (2017): «The political economy of energy in the Mediterranean», in R. Gillespie and F. Volpi (eds.), *Handbook of Mediterranean Politics,* Routledge, Oxon.

GONZÁLEZ GARCÍA, I., «Ceuta, Melilla y devoluciones en caliente: ¿y los derechos humanos de los inmigrantes?», en Alcaide Fernández, J. y Petit de Gabriel, E. W. (Eds.): *España y la Unión Europea en el Orden Internacional, XXVI Jornadas ordinarias de la AEPDIRI, Universidad de Sevilla, 15 y 16 de octubre de 2015*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 223-233.

GONZÁLEZ GARCÍA, I., «Inmigración y derechos humanos: las devoluciones en caliente de inmigrantes subsaharianos desde España a Marruecos«, CL, Cap. 6 en Alonso Moreda, N. (Ed.) y Soroeta Liceras, J. (Dir.), *Anuario de los Cursos de Derechos Humanos de Donostia-San Sebastián*, Vol. XVII, Aranzadi, Navarra, España, 2017, pp. 141-201.

GONZÁLEZ GARCÍA, I. «Immigration in Spain: Migratory Routes, Cooperation with Third Countries and Human Rights in Return Procedures», Chapter 1 in Section I (The national dimension of the legal bilateralism – The case of Spain) in Ippolito, F.; Borzoni, G. y Casolari, F.: *Bilateral relations in the Mediterranean: Prospects for migration issues*, published by Edward Elgar, en prensa.

TORREJÓN RODRÍGUEZ, J. D., «Aspectos recientes de la acción exterior de la Unión Europea ante el conflicto del Sáhara Occidental: ¿qué papel para la Unión Europea y para España?», en Alcaide Fernández, J; Petit de Gabriel, E. W (Eds.): *España y la Unión Europea en el orden internacional*, XXVI Jornadas ordinarias de la AEPDIRI, Universidad de Sevilla, 15 y 16 de octubre de 2015, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 247-257, ISBN: 9788491434832.

VERDÚ BAEZA, J., «Retos para España y la Unión Europea en la lucha contra el cambio climático: el complicado camino hacia Paris 2015. Nuevos paradigmas de cooperación transfronteriza en el Estrecho» enAlcaide Fernández, J; Petit de Gabriel, E. W. (Eds.), *España y la Unión Europea en el orden internacional. XXVI Jornadas ordinarias de la AEPDIRI, Universidad de Sevilla, 15 y 16 de octubre de 2015,* Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 1329-1338.

ZEBDA, S., «Las políticas migratorias españolas y la integración de los inmigrantes: el caso de la inmigración marroquí» en Guzmán Ordaz, R. Gorjón Barranco, M.C, *Políticas públicas en defensa de la inclusión, la diversidad y el género*, Universidad de Salamanca, 2019, pp. 294-310. ISBN: 978-84-09-10221-1.

En cuanto a los contactos con otras Universidades y organismos, destacamos:

- Colaboración con el Grupo de investigación del Prof. R El Houdaïgui de la **Universidad Abdelmalek-Essâdi de Tánger-Tetuán** (Marruecos), y su Equipe de recherche et d'information sur le Détroit de Gibraltar (ERIDG).
- Colaboración con el Equipo de Trabajo sobre Estudios Mediterráneos del Prof. Dr. D. **Panagyiotis GRIGORIOU, Universidad del Egeo, Grecia**.
- Participación en las actividades del **Real Instituto Elcano** de Estudios Internacionales y Estratégicos de Madrid, en concreto en las reuniones del Grupo de Trabajo sobre Relaciones Euromediterráneas, y el Grupo de Trabajo sobre Relaciones España-Marruecos
- Colaboración con el **Instituto Universitario Gutiérrez Mellado-UNED** durante 2013. Participación en el Cursos "Relaciones Euro-mediterráneas y Relaciones Hispano-Marroquíes".
- Colaboración con la Cátedra y el Grupo de trabajo sobre cuestiones migratorias en el Mediterráneo del Prof Dr D Marcello di Filippo, de la **Universidad de Pisa**.

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 8, janvier-décembre 2020, pp. 551-567
DOI: http://dx.doi.org/10.25267/Paix_secur_int.2020.i8.18

- Colaboración con el **Instituto Español de Estudios Estratégicos (IEEE**) del Ministerio de Defensa español a través de la publicación de Documentos de Opinión, durante 2016 y 2017.
- Colaboración con **ACNUR** y **España con ACNUR** para la celebración del módulo Jean Monnet "Inmigración y Derechos Humanos en la Frontera Sur Europea" desde 2017.
- Participación en el XXVII Jornadas Ordinarias de la **Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales** «Repensar la Unión Europea: Gobernanza, Seguridad, Mercado Interior y Ciudadanía».

También se han organizado 6 jornadas, encuentros y seminarios (destacando las tres Jornadas Hispano-Marroquíes de Investigadores, celebradas en Tánger los años 2016, 2017 y 2018), y se han impartido 102 Conferencias, comunicaciones o seminarios en español, inglés y francés (aparte de la participación de los miembros del equipo en Másteres de la Universidad de Cádiz con seminarios y cursos relacionados con los temas y objetivos del I+D). Además, se han realizado 13 Estancias de investigación, y 22 asistencias a congresos.

Asimismo, se realizaron otras actividades de difusión: en televisión (Canal Sur), en radio (RNE, SER, Onda Cero), y en prensa escrita (El País, Grupos Vocento y El Diario).

2. Cumplimiento de los objetivos [Ver informe I+D]

Recordemos que el objetivo general del proyecto consistía en analizar la singularidad y las problemáticas que tienen las fronteras en el Área del Estrecho, de forma que su eventual especificidad lleve a la presentación de propuestas de actuaciones y líneas estratégicas en Seguridad para estas fronteras exteriores. Y que, para cumplir con este objetivo, se propusieron tres objetivos específicos: 1) análisis de la evolución y elementos principales de las 5 Áreas-Base de trabajo; 2) análisis del control y gestión de las Fronteras Exteriores europeas en el Área del Estrecho.; 3) análisis de la seguridad de España.

Durante el año 2016 y el primer semestre de 2017 se realizaron una serie de actuaciones. Se comenzó por identificar, tras una fase previa metodológica, las cinco áreas-base de trabajo: inmigración, asilo y refugio; reclamaciones territoriales y conflictos de soberanía; cooperación económica con Marruecos principalmente; Defensa y cooperación policial y antiterrorista; democracia,

derechos humanos y protección de minorías. Durante el primer semestre de 2017 se continuó con el estudio de las áreas base, en un análisis de los aspectos estructurales y coyunturales en cada una de las 5 Áreas-Base de trabajo, cumpliendo los objetivos previstos de la Primera fase de desarrollo del Proyecto. Y también se analizaron la Evolución y control de gestión de las fronteras exteriores europeas, en particular en el Mediterráneo y sur de Europa, así como la evolución y control de la gestión de las fronteras exteriores europeas en el Área Estrecho – España.

En el segundo semestre de 2017, se analizaron los elementos básicos y principales de la Seguridad y la Estrategia de Seguridad en España, y se realizó el análisis de la Interacción entre las 5 Áreas-Base de trabajo. Esta interacción ha sido especialmente evidente en los aspectos de inmigración, asilo y refugio, en conexión con las cuestiones relativas a la democracia, los derechos humanos y la protección de minorías; pero también ha sido igualmente importante entre los aspectos relacionados con la cooperación policial y antiterrorista, por un lado, y la lucha contra la inmigración irregular fomentada por las redes de tráfico de personas, por otro lado. También se ha detectado la relación entre cooperación económica con Marruecos y la incidencia de las medidas aduaneras adoptadas con Ceuta y Melilla por Marruecos. A su vez, las reclamaciones territoriales han regresado, con un mayor protagonismo para la cuestión de Gibraltar, a consecuencia del Brexit, mientras que en este periodo parece haberse reducido la intensidad de las reclamaciones territoriales de Marruecos hacia España.

En el año 2017, se tuvo que realizar una adaptación del I+D a los cambios sobrevenidos en las realidades internacionales y europeas que podían afectar al Proyecto. Por un lado, hubo que analizar la incidencia de las negociaciones y acuerdos del Brexit en las controversias gibraltareñas y en el paso fronterizo de la Verja de Gibraltar; por otro lado, y especialmente, la crisis de los refugiados de 2015-2016 llevó a estudios específicos sobre su incidencia en el control de fronteras e inmigración en la región del Estrecho que más podían afectar a España.

Durante 2018 se analizó el impacto de las Área-Base o variables en el control de fronteras exteriores europeas por España, y se evaluó su incidencia. Y se continuó con el seguimiento de la Seguridad en España, lo que implicó la determinación de los vínculos entre las fronteras exteriores europeas de España y la Seguridad. De este modo se confirmó la especificidad de las Fronteras

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 8, janvier-décembre 2020, pp. 551-567
DOI: http://dx.doi.org/10.25267/Paix_secur_int.2020.i8.18

Exteriores españolas: la existencia de claros vínculos entre fronteras exteriores europeas en España y la Seguridad de España, pese a su no reconocimiento normativo, institucional o documental. Por ello, el Proyecto se centró en determinar actuaciones específicas o un apartado especial por el control de las fronteras exteriores de España que debía contener las prioridades y estrategias de Seguridad española.

Confirmada la hipótesis de partida, el cierre lógico del plan de trabajo llevó a determinar propuestas que deben plantearse en materia de Seguridad: este Objetivo específico era el colofón del objetivo general del Proyecto, pues las fronteras exteriores del Estrecho tienen una especificidad que requiere de líneas estratégicas y acciones específicas. Una detallada referencia de la situación de estas cuestiones y su interrelación puede encontrase en la extensa publicación del IP Alejandro del Valle Gálvez, ya referida, "Política exterior española en el área del estrecho. Gibraltar, Ceuta y Melilla, Marruecos" *Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Vitoria-Gasteiz* 2018, publicado por la Editorial Thomson - Reuters –Aranzadi en 2019.

El Proyecto en su último año y medio tuvo también muy en cuenta la nueva Estrategia de Seguridad Nacional española de Diciembre de 2017, que ha venido a plantear cambios significativos sobre la anterior Estrategia de Seguridad de 2013.En particular, ha sido muy relevante y considerado la novedad de la afirmación por la Estrategia de Seguridad del reconocimiento de la singular posición geoestratégica de España, como determinante de su visión de seguridad. En particular, la nueva Estrategia define al Mediterráneo y al norte de África como espacios de «prioridad estratégica para España» y al Estrecho de Gibraltar como «área de máxima relevancia estratégica».

En definitiva, el Proyecto ha desarrollado, durante el período de su vigencia, una importante producción científica relacionada con los objetivos del I+D, y con un visible impacto y difusión nacional e internacional, y publicaciones propias en Inglés, Francés y Español, que en buena parte se encuentran accesibles *online*. De este modo, se alcanzaron en muy buena medida los objetivos iniciales del I+D.

PRESENTATION OF RESEARCH RESULTS: R&D PROJECT 2015-2019 "SPAIN, SECURITY AND EUROPEAN EXTERNAL BORDERS IN THE STRAIT OF GIBRALTAR AREA" (DER2015-68147-R)

I. THE PROJECT

Spain, Security and European External Borders in the Strait of Gibraltar Area is a Research Project **financed by the Spanish Ministry of Economy and Competitiveness**. It was initially developed between 2016, 2017 and 2018, and then extended during the first half of 2019.

The main researchers of the project were Professor Dr. Alejandro del Valle Gálvez, Full Professor of Public International Law and International Relations at the University of Cadiz, and Professor Dr. Inmaculada González García, Associate Professor of Public International Law and International Relations of the University of Cadiz.

The general objectives pursued with this project were to analyse the unrecognised specificity of the Strait of Gibraltar area in order to achieve a comprehensive approach to its borders issues. Thus, its eventual specificity will lead to the formulation of proposals for specific actions and strategic lines of action in the field of Security for these external borders.

These general objectives have been specified in three particular targets. The **first** of these consisted of the analysis of the evolution, and of the five Core Areas' main elements divided among the researchers:

1. Migration, asylum and refuge.
2. Territorial claims and conflicts, including Morocco's territorial claims on the cities, islands and rocks of Spain on the African coast; the Gibraltar dispute; the conflict situation in Western Sahara; and the delimitation of maritime spaces in the Strait Area and on the Atlantic coast off the Canary Islands.
3. Economic cooperation with Morocco, Structural Funds and cross-border cooperation, in the context of the EU. It analysed the economic interdependence and economic relations with Morocco, as well as Spain's external economic action in general, including energy security,

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 8, janvier-décembre 2020, pp. 551-567
DOI: http://dx.doi.org/10.25267/Paix_secur_int.2020.i8.18

the problems of Ceuta and Melilla derived from being outside the EU Customs Union, the Free Trade Agreement (FTA) with Morocco and the negotiations for its deepening.

4. Defence-related issues, antiterrorist cooperation and police cooperation.
5. Democracy, human rights and minorities.

The idea was not only to analyse the evolution and situation of each of the five base areas, but also to determine the structural aspects in each of them, their interactions, and their impact on the control of the European External Borders by Spain.

The **second** specific objective of this project was to analyse the control and management of the European External Borders in the Strait of Gibraltar Area. According to this, the project aimed at analysing the evolution of the control and management of the European external borders, particularly in the Mediterranean and southern Europe, and in the Spain-Strait of Gibraltar Area; analysing also the impact of the Core Areas on the control of the External Borders by Spain; and determining the specificity of the Spanish External Borders.

The **third** objective involves an analysis of Spain's security. To this end, the project proposed to monitor it and to consider the link between the European External Borders and Spain's security. This would allow it to verify whether, from a security point of view, specific actions should be carried out or a special section devoted to the control of the External Borders by Spain or whether a special section should be devoted to the control of the External Borders by Spain. Finally, in line with the general objective of the Project, it aims to determine which proposals should be made in the field of security so that, if the initial hypothesis is confirmed, the external borders of the Strait are considered to have a specificity that requires strategic lines and specific actions.

II. FULFILLMENT OF THE MAIN OBJECTIVES

Several actions were carried out during 2016 and the first half of 2017. After a previous methodological phase, the five basic areas of work were identified: migration, asylum and refuge; territorial claims and sovereignty conflicts; economic cooperation with Morocco mainly; defence and police

and anti-terrorist cooperation; democracy, human rights and protection of minorities. During the first semester of 2017, the study of the core areas was continued, with an analysis of the structural aspects in each one of the 5 core areas of work, and fulfilling the planned objectives of the first project development phase. The evolution and management control of the European external borders were also analysed, in particular in the Mediterranean and southern Europe, as well as the evolution and management control of the European external borders in the Strait Area - Spain.

In the second semester of 2017, the basic elements of Security, in general, and the Spanish Security Strategy, in particular, were analysed, as well as the interaction between the 5 Core Areas of action. This interaction has been particularly evident in the aspects of migration, asylum and refuge, in connection with issues of democracy, human rights and the protection of minorities; but it has also been important between the aspects related to police and anti-terrorist cooperation, on the one hand, and the fight against irregular immigration fostered by people-trafficking networks, on the other. The relationship between economic co-operation with Morocco and the impact of the customs measures adopted by Morocco with Ceuta and Melilla has also been detected. In turn, territorial claims have returned, with a greater focus on the issue of Gibraltar as a result of the Brexit, whereas the intensity of Morocco's territorial claims towards Spain seems to have decreased during this period.

In the year 2017, it was necessary to adapt the R&D to the changes in the international and European realities that could affect the Project. On the one hand, it was necessary to analyse the impact of the Brexit negotiations and agreements on the Gibraltar disputes and on the border crossing of the Gibraltar Fence; on the other hand, and especially, the refugee crisis of 2015-2016 led to specific studies on its impact on border and immigration control in the region of the Strait of Gibraltar that could affect Spain the most.

During 2018, the impact of the Core Areas or variables on the control of European external borders by Spain was analysed and their incidence assessed. And work continued on monitoring security in Spain, which involved determining the links between Spain's European external borders and security. The specific nature of the Spanish external borders was thus confirmed: the existence of clear links between European external borders

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 8, janvier-décembre 2020, pp. 551-567
DOI: http://dx.doi.org/10.25267/Paix_secur_int.2020.i8.18

in Spain and Spanish security, despite their non-recognition in terms of legislation, institutions or official documents. Therefore, the Project focused on identifying specific actions or a special section for the control of Spain's external borders which should contain the priorities and strategies of Spanish Security.

Once the initial hypothesis was confirmed, the logical conclusion of the work plan led to the identification of proposals to be made in the field of Security: this specific Objective was the culmination of the general objective of the Project, since the external borders of the Strait have a specificity that requires strategic lines and specific actions. A detailed reference of the situation of these issues and their interrelationship can be found in the large publication of the main researcher Alejandro del Valle Gálvez, "Política exterior española en el área del Estrecho. Gibraltar, Ceuta y Melilla, Marruecos" *Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Vitoria-Gasteiz 2018*, published by Editorial Thomson - Reuters -Aranzadi in 2019.

During its last year and a half, the Project also took into account the new Spanish National Security Strategy of December 2017, which has made significant changes to the previous Security Strategy of 2013. In particular, it was very relevant and considered the novelty of the Security Strategy's affirmation of the recognition of Spain's unique geostrategic position as a determining factor in its vision of security. In particular, the new Strategy defines the Mediterranean and North Africa as areas of "strategic priority for Spain" and the Strait of Gibraltar as an "area of maximum strategic relevance".

In summary, during the period of its implementation, the Project has developed an important scientific production related to the objectives of R&D, with a visible impact and national and international dissemination. It has also developed its own publications in English, French and Spanish, most of which are accessible online. In this way, the initial objectives of the R+D were achieved to a great extent.

BIBLIOGRAPHIE CRITIQUE

Citation: CALVO MARISCAL, L: "CARRERA, S., SANTOS VARA, J., Y STRIK, T. (Eds.): Constitutionalising the external dimensions of EU migration policies in times of crisis. Legality, rule of law and fundamental rights reconsidered, Edward Elgar Publishing, Northampton, 2019, 323 pp.", *Paix et Sécurité Internationales*, num. 8, 2020, pp. 571-578.

CARRERA, S., SANTOS VARA, J., Y STRIK, T. (Eds.): *Constitutionalising the external dimensions of EU migration policies in times of crisis. Legality, rule of law and fundamental rights reconsidered***, Edward Elgar Publishing, Northampton, 2019, 323 pp.**

No cabe duda de que la llamada «crisis de refugiados», que tuvo su máximo apogeo a partir de 2015, no solo ha significado una profunda introspección de los valores fundamentales que sostienen el aparato europeo y que se basan en la democracia, el Estado de derecho y los derechos fundamentales, sino que también ha tambaleado los propios pilares de la integración en el ámbito del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia. La cooperación internacional en materia de control de fronteras, inmigración y asilo se ha erigido como la opción preferida entre los Estados miembros de la UE, en ocasiones, con el pretexto de proteger la vida de las personas antes de arriesgarse a perderla en las costas adyacentes a las fronteras exteriores europeas. En efecto, la excepcionalidad atribuida a la significación del término «crisis» y la más que patente falta de solidaridad y compromiso entre los Estados miembros en esta situación, ha servido para el surgimiento de nuevos patrones de cooperación internacional con terceros países en inmigración y asilo que, si bien se basan en modelos ya nacidos durante el proceso de integración del proyecto europeo, han tenido con la crisis de refugiados un uso exacerbado, casi alejado de los fundamentos de la UE que se introdujeron con el Tratado de Lisboa.

Tenemos ante nosotros la obra *Constitutionalising the External Dimensions of EU Migration Policies in Times of Crisis. Legality, Rule of Law and Fundamental Rights Reconsidered* (Elgar, 2019), una obra colectiva imprescindible, que se propone, precisamente, analizar de manera profunda las políticas de la UE en materia de inmigración y asilo en el contexto de la crisis de refugiados y, más concretamente, las nuevas y antiguas pautas de cooperación con terceros países de origen y tránsito de inmigrantes y refugiados. Así, se desgranan los

pormenores de lo que se conoce como la dimensión exterior de la política sobre inmigración y asilo de la UE para comprobar, primero, cómo la crisis migratoria ha supuesto un incremento del uso de instrumentos no-jurídicos desprovistos de los mecanismos de control establecidos en los Tratados de la UE a la hora de cooperar con terceros países y, segundo, cómo con ello se pone en peligro tanto los estándares propios de los derechos fundamentales y del Estado de derecho, como la semi-integración conseguida con Lisboa en las políticas incardinadas en el Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia. Aún mayor es el valor de esta obra cuando viene de la mano de los Profesores Dr. Carrera, Dr. Santos Vara y Dra. Strik, quienes cuentan con un amplio reconocimiento internacional en la materia, fruto de su vasto catálogo de monografías, trabajos científicos, informes jurídicos y ponencias en lo que concierne a la política europea sobre inmigración y asilo. Prueba de ello es que esta obra se enmarca en la Cátedra Jean Monnet en Acción Exterior de la Unión Europea de la Universidad de Salamanca, otorgada por la Comisión Europea al Profesor Juan Santos Vara en 2016 (574677-EPP-1-2016-1-ES-EPPJMO-CHAIR); y reúne con claro acierto los trabajos de profesores y analistas expertos de reconocidísima proyección, que fueron objeto de un amplio debate y reflexión en el Seminario *The External Dimensions of EU Migration Policies: Effectiveness, Fairness and*Rule *of Law Reconsidered*, celebrado en Salamanca los días 19 y 20 de octubre de 2017 en cooperación con el Centre of European Policy Studies (CEPS) y con apoyo de la Oficina del Octavo Centenario de la Universidad de Salamanca..

Este compendio se divide fundamentalmente en dos partes. La primera (*EU External Migration Policies: New and Old Dynamics*) aborda las nuevas medidas adoptadas por la UE a raíz de la crisis de refugiados, teniendo como referencia las medidas sobre cooperación con terceros estados que ya existían en derecho europeo, para luego analizarlas a la luz de la división de competencias entre la UE y sus Estados miembros, así como de las normas sobre el Estado de derecho y los derechos fundamentales contemplados en los Tratados y en la Carta de Derechos Fundamentales de la UE. La segunda parte (*EU Crisis-led Patterns of Cooperation in Light of EU Rule of Law*) nos brinda el estudio de los ejemplos prácticos materiales (los instrumentos de cooperación) y subjetivos (los países terceros con los que se coopera) a través de los cuales se han materializado las medidas analizadas en la parte previa, y los efectos que

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 8, janvier-décembre 2020, pp. 571-578
DOI: http://dx.doi.org/10.25267/Paix_secur_int.2020.i8.19

se han derivado de esa cooperación instrumentalizada a través de medidas no-jurídicas, que han ido en detrimento de los derechos fundamentales y del control democrático y judicial. Ambas partes vienen precedidas por un Capítulo 1 introductorio firmado por los tres editores de esta obra, en la que se asienta el marco conceptual en el que se desarrollan el resto de capítulos: la crisis como contexto y elemento clave que influye en el nacimiento de nuevos modelos de cooperación; el marco normativo que recoge los principios de la democracia, el Estado de derecho y los derechos humanos como base de legitimidad a la cooperación de la UE; y la cooperación internacional con terceros países en materia de inmigración, que se ha desarrollado siempre desde una óptica securitaria y centrada en el control de fronteras, la expulsión y el retorno de inmigrantes y solicitantes de asilo.

La primera parte la abre el Capítulo del Dr. Santos Vara con el título *Soft international agreements on migration cooperation with third countries*. En ella, el Profesor analiza cómo el uso de instrumentos no jurídicamente vinculantes (memorandos de entendimiento, declaraciones conjuntas, acciones conjuntas, códigos de conducta comunes, *compacts*, etc.) por parte de la UE destinados a gestionar la inmigración en cooperación con terceros países, supone una huida del control democrático del Parlamento Europeo y de los procedimientos para la conclusión de acuerdos internacionales del art. 218 del TFUE, así como de los posibles controles judiciales del TJUE. El Dr. Santos Vara constata que, desde la crisis de refugiados, han proliferado los acuerdos informales con terceros países no solo por parte de la UE en sí, sino también por los propios Estados miembros de la UE fuera del marco jurídico europeo, y ello plantea serios desafíos para el examen democrático en la UE.

La Dra. García Andrade, profesora experta en el estudio del reparto de competencias entre la UE y sus Estados miembros en la dimensión exterior de la política migratoria, propone esta vez bajo el título *EU external competences on migration: which role for mixed agreements?*, un análisis concreto de los acuerdos internacionales, en cuya celebración participan tanto la UE como sus Estados miembros junto con uno o varios terceros países. La autora refleja cuándo, según el derecho de la UE, este tipo de acuerdos son de adopción obligatoria o facultativa, en función del reparto de las competencias entre la UE y sus Estados miembros; y concluye que los acuerdos mixtos permiten a la Unión aportar soluciones a la falta de competencias exteriores, siempre y cuando

se utilicen estrictamente en escenarios obligatorios y se respete el deber de cooperar estrechamente entre la Unión y sus Estados miembros.

El Capítulo 4 es abordado por la Dra. Strik y lleva por título *Migration deals and responsibility sharing: can the two go together?* Con él, la autora se propone analizar cómo el principio del reparto equitativo de la responsabilidad en materia de protección de refugiados es claramente menoscabado en el ámbito interno de la UE por el uso de conceptos como el de país seguro; pero también en el ámbito externo a través del recurso a los acuerdos informales de readmisión y cooperación fronteriza, con el objetivo de evitar la llegada de flujos migratorios que conlleven la responsabilidad europea en materia de protección internacional. La autora concluye que el desplazamiento hacia los terceros países de la responsabilidad de proteger a los refugiados puede tener un efecto perjudicial en los regímenes de protección de esos países que utilizarán, de la misma forma que la UE, elementos securitarios y de prevención en sus propios territorios desmantelando el principio de solidaridad a nivel global.

El Dr. González Vega titula su aportación al Capítulo 5 *Non-refoulement at risk? Asylum's disconnection mechanisms in recent EU practice*. Bajo esta rúbrica, el autor hace constar cómo la UE, paralelamente a la creación del Sistema Europeo Común de Asilo, un auténtico sistema europeo de protección internacional que abarca a refugiados *stricto sensu* y también a otras situaciones de necesidad, se han ido introduciendo mecanismos de desconexión que dificultan, primero, la aplicación jurídica de este conjunto europeo de normas de protección y, segundo, la elusión del cumplimiento del principio de no devolución, piedra angular de la Convención de Ginebra sobre el Estatuto de Refugiados de 1951. Los mecanismos que el Dr. González Vega analiza hacen referencia, sobre todo, al uso generalizado del concepto de país seguro que puede provocar que en efecto se infrinjan las obligaciones establecidas en el Convenio de Ginebra. Esta cuestión que propone el autor resulta, cuanto menos, interesante y novedosa si se traen a colación las propuestas enarboladas por el Nuevo Pacto sobre Migración y Asilo de la Comisión Europea, un año después de la publicación de esta obra[1].

[1] «Los procedimientos fronterizos permiten acelerar el tratamiento de una solicitud, como también son motivos para acelerar el procedimiento conceptos tales como el de países de origen seguros o terceros países seguros. Las solicitudes de asilo con escasas probabilidades de ser aceptadas deben examinarse rápidamente sin necesidad de entrar legalmente en el territorio del Estado miembro. Esto sería aplicable a las declaraciones presentadas por solicitantes que

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 8, janvier-décembre 2020, pp. 571-578
DOI: http://dx.doi.org/10.25267/Paix_secur_int.2020.i8.19

Transformation or continuity? EU external migration policy in the aftermath of the migration crisis es el título del Capítulo 6, a cargo de la Dra. Reslow, donde acomete el estudio de las principales medidas adoptadas por la UE como respuesta a la crisis de refugiados (la Agenda Europea sobre Migración, la Cumbre de la Valeta, el Acuerdo UE-Turquía y los nuevos Acuerdos de Asociación) para comprobar que la crisis no ha supuesto un cambio de paradigma en la dimensión exterior de la política migratoria de la UE, sino más bien una continuación de la misma. Según la autora, esto plantea serios problemas normativos en el momento en que no se pone solución a las repercusiones que ya se habían puesto de manifiesto en la tradicional dimensión exterior de la política europea sobre inmigración, sino que se aleja aún más de los mecanismos de control democrático y judicial que ya contempla el derecho europeo.

El Capítulo 7 titulado *Hyper-legalisation and de-legalisation in the AFSJ: on contradictions in EU external migration law*, de la Dra. Fahey, pone el broche final a la primera parte de esta obra. Con él, la autora pretende arrojar luz a la paradoja de la hiperregulación y la desregulación del Espacio de Libertad Seguridad y Justicia y, después, del ámbito concreto de la inmigración. La autora entiende por el concepto de hiperregulación el incremento de la creación de instrumentos normativos con efectos jurídicamente vinculantes para los Estados miembros; y por el de desregulación, el resultado que se ha producido con algunos pronunciamientos judiciales, en los que precisamente se sacan ciertos ámbitos regulados en derecho europeo fuera del alcance de la revisión judicial, como ha sido el caso de los considerados visados humanitarios en la Sentencia del TJUE en el asunto de X y X contra Bélgica. La autora es consciente de que estas contradicciones forman parte del modo de crear legislación en el seno de la UE, algo que le preocupa en tanto en cuanto ponen en cuestión la noción básica del Estado de derecho.

La segunda parte sobre los mecanismos concretos que instrumentalizan la cooperación con terceros países en el ámbito de la inmigración, se abre con el Capítulo octavo de la analista Katharina Eisele. Con el título *The EU's readmission policy: of agreemnts and arrangements*, pone el foco en los acuerdos de readmisión antes y después de la Agenda Europea sobre Migración como

induzcan a error a las autoridades, procedentes de países con bajas tasas de reconocimiento que probablemente no necesiten protección o que supongan una amenaza para la seguridad nacional». Comisión Europea, comunicación relativa al Nuevo Pacto sobre Migración y Asilo. COM(2020) 609 final, 23 de septiembre de 2020, pp. 4 y 5.

la principal herramienta para combatir y detener la inmigración irregular. Además, la autora constata cómo los acuerdos de readmisión con terceros países van adquiriendo un patrón mucho más informal que, reconociendo su flexibilidad y facilidad de adopción, caen, de nuevo, en el riesgo de situarse fuera del control democrático del Parlamento Europeo y del control judicial del TJUE.

Los Capítulos 9, 10 y 11 tienen en común el objeto de estudio del que parten sus investigaciones: la cooperación entre la UE y Turquía y, en especial, el Acuerdo alcanzado en 2016. En primer lugar, los Drs. Carrera, den Hertog y Stefan (Capítulo 9, *The EU-Turkey deal: reversing "Lisbonisation" in EU migration and asylum policies*) realizan un análisis desde el punto de vista de la vuelta al intergobernamentalismo en materia de inmigración y asilo, propio de etapas anteriores al Tratado de Lisboa; así como de la propia «des-lisbonización» que se deriva de este acuerdo/declaración. Según los autores, se pone en cuestión el Estado de derecho y los derechos fundamentales, primero, por la forma en la que se ha llevado a cabo y, segundo por los efectos legales y prácticos que despliegan al considerar a Turquía como un país seguro. En segundo lugar, Mauro Gatti y Andrea Ott (Capítulo 10, *The EU-Turkey statement: legal natura and compatibility with EU institutional law)* aportan una interesantísima luz al debate sobre la naturaleza jurídica de este acuerdo que reflejan posiciones contradictorias en la doctrina. Para ello, los autores analizan la compatibilidad con el derecho institucional de la UE desde el punto de vista de tres escenarios distintos: la Declaración como un instrumento (jurídicamente vinculante o no) entre los Estados miembros y Turquía; la Declaración como un instrumento no jurídicamente vinculante entre la UE en sí y Turquía; y la Declaración como un instrumento que despliega efectos jurídicos que vinculan a la UE y a Turquía, centrando la problemática jurídica en este último caso. Por último, el Dr. Groenendijk (Capítulo 11, *Insights from agreements on migration between the EU and Turkey*) se sirve del Acuerdo entre la UE y Turquía de 2016 para realizar un recorrido por los acuerdos más relevantes entre ambos actores: el Acuerdo de Asociación de 1963, el Acuerdo UE-Turquía de Readmisión de 2013 (estos dos jurídicamente vinculantes), el Diálogo para la liberalización de visados para nacionales turcos, y el último y más polémico, la Declaración UE-Turquía de 2016.

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 8, janvier-décembre 2020, pp. 571-578
DOI: http://dx.doi.org/10.25267/Paix_secur_int.2020.i8.19

Los Capítulos 12, 13 y 14 analizan la cooperación entre la UE con otros países africanos, cada uno con diferentes instrumentos específicos, pero con la misma perspectiva de promover la gestión de la inmigración irregular. La Dra. Panizzon (Capítulo 12 *The EU-Jordan compact in a trade law context: preferential Access to the EU market to "Keep Refugees in the Region"*) aborda una laguna que no ha sido ampliamente abordada en relación al vínculo entre las políticas comerciales y de empleo de los refugiados y sus implicaciones en el derecho comercial de la OMC, a través del análisis concreto de la legalidad de las preferencias comerciales del Pacto entre la UE y Jordania en el marco de la legislación comercial de la OMC y la política de vecindad de la UE. En el Capítulo 13 (*Mobility partnerships: a tool for the externalisation of EU migration policy? A comparative study of Morocco and Cape Verde*), Fanni Tittel-Mosser pone el foco en las Asociaciones de Movilidad con Marruecos y Cabo Verde. La autora analiza la relevancia jurídica y política de estas Asociaciones de Movilidad y el papel que tienen las autoridades marroquíes y de Cabo Verde en la gestión de la inmigración y el control de fronteras para constatar que, efectivamente, estas dos Asociaciones de Movilidad se utilizan como una herramienta más para la externalización de la política europea sobre inmigración. Ilke Adam y Florian Trauner abordan en el Capítulo 14 (*Ghana and EU migration policy: studying an African response to the EU's externalisation agernda*) la cooperación entre la UE y Ghana en la gestión de los flujos migratorios, para comprobar que esta cooperación constituye también un elemento externalizador de la política europea sobre inmigración y asilo hasta el punto de que Ghana, ha reformado su propio sistema de gestión de la inmigración debido a la ingente financiación que ha recibido por parte de proyectos de la UE.

Los últimos dos Capítulos de esta segunda parte y, por tanto, de la obra que estamos recensionando, son los dedicados al enfoque securitario de la política migratoria de la UE en su dimensión exterior. En primer lugar, Gomez Arana y McArdle (Capítulo 15 *The EU and the migration crisis: reinforcing a security-based approach to migration?)* exponen los argumentos que redundan en la consideración de la UE como una Europa Fortaleza, que requiere la protección securitaria necesaria para hacer frente a las «amenazas externas», como es considerada la inmigración en este caso. A través de un profundo análisis jurídico de la operación en sí y de sus objetivos, los autores abordan la Operación EUNAVFOR Med SOPHIA, creada en el marco de la Política

Común de Seguridad y Defensa de la UE para responder a la situación en el Mediterráneo. Los autores llegan a la conclusión de que esta respuesta securitaria no aborda el objetivo humanitario de proteger la vida de quienes se ven forzados a migrar ni está en línea con el discurso humanitario de la UE. El Capítulo 16, último de esta obra y titulado *Extraterritorial immigration control, preventive justice and the rule of law in turbulent times: lessons from the anti-smuggling crusade*, viene de la mano del Dr. Mitsilegas, y en él se aborda también la creciente securitización de la gestión de la inmigración y el asilo, pero en esta ocasión desde la perspectiva de los mecanismos de extraterritorialización de los controles migratorios. En este Capítulo, V. Mitsilegas trata de ofrecer una tipología de esos mecanismos de respuesta a las nuevas amenazas centradas en el tráfico de seres humanos, centrándose concretamente en la criminalización de las ONGs por su labor humanitaria consistente en el rescate de inmigrantes en el mar; y en la creciente militarización de las fronteras a través de operaciones navales como la EUNAVFOR Med SOPHIA. El autor aborda también la extraterritorialización del control de la inmigración extendida a los acuerdos europeos de cooperación interinstitucional y hacia la cooperación con terceros Estados. El Dr. Mitsilegas concluye que esta extraterritorialización contribuye a la intensificación del paradigma de la «justicia preventiva» entendido este como el ejercicio del poder con el fin de desviar los flujos migratorios que se dirigen al territorio de los Estados miembros de la UE, impedir por tanto su entrada y mantener a los migrantes lo más lejos posible de la frontera de la UE.

Queda más que patente la extraordinaria pertinencia de esta obra, que con sumo rigor científico reúne en sus capítulos el análisis de las nuevas y antiguas pautas de cooperación internacional con terceros países, y arrojan luz desde los principios constitucionales del Estado de derecho, la democracia y los derechos fundamentales a un entramado tan confuso como actual de la dimensión de la política exterior de la UE. Por lo que desde aquí queremos finalizar con la recomendación encarecida de leer, analizar y disfrutar de esta obra que generosamente nos traen los Doctores Carrera, Santos Vara y Strik.

Lorena Calvo Mariscal
Universidad de Cádiz

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 8, janvier-décembre 2020, pp. 571-578
DOI: http://dx.doi.org/10.25267/Paix_secur_int.2020.i8.19

PAIX ET SÉCURITÉ INTERNATIONALES
Journal of International Law and International Relations
Num 8, janvier-décembre 2020 | ISSN 2341-0868
DOI http://dx.doi.org/10.25267/Paix_secur_int.2020.i8.20

Citation: BENJELLOUN ANDALOUSSI, N.: "CHANG, K.-S., Developmental Liberalism in South Korea: Formation, Degeneration and Transnationalization, International Political Economy Series, Series Editor: Timothy M. Shaw, Palgrave Macmillan, 2019, 221pp.", *Paix et Sécurité Internationales*, num. 8, 2020, pp. 579-585.

CHANG, K.-S., ***Developmental Liberalism in South Korea: Formation, Degeneration and Transnationalization*****, International Political Economy Series, Series Editor: Timothy M. Shaw, Palgrave Macmillan, 2019, 221pp.**

The preface of the book premieres Chang's methodological choice to prioritize the linkages between the state, society, economy and culture in studying what he labels as "compressed modernity" in the South Korean context. He further explains that the complex realities of the South Korean experience of development have been largely politically framed and reduced to a certain number of dimensions, especially in the media.

Chang criticizes the first stages of the implementation of the IMF package for economic recovery following South Korea's call for rescue during the national economic crisis of 1997-1998 as overlooking the socioeconomic setting in which South Korea's development was made possible. Indeed, the South Korean modernization project relied on the sacrifice of grassroots citizens on the premise of (1) the availability of work and (2) the improvement of the living conditions for those who experienced poverty and hunger in the colonial period and the Korean War. However, in the context of the crisis, the policies prescribed by IMF destroyed this foundation and instilled uncertainty for all workers.

The main feature of Chang's book is his progressive and subtle introduction of concepts that could be listed under the large category of "compressed modernization". One of these concepts is "fake middle class awareness", which is the tendency of the South Korean older generation to consider themselves as part of the middle class using as a reference the living conditions of the formerly poor Korea.

The author's overall diagnosis is that South Korea has been developmentally liberal in social welfare, as compared to the "liberally liberal" United States. He states that the purpose of this book is to analyze the basic attributes of this

regime of social governance in South Korea, based on research spanning two decades and on his previous publications. The model of a developmentally liberal polity suggests that the main concern of the state would be the maximization of industrial investment.

The organization of the book is rather interesting as it gradually unveils the historical consequences on the South Korean society induced by the explicit slogan of successive authoritarian governments during the process of rapid industrialization and especially Park Chung Hee's government (1963-1979), calling for "growth first, distribution later". Economic development was first presented as a guarantee of long-term social policy. Therefore, development as a national project was equated to material betterment for all, thus negating the need for a distinct social policy scheme.

Decades later, it appeared that this deeply-rooted mindset of pursuing national development as a greater good and a citizenry project that would end up benefitting everyone in South Korea, has shaped the course of the slow development of social protection measures by the South Korean state and the involvement of local businesses and civil society in filling the void created by the indifference of the state toward the necessity of setting social safety nets.

The first part of the book conveys the idea that distortions caused by the rapid industrialization of South Korea culminated in the national economic crisis in 1997, and they have been greatly impacting the lives of ordinary citizens since then. Chang's rationale is that incidentally, aggressive capitalist development in South Korea was concomitant with private developmentalism.

It is fairly reasonable to link the inexistence of social policy as an independent political agenda to the exacerbation of grassroots groups' vulnerability against the slowdown of the South Korean economy after a period of rapid industrialization.

Such a voluntary omission of the state was facilitated by what Chang calls the "cooptation of social political constituencies". Citizens were seduced into the idea of investing their private resources for social mobility through education, opening businesses, stock investment or estate speculation and expected a long-standing availability of work for economically-motivated individuals. Although most social security mechanisms implemented by the state were dedicated to those performing public duties, there was no social resistance against this form of exclusion as access to state positions is determined by

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 8, janvier-décembre 2020, pp. 579-585
DOI: http://dx.doi.org/10.25267/Paix_secur_int.2020.i8.20

fair examinations. In addition, social risks were meant to be absorbed by the mobilization of affiliated groups, through private lending, such as extended family, religious groups, colleagues, university friends or people from the same hometown, yet this system of care and support was fragile and obsolete during the crisis of 1997. In that way, for a long time, South Korean citizens did not question nor challenge the lack of governmental social policies set to protect them.

In the second part of the book, Chang moves on to the effects of labor reshuffling on grassroots livelihood, as a measure proposed by the IMF to recover from the economic and financial crisis at the end of the century. The lack of social protection measures in the political agenda of successive governments has become apparent with the dismay of the underprivileged and workers who faced or risked facing waves of dismissals and at best pay-cuts, underlying the economic restructuring programs for national economic recovery, mainly borne by small businesses at the end of the 1990s.

On a side note, the effect of such a sense of betrayal felt by grassroots citizens, for whom progressive regimes were responsible, slowly trickled down into South Korean voter behavior, resulting in what Chang calls generalized "Park Chung Hee's nostalgia" which led to the election of President Lee Myung-Bak in 2008 and that of Park Geun-Hye in 2013. Indeed, despite proclaiming a new slogan of "pains-sharing" along with neoliberal reforms under the Kim Young-Sam and Kim Dae-Jung governments (1993-1998 and 1998-2003), the democratic transition revealed to be "volatile" and "destructive" as it continued to serve the interests of the same social groups despite attempts to emphasize features of "participatory democracy".

The sacrifice of grassroots citizens went on as labor unions indicated their intention to work together with the state and businesses in a tripartite committee, launched by an initiative of the Kim Dae-Jung government in 1998. Hence labor unions accepted to compromise by allowing structural adjustments in factories, companies and other workplaces *"under urgent managerial situations"* in hope for a reform of big businesses (*chaebol*), believing that this in turn will successfully push forward the national economic recovery process. Soon enough, those big companies showed that they had no intention to fix their management and fight against corruption, and some of them even resumed their expansion objectives using foreign loans under the national crisis

conditions. Consequently, one of South Korea's major umbrellas of labor unions (KCTU) withdrew from the committee. At that time, labor unions inevitably lost a great deal of their legitimacy among workers for colluding with the state in the restructuring schemes.

Chang emphasized that some of the consequences of the crisis and its management could have been avoided. The most concerning distortion created by the restructuring has been the alteration of the quality of employment in South Korea (the normalization of temporary and underpaid jobs leading to an increase in on-the-job poverty and youth unemployment), accompanied by the social reproduction issue (low fertility, late marriage, the surge of suicides due to economic reasons and family separation and divorces). Interestingly enough, both phenomena would be dubbed as crises and would require reactions from the governments in place, as evidence of good performance and as a way to regain the trust of electors by showing empathy for the struggle of the mass.

As mentioned before, the South Korean development process was highly reliant on the maximization of input mobilization: material sacrifice and citizens' entitlement to work. Therefore, the recovery from the national crisis of 1997-1998 plundered "the classic foundations of South Korean development" by affecting access to jobs and job security.

In addition, the supposedly timely neoliberal reform of the late 1990s has been consolidated into permanent structural conditions of the South Korean economy with its introduction of distortions in the livelihoods of ordinary citizens. To date, social displacements of various grassroots groups in South Korea are observed. That is because many major firms maintained measures of employment reductions and relocating production for the sake of an increase in their global competitiveness.

Financial entrapment has been an issue of particular concern in the post-crisis South Korea with the rise of indebtedness, alongside the pervasiveness of the use of the poorest categories of exploitative private usurers as a last resort, because they do not fulfill the necessary conditions to take out loans from regular financial institutions. Likewise, class inequalities in South Korea have taken a new shape, with the economic and social subordination of the working class and the underprivileged to the increasingly financialized interests of the ruling class.

In response to the severity of these developments, "politically framed sets

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 8, janvier-décembre 2020, pp. 579-585
DOI: http://dx.doi.org/10.25267/Paix_secur_int.2020.i8.20

of accesses to finance" have been implemented under the governments of Lee Myung-Bak (2008-2013) and Park Geun-Hye (2013-2017), thus rendering the people "disciplined worker-consumer-borrower citizens" in the words of Soederbeg (applied to the US and Mexico) cited by Chang.

In the 2000s, another set of state-driven welfare policies was introduced to counter the effects of the looming threat of a diminishing and aging population. In fact, South Korean citizens started to engage in a sort of "self-imposed structural adjustment in social reproduction of family" to manage the worsening conditions of livelihood in post-developmental South Korea, namely late marriage or low/no fertility. This has been to date one of the main concerns of the South Korean political agenda, which have resulted in the implementation of pronatal welfare policies. However, considering the meager chances of success of this trial and error mode of correcting social safety loopholes dating from the developmental state, there has been a tentative shift of policy direction from explicitly tackling the low fertility issue to a vague policy of pursuing the betterment of the living conditions of the population, in hope for a spillover effect on fertility.

At the near end of the book, the expression "dual transitions" is introduced, hinting at the influence of global neoliberalism on the political economy of South Korea and of other Asian countries. The inbound and outbound globalism in which South Korea and other Asian countries alike has engaged, has marked the irreversible weakening of the developmental liberal regime of social policy, of which communitarian nationalism was an important constituent, through the globalization of corporate business operations, careers, citizenship and the injection of foreign capital in the South Korean economy.

On a more optimistic note, in the aftermaths of the 1997-1998 financial and economic crisis, social safety net has entered public discourse and encouraged a large range of civil social organizations and movements to enact their own social programs, supervise the implementation of state social policy and propose new social policies based on the people's demands and needs.

In reality, the South Korean case of development and the side effects of such a rapid process give room for the study of a number of factors that have shaped the history of the country until present times. This is demonstrated in the rich composition of Chang's book. For instance, aside from the main

argument related to developmental liberalism in South Korea, as the title suggests, the three parts of the book give thorough explanations, although scattered, of various realities specific to the South Korean contexts such as the structure of family, labor unions and big businesses versus the struggles of the underprivileged and the formation of civil society.

We found of equal interest the evaluation that Chang implicitly makes of the mandates of different presidents in South Korea in terms of social welfare provision. However, the reader should not take at face value the evaluation of the achievements and shortcomings of South Korean presidents solely based on their contribution to the nexus of development-social policy.

One paradoxical case largely explained by Chang should be cited. The Kim Dae-Jung administration faced a dilemma given the ongoing economic crisis, leading to inconsistencies in speech and in policies, such as the use of economic administrators from the Park Chung-Hee era, marked by developmental statism, alongside the neoliberal measures recommended by the IMF. This dual use was in fact both a teaser of the way neoliberal measures would settle and congeal in the structural features of South Korean political economy to present times, as well as a manifestation of the long-standing workings of collective memory which explain the "developmental nostalgia" among South Korean voters.

This sentiment of nostalgia for the imagined or lived period of socioeconomic improvement is not the only factor explaining circumstantial voting decision in South Korea. Voters choose some presidential candidates rather than others in conjunction with the prioritization of social welfare versus the return of the drive for economic growth at macro-level. For instance, Moon Jae-In was fully aware of the necessity to differentiate his pledges from Park GeunHye's after her impeachment, so he focused on human-centered development rather than the solidification of the welfare state.

To illustrate the author's clever and detailed research methodology, we can mention his superposition of (1) the evaluation of macro-level policy at state level through different stages of industrialization, democratization and entry into the era of global neoliberalism and (2) the description of the response in society to such transformations encompassing indifference, involvement (cooptation, resistance and reconciliation) or self-help. Moreover, we believe that scholars belonging to various traditions would find Chang's generalization

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 8, janvier-décembre 2020, pp. 579-585
DOI: http://dx.doi.org/10.25267/Paix_secur_int.2020.i8.20

of the implications of developmental liberalism for the integration of Asian economies through their "bilateral and multilateral alliances of developmentally governed economies and peoples" resourceful. Indeed, Chang started from a comparative analysis of specific Asian countries and proceeded to explain interfaces of interaction and influence between Asian economies.

Given the theoretical and analytical strengths of Chang Kyung-Sup, we put together a team in charge of translating his latest work into Arabic in hope for reaching a wider audience in the Arab world.

Nouha Benjelloun Andaloussi
Researcher at the African Center for Asian Studies

PAIX ET SÉCURITÉ INTERNATIONALES
Journal of International Law and International Relations
Num 8, janvier-décembre 2020 | ISSN 2341-0868
DOI http://dx.doi.org/10.25267/Paix_secur_int.2020.i8.21

Citation: CÓZAR MURILLO, B.: "MARRERO ROCHA, I., Soldados del terrorismo global. Los nuevos combatientes extranjeros, Ed. Tecnos, Madrid, 2020, 216 pp.", *Paix et Sécurité Internationales*, num. 8, 2020, pp. 587-595.

MARRERO ROCHA, I., *Soldados del terrorismo global. Los nuevos combatientes extranjeros***, Ed. Tecnos, Madrid, 2020, 216 pp.**

The phenomenon of terrorism has been felt on European soil, particularly in the past decade, but even so there continues to be a widespread lack of knowledge about this issue. This is a changing phenomenon that is transforming and evolving, requiring society to transform itself in order to combat it. This is not a subject whose conceptualisation and characterisation are a sign of simplicity, but rather the opposite, of complexity. This is furthermore accentuated if we attempt to analyse specific issues that involve plunging into international terrorism, which has become global terrorism.

The monograph presented by Inmaculada Marrero Rocha, Associate Professor (Profesora Titular) of Public International Law and International Relations at the University of Granada, is entitled *Soldados del terrorismo global. Los nuevos combatientes extranjeros*. Through this investigation, as the author herself points out, she gives expression to the results of the work carried out under the auspices of the research project financed by the Spanish Ministry of Economy and Competitiveness (Ministerio de Economía y Competencia) and the European Regional Development Fund (MINECO/FEDER) entitled "Combatientes extranjeros y seguridad europea: parámetros psicosociales de la radicalización (DER2015-6387-R)".

Through the eight chapters that make up this monograph, the current nature of *foreign fighters* and their impact on international relations processes is approached from a theoretical and practical viewpoint through a multidisciplinary approach. All this, with the focus on a specific geographical area: the European Union.

The first of these chapters is intended as an introduction to the subject to situate the reader and advance the thread that will follow the work throughout the succession of the different epigraphs.

Having already introduced the figure of the *foreign fighter,* this allows the author to address it in depth in the second chapter. To this end, she makes a distinction that will be key and should be kept in mind throughout the study: *"classic" foreign fighters* vs. *other foreign fighters.* She sets out in detail the defining features of both types of foreign combatants, presented as "the heroes" and "the villains", respectively, in order to be able to talk later about their evolution through figures and specific examples from 2011; the year in which the Syrian conflict began and which the author takes as a key reference point throughout the work.

The evolution of foreign combatants is followed by two sections of a markedly specific nature. On the one hand, it addresses the question of the recruitment of foreign terrorist fighters in order to be able to differentiate between classical and Jihadist foreign fighters, and, on the other, the life cycle of foreign combatants through three routes.

Section 2.6. under the title of *Las mujeres combatientes extranjeras* (Foreign women fighters) is particularly relevant, as the author explains the unprecedented role of those women who joined the Islamic State in Syria and compares it to the role of those women who are part of extreme right-wing movements. Among the numerous conclusions she offers on the subject, the one referring to the position of women in the conflict, which is conditioned by the neo-Salafist ideology that assigns them the role of mothers and wives, as well as a residual place in the command structure and in combat strategies and actions, stands out. Likewise, following Bjorgum's postulates, she exposes a question that we consider crucial. It is striking that Western women who come from families where there is an atmosphere of relative stability and equality decide to leave both their families and their country to become part of the misogynist society promoted by the Islamic State.

This Chapter II ends with an explanation of the phenomenon of violent radicalisation, proposing its definition and emphasising key ideas that the reader should consider, such as that the phenomenon of radicalisation should not be violent in itself, nor should it lead to the commission of actions of an illegal or immoral nature. Its postulate is complemented by the introduction at this point of research developed in behavioural and social psychology.

In Chapter III Professor Marrero analyses the evolution from international terrorism to global terrorism and then identifies the conditions in which foreign

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 8, janvier-décembre 2020, pp. 587-595
DOI: http://dx.doi.org/10.25267/Paix_secur_int.2020.i8.21

fighters became *villains*. She furthermore stresses the virtual space enjoyed by terrorist organisations such as the Islamic State and al-Qaeda, which sets them apart from other terrorist organisations and it is precisely this factor that enables them to articulate themselves as a global movement.

Chapter IV deals with the relationship between foreign fighters and armed conflict and its impact on armed conflict. Along with this issue, it also addresses the relations that they maintain with other non-state actors in armed conflicts. The author thus introduces the elements of organised crime to explain the link between terrorists and criminals.

Chapters V, VI and VII are dedicated to the European context. Chapter five examines the dimension that foreign fighters from the European Union have acquired and assesses the danger they represent for the Member States in the special case of returnees who could attract future combatants and urban Jihadists. It places special emphasis on the terrorist attacks in Paris on 13 November 2015 and in Brussels on 22 March 2016, which marked a turning point in the consideration of foreign combatants from potential to real danger.

In chapter VI the author discusses, on the one hand, the law applicable to foreign fighters during their participation in the armed conflict and, on the other hand, the responses offered by the United Nations Security Council and the European Union. In particular, she develops a critical analysis of the content of Security Council Resolution 2178 2014) to weigh up its possible collision with the norms of international law. It then goes on to focus on the EU and its Member States to show that they have begun to address the phenomenon of radicalisation through preventive policies together with measures aimed at the rehabilitation and reintegration into their societies of individuals who have been active as foreign fighters and who hold European nationality or residence.

In Chapter VII, under the title *Desradicalización, desvinculación e integración de los combatientes extranjeros de la Unión Europea* (De-radicalisation, disengagement and integration of foreign fighters in the European Union), Professor Marrero presents how the European Union has contributed to the fight against radicalisation in the territory of its Member States and what the most significant actions of these Member States in this field are.

A key aspect that the author highlights is identified with the assertion that the EU's approach to the phenomenon of violent radicalisation is a highly

"securitised" perspective. This vision, as the author rightly points out, is based on political-strategic instruments that the Member States have used to draw up their own policies and mechanisms of action.

Furthermore, it emphasises something that should not be lost sight of when dealing with issues related to terrorism: the EU competence in this area is subsidiary according to article 4 of the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU). It highlights the creation of the *EU Radicalisation Awareness Network* (RAN). Regarding the individual Member States in terms of their national policies against violent radicalisation, it should be noted that action has not been very homogeneous. On this basis, a difference is made between states that have chosen to include prevention and reintegration measures in their anti-radicalisation strategies (Belgium, Denmark, Germany, the Netherlands and the United Kingdom) and those that continue to rely on administrative and criminal measures (Spain and France). All this is followed by a presentation of some of the different models and strategies adopted by some of these states in particular, but without losing sight of the difficulty of defining key concepts such as radicalisation, de- radicalisation or prevention of de-radicalisation.

The last chapter of this monograph, Chapter VIII, is devoted to presenting a case study: Spain. It examines the political-legal measures being taken to prevent radicalisation and manage returning combatants. In this sense, it is pertinent to highlight in particular the exhaustive analysis that Professor Marrero carries out of the latest updates of the Criminal Code to adapt to the transformations of the terrorist phenomenon and of the Spanish strategy against violent radicalisation.

To conclude, this monograph makes a major contribution to understanding and clarifying the phenomenon of global terrorism in general and the figure of foreign fighters in particular. Professor Marrero's high research qualifications are demonstrated by the presentation of the postulates in a brilliantly argued way through an extensive bibliography. All this through a strongly marked thread that allows the reader a total understanding of an extremely complex subject. Likewise, it is important to highlight the author's commitment to attract the reader and awaken his or her curiosity through the continuous presentation of practical examples, as well as the desire to go deeper into a

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 8, janvier-décembre 2020, pp. 587-595
DOI: http://dx.doi.org/10.25267/Paix_secur_int.2020.i8.21

subject that in the globalised world we live in must be studied, understood and analysed.

MARRERO ROCHA, I., *Soldados del terrorismo global. Los nuevos combatientes extranjeros***, Ed. Tecnos, Madrid, 2020, 216 pp.**

El fenómeno del terrorismo se ha podido sentir en suelo europeo con una gran incidencia sobre todo en la última década en la Unión Europea, pero, aun así, sigue existiendo un gran desconocimiento a nivel generalizado de esta materia. Un fenómeno cambiante que se transforma y evoluciona ocasionando que la sociedad tenga que transformarse, a su vez, para poder combatirlo. No se trata de una materia cuya conceptualización y caracterización sean muestra de sencillez, sino más bien lo contrario, de complejidad. Esto, además, se acentúa si se tratan de analizar cuestiones particulares que entrañen sumergirse en el terrorismo internacional que ha pasado a ser terrorismo global.

Ante nosotros se nos presenta la obra de la Profesora Inmaculada Marrero, Profesora Titular de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales de la Universidad de Granada, titulada *Soldados del terrorismo global. Los nuevos combatientes extranjeros.* A través de esta monografía, como señala la propia autora, viene a plasmar los resultados del trabajo desarrollado al amparo del proyecto de investigación financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad Español y por el Fondo Europeo de Desarrollo Regional (MINECO/FEDER) que lleva por título «Combatientes extranjeros y seguridad europea: parámetros psicosociales de la radicalización (DER2015-6387-R)».

A través de los ocho Capítulos que componen esta monografía, se plantea desde una visión teórico-práctica la naturaleza actual de los combatientes extranjeros y su incidencia en los procesos de las relaciones internacionales a través de un enfoque multidisciplinar. Todo ello, con el foco de atención situado en un área geográfica concreta: la Unión Europea.

El primero de estos Capítulos se plantea como una introducción a la materia para situar al lector y adelantar el hilo conductor que seguirá la obra a lo largo de la sucesión de los distintos epígrafes.

Al haber introducido ya la figura del *combatiente extranjero,* esto le permite a la autora abordarla en profundidad en el segundo Capítulo. Con este objetivo, realiza una distinción que será clave y que deberá tenerse presente a lo largo de toda la lectura del estudio: *combatientes extranjeros «clásicos»* vs. *otros combatientes extranjeros.* Expone de forma pormenorizada los rasgos definitorios de ambas modalidades de combatientes extranjeros, presentadas como «los héroes» y «los villanos», respectivamente, para poder hablar posteriormente de su evolución a través de cifras y ejemplos concretos que abarcan desde el año 2011; año en el que comienza el conflicto sirio y que la autora toma como punto de referencia clave a lo largo de toda la obra.

A la evolución de los combatientes extranjeros le siguen dos apartados de un marcado carácter específico. Por un lado, aborda la cuestión relativa al reclutamiento de los combatientes terroristas extranjeros para ser capaces de diferenciar entre combatientes extranjeros clásicos y yihadistas, y, por otro, el ciclo vital de los combatientes extranjeros a través de tres itinerarios.

Especial relevancia reviste el apartado 2.6. bajo el título *Las mujeres combatientes extranjeras* ya que la autora expone la asunción del rol sin precedentes de aquellas mujeres que se unieron al Estado Islámico en Siria y lo compara con el rol de aquellas mujeres que militan en movimientos de extrema derecha. Entre las numerosas conclusiones que ofrece en la materia destaca aquella referida a la posición de las mujeres en el conflicto y que está condicionada por la ideología neosalafista que les adjudica el rol de madres y esposas, así como un lugar residual en el cuadro de mando y en las estrategias y acciones de combate. Igualmente, siguiendo los postulados de Bjorgum, expone una cuestión que consideramos crucial. Llama la atención que mujeres occidentales que provienen de familias en las que existe un ambiente de relativa estabilidad e igualdad deciden dejar tanto a sus familias como a su país para pasar a formar parte de la sociedad misógina que promueve el Estado Islámico.

Este Capítulo II finaliza con la exposición del fenómeno de la radicalización violenta planteando su definición y enfatizando en ideas clave en las que el lector debería detenerse como que el fenómeno de la radicalización no debe ser en sí mismo violento ni conllevar la comisión de acciones de carácter ilegal o

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 8, janvier-décembre 2020, pp. 587-595
DOI: http://dx.doi.org/10.25267/Paix_secur_int.2020.i8.21

inmoral. Su postulado se ve complementado con la introducción en este punto de investigaciones desarrolladas en el área de la psicología del comportamiento y de la psicología social.

En el Capítulo III la Profesora Marrero analiza la evolución de terrorismo internacional a terrorismo global para, a continuación, identificar las condiciones en las que los combatientes extranjeros llegaron a convertirse en *villanos*. Además, le da un papel destacado al espacio virtual del que gozan organizaciones terroristas como el Estado Islámico o Al-Qaeda que marca la diferencia con otras organizaciones terroristas y es precisamente este factor el que las capacita para articularse como un movimiento global.

En el Capítulo IV se aborda la relación entre los combatientes extranjeros y los conflictos armados, así como su incidencia en los mismos. Junto con esta cuestión, se abordan además las relaciones que éstos mantienen con otros actores no estatales en los conflictos armados. De esta forma, la autora introduce los elementos del crimen organizado para poder explicar el nexo existente entre terroristas y criminales.

Los Capítulos V, VI y VII están dedicados al contexto europeo. En el capítulo quinto se examina la dimensión que han adquirido los combatientes extranjeros de la Unión Europea y se evalúa el peligro que representan para los Estados miembros en el caso especial de los retornados podrían captar a futuros combatientes y yihadistas urbanos. Destaca especialmente los atentados terroristas de París de 13 de noviembre de 2015 y los de Bruselas de 22 de marzo de 2016 que marcaron un antes y un después en la consideración de los combatientes extranjeros de peligro potencial a peligro real.

En el capítulo VI la autora aborda, por un lado, el derecho aplicable a los combatientes extranjeros durante su participación en el conflicto armado y, por otro, las respuestas ofrecidas por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas y la Unión Europea. En particular, desarrolla un análisis crítico del contenido de la Resolución 2178 (2014) del Consejo de Seguridad para ponderar su posible colisión con las normas de derecho internacional. Con posterioridad, retoma el hilo conductor para volver a centrarse en el ámbito de la UE y de sus Estados miembros para poner de manifiesto que han empezado a abordar el fenómeno de la radicalización mediante políticas preventivas junto con medidas destinadas a la rehabilitación y reinserción en sus sociedades de

individuos que han desarrollado actividades como combatientes extranjeros y que ostentaban una nacionalidad o residencia europea.

En el Capítulo VII, bajo el título *Desradicalización, desvinculación e integración de los combatientes extranjeros de la Unión Europea*, la Profesora Marrero presenta de qué manera la Unión Europea ha contribuido a la lucha contra la radicalización en el territorio de sus Estados miembros y qué características presentan las actuaciones más significativas de éstos en este ámbito.

Un aspecto clave que la autora pone de manifiesto se identifica con la afirmación de que la aproximación de la UE al fenómeno de la radicalización violenta se erige como una perspectiva muy «securitizada». Esta visión, como acertadamente señala la autora, se basa en instrumentos políticos-estratégicos que los Estados miembros han empleado para elaborar sus propias políticas y mecanismos de actuación.

Además, incide en algo que no debe perderse de vista al abordar cuestiones relacionadas con el terrorismo: las competencias comunitarias en esta materia son subsidiarias *ex* artículo 4 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Destaca la creación de la Red de la UE para la Sensibilización frente a la Radicalización (*Radicalisation Awareness Network*, RAN). En lo que se refiere a los Estados miembros individualmente considerados en cuanto a sus políticas nacionales contra la radicalización violenta destaca que la actuación no ha sido muy homogénea. Con base en esto, diferencia entre Estados que han optado por incluir en sus estrategias contra la radicalización medidas de prevención y reinserción (Bélgica, Dinamarca, Alemania, Países Bajos y Reino Unido), y aquellos que siguen apoyándose en medidas administrativas y penales (España y Francia). Todo ello para posteriormente exponer algunos de los diferentes modelos y estrategias adoptados en particular por algunos de estos Estados, pero sin perder de vista la dificultad que entraña la propia definición de conceptos clave como radicalización, desradicalización o prevención de la desradicalización.

El último Capítulo de la presente monografía, el VIII, se dedica a presentar un estudio de caso: el español. En él se examinan las medidas político-legales que se están adoptando en materia de prevención de la radicalización y gestión de los combatientes retornados. En este sentido, resulta pertinente destacar en especial el análisis exhaustivo que la Profesora Marrero realiza de las últimas

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 8, janvier-décembre 2020, pp. 587-595
DOI: http://dx.doi.org/10.25267/Paix_secur_int.2020.i8.21

actualizaciones del Código Penal para acomodarse a las transformaciones del fenómeno terrorista y de la estrategia española contra la radicalización violenta.

En definitiva, esta monografía supone una gran aportación para la comprensión y clarificación del fenómeno del terrorismo global en general, y de la figura de los combatientes extranjeros en particular. La alta cualificación investigadora de la Profesora Marrero queda demostrada a través de la exposición de los postulados de una forma brillante argumentados a través de una extensísima bibliografía. Todo ello a través un hilo conductor fuertemente marcado que permiten al lector una comprensión total de una materia sumamente compleja. Igualmente, resulta importante destacar el empeño de la autora para atraer al lector y despertar en él la curiosidad a través de la exposición continua de ejemplos prácticos, así como las ganas de profundizar en una materia que en el mundo globalizado que vivimos debe ser estudiada, comprendida y analizada.

Beatriz Cózar Murillo
Universidad de Cádiz

Citation: CÓZAR MURILLO, B.: "REMI NJIKI, M., El Estatuto Jurídico de los nacionales de África, Caribe y Pacífico (ACP) en la Unión Europea, Editorial Reus, Madrid, 2019, 343 pp.", *Paix et Sécurité Internationales*, num. 8, 2020, pp. xx-xx.

REMI NJIKI, M., *El Estatuto Jurídico de los nacionales de África, Caribe y Pacífico (ACP) en la Unión Europea***, Editorial Reus, Madrid, 2019, 343 pp.**

Cooperation between the European Union and the African, Caribbean and Pacific countries is part of a long tradition dating back to the 1960s. However, although the European Union has a wide variety of agreements with third countries, the distribution of rights to these nationals has not been equal or uniform. The Schengen Agreements certainly helped to define the legal status of third-country nationals with regard to the movement of persons, but several decades after their adoption many questions remain to be resolved.

By virtue of the foregoing, the monograph by Professor Michel Remi, Ph.D Senior Lecturer of Public International Law and International Relations at the University of Cadiz, entitled *El Estatuto Jurídico de los nacionales de África, Caribe y Pacífico (ACP) en la Unión Europea* (The Legal Status of African, Caribbean and Pacific (ACP) Nationals in the European Union), is presented in the following lines.

Through the three parts that make up this monograph, which is divided into six chapters, the author deals with the different phases of the migration process -entry, residence and exit-, using techniques that are typical of legal methodology. As the author himself points out, the aim is to present a work that serves as a stepping stone when reflecting on the general situation of the third-country national (TCN) in the EU and not only that of the ACP countries.

Prior to the immersion in part I entitled *Los Acuerdos ACP-UE* (The ACP-EU Agreements), the work has a Foreword of special academic value made by Mr. Alejandro del Valle Gálvez, Full Professor of Public International Law and International Relations at the University of Cadiz. In this sense, he outlines both the relevance of the conducting this investigation and its publication, as well as the career of Professor Remi highlighting his potential as a researcher.

This Foreword is followed by an Introduction to the subject that sets out key notions that will be key to understanding the work, as the thread that will follow in a detailed way.

Chapter I provides the legal context for the European Union's international agreements with the ACP countries, highlighting in particular the debate on the free movement of persons and the treatment of NTPs in relation to the scope essentially of Article 45 of the TFEU. It is interesting that on this point the author points out that the debate on this issue is not over, nor is the scope of application of the principle of non-discrimination based on nationality *ex* Article 18 of the TFEU.

In this Chapter, the monograph moves from a general conception of the matter to a particular one by presenting the particular case in relation to the ACP by comparing the Cotonou Agreement with the Turkey-EU Agreements.

Chapter II describes the evolution of the material scope of the ACP-EU Agreements with the focus on the treatment of migration. As stated in the Chapter, it is important to stress that these agreements were originally focused on economic and trade relations between the parties. As Professor Remi rightly stresses, as a result of the progressive extension of these Agreements, it was able to start covering other key issues such as good governance, the guarantee of a political environment conducive to development, international terrorism or human rights. However, as the author emphasizes, it should be underscored that migration issues were not included in either the first Lomé Agreement or the Yaoundé Conventions.

Following the Yaoundé Conventions, a new phase began with a new series of conventions known as the Lomé Conventions, under which certain approaches were taken to migration issues within the ACP-EU partnership. The author analyses in detail the five conventions that make up the series of Lomé Conventions adopted in the period 1975- 2000. To this end, he focuses on the introduction of migration issues, through considerations of human rights and the diversification of non-discrimination clauses in the Lomé III Convention. This point is analyzed with force by Professor Remi in addressing Title VIII of that Convention devoted to "Cultural and Social Cooperation". The second Chapter ends with a discussion of the question of the so-called "mobility partnership" which the author considers to be a threat to the cohesion of the regime for ACP nationals because of the dispersion of the

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 8, janvier-décembre 2020, pp. 597-604
DOI: http://dx.doi.org/10.25267/Paix_secur_int.2020.i8.22

legal regime applicable to these citizens.

Chapter III is devoted entirely to the principle of non-discrimination in European law and in the ACP-EU Agreement. In this regard, the case law of the Court of Justice in relation to the scope of Article 18 of the TFEU is particularly relevant. Likewise, the contribution of the Charter of Fundamental Rights of the European Union is valued when analyzing the contribution of its Article 21 to this matter and its implications for the TCNs.

This principle of non-discrimination in relation to the ACP-EU Agreements is described from four perspectives: general scope, the concept of "worker", the notion of "lawful exercise of an activity", and relevant case law.

At this point, Professor Remi provides valuable input by introducing the Cotonou Agreement - adopted after the Lomé Conventions - and setting out the analysis of Article 13 of the Agreement due to its inclusion as a novel non-discrimination clause compared to the pre-existing situation.

This concludes the treatment of Part I of *the* work by moving on to Part II entitled *La entrada y residencia de los nacionales de los Estados ACP* (Entry and residence of nationals of the ACP States), which is dealt with in Chapters IV and V respectively.

Chapter IV highlights the author's treatment of the Schengen Area in relation to TCNs and, in particular, the section devoted to *Diferenciación basada en la nacionalidad como principio operativo* (Differentiation based on nationality as an operational principle). Then he goes on to determine the status of ACP nationals when they enter the territory of an EU Member State on the basis of the above explanations.

In Chapter V, concerning the residence of ACP nationals in the EU, the author first addresses the consolidation of TCNs on residence in the light of the Cotonou Agreement in force. In this respect, it is remarkable Professor Remi's treatment of *integration* in his historical and legal review from the pre-Maastricht period.

The section on the status of researchers and students is particularly interesting, precisely because of the current context which is strongly marked by high mobility for academic and/or research purposes. As regards ACP nationals, the conclusions reached at the end of the chapter concerning researchers are worth noting.

Part III of this work concentrates only on Chapter VI which, under the title

La residencia irregular (Illegal residence). On the one hand, it deals with the legal framework covering the rules applicable to the illegal situation of nationals of an ACP State. On the other hand, the author addresses the readmission clause provided for in the ACP-EU Agreement.

Regarding this last heading of the Chapter, in our opinion the necessary insertion of a section devoted to the relationship between human rights and the readmission clause is not insignificant. All this, bearing in mind that, as the author rightly points out, the regime of irregular residence within the European Union is one of the most difficult issues to resolve.

To conclude, Professor Remi offers twelve conclusions which, in a synthetic way, represent his postulates presented throughout the work. In short, this monograph makes a great contribution to the contextualization and in-depth understanding of the legal status of nationals of ACP States, but also more generally of TCNs.

This valuable contribution has been confirmed by the 13th Andalusian Research Prize on European Integration awarded to Professor Remi by the European Information Network of the Andalusian Regional Government. The author's high level of knowledge of the subject has made it possible for a practically unknown issue to become visible. All this is done through a clear and coherent structure based on an extensive bibliography, both doctrinal and jurisprudential, which allows the reader to immerse himself completely in the treatment of ACP nationals in the European Union.

REMI NJIKI, M., ***El Estatuto Jurídico de los nacionales de África, Caribe y Pacífico (ACP) en la Unión Europea*****, Editorial Reus, Madrid, 2019, 343 pp.**

La cooperación entre la Unión Europea y los países de África, Caribe y Pacífico goza de una larga tradición cuyo origen puede encontrarse en la década de los sesenta. No obstante, y aunque la Unión Europea cuente con una gran variedad de acuerdos con terceros países, la distribución de los derechos a dichos nacionales no se ha dado de forma equitativa o uniforme. No cabe duda de que los Acuerdos de Schengen contribuyeron a la delimitación de los

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 8, janvier-décembre 2020, pp. 597-604
DOI: http://dx.doi.org/10.25267/Paix_secur_int.2020.i8.22

estatutos jurídicos de los nacionales de terceros países en materia de circulación de personas, pero aun habiendo transcurrido varias décadas desde su adopción numerosas cuestiones quedan pendientes de resolver.

En virtud de lo anterior, ante nosotros se nos presenta la obra del Profesor Michel Remi Njiki, Ayudante Doctor de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales de la Universidad de Cádiz, titulada *El Estatuto Jurídico de los nacionales de África, Caribe y Pacífico (ACP) en la Unión Europea.*

A través de las tres Partes que componen esta monografía articulada en seis Capítulos, aborda desde técnicas propias de la metodología jurídica las diferentes fases del proceso migratorio: entrada, residencia y salida. Como señala el propio autor se trata de presentar un trabajo que sirva para actuar como peldaño a la hora de reflexionar sobre la situación general del nacional de un tercer país (NTP) en la UE y no únicamente del procedente de África, Caribe y Pacífico.

Con carácter previo a la inmersión en la parte I titulada *Los Acuerdos ACP-UE*, la obra cuenta con un Prólogo de especial valor académico realizado de manos de D. Alejandro del Valle Gálvez, Catedrático de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales de la Universidad de Cádiz. En estas líneas se destacan tanto la pertinencia de la realización y publicación de esta obra, como la trayectoria del Profesor Remi destacando su potencial como investigador.

Este Prólogo se ve sucedido de una Introducción a la materia que asienta nociones que serán claves a la hora de entender la obra, como el hilo conductor que la misma seguirá de una forma detallada.

El Capítulo I se ofrece la contextualización jurídica de los acuerdos internacionales de la Unión Europea con los países ACP, destacando en especial el debate que se plantea sobre la libre circulación de personas y el tratamiento de los NTPs en relación con el ámbito de aplicación fundamentalmente del artículo 45 del TFUE. Resulta interesante que ya en este punto el autor señale que este debate no está zanjado al igual que el relativo al ámbito de aplicación del principio de no discriminación basado en la nacionalidad *ex* artículo 18 del TFUE.

En este Capítulo se pasa de una concepción general de la materia a una particular al presentar la casuística particular en relación con los ACP mediante la comparación del Acuerdo de Cotonú con los Acuerdos Turquía-UE.

A través del Capítulo II se expone la evolución del ámbito material de los Acuerdos ACP-UE con el foco de atención puesto en el tratamiento de las migraciones. Al igual que se precisa en el Capítulo, consideramos que es importante destacar que en sus inicios estos Acuerdos estaban enfocados en las relaciones económicas y comerciales entre las partes. Como acertadamente señala el Profesor Remi, fruto de la ampliación progresiva de estos Acuerdos pudieron empezar a cubrir otras materias claves tales como la buena gobernanza, la garantía de un entorno político propicio para el desarrollo, el terrorismo internacional o los derechos humanos. No obstante, como bien enfatiza el autor debe resaltarse que las cuestiones migratorias no fueron incluidas ni en el primer Acuerdo de Lomé ni en los Convenios de Yaundé.

Tras los convenios de Yaundé se inició una nueva etapa con una nueva serie de convenios conocidos como los Convenios de Lomé en cuyo marco se adoptaron determinados planteamientos sobre los asuntos migratorios de la asociación ACP-UE. El autor analiza con exhaustividad los cinco convenios que forman la serie de los Convenios de Lomé adoptados en el periodo 1975-2000. Para ello se centra en la introducción de las cuestiones migratorias, a través de consideraciones sobre los derechos humanos y la diversificación de cláusulas de no discriminación en el Convenio de Lomé III. Este punto en particular es analizado con especial ahínco por parte del Profesor Remi al abordar el Título VIII de dicho Convenio dedicado a la «Cooperación cultural y social». El segundo Capítulo finaliza con la exposición de la cuestión relativa a la denominada «asociación de movilidad» que el autor considera que amenaza la cohesión del régimen de los nacionales de países ACP al producirse una dispersión del régimen jurídico aplicable a estos ciudadanos.

El Capítulo III está dedicado íntegramente al principio de no discriminación en el Derecho europeo y en el Acuerdo ACP-UE. En estas líneas adquieren especial relevancia la exposición de la casuística del Tribunal de Justicia en relación con el ámbito de aplicación del artículo 18 del TFUE. Igualmente, se valora la aportación de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea al analizar la contribución de su artículo 21 a esta materia y sus implicaciones para los NTPs.

Este principio de no discriminación en relación con los Acuerdos ACP-UE lo desgrana desde cuatro perspectivas: alcance general, concepto de «trabajador», noción «de ejercicio legal de una actividad», y jurisprudencia

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 8, janvier-décembre 2020, pp. 597-604
DOI: http://dx.doi.org/10.25267/Paix_secur_int.2020.i8.22

relevante al respecto.

En este punto de la obra el Profesor Remi ofrece valiosas aportaciones al introducir el Acuerdo de Cotonú -adoptado tras los Convenios de Lomé-, y sentar el análisis sobre el artículo 13 del mismo debido a su inclusión como una cláusula novedosa en materia de no discriminación en comparación con la situación preexistente.

De esta forma finaliza con el tratamiento de la Parte I de la obra pasando a la Parte II titulada *La entrada y residencia de los nacionales de los Estados ACP*, que se aborda en los Capítulos IV y V, respectivamente.

Del Capítulo IV destaca el tratamiento que el autor realiza del Espacio Schengen en relación con los NTPs y, en especial, el apartado dedicado a la *Diferenciación basada en la nacionalidad como principio operativo.* Posteriormente, procede a la determinación del estatuto de los nacionales de Estados ACP a la hora de entrar en el territorio de un Estado miembro de la UE en virtud de las exposiciones anteriores.

En el Capítulo V, relativo a la residencia de los nacionales ACP en la UE, el autor aborda en primer lugar la consolidación de los NTPs en materia de residencia a la luz del Acuerdo de Cotonú en vigor. A este respecto, llama la atención el tratamiento que el Profesor Remi realiza sobre la *integración* al hacer un repaso histórico-jurídico desde el periodo pre-Maastricht.

Resulta especialmente interesante el apartado dedicado al régimen de los investigadores y estudiantes, debido precisamente al contexto actual fuertemente marcado por la alta movilidad con fines académicos y/o de investigación. En relación con los nacionales ACP, sí destacan las conclusiones ofrecidas al final del capítulo sobre lo concerniente en particular a los investigadores.

La Parte III de esta obra se concentra únicamente en el Capítulo VI que bajo el título *La residencia irregular* aborda, por un lado, el marco jurídico que engloba las reglas aplicables a la situación irregular del nacional de un Estado ACP y, por otro, la cláusula de readmisión prevista en el Acuerdo ACP-UE.

En relación con este último epígrafe del Capítulo, no resulta baladí a nuestro juicio la necesaria inserción de una sección dedicada a la relación entre los derechos humanos y la cláusula de readmisión. Todo ello, tomando en consideración que como acertadamente señala el autor, el régimen de la residencia irregular en el seno de la Unión Europea se presenta como una de las cuestiones más difíciles de resolver.

A modo de cierre el Profesor Remi ofrece doce conclusiones que, de una forma sintética, representan sus postulados presentados a lo largo de toda la obra. En definitiva, esta monografía supone una gran aportación para la contextualización y comprensión en profundidad del estatuto jurídico de los nacionales de Estados ACP, pero también de una forma más general de los NTPs.

Esta valiosa contribución ha quedado constatada a través del XIII Premio Andaluz de Investigación sobre Integración Europea concedido al Profesor Remi por la Red de Información Europea de la Junta de Andalucía. El alto conocimiento de la materia por parte del autor ha hecho posible que una cuestión prácticamente desconocida pase a tener visibilidad. Todo ello a través de una estructura clara y coherente que se articula con base en una extensísima bibliografía, tanto doctrinal como jurisprudencial, que permite al lector sumergirse por completo en el tratamiento de los nacionales de los Estados ACP en la Unión Europea.

Beatriz Cózar Murillo
Universidad de Cádiz

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 8, janvier-décembre 2020, pp. 597-604
DOI: http://dx.doi.org/10.25267/Paix_secur_int.2020.i8.22

PAIX ET SÉCURITÉ INTERNATIONALES
Journal of International Law and International Relations
Num 8, janvier-décembre 2020 | ISSN 2341-0868
DOI http://dx.doi.org/10.25267/Paix_secur_int.2020.i8.23

Citation: ORTEGA APARICIO, M.: "SOLER GARCÍA, C., Los límites a la expulsión de los extranjeros ante el TEDH y el TJUE, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2019, 540 pp.", *Paix et Sécurité Internationales*, num. 8, 2020, pp. 605-608.

SOLER GARCÍA, C., *Los límites a la expulsión de los extranjeros ante el TEDH y el TJUE***, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2019, 540 pp.**

Esta monografía es de gran interés para los interesados en conocer el marco jurídico normativo y jurisprudencial de la expulsión de extranjeros en Europa. Es por todos conocido, y de ineludible actualidad, que la expulsión de extranjeros es un cauce utilizado por los Estados para mitigar el problema de la presión migratoria. Sin embargo, esta actuación, no puede llevarse a cobo de forma arbitraria, sino que se encuentra sometida a límites nacionales y supraestatales. Precisamente esta obra analiza la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, no como bloques aislados, sino como una base unitaria que fija los límites que afectan a la expulsión de extranjeros en el ámbito del Derecho Internacional y del Derecho europeo, tomando como referencia las propuestas incluidas en el proyecto de la Comisión de Derecho Internacional sobre la expulsión de extranjeros aprobado en 2014.

En el Prólogo de la monografía, nos advierte ya su autor, Don Jaume Ferrer Lloret, Catedrático de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales, Cátedra Jean Monet de la Comisión Europea, Universidad de Alicante, que esta obra ha supuesto un reto para la autora, que ha debido enfrentarse a una copiosa jurisprudencia, «muy compleja y que presenta temas transversales». De ello se percatará el lector en su lectura en cuanto la obra compara las propuestas concretas incluidas en el proyecto de la Comisión de Derecho Internacional, y la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en dos sectores normativos como lo son, el Derecho Internacional de los Refugiados y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, dándonos una visión global, y facilitándonos un resumen del acervo europeo en esta materia.

Su autora, Doña Carolina Soler García, es Doctora en Derecho por la

Universidad de Alicante (2019) con calificación sobresaliente Cum Laude y mención de Doctorado Internacional, con la tesis titulada «La expulsión de extranjeros en la jurisprudencia de los Tribunales regionales europeos», y ejerce como Profesora Ayudante Doctora de Derecho Internacional Público de la Universidad de Alicante. Además, cuenta con numerosas publicaciones en revistas especializadas sobre los derechos humanos, la inmigración, el asilo y la gestión de fronteras, entre otras materias por lo que tiene grandes conocimientos sobre esta temática.

Centrándonos en la estructura de la monografía analizada, esta se divide en una Introducción, siete Capítulos y una Conclusión General. Contiene también un Anexo sobre jurisprudencia y decisiones de órganos de control.

En cuanto a su contenido, para una mejor comprensión del lector la obra se divide en los siete capítulos en los que la autora va explicando los límites de la expulsión relacionados con ámbitos concretos de protección: el Capítulo II, está dedicado al derecho a la vida, el Capítulo III, al derecho a no sufrir tortura, penas o tratos inhumanos o degradantes, el Capítulo IV, a la prohibición de expulsiones colectivas recogida en el artículo 4 del Protocolo nº4 al CEDH, el Capítulo V al derecho a la vida privada y familiar, y el capítulo VI al derecho a la libertad y a la seguridad del extranjero.

Pues bien, es de interés para el lector cómo en el Capítulo I, analiza los límites de la soberanía en materia de expulsión por la Convención de Ginebra de 1951y su Protocolo 1967, así como el estatuto de refugiado, en el ámbito del Derecho de la Unión Europea, conforme a la Directiva de Reconocimiento, Directiva 2011/95/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011.

Es también de provecho el enfoque de los límites para la expulsión de extranjeros que desarrolla en el Capítulo II ,sobre el derecho a la vida, hacia los Estados donde pueden sufrir pena capital o a la denegación de un juicio justo en caso de que se materialice su expulsión, y en el Capítulo III (que trata sobre la tortura, las penas o tratos inhumanos o degradantes), que se recojan «alternativas seguras a la expulsión», garantías diplomáticas, la posible reubicación del extranjero en el Estado de destino o su expulsión a un tercer Estado «seguro».

El Capítulo IV, sobre la prohibición de expulsiones colectivas recogida en el artículo 4 del Protocolo nº4 del CEDH, la autora analiza la jurisprudencia

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 8, janvier-décembre 2020, pp. 605-608
DOI: http://dx.doi.org/10.25267/Paix_secur_int.2020.i8.23

del TEDH ante cualquier tipo de traslado de un extranjero a un tercer Estado, no sólo desde el territorio del Estado, sino también en alta mar o incluso del limbo jurídico entre vallados o de las zonas de tránsito de los aeropuertos. Y respecto a la vida privada y familiar del extranjero, en el Capítulo V se analiza, como límite para la expulsión, la ponderación de «el peligro» que para el Estado supone el extranjero (para cuya evaluación debe tenerse en cuenta la gravedad de los delitos cometidos, así como la intensidad delictiva.). En el Capítulo VI, se centra en los límites a la potestad de los estados a los efectos de detener a extranjeros para asegurar su efectiva expulsión interpretando el artículo 5 del CIDH, y en el Capítulo VII, en las garantías procesales que deben acompañar el procedimiento de expulsión.

Por último, en la Conclusión General, la autora valora en conjunto el análisis de la jurisprudencia, y finaliza afirmando que: «no se aprecian interpretaciones divergentes de cierta importancia entre el TEDH y el TJU», y por ello podemos hablar de «la existencia de un orden público europeo en materia de protección de los derechos de los extranjeros objeto de expulsión» y que « en el ámbito regional europeo», el respeto de los Derechos Humanos se presenta como «principio estructural del ordenamiento internacional contemporáneo», concluye la autora.

En definitiva, esta obra destaca por su labor sistemática que facilita al lector un conocimiento general sobre esta temática y la jurisprudencia de los Tribunales europeos. Debemos subrayar también el carácter didáctico de la obra, que utiliza abreviaturas facilitan la lectura al público menos habituado a dicha nomenclatura, y al que le resultará también muy útil la recopilación de jurisprudencia y decisiones de órganos de control al final de la obra, que permiten al lector interesado profundizar sobre la temática. Así mismo, esta monografía representa un instrumento ventajoso para la práctica de los operadores jurídicos en la gestión de los flujos migratorios, e igualmente se erige como un material de estudio que facilita la comprensión de la situación jurídica de la cuestión en la región europea.

Es también muy satisfactorio para el lector que además de la conclusión general, en cada uno de los capítulos se recojan conclusiones parciales, que permiten dar coherencia al estudio y de la que puede concluirse que ambas jurisprudencias resultan más proteccionistas que la de las propuestas de la Comisión de Derecho Internacional sobre el tema de la expulsión de los

extranjeros en situación irregular en Europa. Del mismo modo, que el diálogo judicial entre el TEDH y el TJUE, es fluido, existiendo una influencia recíproca a la hora de brindar una efectiva protección al extranjero y en concretar los límites de la expulsión de extranjeros para los miembros del Consejo de Europa y de la Unión Europea.

Desde la perspectiva investigadora es también de recalcar que está monografía otorga una perspectiva innovadora de una cuestión particular del derecho de extranjería como es la expulsión de extranjeros, que presenta un enorme interés y actualidad para el público en general y para los estudiosos de los fenómenos migratorios en particular, sobre todo en un Estado Europeo del sur, como lo es España, en el que desgraciadamente con demasiada frecuencia se vive esta problemática.

Marina Ortega Aparicio
Abogada

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 8, janvier-décembre 2020, pp. 605-608
DOI: http://dx.doi.org/10.25267/Paix_secur_int.2020.i8.23

TABLEAU D´EQUIVALENCE DES POSTES UNIVERSITAIRES
TABLA DE EQUIVALENCIAS DE CARGOS ACADÉMICOS
ACADEMIC RANKS

ESPAGNE ESPAÑA SPAIN	MAROC MARRUECOS MOROCCO	FRANCE FRANCIA FRANCE	ROYAUME-UNI REINO UNIDO UNITED KINGDOM	ITALIE ITALIA ITALY	ETATS UNIS ESTADOS UNIDOS UNITED STATES
AYUDANTE DOCTOR	-	ATTACHÉ TEMPORAIRE DE RECHERCHE(ATER)	LECTURER	RICERCATORE	LECTURER
PROFESOR CONTRADO DOCTOR	PROFESSEUR ASSISTANT	MAÎTRE DE CONFERENCES ASSISTANT	SENIOR LECTURER	RICERCATORE CONFERMATO	ASSISTANT PROFESSOR
PROFESOR TITULAR	PROFESSEUR HABILITÉ	MAÎTRE DE CONFÉRENCES	ASSOCIATE PROFESSOR	PROFESSORE ASSOCIATO	ASSOCIATE PROFESSOR
CATEDRÁTICO	PROFESSEUR D'ENSEIGNEMENT SUPERIEUR	PROFESSEUR DES UNIVERSITÉS	FULL PROFESSOR	PROFESSORE ORDINARIO	FULL PROFESSOR

Tableau non officielle, uniquement pour ce Journal

Lista no oficial. Sólo para esta Revista

Unofficial list, only for this Journal

Paix et Sécurité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 8, janvier-décembre 2020

NORMAS PARA LOS AUTORES

La Revista *Paix et Sécurité Internationales* publica trabajos de investigación sobre el Derecho Internacional y las Relaciones Internacionales y sobre las relaciones Euromediterráneas. La publicación de trabajos y contribuciones en la Revista está abierta a todos los especialistas con independencia de su nacionalidad.

Trabajos de Investigación

Los originales se enviarán en lengua castellana, francesa o inglesa escritos en Microsoft Word (DIN A4, Times New Roman 12, interlineado 1,5), siendo aceptados como *Estudios* (máx. 40.000 caracteres) o *Notas* (máx. 20.000 caracteres) e incluyendo título, resumen y palabras clave en inglés, francés y español. Se aceptarán versiones en otras lenguas de trabajos ya publicados. Se harán llegar preferentemente por correo electrónico a la dirección *paixetsecurite@uca.es*; de no ser posible su envío por correo electrónico, se podrán enviar en papel (una copia), con un archivo en disquete o CD, a nombre de Miguel Ángel Acosta Sánchez, Director Ejecutivo de la Revista, a la dirección: Área de Derecho Internacional Público, Facultad de Derecho, Universidad de Cádiz, Avda. de la Universidad s/n. 11405 – JEREZ-CADIZ-ESPAÑA.

Se acusará recibo de todos los originales en el plazo de treinta días desde su recepción.

Epígrafes, Sumario, Resúmenes, Palabras clave, Títulos

Los trabajos se estructurarán en epígrafes y subepígrafes con el orden de sucesión de numerales –I (II, III, IV…)—1 (2,3,4…)—A (B, C, D…)—a (b, c, d,…)—i (ii, iii, iv…). Los originales deben ir acompañados de un Sumario en forma de esquema con los numerales referidos. También de un resumen en castellano, en francés y en inglés. Igualmente, deben añadirse las Palabras Clave (en castellano, francés y en inglés), y el título del trabajo traducido al inglés y francés.

Citas

Las referencias bibliográficas se ordenarán alfabéticamente por apellidos, en mayúsculas, del autor. Todas las notas irán a pie de cada página, numeradas mediante caracteres arábigos.

En la citas de libros, éstos van escritos en cursiva (Ejemplo, GARCIA GARCIA, J. D. A., *Las relaciones Euromediterráneas*, Ed. Algeciras, Madrid, 2012, en pp. 54-92). En las citas de artículos, el título del trabajo va entrecomillado, y en cursiva sólo la Revista u obra colectiva (Ejemplo, GARCIA GARCIA, J. D. A., "España y Marruecos en el siglo XXI", *Paix et Sécurité Internationales*, nº 7, 2012, pp. 54-92).

La jurisprudencia nacional e internacional debe referirse según el sistema de cita de cada Tribunal.

Las referencias textuales de frases o párrafos de trabajos de otros autores o de documentos o resoluciones judiciales, irán entrecomilladas sin cursiva, preferiblemente en notas a pie de página. Se ruega reducir al mínimo las citas de direcciones o enlaces a sitios WWW localizables a través de Internet.

Proceso de Publicación

Los órganos de dirección de la Revista decidirán la publicación de los Estudios presentados sobre la base de dos informes de evaluación emitidos por sendos especialistas ajenos a la organización editorial de la Revista, aplicándose el método del doble ciego. Se valorarán la creatividad, rigor, metodología, propuestas y aportaciones de los trabajos. La publicación podrá quedar condicionada a la introducción de cambios con respecto a la versión original, y sujeta a modificaciones conforme a Reglas de edición. La comunicación de la decisión sobre la publicación, la publicación previa revisión, o la no publicación, será motivada y no excederá de seis meses. Los autores de trabajos aceptados para publicación podrán ser requeridos para la corrección de pruebas de imprenta, que habrán de ser devueltas en el plazo de 48 horas. No se permitirá la introducción de cambios sustanciales en las pruebas, quedando éstos limitados a la corrección de errores con respecto a la versión aceptada.

Libros y Recensiones

Los libros enviados a la Revista serán objeto de publicación en una Lista de libros recibidos. La Dirección de la Revista encargará en determinados casos una Reseña, Recensión o Comentario. Sólo se publicarán las Recensiones encargadas por la Revista *Paix et Sécurité Internationales*.

Copyright

Es condición para la publicación que el autor o autores ceda(n) a la Revista, en exclusiva, los derechos de reproducción. Paix et Sécurité Internationales es una revista de acceso abierto. Su contenido está abierto, sin coste alguno, para cualquier usuario particular o institución. Los usuarios podrán leer, descargar, copiar, distribuir, imprimir, buscar o enlazar el texto completo de los artículos publicados, o utilizarlos para cualquier otro propósito, dentro de la legalidad vigente. Y podrán hacerlo sin coste alguno, y sin necesitad de solicitar permiso al editor a al autor. Todo ello de acuerdo con la definición de acceso abierto de la Iniciativa Acceso Abierto de Budapest.

Información

Cualquier otra información puede obtenerse en la siguiente dirección: *paixetsecurite@uca.es*; o bien por correo postal al Director Ejecutivo de la Revista: Miguel Ángel Acosta Sánchez, Área de Derecho Internacional Público, Facultad de Derecho, Universidad de Cádiz, Avda. de la Universidad s/n. 11405 – JEREZ-CADIZ.

Advertencia

Cualquier incumplimiento de las presentes normas constituirá motivo para el rechazo del original remitido.

DIRECTIVES POUR LES AUTEURS

La Revue *Paix et Sécurité Internationales*, publie des travaux de recherche sur les thèmes suivants : Le Droit International, les Relations Internationales et les relations euro-méditérranéenes. La revue est ouverte à tous les spécialistes dans les domaines susmentionnés, indépendamment de leurs nationalités.

Travaux à publier

Les articles originaux peuvent être soumis en langue espagnole, française ou anglaise (DIN A4, Times New Roman 12, espace 1,5) et seront acceptés comme *Études* (Max. 40.000 caractères) ou *Notes* (máx. 20.000 caractères) et doivent inclure un titre, un résumé et des mots-clés en français, en anglais et en espagnol. Seront acceptés également les articles qui ont déjà fait l'objet de publication dans une autre langue. Il est recommandé aux auteurs de nous faire parvenir les articles de préférence par courrier électronique, à l'adresse suivante : *paixetsecurite@uca.es*. Si les propositions d'articles ne peuvent être envoyés par courrier électronique, les auteurs peuvent aussi envoyer, par voie postale, une copie en papier en prenant le soin d'y joindre une version numérique dans un support CD ou disquette. Le coli sera adressé à: Miguel Ángel Acosta Sánchez, Directeur Exécutif de la revue: Área de Derecho Internacional Público, Facultad de Derecho, Univesidad de Cádiz, Avda. de la Universidad s/n 11405 – JEREZ-CADIZ (ESPAGNE).

Les auteurs seront informés de la réception de leurs propositions d'articles, dans un délai de trente jours

Parties, résumés, Mots-clés, Titres

Les propositions d'articles devront être structurées de la manière suivante : Titres, sous-titres présentés dans un ordre de succession numérique –I (II, III, IV…) —1 (2, 3,4…) —A (B, C, D…) —a (b, c, d,…) —i (ii, iii, iv…). Celles-ci devront en outre être accompagnées d'un résumé sous forme d'un schéma du texte qui reprend les titres et sous-titres numériques susmentionnés, respectivement en espagnol, en anglais et en français. Les auteurs incluront les mots-clés dans ces trois langues et s'assureront que le titre de la proposition d'article est également repris dans ces langues.

Références

La bibliographie sera ordonnée alphabétiquement et en majuscule en commençant par le (s) nom(s) de famille de l'auteur. Toutes les notes de bas de page doivent être en caractère numériques (1, 2, 3, etc.).

Les références sont présentées de la façon suivante : pour les livres, en italique (exemple : GARCIA GARCIA, J. D. A., *Las relaciones Euromediterráneas*, Ed. Algeciras, Madrid, 2012, p. 54-92). Pour les articles, le titre sera mis entre guillemets et l'intitulé de la revue en italique (exemple, GARCIA GARCIA, J. D. A., "España y Marruecos en el siglo XXI", *Paix et Sécurité Internationales*, nº 7, 2012, p. 54-92).

Les références relatives à la jurisprudence nationale et internationale doivent adopter les formes propres de citations des tribunaux en question. Les citations textuelles, phrases, paragraphes empruntés à d'autres auteurs, les extraits de documents ou résolutions des tribunaux devront être mis entre guillemets, de préférence en notes de bas de page, mais pas en italique. Il est conseillé aux auteurs de faire un usage minimal des références 'webographiques'.

Procédure de publication

Le Comité éditorial décide de la publication des Études sur la base de deux rapports d´évaluation emis par deux spécialistes étrangers à l´organisation éditoriale de la Revue en appliquant la méthode du doublé aveugle. L'évaluation des travaux à publier tient compte des critères suivants : la créativité, la rigueur, la méthodologie, et le contenu des propositions et contributions scientifiques. Le Comité se réserve le droit de solliciter les modifications qu'il juge nécessaire

La communication de la décision de publication, la publication sous condition de modification du texte, ou la décision de rejet de la publication seront motivées et envoyées aux auteurs dans un délai qui n'excédera pas six mois. Les auteurs dont les propositions d'articles seront acceptées en vue de leur publication pourraient être invités à collaborer dans la révision du texte avant sa mise à impression. Dans ce cas, les corrections devront être retournées dans un délai de 48 heures à la Revue, étant exclues les modifications substantielles du texte. Seules seront admises les corrections d'erreurs sur la version originale acceptée.

Livres et Recensions

La Revue publiera une liste des livres reçus. Elle pourra commander des comptes-rendus, des recensions ou commentaires de livres. Bien entendu, les envois spontanés de recensions demeurent possibles, mais les propositions en question ne seront pas nécessairement acceptées.

Copyright

Les auteurs cèdent à la Revue les droits exclusifs de reproduction de leurs articles. Paix et Sécurité Internationales c'est une Revue de libre accès. Son contenu est ouvert et gratuit pour tout utilisateur particulier ou institution. Les utilisateurs peuvent lire, télécharger, copier, distribuer, imprimer, rechercher ou lier le texte intégral des articles publiés, ou les utiliser pour d'autres fins, dans le cadre de la législation en vigueur. Et ils seront en mesure de le faire sans frais, et sans avoir besoin de demander l'autorisation de l'éditeur ou de l'auteur. Tout cela conformément à la définition du libre accès de l'Initiative de Budapest pour l'Accès Ouvert.

Information

Pour plus d'information vous pouvez écrire à *paixetsecurite@uca.es* ou alors contacter le Directeur Exécutif de la Revue par courrier postal : Miguel Ángel Acosta Sánchez, Área de Derecho Internacional Público, Facultad de Derecho, Universidad de Cádiz, Avda. de la Universidad s/n. 11405 – JEREZ-CADIZ.

Rappel

Le non-respect des règles etablies par la revue constituera un motif pour la rejet de la proposition de article reçue.

GUIDE FOR AUTHORS

The *Paix et Sécurité Internationales Journal* publishes articles on International Law and International Relations, specially about the Euro-mediterranean relations. Publication of contributions is open to all scholars regardless of their nationality.

Research Papers

Papers should be written in Spanish, French or English, using Microsoft Word (DIN A4, Times New Roman 12, 1.5). Papers will be accepted as Studies (max. 40.000 characters) or *Notes* (max. 20.000 characters) and they must included title, summary and keywords in English, French and Spanish. Published articles in another language version will be accepted. They can be sent preferably by e-mail to paixetsecurite@uca.es. If the paper can not be sent by e-mail, a printed copy or a file on diskette or CD can be mailed to Miguel Ángel Acosta Sánchez, Director Ejecutivo de la Revista, at: Área de Derecho Internacional Público, Facultad de Derecho, Universidad de Cádiz, Avda. de la Universidad s/n. 11405 – JEREZ-CADIZ (SPAIN).

Authors will be notified within thirty days of receipt.

Headings, Summary, Keywords, Titles

The work should be structured with the following headings and subheadings: sequence of numerals - I (II, III, IV ...) -1 (2,3,4 ...)-A (B, C, D ...)-a (b, c, d, ...)-i (ii, iii, iv ...). Manuscripts must be accompanied by a Summary in outline form with the numeral order listed above and must contain a summary in Spanish, French and English. Likewise, keywords and a title are required and must also be translated into Spanish, French and English.

Citations

The references must be listed alphabetically by last name of the author, written in capital letters.. Numbered citations should be inserted at the bottom of each page using Arabic numerals.

Book citations must be written in italics (Example, GARCIA GARCIA, J., *Euro-Mediterranean relations*, Ed Algeciras, Madrid, 2012, at p. 54-92). In article citations, the title should have quotation marks, and magazines or collective works should be in italics. (Example, GARCIA GARCIA, J., "Spain and Morocco in the XXI century", *Paix et Sécurité Internationales,* No. 7, 2012, pp. 54-92).

National and international case law must be cited according to the system of each Court or Tribunal.

The textual references of sentences or paragraphs from works of other authors or documents or judgments should have quotation marks without italics, preferably in the footnotes. Please minimize citations or links to Internet websites.

Release Process

The Editorial Board will decide which Studies to publish based on two evaluation reports issued by two specalists outside the editorial organisation of the Journal applying the double blind method.. Creativity, exellence, methodology, proposals and the main contributions of the paper will be taken into consideration. Papers will be published under the condition that the authors accept to make the changes suggested by the *Review* and other pertinent changes in accordance with publishing rules. The communication of the decision regarding publication and revision prior to publication or non-publication, shall be substantiated and shall not exceed six months. Authors of papers accepted for publication will be required to correct proofs, which are to be returned within 48 hours. Substantial changes to the proofs are not allowed. Only the correction of errors regarding the accepted version are authorized

Books and Book Reviews

Books sent to the *Review* shall be published on a list of Received Books. The Editorial Board can commission, in certain cases, a Book Review or Comment. Only the Book Reviews commissioned by *Paix et Sécurité Internationales Review* will be published.

Copyright

Papers will be published under the condition that the author or authors yield to the Journal exclusive reproduction rights. Paix et Sécurité Internationales is an open access journal which means that all content is freely available without charge to the user or his/her institution. Users are allowed to read, download, copy, distribute, print, search, or link to the full texts of the articles, or use them for any other lawful purpose, without asking prior permission from the publisher or the author. This is in accordance with the BOAI definition of open access.

Information

Any other information can be obtained at the following address: paixetsecurite@uca.es, or by mail to the Director Ejecutivo de la Revista: Miguel Ángel Acosta Sánchez, Área de Derecho Internacional Público, Facultad de Derecho, Universidad de Cádiz, Avda. de la Universidad s/n. 11405 – JEREZ-CADIZ.

Warning

Any breach of these regulations shall constitute grounds for rejection of the manuscript submitted.

PAIX ET SÉCURITÉ INTERNATIONALES

08
2020

JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW AND INTERNATIONAL RELATIONS

SOMMAIRE / Janvier -Décembre 2020 / Nº 8

IN MEMORIAM

Alejandro DEL VALLE GÁLVEZ
In Memoriam Gil Carlos Rodríguez Iglesias, Former President of the European Court of Justice. A Biographical Note (1946-2019)

ÉDITORIAL

Ricardo ARREDONDO
The Age of Disorder: Global Governance in COVID Times

ÉTUDES

Teresa FAJARDO DEL CASTILLO
The Global Compact for Safe, Orderly and Regular Migration: a Soft Law Instrument for Management of Migration Respecting Human Rights

Ángel RODRIGO HERNÁNDEZ
Between Grotius and the *pro communitate* Principle: The Limits to the Principle of Freedom of the Seas in the Age of Marine Global Commons

Miguel A. ACOSTA SÁNCHEZ
An Analysis of Integrated Management of the External Borders of the European Union

María AVELLO MARTÍNEZ
Human Rights and Gender Aspects in United Nations Peacekeeping Operations Mandates: How did they sneak in?

Nora SEDIKKI
Répenser la responsabilitè en affaires dans un monde globalisé

Jorge URBANEJA
The European Union-Turkey Cooperation on Migration matters: Towards a Review of the Migratory Statement of 18 march 2016

Michel REMI NJIKI
Le statut juridique des étrangers dans l'Union européenne: Le cas des ressortissants camerounais

Anass GOUYEZ
Les défis sécuritaires de la région sud-ouest de la méditerranée : vers une vision globale et intégrée

NOTES

Najib BA MOHAMED
Exigences de la sécurité sanitaire, crise du multilatéralisme et implications géopolitiques

Joan David JANER TORRENS
Migrant Search and Rescue Operations in the Mediterranean by Humanitarian Organizations: Migrant Smuggling or Humanitarian Assistance?

Helena TORROJA MATEU
Reflections on the 'Statement on the Lack of Foundation on International Law of the Independence Referendum that Has Been Convened in Catalonia' on the occasion of its third anniversary

Jorge QUINDIMIL
Technology Transfer, International Law And Protection of Marine Biodiversity Beyond National Jurisdiction: Key Issues for a New International Agreement

Taoufik EL MARRAKCHI
Les enjeux stratégiques actuels de la Russie en Méditerranée: analyse rétrospective et prospective

María Esther JORDANA SANTIAGO
The European Union Fight against Trafficking of Human Beings: Challenges of the Victim's Statute

AGORA

Antonio LAZARI
Las redes y el *écart*: reflexiones al margen de la lectura de «El Estado de derecho y la Unión Europea»

Juan Domingo TORREJÓN RODRÍGUEZ – Lorena CALVO MARISCAL
Presentation of Research Results: R&D Project 2015-2019 "Spain, Security and European External Borders in the Strait of Gibraltar Area" (DER2015-68147-R)

BIBLIOGRAPHIE CRITIQUE

TABLEAU D'ÉQUIVALENCE DES POSTES UNIVERSITAIRES