



HAL
open science

Quel(s) modèle(s) juridiques pour les “ communs ” ? Entre élargissement du cercle des propriétaires et dépassement de la propriété.

Judith Rochfeld

► **To cite this version:**

Judith Rochfeld. Quel(s) modèle(s) juridiques pour les “ communs ” ? Entre élargissement du cercle des propriétaires et dépassement de la propriété.. Propriété et Communs. Les nouveaux enjeux de l'accès et de l'innovation partagée. 2013, Apr 2013, Paris, France. hal-03380747

HAL Id: hal-03380747

<https://hal.science/hal-03380747v1>

Submitted on 15 Oct 2021

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.



Distributed under a Creative Commons Attribution - ShareAlike 4.0 International License

Propriété et Communs

Les nouveaux enjeux de l'accès et de l'innovation partagés

Séminaire international - Paris 25-26 avril 2013

*Quel(s) modèle(s) juridiques pour les « communs » ?
Entre élargissement du cercle des propriétaires
et dépassement de la propriété*

Judith Rochfeld

Université Panthéon-Sorbonne, IRJS

Quel(s) modèle(s) juridiques pour les « communs » ? Entre élargissement du cercle des propriétaires et dépassement de la propriété

Judith Rochfeld

Professeur de droit privé, Ecole de droit de la Sorbonne, Université
Panthéon-Sorbonne (Paris 1), Institut de recherche juridique de la
Sorbonne (IRJS)

1.— Le retour des communs. On constate aujourd’hui, dans la littérature économique comme juridique, un retour des « communs ». Pour se contenter pour l’instant d’une première approche, il s’agit de préoccupations d’ouvrir à l’usage de tous (ou à l’usage d’une communauté déterminée) les utilités de certains biens ou encore de conserver certaines ressources et de les transmettre aux générations futures, devenues quasi-sujet de droit émergent¹.

On ne compte plus, ainsi, les appels à la reconnaissance et/ou les reconnaissances de « choses communes », de biens « communs », ou de « patrimoines communs », que ces derniers soient proclamés de la Nation, de l’Union européenne, ou de l’Humanité. L’Antarctique, par exemple, a été saisi comme un patrimoine commun², à l’instar de l’espace extra-atmosphérique³, de l’espace lunaire⁴, des fonds marins et des ressources qui s’y trouvent⁵, ou encore du génome⁶. Ces appels s’expriment aux échelles interne, régionale (européenne par exemple) et internationale. En anglais, on parle plus généralement de « *Commons* », de « *Global Commons* », ou encore de « *Commodities* »⁷.

2.— La rupture. Le phénomène est notable car, pendant longtemps, l’idée de « communs » fut occultée. Les droits français et européen ont, en effet, durablement vécu sur le paradigme de la propriété privée exclusive : dans nos sociétés occidentales, les biens doivent être

1 V. E. Gaillard, *Génération futures et droit privé : vers un droit des générations futures*, préf. M. DELMAS-MARTY, LGDJ, 2011.

2 Traité sur l’Antarctique, Washington, 1^{er} déc. 1959.

3 Traité sur l’exploration et l’utilisation de l’espace extra-atmosphérique, 27 janv. 1967.

4 Convention de New York, 18 déc. 1979.

5 Art. 136, Convention des Nations Unies de Montego Bay, 10 déc. 1982.

6 Art. 1^{er}, Déclaration universelle sur le génome humain et les droits de l’homme, de l’UNESCO, 11 nov. 1997.

7 Sur ces différentes appellations et le flottement conceptuel qu’elles traduiraient, cf. M.-A. Hermitte, « Intérêt général et droits de propriété intellectuelle en matière pharmaceutique. L’inutilité de la notion de bien public mondial », in Colloque *Figures et problèmes de la mondialisation*, 13-14 déc. 2007, Collège de France, disponible sur le site du Collège de France : www.college-de-france.fr.

détenus par un propriétaire unique, ayant sur eux une pleine et directe maîtrise.

En France, plus précisément, cette idée s'est imposée dans toute sa force à la Révolution française. Elle s'est voulue rupture radicale avec le système féodal où l'accès aux utilités d'un bien se faisait par le biais d'un faisceau d'obligations personnelles complexes : pour accéder par exemple aux utilités de la terre — le « domaine utile » —, le paysan était obligé vis-à-vis du seigneur, détenteur du « domaine éminent ». A la Révolution, la propriété exclusive s'est en conséquence imposée comme la condition de la liberté individuelle proclamée, comme sa concrétisation sur le plan des biens : détenir ses biens en propre serait la garantie de l'autonomie personnelle ; l'autarcie matérielle conditionnerait la liberté individuelle. Après d'autres, Jeremy Rifkin a ainsi très bien montré le statut fondamental de la propriété privée, sa signification en tant que paradigme, et les liens entre autarcie matérielle, autonomie et liberté individuelles⁸. C'est avec cet arrière plan qu'il faut lire le célèbre article 544 du code civil selon lequel « *la propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements* ». Il définit la propriété comme le droit d'exclure autrui de la jouissance de ses biens⁹. La propriété sera, par ailleurs, instituée comme un droit fondamental, aux articles 2 et 17 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen. Du XVIII^e au XX^e siècles, le droit de propriété, individuel, exclusif et privé, s'est donc inscrit comme le paradigme de la détention des biens et des usages que ceux-ci offrent. Son modèle, non sans discussions, s'est également étendu à toute richesse intellectuelle. A l'inverse, toutes les formes de propriété collective ont été regardées comme peu désirables et marginalisées.

3.— Les facteurs d'évolution. A la fin du XX^e siècle, une évolution s'est pourtant fait sentir sous la pression de deux facteurs majeurs. Elle a d'abord été formalisée à partir des années 1970 chez les économistes américains¹⁰ ; elle l'a ensuite été par les juristes, dans les années 1990. Le premier facteur a tenu en la raréfaction de certaines ressources naturelles. On pense bien évidemment à celle de l'eau ou de l'ozone. Mais on peut également avoir en tête celle de diverses espèces animales ou végétales. Les formidables capacités de destruction qu'ont

8 J. Rifkin, *L'âge de l'accès. La nouvelle culture du capitalisme*, traduit de l'anglais par M. Saint-Upéry, La Découverte, 2005, spéc. p. 304 et s.

9 *Ibid.*

10 V. l'ensemble des contributions de ce séminaire en matière économique.

acquises les sociétés modernes, du fait d'une consommation démultipliée (en minerais ou énergies fossiles par exemple), ou d'un gaspillage inconsidéré (tel celui de l'eau), ont fait émerger les questions, inédites jusqu'alors, de la conservation, de la gestion rationnelle et d'un juste partage de ces ressources ainsi que des bénéfices qu'elles engendrent. Ces évolutions ont également soulevé la question de la transmission des ressources propres à permettre une vie future.

Le second facteur a tenu en un développement considérable du champ de la propriété intellectuelle et de la privatisation des ressources immatérielles : alors que certaines présentent un intérêt tout particulier pour la collectivité dans son ensemble — les résultats de recherche ou les inventions par exemple — ou pour une collectivité déterminée de personnes — celles de malades, d'utilisateurs de code source de logiciels, etc. —, leur usage ou leurs fruits se sont vus réservés, par la biais d'un droit de propriété intellectuelle ou d'un droit assimilé, à un cercle de personnes reconnues propriétaires. On pense bien évidemment aux médicaments brevetés, aux logiciels (privatisable dès les années 1980), aux gènes (à partir des années 1990), dont la circulation répond à des prérogatives de l'inventeur ou du financeur.

Une réflexion très actuelle s'est alors élevée sur l'articulation à effectuer entre, d'une part, la raréfaction des ressources naturelles et la multiplication des « droits de péage » pour accéder aux ressources intellectuelles, et, d'autre part, l'aspiration de tous ou de certains (les malades précités par exemple) à pouvoir bénéficier de ces ressources et éventuellement à partager les bénéfices en résultant (financiers ou scientifiques, notamment). L'articulation de la propriété privée, d'un côté, et de préoccupations d'usage collectif, de conservation et de transmission des ressources, d'un autre côté, a dû et doit ainsi être repensée.

4.— Plan. Elle doit l'être en ne négligeant pas que la matière se situe à un croisement idéologique : celui de la confrontation d'un paradigme puissant — la propriété privée individuelle et exclusive — et de ses remises en cause, de plus en plus prononcées et prenant la forme de figures juridiques qu'il faut mettre à l'épreuve. Pour en rendre compte, et sans qu'il soit possible de synthétiser en détails l'ensemble des évolutions, on pourrait se référer à plusieurs critères de catégorisation des figures du renouvellement.

Le premier tient en la finalité qui justifierait que l'on vienne nuancer la propriété privée : dans les préoccupations qui se sont élevées, on compte, nous l'avons évoqué, des impératifs d'usage de tous, des

préoccupations de conservation, ainsi que des objectifs de transmission aux générations futures. Les modèles à construire ou à faire progresser pourraient donc se penser en fonction de l'impératif dominant qu'ils permettraient de servir. Par exemple, il est certain que l'idée de « patrimoine » commun porte davantage en lui la finalité de transmission que celle de « bien » commun¹¹.

Le deuxième critère renvoie au type de ressources considérées : on ne raisonnerait pas de même selon que la ressource est matérielle et épuisable ou selon qu'elle est immatérielle et ne présente pas les mêmes caractères de finitude. Dans le même ordre d'idées, les ressources matérielles se présentent le plus souvent comme « rivales » (l'usage que l'un en fait exclut celui des autres), tandis que celles immatérielles sont dites non rivales : une information peut être utilisée par plusieurs personnes en même temps, avec le même bénéfice¹².

Un troisième critère revient à concevoir les communs en fonction de la « titularité » de la propriété. C'est celui que nous retiendrons aux fins d'exposition. On montrera alors qu'il existe une première direction pour penser l'articulation de la propriété privée et les impératifs contemporains décrits : elle tient en l'élargissement du cercle des titulaires de ressources et, par là, en une nuance au caractère individuel et exclusif de la propriété (1.). On lui préférera néanmoins une autre direction, renvoyant à d'autres possibilités et modèles : le dépassement de la question de la titularité — c'est-à-dire de la question de savoir qui est propriétaire — et l'ouverture de l'accès aux utilités des biens quand bien même seraient-ils détenus par un propriétaire (2.).

1. Les « communs » par l'élargissement des titulaires

5.— Le renversement du paradigme de la propriété privée. Le renversement du paradigme de la propriété privée, par des propositions d'élargissement du cercle des titulaires, s'est exprimé relativement tard chez les juristes français¹³. Ceux-ci sont, en effet, longtemps restés hermétiques à la montée de ce type de préoccupations et aux conséquences qui pouvaient s'en inférer sur leur présentation de la

11 Cf. *infra*, n° 11 et s. et n° 14 et s.

12 Sur cette opposition et son approfondissement, cf. B. Coriat, « Communs "fonciers" et communs "informationnels". Traits communs et différences », contribution de l'ANR PROPICE à la rencontre avec Elinor Ostrom, le 23 juin 2011, Paris. [WP 2011-4], disponible à l'adresse suivante : <http://www.mshparisnord.fr/ANR-PROPICE/documents.html>.

13 Pour l'évolution des doctrines économiques, cf. F. Orsi, art. préc. Les juristes américains, quant à eux, ont pour certains adopté la présentation de la propriété comme le *Bundle of Rights*, notamment à partir du courant du *Legal Realism* (théorie réaliste) et des travaux de W. Hohfeld, "Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning", *Yale Law Journal*, 23 (1913).

propriété. Dans leur majorité, même confrontés aux facteurs de renouvellement évoqués, ils se contentaient donc de renvoyer aux figures connues d'appropriation (ou d'accès) moins individualistes. Deux directions ont, à cet égard, été empruntées : on a proposé de renouveler la qualification de choses communes et de jouer sur la non-appropriation, c'est-à-dire sur le rejet de la propriété (A.) ; on a prôné l'élargissement du cercle des propriétaires pour aboutir à des formes d'appropriation collective, en renouvelant les notions de biens publics et de biens communs (B.).

A. Le renouvellement de la qualification de chose commune

6.— L'exception traditionnelle des *res communis*. Quant à la qualification de chose commune, ancienne, elle manifeste de longue date l'existence de ressources traditionnellement rapportées à un régime différent de celui de la propriété privée. Renvoyant généralement à l'air, à la mer, au gibier, elle embrasse des éléments pour les soustraire à toute appropriation¹⁴, soit parce que l'on considère que, de par leur nature, les ressources concernées ne peuvent pas supporter de propriété privée — qu'elles ne sont pas appropriables matériellement comme l'eau de mer —, soit que leur propriété ne présente pas d'intérêt parce que tout le monde peut accéder à leur usage. Dans la première direction, la détermination des « choses communes » s'effectue sur un mode « naturaliste » : la « nature des choses » désigne un élément comme inappropriable. Dans la seconde direction, on estime que, en raison de leur abondance qui permet à chacun d'en disposer en quantité suffisante sans en priver autrui, il n'est pas nécessaire d'en organiser une appropriation. L'ensemble de ces ressources est alors attiré vers un régime spécifique, posé à l'article 714 du code civil : « *Il est des choses qui n'appartiennent à personne et dont l'usage est commun à tous* ».

7.— Le renouvellement de la compréhension des *res communis*. Pour autant, jusqu'à récemment, il n'existait pas de réflexion d'ensemble sur cette problématique. Elle va apparaître à partir des années 1990 et provoquer de nouvelles compréhensions de la notion, notamment fondée sur une volonté de modifier les critères de la qualification de chose commune. Dans une vision classique (issue du droit romain notamment), elle recevait, nous l'avons évoqué, une signification « naturaliste » (comme une donnée de la Nature) : seraient

14 M.-A. Chardeaux, *Les choses communes*, préf. G. Loiseau, LGDJ, 2006.

des choses communes celles dont la nature ne pourrait se concilier avec une appropriation exclusive et appellerait un usage commun¹⁵. Dans une vision renouvelée, plus « normative », l'idée a été défendue que la qualification puisse être utilisée pour réserver une chose à l'usage commun, en excluant l'appropriation individuelle¹⁶. L'environnement ou le milieu, par exemple, pourraient ainsi tendre à rejoindre dans la catégorie la mer, l'air ou l'atmosphère¹⁷.

8.— Les limites à l'efficacité de la qualification de *res communis*. Cette qualification présente pourtant une limite importante, au moins pour les ressources naturelles. L'idée de « chose commune » concernait principalement, en effet, des ressources considérées comme inépuisables et à l'égard desquelles les prélèvements étaient sans portée. On considérait d'ailleurs que l'organisation d'une appropriation privée à leur égard était, nous l'avons vu, inutile et l'on se satisfaisait, au XIX^e siècle, d'une « communauté négative »¹⁸ : il n'était pas nécessaire d'instituer une propriété privée de sorte que ces ressources, par négative, tombaient dans la communauté et que le libre accès de tous se trouvait garanti. Or, avec la raréfaction des ressources naturelles, le raisonnement suivi n'est plus aussi pertinent : l'usage inorganisé ne garantit plus, à terme, le bénéfice des ressources concernées au bénéfice de tous, de sorte que l'absence d'exclusion n'apparaît plus comme une considération suffisante. Les impératifs renouvelés que nous avons listés aux côtés de l'usage ouvert — la conservation et la transmission — impliquent une rationalisation de cet usage et un partage équitable. Or, la qualification de « chose commune » ne peut prendre en charge ces impératifs : elle ne répond qu'à la préoccupation d'usage ouvert et non à celles de conservation et de transmission ; elle s'accompagne d'un régime d'usage inorganisé qui n'est pas optimal pour affronter la question de la raréfaction des ressources. L'objection est moins puissante, il est vrai, pour les ressources intellectuelles pour lesquelles la figure de la chose commune correspond assez à l'organisation du « libre » par contrat : des résultats de recherches ou des codes sources sont laissés à la disposition de tous dans les mouvements d'*open*

15 C. Chardeaux, *op. cit.*, n° 92 et s., ainsi que pour la critique de cette conception.

16 C. Chardeaux, *op. cit.*, n° 104 et s.,

17 Sur l'utilité de la qualification de chose commune appliquée à l'environnement, cf., entre autres, A. Kiss (dir.), *L'écologie et la loi. Le statut juridique de l'environnement*, L'Harmattan, 1989, coll. Environnement ; V. Inserguet-Brisset *Propriété publique et environnement*, préf. M. Prieur, LGDJ, 1994, p. 34 et s.

18 Cf. J.B.V. Proudhon, *Traité du domaine de propriété et de la distinction des biens*, Bruxelles, 1842, p. 6 ; A. Duranton, *Cours de droit civil français suivant le code civil*, t. IV, Paris, 1844, p. 195.

science et d'open source ou de free software (logiciel libre)¹⁹, quand ce ne sont pas des œuvres qui sont constituées et poursuivies par tous²⁰. D'autres formes de renouvellement n'en ont pas moins été mises à l'épreuve, tenant en l'élargissement du cercle des titulaires de biens.

B. Le renouvellement des qualifications de biens publics et de biens communs

9.— Une propriété collective. Avec l'évocation de biens publics²¹ et de biens communs, il est renvoyé à une appropriation²² par une personne ou un groupe de personnes représentant une collectivité intéressée à l'usage ouvert des biens en question. Ces notions opèrent ainsi, d'une part, en relation avec une idée d'affectation à l'usage d'une collectivité et impliquent une gestion au bénéfice de cet ensemble, par une personne apte à le représenter. Elles insistent davantage, d'autre part, sur l'impératif d'usage que sur ceux de conservation et de transmission.

En France, le bien « commun » a longtemps renvoyé à la figure du bien public, c'est-à-dire du bien détenu par une personne publique, notamment l'Etat²³. Il en a appelé, encore plus précisément, au domaine public²⁴, c'est-à-dire à des biens détenus par des personnes publiques et affectés à l'usage du public²⁵, que ce soit la collectivité nationale dans son ensemble ou une collectivité restreinte (les

19 Pour une exposition détaillée et historique, v. P.-A. Mangolte, « Les communs du logiciel libre », Document de travail ANR - Propice, 2010 [WP 2010-3], disponible à l'adresse suivante : <http://www.mshparisnord.fr/ANR-PROPICE/documents.html>.

20 M. Clément-Fontaine, *L'œuvre libre*, thèse Montpellier, dir. M. Vivant, 2006.

21 On traite ici de la notion juridique de bien public, qui diffère de la notion économique issue des travaux devenus célèbres de Samuelson, retravaillées par la suite par l'École du *Public Choice* (« *Public Choice School* »), cf. l'opposition du « bien public » et du « bien privé » sur les fondements des deux critères qui caractériseraient intrinsèquement le bien public : le bien public serait un bien indivisible, au sens où un individu ne peut s'en réserver la jouissance (on ne peut, par exemple, se réserver la jouissance exclusive de la mer) ; le bien public serait non exclusif ou non rival, au sens où la jouissance que l'un en a ne fait pas obstacle à celle des autres, ni ne la diminue (détenir une information, par exemple, n'exclut pas de la connaissance de celle-ci son précédent détenteur ; l'information est d'ailleurs l'exemple du bien public au sens économique). Un bien public profite donc à tous, dès le moment où il a été transmis ou mis en circulation une première fois. Il échappe à son auteur. Pour une synthèse de ces facteurs, cf. (ed.) R. A. Epstein, *Private and Common Property*, Garland Publishing, New York and London, 2000, not. p. 292 et s. ; J. Clam, art. préc., p. 81.

22 La distinction qu'effectue le droit entre « chose » et « bien », quand bien même il parle de « choses communes » ou de « biens communs », tient précisément en l'appropriation : elle est rejetée pour la première ; elle est le propre du second.

23 Cf. C. Charmard, *La distinction des biens publics et des biens privés. Contribution à la définition de la notion de biens publics*, préf. J. Untermaier, Dalloz, Bibliothèque des thèses, 2004, n° 41, p. 34.

24 Pour une mise en relation récente du bien public, du bien commun et du domaine public, v. A. Danis-Fatôme, « Biens publics, choses communes ou biens communs ? Environnement et domanialité », in *Mél. E. Fatôme*, Dalloz, 2011, p. 102.

discussions sur les critères du domaine public sont néanmoins infinies²⁶). A cet égard, au même titre que les « choses communes », l'affectation peut relever d'une conception « normative » : hors de caractéristiques censées être intrinsèques qui désigneraient un bien comme « naturellement » public, « serait public le bien qui ferait l'objet d'une « décision politique », c'est-à-dire « d'une décision de privilégier une utilité collective à son égard »²⁷. L'affectation justifie alors un régime dérogatoire (d'inaliénabilité notamment) et la soumission aux principes de continuité, de libre accès de tous, et d'égalité²⁸.

10.— Les limites du bien public. Pour autant, cette qualification de bien public ne s'implante que lorsqu'une collectivité — l'Etat ou ses dérivés — se saisit d'une ressource et en assure la production et/ou

25 C'est le critère dit « fonctionnel » du caractère public du bien, déjà présent en droit romain : *les res publicae in usu publico*, c'est-à-dire les biens publics destinés à être utilisés par tous (route, cours d'eau, bâtiments publics), renvoyaient à l'idée d'une affectation à l'usage général.

26 Selon l'importance donnée au critère du propriétaire ou à celui de l'affectation ou de la nature des biens. La doctrine contemporaine les lie davantage, cf., pour des synthèses récentes, C. Charmard, *op. cit.*, n° 109 et s., p. 81 et s. ; avec des nuances néanmoins, O. de David-Beauregard-Berthier, *La justification actuelle de la distinction du domaine public et du domaine privé*, thèse Aix-Marseille, 1994, p. 339 et s., qui défend la thèse de l'affectation - utilité pour le collectif ou utilité publique —, et minimise le critère de la propriété des biens ; pour une critique de cette présentation, cf. P. Yolka, *La propriété publique*, préf. Y. Gaudemet, LGDJ, 1997, p. 27 et s.

Pour certains, le critère de l'affectation justifierait celui du propriétaire : ces biens impliquant éventuellement un certain mode de production (les routes de grande envergure par exemple), ainsi que l'organisation de conditions d'accès indifférencié pour tous les membres de la collectivité (usage de ces routes, des cours d'eau, etc.), ils seraient considérés comme mieux gérés par l'Etat ou ses dérivés (seuls à même d'en assurer la production, la distribution et la gestion satisfaisante), cf. J. Clam, « Qu'est-ce qu'un bien public ? », in *Trajectoires de l'immatériel : contribution à une théorie de la valeur et de sa dématérialisation*, CNRS éd., 2004, p. 62. Il faut cependant remarquer que cette conception est très marquée par une pensée française, au sein de laquelle le marché est réputé incapable de supporter les coûts engendrés par les devoirs attachés à ces biens. D'autres auteurs souligneront, à l'inverse, qu'un bien privé peut servir l'intérêt général et qu'il n'y a pas contradiction à placer un bien sous un régime mixte, adapté à l'affectation à l'usage du public, cf. *infra*, n° 13 et s.

27 Cf. J. Clam, , art. préc., p. 82.

28 Précisément, le régime de ces biens se caractérise par des modes d'acquisition dérogatoires, d'une part ; par une soustraction du commerce juridique, d'autre part, de façon à ce qu'ils ne sortent pas du patrimoine public pour intégrer un patrimoine privé (théorie élaborée par les savants du XII^e siècle, sur fondement de droit romain). Ce sont les caractères extra-commercial et inaliénable des biens publics, cf. J. Clam, art. préc., p. 62. Il faut néanmoins considérer l'alignement actuel de ce régime sur celui du droit privé, sous l'influence de la mondialisation et des nécessités de valorisation économique des propriétés, v. le code général de la propriété des personnes publiques (CGPPP), issu de l'ordonnance n° 2006-460 du 21 avr. 2006, et, sur cette évolution, P. Delvolvé, « Droit de propriété et droit public », in *Mél. G. Braibant*, Dalloz 1996, p. 153 ; Y. Gaudemet, « L'avenir des propriétés publiques » in *Mél. F. Terré*, Dalloz-PUF-JurisClasseur, 1999, p. 567 ; B. Garidou, *Recherche sur la théorie de la propriété publique en droit administratif français*, th. Toulouse I, dir. J.-A. Mazères 2003 ; Dossier spécial *Propriété publique - Domaine public*, RFDA sept.-oct. 2006.

l'entretien. Sa dynamique ne peut donc s'exercer à l'égard de tous les éléments qui impliqueraient une préoccupation d'usage commun, de conservation ou de transmission. Par ailleurs, la qualification est délicate à mettre en œuvre en dehors de la compétence des Etats. On le constate à l'égard des « biens publics mondiaux » autour desquels un pouvoir organisé n'existe pas²⁹ et pour lesquels la pertinence de la qualification reste controversée : au-delà de la reconnaissance symbolique d'un intérêt collectif, d'aucuns contestent qu'ils puissent faire l'objet d'un véritable régime juridique³⁰.

11.— Le bien commun. Il en va de même avec la troisième qualification possible : celle de bien commun. Celle-ci représente une moralisation de l'idée de bien public et un dépassement de la personne publique : au nom de considérations éthiques, il s'agit de reconnaître un bien comme commun du fait de l'identification d'une communauté d'intérêts à son égard et de la reconnaissance d'impératifs supérieurs à la propriété privée³¹. A la différence des choses communes, la notion renvoie alors à une appropriation d'une chose par un groupe de personnes ou au nom d'un groupe de personnes. A la différence des biens publics, cette appropriation n'est pas systématiquement celle de l'Etat ou de ses dérivés. La qualification n'en pose pas moins, plus directement encore, le problème de l'autorité propre à assurer la gestion de ce type de biens et la représentation de la collectivité en question.

On le voit en définitive, les qualifications qui tentent le dépassement de la propriété privée, soit présentent des limites intrinsèques — c'est le cas de la chose commune — soit reposent sur la construction d'une propriété publique ou commune qui peut peiner à trouver ses acteurs. C'est pourquoi, dans une autre direction, on peut défendre des qualifications ou modèles qui contournent la question des titulaires de la propriété.

29 V. M.-A. Hermitte, « Intérêt général et droits de propriété intellectuelle en matière pharmaceutique. L'inutilité de la notion de bien public mondial », préc. ; *adde infra*.

30 Cf. I. Kaul, I. Grunberg, M. A. Stern (dir.), *Les biens publics mondiaux*, Economica, 2002 (pour la trad. française) ; M.-A. Hermitte, « Intérêt général et droits de propriété intellectuelle en matière pharmaceutique. L'inutilité de la notion de bien public mondial », préc., avançant l'hypothèse de cette « inutilité », la qualification n'entraînant pas de régime juridique correspondant aux utilités reconnues pour cette catégorie par les économistes.

31 Dans une autre version, v. le passage de l'une des notions à l'autre chez les tenants de l'Ecole du *Public Choice* : l'idée de « publicité » (du « bien public » au sens juridique) aurait laissé la place à celle de « communauté » (au « bien commun »), dès lors que ce qui fait la particularité d'un bien public tiendrait à son caractère commun, c'est-à-dire au fait que la jouissance que l'un en a ne fait pas obstacle à celle des autres, cf. J. Buchanan, *The Demand and Supply of Public goods*, 1986, p. 183.

II. Les « communs » au-delà des titulaires

12.— Dans une optique différente, peu importe qui est le propriétaire d'un bien : que ce dernier soit approprié n'empêcherait pas de le considérer comme « destiné »³², c'est-à-dire de prendre en considération la finalité collective auquel il semble légitime de le mettre au service, en tout ou en partie, et qui transcende la seule utilité immédiate que le bien peut avoir pour son propriétaire. Ce dernier se trouve en partie saisi comme un « dépositaire » pour une communauté et il devrait, en conséquence, au-delà de sa jouissance individuelle des utilités du bien, supporter des « charges » permettant l'accès de tiers à ces utilités, voire assurant la conservation et à la transmission de la ressource. Deux figures correspondent à cette orientation : celle de patrimoine commun (A.) et celle d'accès aux utilités du bien d'autrui (B.).

A. L'articulation de la propriété privée et de la destination commune par l'idée de patrimoine commun

13.— L'apparition des patrimoines communs. L'idée de patrimoine commun est née en droit international public³³ et s'est diversifiée, à partir de celui de l'Humanité, en patrimoines d'une Nation ou de l'Union européenne. Elle renvoie à des formes de gestion qui peuvent être collectives, en faveur de tous les individus nés et à naître pour ce qui concerne le patrimoine de l'Humanité, ou en faveur de populations plus déterminées, pour ceux de l'Union européenne ou d'une Nation. L'Antarctique (qui en fut la première application même sans référence explicite à l'idée de « patrimoine »)³⁴, l'espace extra-atmosphérique³⁵, l'espace lunaire³⁶, les fonds marins et les ressources qui s'y trouvent³⁷, sont, nous l'avons déjà relevé, proches de cette qualifications en étant dévolus à l'Humanité³⁸. Des ressources immatérielles, comme le génome³⁹, s'y trouvent également soumises même si ce ne n'est que de façon symbolique. L'approche diffère alors de celles portées par les qualifications de chose commune ou de bien

32 V. R. Boffa, *La destination de la chose*, préf. M.-L. Mathieu-Izorche, Defrénois, 2008

33 A. Kiss, *La notion de patrimoine commun de l'Humanité*, Académie de droit international, Recueil des cours, 1982, t. 175.

34 Traité de Washington du 1^{er} déc. 1959, préc.

35 Traité du 27 janv. 1967, préc.

36 Convention de New York, du 18 déc. 1979, préc.

37 Art. 136, Convention des Nations Unies de Montego Bay, 10 déc. 1982, préc.

38 Sans pour autant être qualifiés de « patrimoines » communs.

39 Art. 1^{er}, Déclaration universelle sur le génome humain et les droits de l'Homme de l'UNESCO de 1997,.

commun car elle ne s'intéresse pas véritablement à l'appropriation : si la qualification s'est d'abord appliquée à des ressources voulues comme non appropriées⁴⁰, elle a embrassé par la suite des formes diverses d'appropriation ou de non-appropriation, selon les textes instaurant ces patrimoines. Les ressources qui y sont incluses peuvent donc être non appropriées, appropriées par une collectivité, voire laissées aux mains d'un propriétaire privé qui endossera les charges permettant la satisfaction des intérêts collectifs en jeux⁴¹. Ce qui compte davantage tient au respect d'une affectation collective⁴² et des finalités que celle-ci implique. La notion permet ainsi de dépasser l'opposition entre appropriation privée et absence d'appropriation ou appropriation collective.

14.— Les finalités du patrimoine commun. Par ailleurs, ce qui distingue l'idée de patrimoine commun des précédentes tient en la finalité principale qu'elle est censée servir : parmi celles identifiées, l'utilisation de la notion de « patrimoine » insiste sur l'objectif de transmission aux générations futures (l'idée de transmission est d'ailleurs contenue dans la notion même de « patrimoine », étymologiquement « ce qui vient des pères »). Dans ce sens, les défenseurs de cette qualification, insistant sur sa grande portée idéologique, exposent qu'elle reposerait sur une « conception solidariste et égalitariste » et renverrait à une appropriation finalisée, faite de responsabilité envers les générations à venir et de partage équitable envers celles présentes. Elle intégrerait ainsi une véritable visée redistributive⁴³ et en appellerait à un régime adéquat : les ressources devraient être placées sous la gestion d'une entité impartiale (et non d'un Etat en particulier) ; elles devraient être accessibles à tous, ainsi que les recherches auxquelles elles pourraient donner lieu et les résultats de celles-ci ; un partage équitable d'éventuels bénéfices économiques devrait s'exercer ; l'utilisation des ressources devrait être pacifique ; l'ensemble de ces finalités devrait être également visées pour les générations futures⁴⁴, à l'égard desquelles l'usage des ressources concernées devrait être garanti. A la différence de la notion de bien commun, plus statique⁴⁵, celle de patrimoine commun serait

40 Traité sur l'Antarctique, Washington, 1^{er} déc. 1959, préc.

41 V. *infra* n° 17 et s. ; *adde* J. Attard, « Le fondement solidariste du concept "environnement-patrimoine commun" », *Rev. juridique de l'environnement*, 2003, p. 161.

42 Cf. not., C. Groulier, « Quelle effectivité juridique pour le concept de patrimoine commun ? », *AJDA*, 2005, p. 1034 ; M.-J. Del Rey, « La notion controversée de patrimoine commun », *D.* 2006, point de vue, p. 388.

43 Cf. S. Paquerot, *Le statut des ressources...*, *op. cit.*, p. 59.

44 Cf. S. Paquerot, *Le statut des ressources...*, *op. cit.*, p. 22.

45 C. Groulier, art. préc.

donc dynamique et transgénérationnelle et, au-delà de la définition d'un intérêt commun et d'une solidarité spatiale liée à un objectif de conservation⁴⁶, elle embrasserait une « solidarité temporelle » liée à un objectif de transmission⁴⁷.

15.— Les limites à l'idée de patrimoine commun. La notion de patrimoine commun bute cependant sur un certain nombre de limites. L'idée n'est d'ailleurs plus guère reprise aujourd'hui, même si la Charte de l'environnement française, du 1^{er} mars 2005, a proclamé en son préambule que l'environnement « est le patrimoine commun des êtres humains ».

D'un point de vue idéologique, tout d'abord, ses détracteurs remettent en question ses soubassements. Pour les défenseurs du marché et de la plénitude de la propriété privée, d'un côté, sa composante communautaire serait non seulement discutable mais inefficace : seule la propriété privée assurerait, par le levier de l'intérêt privé, la garantie d'une saine gestion des ressources, ainsi que leur conservation (cette critique est cependant commune à toutes les figures du commun). Pour les tenants d'idées solidaristes, d'un autre côté, tels certains défenseurs de l'environnement notamment, la notion ne serait pas pertinente comme, à l'inverse, trop mercantile et gestionnaire : en dématérialisant la nature et en intégrant ses objets dans un « patrimoine », on attirerait ces derniers dans un impératif de « gestion rationnelle » et dans une application d'une logique de marché⁴⁸.

D'un point de vue opératoire, ensuite, la notion pêcherait par ses ambiguïtés et sa mise en œuvre problématique. Certes, les destinataires de ces patrimoines peuvent être des groupes divers, tels une communauté nationale, un peuple autochtone, ou encore la communauté mondiale, voire les générations futures. Pour autant, d'une part, la proclamation d'un patrimoine commun nécessite de fortes volontés politiques, éventuellement internationales, qui ne sont pas toujours présentes. Cela explique pourquoi les ressources soumises à ce type de qualifications ne sont pas en grand nombre et se trouvent circonscrites à de ressources naturelles « économiques » non

46 Cf. M.-J. Del Rey, art. préc., p. 388, qui y voit la reconnaissance d'un patrimoine-but, au sens où le patrimoine commun serait « l'affectation d'une masse de biens à un but de conservation » ; F. Ost, *op. cit.*, p. 306 et s.

47 M.-J. Del Rey, art. préc. : « Grâce à la notion de patrimoine, la théorie juridique cherche à fonder la permanence à travers le temps d'un divers rendu homogène, le considérant comme un tout subsistant malgré le changement de ses parties ».

48 M.-A. Hermitte et B. Edelman (dir.), « Entre personne humaine et matériau humain : le sujet de droit », in *L'homme, la nature et le droit*, C. Bourgeois, 1988, p. 308 et s. ; B. Binoche, *Critiques des droits de l'homme*, PUF, 1989p. 138 et s.

« vitales », situées au-delà du territoire des Etats⁴⁹. Son application à des ressources vitales, situées sous souverainetés nationales et impliquant des charges et des responsabilités pour les Etats, appellerait évidemment de plus amples obstacles⁵⁰. D'autre part, la notion soulève le problème des modes de représentation et d'action de la collectivité destinataire : hormis les communautés nationales ou l'Union européenne, beaucoup n'existent pas juridiquement, ou alors sous la forme de « sujets de droit imparfaits »⁵¹ comme les générations futures⁵² : qui peut en conséquence agir pour les défendre ? L'« Humanité », tout spécialement, peut-elle efficacement agir pour exercer ses droits⁵³ ? Au nom de quels bénéficiaires ces derniers s'exercent-ils ? Comment organiser la gestion de tels patrimoines⁵⁴ ? etc.

Devant ces difficultés, il faut explorer une autre direction tenant au maintien de l'importance de la propriété privée, matricielle d'accès de tiers à certaines des utilités du bien.

B. L'articulation de la propriété privée et de la destination commune par l'accès aux utilités du bien

16.— La « logique de l'accès ». Sur les traces des travaux de Crawford Macpherson, assez visionnaires puisque formulés sur des intuitions datant des années 1970⁵⁵, Jeremy Rifkin a systématisé une « logique de l'accès » et l'a proposée comme substitut postmoderne au modèle de la propriété privée. Au préalable et pour bien les comprendre, il faut préciser que ces auteurs rejettent la prégnance de

49 S. Paquerot, *op. cit.*, p. 22, note (93).

50 Sur ces oppositions, S. Paquerot, *op. cit.*, p. 129 et s. Par ailleurs, à l'égard du patrimoine « mondial », certains insistent sur le risque de déséquilibre entre les poids des décisions des pays industrialisés et des pays en développement à l'égard de la gestion de ces divers patrimoines, cf. A. Bekkouche, parlant de « récupération du patrimoine commun de l'humanité par les pays industriels », cité par F. Ost, *op. cit.*, p. 331.

51 C. Groulier, « Quelle effectivité... », art. préc. ; pour les générations futures, V. les propositions de qualifications complexes de E. Gaillard, *op. cit.*, n° 495 et s., p. 411 et s.

52 V. toutefois les propositions émises en ce sens par E. Gaillard, *op. cit.*, n° 602 et s., p. 497 et s., en termes de compétence du Ministère public ou d'institution d'un « ombudsman » des générations futures.

53 Cf. par ex., J. Charpentier, « L'humanité : un patrimoine mais pas de personnalité juridique », in *Les hommes et l'environnement, quels droits pour le XXI^e siècle ?*, Mél. A.-C. Kiss, Frison-Roche, 1998, p. 17.

54 Cf. la distinction, présente dans la doctrine de *Common Law*, entre les *Unorganized* et les *Organized Commons*, R. A. Epstein (dir.), *op. cit.*, p. 316 et s. : les *Unorganized Commons* seraient associés à la tragédie des *Commons* ; dans les *Organized Commons*, l'organisation serait confiée à une autorité publique, sous la figure d'un *trust*, au sens où le public serait le bénéficiaire final de la propriété gérée.

55 C. Macpherson *Democratic Theory: Essays in Retrieval*, Clarendon, Oxford, 1973, not. p. 125 et s.

l'idée moderne de propriété, datant des XVII^e et XVIII^e siècles et fondée sur le droit d'exclure les autres, c'est-à-dire d'une propriété privée conçue comme un droit d'exclusion⁵⁶. Ils font à l'inverse ressortir l'importance, qui aurait été oubliée, d'une propriété publique et de biens publics, conçus comme mettant en œuvre un « droit d'inclusion ». Par ailleurs, revisitant les soubassements idéologiques de la propriété, ils en proposent un renouvellement fondé sur une redéfinition de la liberté individuelle⁵⁷ : l'exaltation d'une « propriété privée-exclusion » aurait répondu aux nécessités du XVIII^e siècle d'offrir une sphère d'autonomie aux individus, afin de garantir les conditions de la liberté individuelle ; elle aurait également soutenu l'essor du marché et du capitalisme moderne. Aujourd'hui, dans un monde contemporain fait d'interdépendances, la défense de la liberté individuelle devrait à l'inverse s'exprimer par un droit « d'inclusion », au sens d'un droit individuel de « ne pas être exclu de l'usage ou de la jouissance des ressources productives accumulées par toute la société »⁵⁸. A un paradigme de l'interconnexion et de l'interdépendance, s'attacherait ainsi une liberté d'avoir accès à la jouissance de certaines ressources, un droit de ne pas être exclu (Macpherson) ou un droit à l'accès (Rifkin). L'idée centrale serait ainsi celle de l'existence d'un « patrimoine collectif dont personne ne doit être exclu », exemples étant donnés du droit de respirer un air pur ou du droit à un environnement sain⁵⁹.

17.— La « transpropriation ». Chez les juristes, ce type de logique n'est pas inconnu, que ce soit théoriquement ou au travers de certaines applications pratiques.

D'un côté, en effet, François Ost a dessiné le schéma de la « transpropriation »⁶⁰, c'est-à-dire celui d'une coexistence de la propriété privée et de l'accès de certains destinataires à des utilités d'un bien⁶¹ : aux côtés du titulaire de la propriété, qui peut être une personne privée disposant d'un droit traditionnel et exclusif, un groupe d'individus serait reconnu légitime dans l'usage du bien, de certaines

56 Cf., pour une présentation actuelle de la propriété comme ce droit d'exclure autrui, F. Zénati, « Pour une rénovation de la théorie de la propriété », *RTD civ.* 1993, p. 305, spéc. p. 314 et s. ; F. Zénati et T. Revet, *Les biens*, 3^e éd., PUF, 2008, spéc. n° 166 et s., p. 261 et s. ; la conception existe par ailleurs, cf. W. Blackstone, *Commentaries on the Laws of England*, vol. 1, Robert H. Small, Philadelphie, 1825, p. 1, définissant la propriété comme « cette domination singulière et despotique que l'homme entend exercer sur les objets extérieurs de l'univers, et qui en exclut de manière absolue les droits de tous les autres individus ».

57 Cf. J. Rifkin, *op. cit.*, p. 309.

58 J. Rifkin, *op. cit.*

59 C. Macpherson, *op. cit.*, p. 135.

60 F. Ost, *La nature hors la loi...*, *op. cit.*, p. 69 et p. 323 et s.

61 Cf. C. Groulier, « Quelle effectivité ... », art. préc., p. 1034, parlant de logique « dualiste ».

de ses utilités, ou dans sa conservation. L'intérêt particulier du propriétaire demeurerait et il n'y aurait pas expropriation. Mais, dans le même temps, un intérêt général ou collectif serait reconnu et justifierait que s'exercent les prérogatives évoquées. Se trouve donc proposée une figure de superposition de droits, qui n'est pas sans rappeler l'Ancien régime et ses superpositions d'utilités sur un même bien, selon les usages exercés (par exemple la coexistence de la propriété éminente — celle du seigneur — avec celle de la propriété utile — celle du tenancier, consistant en un droit de jouissance perpétuel)⁶². L'appropriation privée pourrait ne pas être, en définitive, systématiquement rejetée, dans une articulation entre intérêts privés et destination(s) collective(s) : les ressources conserveraient un lien d'appropriation avec des sujets de droit, même si ce lien devrait faire une place aux idées d'accès à certaines utilités au bénéfice d'autres, de conservation et/ou de transmission de la ressource concernée.

18.— Premier exemple de « transpropriation ». Cette figure, en ce qu'elle remet en cause toute l'évolution connue par le droit de propriété depuis sa proclamation révolutionnaire, est évidemment à même de rencontrer de fortes résistances. Il faut pourtant remarquer qu'elle se rencontre déjà en droit positif et qu'elle n'est donc pas inédite en pratique.

Au titre d'un premier exemple, national et fondé sur une politique publique volontariste et ancienne (débutée en 1913⁶³), relatif à des propriétés matérielles, on compte les aménagements des droits des propriétaires d'immeubles classés monuments historiques et des mobiliers qui les garnissent⁶⁴ : ce type de bien peut tout à fait demeurer une propriété privée (c'est d'ailleurs le cas de la moitié des monuments historiques français⁶⁵) ; le droit du propriétaire privé demeure donc, mais ce dernier doit accepter de se soumettre à certaines restrictions, imposées dans l'intérêt de la conservation du bien, conçu comme composante du patrimoine culturel national⁶⁶. Précisément, le propriétaire est responsable de la conservation du monument⁶⁷ et ne

62 Pour ce parallèle, par ex. C. Groulier, « Quelle effectivité... », art. préc.

63 Loi du 31 décembre 1913 sur les monuments historiques.

64 *Adde* les biens inscrits à l'inventaire supplémentaire ; égal. les « jardins remarquables » (label créé en 2004), classés ou inscrits de même, ainsi que les collections privées ayant reçu le label « Musée de France ». Pour plus de détails, V. M. Cornu, *Droit des biens culturels et des archives*, 2003, Légamédia, Guide juridique, p. 13 et s.

65 Cf. les chiffres livrés à l'appui de la Proposition de loi *visant à protéger les monuments historiques*, Sénat, 10 octobre 2012, présentée par A. Lefèvre.

66 Art. L. 622-1, c. patrim. ; les critères retenus étant l'intérêt au regard « de l'histoire, de l'art, de la science ou de la technique » ; M. Cornu, *op. cit.*, p. 7.

67 Art. L. 621-29-1, c. patrim.

peut pas détruire ou déplacer son bien, même en partie ; il ne peut pas entreprendre une restauration, une réparation ou une modification sans l'autorisation de l'autorité publique (du préfet de région et cette opération se déroulera sous le contrôle scientifique et technique des services de l'État chargés des monuments historiques) ; inversement, il peut lui être enjoint de procéder à certains travaux⁶⁸. En contrepartie, le propriétaire peut recevoir des subventions de l'Etat⁶⁹. Enfin, si le propriétaire n'est pas contraint d'ouvrir son bien à l'usage du public, que ce soit au public en général ou à une communauté particulière (des chercheurs par exemple), des incitations fiscales existent en ce sens⁷⁰. Dans ce cas, il y a donc bien reconnaissance d'une destination du bien qui transcende l'utilité que celui-ci peut avoir pour son propriétaire. En conséquence, ce propriétaire doit en partie se comporter comme un « dépositaire » au bénéfice d'une collectivité donnée.

19.— Deuxième exemple de « transpropriation ». Un deuxième exemple, pris cette fois à l'échelle mondiale et à l'égard de propriétés immatérielles, tient en celui des médicaments considérés comme « essentiels »⁷¹. L'arbitrage que recèle cette qualification s'est néanmoins révélé beaucoup plus conflictuel et délicat que le précédent. Il émane de la déclaration ministérielle de Doha de novembre 2001 « sur l'Accord sur les Aspects du droit de la propriété intellectuelle qui touchent au commerce (ADPIC) et la santé publique ». Face notamment à la difficulté des populations des pays pauvres d'accéder au marché des médicaments antirétroviraux, cette déclaration réaffirme les buts de santé publique et l'impératif d'accès pour tous aux médicaments essentiels contre le renforcement de la propriété industrielle décidé par les ADPIC de 1994 (schématiquement l'obligation faite à tous les membres de l'OMC de protéger par brevet, pour une période de 20 ans minimum, toute invention de produit ou de procédé pharmaceutique remplissant les critères de nouveauté, d'invention et d'utilité). A cet effet, elle prône une nouvelle interprétation des articles 30 et 31 des

68 Art. L. 621-9 et L. 621-11 et s., c. patrim. ; ces biens sont en outre imprescriptibles, en vertu de l'article L. 622-13, c. patrim., et l'ensemble des éléments mobiliers se trouve frappé d'une interdiction d'exportation (les biens mobiliers propriété de l'État sont, en outre, inaliénables). *Adde* le régime de l'exportation des biens culturels, cf. M. Cornu, *op. cit.*, p. 10 et s. ; égal. le régime des biens inscrits à l'inventaire enjoignant au propriétaire, lorsqu'il envisage par exemple de transformer le bien, d'informer l'Administration.

69 A hauteur de 50% maximum du montant des travaux.

70 Les propriétaires bénéficient d'un abattement et de la possibilité de déduire diverses charges, ainsi que d'exonération de droits de mutation, cf. par ex. art. 795 A, code général des impôts.

71 Cf. la synthèse de l'OMS, « La sélection des médicaments essentiels », Perspectives politiques de l'OMS sur les médicaments, 2002 : « Les médicaments essentiels sont ceux qui satisfont aux besoins prioritaires de la population en matière de soins de santé. ».

ADPIC permettant de rendre plus effective l'utilisation des licences obligatoires, c'est-à-dire de licences concédant à un tiers tout ou partie des droits d'exploitation d'un produit breveté sans l'autorisation du titulaire du brevet, moyennant le versement de redevances⁷² : les pays membres se trouvent désormais libres de déterminer les motifs pour lesquels des licences obligatoires peuvent être accordées et ce qui constitue, à leur sens, une situation d'urgence nationale ou d'autres circonstances d'extrême urgence⁷³. Le système n'est certes pas exempt de biais et de failles et se trouve actuellement remis en question par la multiplication d'accords bilatéraux venant renforcer les exigences de respect des propriétés industrielles entre les Etats-Unis, notamment, et divers régions ou pays⁷⁴. Pour autant, même avec un succès plus que mitigé, cette direction est bien celle de la voie de la reconnaissance d'un accès aux utilités d'une ressource, s'il le faut contre le « propriétaire » de cette dernière ; elle est assise sur la poursuite d'une finalité collective — la santé — considérée comme pouvant faire peser des charges sur la propriété individuelle.

En définitive, comme le montrent les divers exemples puisés dans la pratique juridique contemporaine, les « communs » sont loin d'être ignorés et de se réduire à des schémas théoriques sans existence effective. Pour autant, comme le révèlent également les tensions qui parcourent la matière, avant de pouvoir prétendre à la qualité de « produit » juridique et une fois rejetées les approches « naturalistes » que pouvaient porter les anciennes qualifications (celle de « chose commune » notamment), les « communs » doivent au préalable s'imposer à l'issue d'un consensus sur des valeurs à protéger aux côtés, ou en conflit, avec la circulation marchande et la propriété privée⁷⁵.

72 Les ADPICs avaient mis fin à la possibilité qu'avaient les pays du Sud de copier librement les molécules thérapeutiques destinées à leur marché intérieur et avaient rendu ces utilisations difficiles : celles-ci étaient autorisées pour la production de médicaments génériques mais uniquement pour le marché domestique ; or, peu de pays pauvres ont la capacité d'assurer ce type de productions.

73 Cf. chapitre 5 de la Déclaration précitée :

« Chaque membre a le droit d'accorder des licences obligatoires et la liberté de déterminer les motifs pour lesquels de telles licences sont accordées. »

« Chaque membre a le droit de déterminer ce qui constitue une situation d'urgence nationale ou d'autres circonstances d'extrême urgence, étant entendu que les crises dans le domaine de la santé publique, y compris celles qui sont liées au VIH/SIDA, à la tuberculose, au paludisme et à d'autres épidémies, peuvent représenter une situation d'urgence nationale ou d'autres circonstances d'extrême urgence. »

74 Cf. G. Krikorian, « L'accès aux médicaments compromis par les politiques bilatérales de renforcement de la propriété intellectuelle », *Les biens communs. Modèles de gestion des ressources naturelles*, 2010, Passerelle dph, n° 2, p. 124-127.

75 Cf. M. Hardt et T. Negri, *Commonwealth*, Belknap Harvard, 2009, p. 111, considérant le commun « non comme une ressource naturelle mais comme un produit social ».