

COMMUNS TRANSNATIONAUX

INTRODUCTION

Bruno DEFFAINS

Professeur d'économie à l'Université Panthéon-Assas (CRED)

Sacha BOURGEOIS-GIRONDE

Professeur d'économie à l'Université Panthéon-Assas, membre de l'Institut Jean Nicod

Thomas PERROUD

Professeur de droit public à l'Université Panthéon-Assas (CERSA) et Humboldt Fellow

Le sujet du présent dossier met en tension deux notions que pourtant tout semble éloigner : d'un côté, la notion de commun, dans sa version ostromienne, requiert la gouvernance décentralisée d'une ressource, à l'écart de l'État ; de l'autre, la transnationalité ramène nécessairement l'État dans le schéma de gouvernance, car il y a une frontière, un territoire à franchir. La problématique est la suivante : peut-on dépasser l'État dans la gestion des communs transnationaux ? Le domaine d'application retenu dans ce dossier est celui de l'eau.

La gestion des ressources transnationales comme les fleuves a été marquée dans l'histoire par des comportements essentiellement non coopératifs. C'est le droit international qui a mis en place les instruments les plus sophistiqués de coordination. Laurence Boisson de Chazournes nous donne ainsi à voir la façon dont ce droit a mis en place les règles pour assurer au mieux la coopération des États dans la gestion d'une ressource dont ils cherchent sinon à accaparer la plus grosse part. Cette coopération est organisée par des standards (utilisation équitable et raisonnable) et des procédures (devoir de coopération qui se matérialise par des devoirs de notification et d'échange d'informations). Estelle Chambas donne un cas de mise en place d'une organisation internationale très ancienne, la Commission centrale pour la navigation du Rhin.

Les États fédéraux ont fourni la matrice pour l'élaboration du droit international des fleuves. Nous en avons plusieurs exemples dans le dossier. Gabriel

Bordron développe le cas indien qui met bien en évidence les difficultés de coordination à l'intérieur même d'une entité fédérale. De même, Stéphanie Kpenou, tout en élaborant, dans une perspective de droit interne, les fondements de l'action de l'État pour la protection de l'eau (gardien, *trustee*) illustre, par l'étude de jurisprudences canadiennes, les difficultés auxquelles ce pays doit faire face.

Le dossier ne contient malheureusement pas de cas de gouvernance collective, à l'écart de l'État, d'un commun transnational. Tout au plus, comme le montre Nadia Seqat, certaines organisations internationales développent-elles des procédures participatives, dont l'auteure montre d'ailleurs bien toutes les limites. Ces limites sont très proches de ce que l'on rencontre en droit interne, les procédures participatives servant davantage à l'État à légitimer une décision qu'à la co-construire ou, encore moins, à partager le pouvoir.

L'article de Gabriel Bordron met, lui, en évidence un développement intéressant dans le cadre de la gestion fédérale de fleuves indiens, le Gange et la Yamuna. En mars 2017, la Haute Cour de l'État de l'Uttarakhand confère au Gange et à la Yamuna une personnalité juridique et des droits propres. Cependant, elle institue comme tuteur de ces entités le secrétaire en chef de l'État de l'Uttarakhand, ce qui ne résout pas complètement le problème de la coordination avec les autres États indiens et laisse assez largement de côté les populations impliquées. La pluralité des instances de gouvernance rend trop complexe, et finalement peu praticable, le projet néanmoins ambitieux de leur unification sous le concept de la personnalité juridique englobant les composantes physiques et culturelles des fleuves concernés. On est donc loin du modèle néo-zélandais qui crée une institution propre pour le fleuve dans laquelle les communautés ont une place centrale. Le cas néo-zélandais est un cas unique de remise en cause du domaine public dont la définition fut posée en même temps que s'affirmaient les États occidentaux au Moyen Âge, structurée par la métaphore des deux corps du Roi théorisée par Kantorowicz. Cette institution met en place un partage de la souveraineté du territoire avec les peuples autochtones, l'État conservant cependant la « police » pénale des espaces. Il est intéressant de noter que c'est « un troisième corps » qui est pour ainsi dire créé et acquiert un statut légal autonome : celui du fleuve lui-même, car il n'est plus l'objet d'une propriété publique par la Couronne ni d'une propriété privée ou collective par les tribus maories riveraines.

Sacha Bourgeois-Gironde et Émilie Flamme étudient une situation limite pour tester encore une fois la souveraineté : la faculté des réfugiés des îles Kiribati ou en général des « petits États insulaires » engloutis, de conserver des droits sur leurs zones territoriales actuelles. Peut-on accepter que les réfugiés de ces îles perdent les droits attachés sur leur territoire englouti ? Différents scénarios sont étudiés pour tenter de pérenniser leurs droits malgré la disparition de leurs territoires. Ici, dans un certain renversement de la tendance générale à vouloir protéger les communs, c'est l'extension du patrimoine commun

de l'humanité que constitue la haute mer qui pose un problème face à la perte, progressive ou complète en cas de submersion totale de leur territoire, des prérogatives des insulaires sur leurs zones territoriales.

L'eau, les fleuves, la mer mettent en tension, comme on peut le voir, les paradigmes du droit. Peut-on appliquer à ces fluides les catégories du droit façonnées pour la terre ? Peut-on sortir du paradigme, un peu figé dans les consciences modernes par les analyses de Carl Schmitt, selon lesquelles, en droit, la terre domine la mer et ajoutons-nous, l'élément solide, l'élément liquide. Il suffit de constater que, dans la plupart des textes de loi, une rivière est définie par son lit, plus que par l'eau qui y court. De plus, la propriété de l'eau est une question compliquée, comme le rappelle Stéphanie Kpenou. Profitant à tous, personne ne se sent une pleine responsabilité pour s'en occuper.

On voit que le droit contemporain tente d'inventer de nouvelles formules pour forcer l'État à exercer son pouvoir, pour réinvestir les populations autochtones dans la gestion de la ressource (en Nouvelle-Zélande, en Colombie). En France, les initiatives restent à l'état embryonnaire pour mettre en place un Parlement de la Loire ou du Rhône. Les tribunaux, partout dans le monde, concentrent les revendications des peuples. Les différentes contributions rassemblées dans ce dossier montrent pour l'instant les limites de cette stratégie. Le cas néo-zélandais met en évidence, à l'inverse, tout l'intérêt de concentrer l'attention sur le législateur, seul à même de créer une institution pérenne. Autant l'eau peut faire l'objet d'un commun (les recherches d'Ostrom le montrent amplement à partir notamment des études de cas concernant les nappes phréatiques), autant les fleuves, *a fortiori* lorsqu'ils sont transnationaux, posent des problèmes épineux puisqu'ils sont en général propriété de l'État. Le cas espagnol de Mar Menor, une lagune, pourrait constituer le premier écosystème européen doté d'une personnalité juridique. Le 21 septembre 2022, les Cortes Generales ont en effet approuvé la proposition de loi visant à conférer la personnalité juridique à cet espace (Ley 19/2022, de 30 de septiembre, para el reconocimiento de personalidad jurídica a la laguna del Mar Menor y su cuenca). L'originalité de ce cas, par rapport au cas néo-zélandais, tient au fait qu'il s'agit au départ d'une Initiative législative populaire (ILP). L'initiative vient donc du bas et l'entité est dotée d'un Defensoría del Mar Menor y su Cuenca (Défenseur du Mar Menor et de son bassin). La loi institue aussi un système de sanction : en cas de dommage à la Mar Menor, tant le bureau du Défenseur que tout citoyen pourraient engager une action populaire.

Ce dernier exemple met encore en évidence la tendance de fond dont nous parlions plus tôt. Avec Mar Menor, on touche un espace proche de la plage et donc encore plus caractéristique du domaine public, car il implique la limite spatiale de l'État, à son ouverture vers l'extérieur. La souveraineté, dans ce domaine comme dans tant d'autres, reste la pierre d'achoppement pour la reconnaissance d'une valeur propre de la Nature.

