



# LA PERTINENCE DE LA NOTION DE COMMUN(S)

## EN DROIT DE LA MER ET EN DROIT INTERNATIONAL

Bleuenn Guilloux

*Quelles sont les figures du ou des communs en droit de la mer et en droit international? Qu'indiquent-elles de nos relations d'appartenance à l'humanité, à l'environnement, en particulier marin, et à un monde controversé car subissant des pressions environnementales, économiques, stratégiques sans précédent?*

Ici, nous choisissons de nous référer aux communs plutôt qu'aux biens communs. D'une part, car « le terme de bien commun se prête difficilement à une définition juridique synthétique, que l'on se tourne vers la qualification de bien (chose appropriée ou appropriable) ou encore vers son caractère commun »<sup>1</sup>. D'autre part, car la qualification de bien postule l'idée d'une propriété généralement inadaptée aux éléments qualifiés de communs en droit de la mer. « Ce n'est pas dire que les biens communs ne puissent se concevoir hors de la logique propriétaire, mais cet écran de la catégorie de bien emporte des conséquences juridiques qui ne s'accordent pas toujours avec la nature des éléments mis en commun »<sup>2</sup>.

### LES DÉCLINAISONS DU COMMUN EN DROIT DE LA MER/DROIT INTERNATIONAL PUBLIC

De manière générale, les déclinaisons du commun en droit renvoient à des conceptions multiples (selon les lieux, les époques et les traditions juridiques) et sont le décalque négatif (par nature ou par nécessité) du concept de *proprium* dans sa forme publique (souveraineté) et privée (propriété). Nous distinguons ici les communs par nature ou par nécessité, car il est des choses dites « communes » dont la nature physique empêche toute appropriation (comme les espèces biologiques), ou par nécessité, car le droit, par construction sociale, a réservé certaines choses à l'usage de tous. Il en va ainsi de deux espaces marins situés au-delà de la juridiction nationale (*i. e.* au-delà du domaine exclusif des États) et qui sont traditionnellement considérés comme des communs globaux et ce, malgré des ré-

1 M. CORNU – *Biens communs (approche juridique)*, In M. CORNU, F. ORSI et J. ROCHFELD (dir.) – *Dictionnaire des biens communs*, PUF, 2017.

2 *Ibid.*

## LES ESPACES INTERNATIONAUX

CHAMP D'APPLICATION	STATUT	PRINCIPES SOUS-JACENTS	CONSÉCRATION	PARTIES
La Haute mer	Chose commune	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Liberté</li> <li>• Utilisation à des fins pacifiques</li> <li>• Non-appropriation</li> <li>• Coopération internationale</li> </ul>	Conventions de Genève sur la haute mer (signature 1958, en vigueur 196)	63
			Conventions des NU sur le droit de la mer (signature 1982, en vigueur 1994)	168
L'Antarctique	Intérêt de l'humanité tout entière (préambule § 1)	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Gel des revendications</li> <li>• Utilisation à des fins pacifiques</li> <li>• Coopération scientifique</li> </ul>	Traité sur l'Antarctique (signature 1959, en vigueur 1961)	12
L'espace extra-atmosphérique	L'exploration et l'utilisation de l'espace extra-atmosphérique sont l'apanage de l'humanité tout entière (art. 1 <sup>er</sup> )	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Non-appropriation</li> <li>• Liberté</li> <li>• Coopération internationale</li> </ul>	Traité sur l'espace (adoption par l'AGNU 1966, signature et entrée en vigueur 1967)	105
La Lune et les autres corps célestes	Patrimoine commun de l'humanité (art. 11)		Accord sur la Lune et les autres corps célestes (signature 1979, en vigueur 1984)	18
La zone internationale des fonds marins et ses ressources	Patrimoine commun de l'humanité (art 136)	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Non-appropriation</li> <li>• Utilisation à des fins pacifiques au bénéfice des générations présentes et futures</li> <li>• Partage équilibré des bénéfices</li> <li>• Gestion internationale</li> </ul>	Convention des NU sur le droit de la mer (signature 1982, en vigueur 1994)	168
			Accord relatif à l'application de la partie XI de la Convention des NU sur le droit de la mer (signature et entrée en vigueur 1994)	150

Tab. 1 – Les espaces internationaux conçus comme des Global Commons.

gimes juridiques très différents. Il s'agit de la haute mer et de la Zone internationale des grands fonds marins (la « Zone ») (cf. tableau 1).

### La haute mer : la chose commune de tous

Pour ce qui est de la haute mer, elle est la seule, si l'on transpose le sens de la notion de choses communes du droit privé (non-appropriation privée) en droit public (non-appropriation étatique), à pouvoir être qualifiée, en tant qu'espace, de

choses dont tous peuvent jouir sans se l'approprier. Le statut de la haute mer ne va toutefois pas au bout de cette logique. Elle apparaît comme une chose commune imparfaite, fruit d'une internationalisation négative, définie sur le fondement d'une présomption de liberté, *a contrario* des espaces marins se situant dans un rapport d'exclusivité avec les États. Certaines règles minimales en réglementent l'usage, notamment en matière de protection et de préservation de l'environnement marin ou encore de conservation des ressources biologiques,



mais elle n'est nullement rattachée à un ordre collectif géré par une organisation internationale ou faisant l'objet d'une concertation interétatique permanente. Les ressources naturelles qui s'y trouvent sont des choses sans maître dont l'accès est libre à tous ou, dans certaines régions, des ressources gérées collectivement comme en matière de pêche<sup>3</sup>.

### La « Zone » : patrimoine commun de l'humanité

La Zone et ses ressources (minérales) sont, quant à elles, patrimoine commun de l'humanité. Le patrimoine commun de l'humanité est un concept révolutionnaire et dynamique. Dans une « conception solidariste et égalitariste », il garantit le principe de non-appropriation. Cela suppose un accès ouvert à tous, le principe d'utilisation à des fins pacifiques, le principe de gestion internationale, le principe d'utilisation rationnelle aux bénéfices des générations présentes et futures et le principe de partage équitable des bénéfices, économiques mais aussi des résultats de la recherche. Indépendamment de toute question de souveraineté ou de propriété, ce concept exprime une solidarité transnationale transcendant les solidarités interétatiques, solidarité liée à l'objectif de conservation (l'adjectif « commun » traduisant ici une identité d'intérêts, de droits et de devoirs entre tous les peuples qui composent les nations) et trans-temporelles, l'objectif de transmission étant au cœur de la notion.

<sup>3</sup> B. GUILLOUX – *Les ressources génétiques marines, la R&D et le droit*, ISTE, 2018.

### Les autres déclinaisons du commun en droit international public

Au fil de l'évolution du droit international, outre les espaces internationaux, une série d'autres domaines ou problèmes globaux ont aussi été considérés par la communauté des États comme des « communs ». Ils sont subordonnés à des régimes juridiques variables et parfois de manière significative (cf. tableau 2). Avec le déclin progressif du multilatéralisme, les communs globaux ont perdu en force et en clarté juridiques. L'exemple des négociations d'un accord international sous l'égide des Nations unies sur la conservation et l'utilisation durable de la biodiversité située au-delà des limites de la juridiction nationale montre qu'il est ardu pour les États de s'accorder sur un statut juridique protecteur qui ne fasse pas entrave à leurs intérêts particuliers, de bien commun de l'humanité (obligation morale) soutenu par la France ou encore de patrimoine commun de l'humanité, tel que porté par le groupe des 77. Dans l'avant-projet (juin 2019) on retrouve des références aux communs sous diverses formes.

### UNE REPRÉSENTATION CONFLICTUELLE DE NOS RELATIONS D'APPARTENANCE

Pour l'heure, les figures du commun en droit international renvoient à des conceptions conflictuelles de nos relations d'appartenance à la communauté internationale et/ou à l'humanité, à l'environnement (marin), à un monde controversé. À quelle(s) communauté(s) apparte-

## LES PROBLÈMES GLOBAUX

CHAMP D'APPLICATION	STATUT	PRINCIPES SOUS-JACENTS	CONSÉCRATION	PARTIES
Les ressources phytogénétiques pour l'alimentation et l'agriculture	Patrimoine commun de l'humanité (art. 1 <sup>er</sup> )  Préoccupation commune de tous les pays (préambule § 3)	Libre accès gratuit	Engagement de la FAO sur les ressources phytogénétiques (1983)  Traité de la FAO sur les ressources phytogénétiques (adoption 2001, entrée en vigueur 2004)	147
La conservation de la diversité biologique	Préoccupation commune de l'humanité (préambule § 3)	• Participation universelle • Équité intergénérationnelle • Partage équitable du fardeau • Équilibre entre droits souverains et protection	Convention des NU sur la diversité biologique (signature 1992, en vigueur 1993)	196
Les changements du climat de la planète et leurs effets néfastes	Préoccupation commune de l'humanité (préambule, § 1)	Responsabilité commune mais différence	Convention cadre des NU sur le changement climatique (signature 1992, en vigueur 1997)	197
La biodiversité au-delà des limites de la juridiction nationale	• Stewardship (préambule, § 4 avant-projet) • Patrimoine commun de l'humanité (art. 5 avant-projet) • Bénéfice de l'humanité tout entière (art. 9, avant-projet)		Conférence intergouvernementale sur la conservation et l'utilisation durable de la biodiversité marine des zones ne relevant pas de la juridiction nationale (2018-...)	

Tab. 2 – Les problèmes globaux conçus comme des *global commons*.

nous-nous? Qu'est-ce qui nous appartient en propre ou en partage? La large portée discursive du concept de communs, ainsi que son champ sémantique et sa signification critique restent politiquement et juridiquement ambigus, et sans doute insuffisamment problématisés<sup>4</sup> pour être concrétisés et préservés durablement.

### Des conceptions politiques et juridiques ambiguës

4 V. DE LUCIA – *The Concept of Commons and Marine Genetic Resources in Areas beyond National Jurisdiction*, Marine Safety and Security Law Journal, 2018-2019.

Entre autres difficultés :

- Les communs globaux sont des contenants non appropriables qui n'empêchent pas toujours l'appropriation de leurs contenus (comme la biodiversité et les ressources biologiques). Dans leurs rapports aux ressources qu'ils recèlent, les communs expriment un équilibre délicat entre préservation et partage, utilisation et protection.
- Les mêmes objets peuvent être englobés par plusieurs inflexions des communs à la fois (comme la biodiversité antarctique) ou être englobées



différemment en fonction de leur localisation géographique (comme les ressources biologiques) ou de leur nature physique (comme les ressources génétiques marines).

- En général, la question de ce qui est commun (ou exclu du commun) diffère selon l'échelle de la « communauté » de référence (internationale, régionale, locale ou traditionnelle, épistémique, d'usagers) et de la distance vis-à-vis de la ressource considérée (proximité géographique, sociale, culturelle ou économique).
- Les communs sont les reflets de conflits de valeurs et d'intérêts difficilement conciliables. Par exemple, la biodiversité marine ou encore les ressources génétiques marines peuvent avoir des symboliques très différentes et révèlent une pluralité d'intérêts particuliers et collectifs selon les acteurs étatiques et non étatiques.

## LES COMMUNS SONT LES REFLETS DE CONFLITS DE VALEURS ET D'INTÉRÊTS DIFFICILEMENT CONCILIABLES.

### Des communs toujours en péril...

Nul besoin de rappeler ici en détail que les communs globaux naturels, notamment marins, sont toujours en péril. Ce que l'on oublie parfois est qu'il s'agit

d'une double tragédie, celles des communs naturels et celles des communs de la connaissance associées aux communs naturels. Au xx<sup>e</sup> siècle, les connaissances sont passées d'un modèle d'usage collectif à un modèle d'usage privé. Sources de pouvoir et de développement économique, elles sont des enjeux stratégiques, ce qui incite à leur exclusion du « commun ». Mais à la différence des ressources naturelles, les connaissances souffrent d'une sous-utilisation à cause de la prolifération des droits de propriété intellectuelle et des droits assimilés qui les enserrant, décrites par Heller et l'école de Harvard comme une tragédie des anti-communs<sup>5</sup>. Enfin, le paradigme écologique émergent bouleverse la ligne de démarcation spatiale et juridique du droit international et met en évidence un commun écologique inhérent et inévitable. À la différence des *Earth final frontiers* renvoyant aux espaces internationaux au-delà des juridictions nationales, l'école des *planetary boundaries* envisage les communs dans les limites planétaires et leur devenir dans l'anthropocène<sup>6</sup>. La représentation holistique des communs exige, d'une part une refonte de la grille juridique de zonation spatiale du droit international et, d'autre part des modalités de gestion adaptative et intégrée autour de notions telles que celles des écosystèmes ou de connectivité qui étendent singulièrement la notion d'appartenance, au

5 M. A. HELLER – *The Tragedy of Anticommons: Property in the Transition from Marx to Market*, Harvard Law Review, 1998.

6 N. NAKICENOVIĆ et al. – *Global Commons in the Anthropocene. World Development on a Stable and Resilient Planet*, International Institute for Applied Systems Analysis (IIASA), 2016.

BIODIVERSITÉ	DIVERSITÉ GÉNÉTIQUE, RICHESSE DES ESPÈCES
Cycles biochimiques	Carbone, eau, nitrogène, phosphore
Biomes critiques	Forêts tropicales, boréales, tempérées
Cryosphère	Antarctique, Arctique, glaciers de montagne
Atmosphère	Climat, qualité de l'air, couche d'ozone
Hydrosphère	Tapis roulant océanique, coraux, pêche, pH océanique

**Tab. 3** – Les communs globaux dans l'Anthropocène. D'après N. NAKICENOVIC *et al.* – *Global Commons in the Anthropocene*, 2016.

monde vivant notamment. Malgré les efforts en cours (pensons notamment aux négociations de l'accord sur la conservation et l'utilisation durable de la biodiversité au-delà de la juridiction nationale), la communauté internationale peine à prendre en compte cette réalité dans toute sa complexité et sa dualité (local/globale ; matérielle/dématérialisée).

## CONCLUSION : VERS LE RENOUVEAU DES COMMUNS GLOBAUX ?

Dans un contexte d'interdépendances globales plurielles, nous assistons à une expansion permanente de la portée sémantique du concept de communs dans une multiplicité de directions. Cela élargit encore le concept d'une manière qui dépasse sa capacité à rester utile. Plutôt que d'essayer de délimiter le concept de communs qui renvoie à des acceptions multiples, juridiques et politiques, mais aussi rhétoriques et morales, peut-être faudrait-il les envisager comme des objectifs à atteindre, dans l'esprit des biens public mondiaux. Les Objectifs du Développement Durable ou la conservation et utilisation durable de la biodiversité marine au-delà des limites de la

juridiction nationale pourraient être ces communs longtemps recherchés. Ou encore faudrait-il y voir dans la défense des communs la volonté de certains acteurs étatiques et non étatiques (des organisations internationales à la société civile) de fédérer la société autour d'un récit commun de notre relation d'appartenance au monde vivant et solidaire, comme dans le cas du projet « *Ocean as common* » (<https://oceanascommon.org>).

Enfin, nous pourrions nous atteler à construire des communs davantage restreints, nuancés et localisés comme les ressources communes décrites par Elinor Ostrom<sup>7</sup> ou les aires marines protégées (cf. p. 57).

## LA REPRÉSENTATION HOLISTIQUE DES COMMUNS EXIGE UNE REFORME DE LA GRILLE JURIDIQUE DE ZONATION SPATIALE DU DROIT INTERNATIONAL.

<sup>7</sup> E. OSTROM – *Governing the Commons: The Evolution of Institutions for Collective Action (Political Economy of Institutions and Decisions)*, Cambridge University, 1990.