

# La personnalité juridique de l'État

MAGALI BAER\*

MOTS CLÉS	État – personnalité juridique – personne morale – droit public
RÉSUMÉ	<p>La conceptualisation de l'État comme une entité dotée de la personnalité juridique a joué un rôle central dans le développement du droit public français et allemand et constitue également l'un des principes fondamentaux du droit international public. Les premières théories faisant de l'État une personne juridique sont nées au milieu du 19<sup>e</sup> siècle et provoquaient encore de vifs débats doctrinaux au début du siècle suivant. Curieusement toutefois, la doctrine helvétique n'a pas participé à l'engouement qui prévalait dans les États voisins. En Suisse, s'il est certes traditionnellement admis que l'État, et plus généralement les collectivités publiques sont des personnes morales, ni le fondement dogmatique de cette personnalité ni sa portée matérielle ne sont véritablement clairs. La présente contribution s'interroge sur cette apparente lacune et s'appuie sur les différentes théories de l'État-personne développées en France et en Allemagne et sur la notion de personne morale de droit public pour examiner la position juridique de l'État en droit suisse. Elle aboutit à la conclusion que l'État est une personne morale de droit public en vertu du droit coutumier. L'on soutient toutefois que la distinction entre personnalité morale de droit privé et personnalité morale de droit public doit être relativisée en ce qui concerne leur contenu matériel. Ainsi, la personnalité juridique de l'État n'est pas intrinsèquement différente dans son étendue de la personnalité dont bénéficient les personnes privées. En droit suisse, la personnification de l'État ne permet ainsi pas d'expliquer ce qui fait de lui un phénomène juridique à part et ne constitue pas une nécessité conceptuelle. Il s'agit au contraire d'une réponse pragmatique au besoin de l'État de pouvoir se voir imputer des droits et des obligations.</p>
ZUSAMMENFASSUNG	<p>Die Konzeptualisierung des Staates als ein Gebilde mit Rechtspersönlichkeit hat eine zentrale Rolle bei der Entwicklung des französischen und deutschen öffentlichen Rechts gespielt und ist auch eines der Grundprinzipien des Völkerrechts. Die ersten Theorien, die den Staat zu einer Rechtsperson machten, entstanden Mitte des 19. Jahrhunderts und lösten noch zu Beginn des darauffolgenden Jahrhunderts heftige Debatten in der Lehre aus. Seltsamerweise hat diese Debatte in der schweizerischen Lehre nur kaum Anklang gefunden. In der Schweiz ist es zwar traditionell anerkannt, dass der Staat und allgemein die Gemeinwesen juristische Personen sind, doch weder die dogmatische Grundlage dieser Persönlichkeit noch ihre materielle Tragweite sind wirklich klar. Der vorliegende Beitrag hinterfragt diese scheinbare Lücke und stützt sich auf die verschiedenen Theorien des Personenstaats, die in Frankreich und Deutschland entwickelt wurden, sowie auf den Begriff der juristischen Person des öffentlichen Rechts, um die rechtliche Stellung des Staates im Schweizer Recht zu untersuchen. Die Autorin kommt zum Schluss, dass der Staat nach dem Gewohnheitsrecht eine juristische Person des öffentlichen Rechts ist. Es wird jedoch argumentiert, dass die Unterscheidung zwischen privatrechtlicher und öffentlich-rechtlicher Rechtspersönlichkeit in Bezug auf ihren materiellen Inhalt relativiert werden muss. So unterscheidet sich die Rechtspersönlichkeit des Staates in ihrem Umfang nicht inhärent von der Persönlichkeit, die Privatpersonen geniessen. Im Schweizer Recht kann die Personifizierung des Staates somit nicht erklären, was den Staat zu einem besonderen rechtlichen Phänomen macht, und stellt keine begriffliche Notwendigkeit dar. Sie ist vielmehr eine pragmatische Antwort auf das Bedürfnis, dem Staat Rechten und Pflichten anzurechnen.</p>
ABSTRACT	<p>The conceptualization of the State as an entity endowed with legal personality has played a central role in the development of French and German public law, and is also one of the fundamental principles of public international law. The first theories viewing the State as a legal person emerged in the mid-19th century, and were still widely discussed at the beginning of the following century. Curiously, however, Swiss scholars were not as enthusiastic about the matter than their foreign counterparts. In Switzerland, while it is traditionally accepted that the State, the cantons and the</p>

\* MAGALI BAER, assistante-doctorante au sein de la chaire de droit constitutionnel de l'Université de Neuchâtel, titulaire du brevet d'avocate. L'autrice remercie la Professeure Nesa Zimmermann, ainsi que Mme Romaine de Rivaz, pour leurs relectures et leur précieux soutien.

Cette contribution est publiée sous une licence Creative Commons. DOI de cet article: 10.3256/978-3-03929-059-8\_04.

municipalities are legal entities, neither the dogmatic basis for this personality, nor its material scope, are really clear. The present contribution examines this apparent shortfall, drawing on the various theories of the person-state developed in France and Germany, and on the concept of legal personality under public law, to examine the legal position of the state in Swiss law. It concludes that the State is a legal person governed by public law by virtue of customary law. It is argued, however, that the distinction between legal personality under public-law and legal personality under private law must be relativized with regard to their material content. Thus, the legal personality of the State is not intrinsically different in scope from the legal personality enjoyed by private persons. In Swiss law, the personification of the State does not explain what makes it a distinct legal phenomenon, nor does it constitute a conceptual necessity. On the contrary, it is a pragmatic response to the need to make the State a center for the imputation of rights and obligations.

## I. Introduction

La personnalité juridique est un concept développé au sein des systèmes légaux occidentaux et qui y occupe une place de choix. Elle se conçoit généralement comme l'attribut d'être titulaire de droits et d'obligations ou d'avoir la capacité d'être titulaire de tels droits ou obligations, dont bénéficient les personnes humaines et certaines entités<sup>1</sup>. Cette position est particulièrement prédominante dans les systèmes juridiques civilistes<sup>2</sup>. En Suisse, il est traditionnellement admis par le Tribunal fédéral et la doctrine que la Confédération, les cantons et les communes disposent de la personnalité juridique. Toutefois, ni le fondement conceptuel de cette affirmation, ni ses conséquences juridiques ne sont véritablement clairs et la thématique semble peu passionner la doctrine helvétique. Cette situation interpelle d'autant plus que la personnalité juridique de l'État est vastement théorisée dans d'autres ordres juridiques et a donné lieu à de nombreux débats<sup>3</sup>. C'est notamment le cas en droit international, mais également dans certains ordres juridiques nationaux au sein desquels la personnification<sup>4</sup> de l'État a joué un rôle déterminant dans le développement du droit public. En effet, en particulier en France et en Allemagne, la conception de l'État en tant que personne juridique a eu un rayonnement tel que cette personnification est parfois présentée « *comme le point de départ naturel de l'exposé en droit public* »<sup>5</sup>. Compte tenu de l'influence du droit français et al-

lemand sur notre droit public<sup>6</sup>, pourquoi alors ce désintérêt de la doctrine suisse pour cette question ? Comment la personnalité juridique de l'État est-elle construite en droit positif suisse ? L'État est-il une personne comme les autres ou bénéficie-t-il d'un statut juridique « sur mesure » ? Le cas échéant, quelles sont les conséquences de cette personnification de l'État pour les personnes privées ?

Telles sont les questions auxquelles nous proposons de répondre dans la présente contribution. Pour ce faire, nous commencerons par étudier le développement du dogme de la personnalité juridique de l'État en France et en Allemagne, ainsi qu'en droit international (II.). Après avoir retracé le développement de la notion de personne morale, nous présenterons les objectifs communs visés par les différentes théories postulant la personnalité juridique de l'État, quelques éléments de controverses au sein de ces théories et enfin les divers arguments invoqués en opposition à la personnification de l'État. Une fois ces éléments clarifiés, nous passerons à l'examen de la personnalité juridique de l'État en droit suisse (III.). Nous évoquerons dans un premier temps la réception du dogme de la personnification dans la doctrine. Dans un second temps, nous examinerons l'institution de la personne morale dans l'ordre juridique helvétique, ce qui nous fournira une grille permettant d'analyser la personnalité juridique de l'État, son origine dogmatique et sa nature. Il s'agira notamment d'interroger les fondements de la notion même de personnalité juridique afin de déterminer ce qu'elle implique lorsqu'elle est appliquée à l'État.

<sup>1</sup> VISA A. J. KURKI., *Legal Personhood*, sine loco 2023, 6.

<sup>2</sup> KURKI (n. 1), 7.

<sup>3</sup> ULRICH HÄFELIN, *Die Rechtspersönlichkeit des Staates*, thèse d'habilitation Zurich 1953, Tübingen 1959, 403-404; THÉOPHILE VON BÜREN, *La théorie de l'État chez Léon Duguit*, thèse Lausanne 2018, Bâle 2021, 124 ss.

<sup>4</sup> Dans la suite de cet article, ce terme se référera au fait de concevoir juridiquement l'État comme une personne morale.

<sup>5</sup> HÄFELIN (n. 3), 1, c'est nous qui traduisons.

<sup>6</sup> Sur l'influence des droits français et allemand sur le droit administratif suisse, MARKUS MÜLLER, *Verwaltungsrecht: Eigenheit und Herkunft*, Berne 2006, 57.

## II. La personnalité juridique de l'État — aperçu historique

### A. Le développement de la notion de personnalité morale et son application à l'État dans la doctrine française et allemande

Le concept de personnalité juridique remonte au droit romain et était d'ores et déjà lié à la capacité d'acquiescer des droits et obligations<sup>7</sup>. Ce statut était cependant réservé aux personnes physiques et uniquement à certaines d'entre elles<sup>8</sup>. Certains groupements de personnes (*universitates*), notamment des collectivités publiques (*municipes*), jouissaient néanmoins déjà de la capacité d'être directement titulaires de droits et obligations et en particulier de la faculté d'être propriétaires d'un patrimoine. Il s'agissait toutefois d'une réalité de fait et les juristes n'avaient pas encore théorisé la notion de personne morale (ni même d'ailleurs, celle de droit subjectif)<sup>9</sup>. Il faudra pour cela attendre la seconde moitié du 19<sup>e</sup> siècle, au cours duquel la doctrine juridique s'emploiera à conceptualiser cette notion en se fondant sur le droit romain et ses développements médiévaux<sup>10</sup>. Durant cette période, la thématique de la personnalité morale sera abordée non seulement au sein de la doctrine de droit privé, où il s'agira de discuter de l'existence de corporations, mais aussi dans la recherche portant sur le droit public naissant<sup>11</sup>. Il sera alors question de faire de l'État et de son pouvoir un objet d'étude juridique en développant une théorie juridique de l'État. Notamment en Allemagne, puis en France, la thématique de la qualification de l'État en tant que phénomène juridique occupera une place cardinale<sup>12</sup>. Karl VON GERBER, juriste allemand considéré comme l'un des pères de la théorie de la personnalité de l'État<sup>13</sup>, écrira ainsi que « *le point de départ et l'achèvement du droit public résident dans la personnalité de l'État* »<sup>14</sup>. Dans sa conception, le champ d'application du droit public est consti-

tué par l'étude de la puissance de l'État, conçue comme un pouvoir de volonté de l'État sur ses sujets. Une telle volonté ne pouvant être imputée qu'à une personne, la personnification de l'État devient un élément nécessaire du droit public<sup>15</sup>. Parallèlement aux théories exposées ci-devant en droit national, l'idée de concevoir les États comme des personnes morales se développe également en droit international. Dès le 19<sup>e</sup> siècle, des auteurs verront dans la personnalité juridique de l'État un élément essentiel de la doctrine du droit international public<sup>16</sup>, faisant ainsi des États les sujets de droit principaux de l'ordre juridique international<sup>17</sup>.

Il serait illusoire de vouloir offrir ici un panorama même schématique des différentes opinions soutenues par la doctrine postulant la personnification de l'État, tant elles sont nombreuses et diverses<sup>18</sup>. Nous nous proposons toutefois d'évoquer les enjeux de la personnification de l'État, quelques éléments de controverse et enfin certains des arguments invoqués par les opposants à cette théorie. Nous exposerons ainsi le cadre juridique et théorique dans lequel s'inscrit la personnification de l'État dans les ordres juridiques voisins et l'ordre juridique international, ce qui nous permettra dans un second temps de prendre la mesure des différences qui existent avec le droit suisse.

### B. Les enjeux de la personnification de l'État

Les théories postulant que l'État est une personne juridique reconnaissent diverses fonctions à cette personnification. En premier lieu, elle permet d'attribuer la souveraineté à l'État en tant que personne séparée du monarque ou des gouvernants. Pour la majorité de la doctrine, la souveraineté constitue le critère juridique déterminant de l'État, sa « *marque de fabrique* »<sup>19</sup>. Il n'y a ainsi « *pas d'État sans souveraineté ni de souveraineté sans État* »<sup>20</sup>. Sur le plan international, la souveraineté appartient d'ailleurs aux trois conditions permettant de conclure à l'existence d'un État<sup>21</sup>. La notion de souveraineté a été conceptualisée au 16<sup>e</sup> siècle notamment par le philosophe Jean BODIN en

<sup>7</sup> JEAN-PHILIPPE DUNAND/PASCAL PICHONNAZ, *Le droit romain de A à Z*, Zurich 2018, 136.

<sup>8</sup> MICHEL VILLEY, *Le droit romain*, 10<sup>e</sup> éd., Paris 2002, 54-55.

<sup>9</sup> VILLEY (n. 8), 60-61 ; KURKI (n. 1), 42.

<sup>10</sup> KURKI (n. 1), 2.

<sup>11</sup> Sur l'influence des institutions de droit privé sur le droit public en développement, voir VON BÜREN (n. 3), 15 ss.

<sup>12</sup> HÄFELIN (n. 3), 1 ; ÉRIC MAULIN, *La théorie de l'État de Carré de Malberg*, Paris 2003, 144.

<sup>13</sup> MAULIN (n. 12), 145 ; HÄFELIN (n. 3), 395-396.

<sup>14</sup> VON BÜREN (n. 3), 26-27, qui cite GERBER. L'ouvrage de Gerber, *Grundzüge des deutschen Staatsrechts*, paru en 1865, est accessible sur Internet : <https://www.digitale-sammlungen.de/view/bsb10559327>, 3.

<sup>15</sup> VON BÜREN (n. 3), 24.

<sup>16</sup> EMMANUELLE TOURME-JOUANNET, *Le droit international*, 3<sup>e</sup> éd., Paris 2022, 12 ; KNUT IPSSEN, *Regelungsbereich, Geschichte und Funktion des Völkerrechts*, in : Volker Epping/Wolff Heintschel von Heinegg (éd.), *Völkerrecht*, 7<sup>e</sup> éd., Munich 2018, 1 ss, § 2 N 19 et 21.

<sup>17</sup> TOURME-JOUANNET (n. 16), 12, IPSSEN (n. 16), § 2 N 19 et 21.

<sup>18</sup> HÄFELIN (n. 3), 404.

<sup>19</sup> OLIVIER BEAUD, *La puissance de l'État*, Paris 1994, 10 ss.

<sup>20</sup> BEAUD (n. 19), 14.

<sup>21</sup> Avec l'existence d'un territoire et d'une population (MATTHIAS HERDEGEN, *Völkerrecht*, 20<sup>e</sup> éd., Munich 2021, § 8 N 3 ; VOLKER EPPING, *Völkerrechtssubjekte*, in : Volker Epping/

doctrine francophone et est donc bien antérieure aux débats sur la personnification de l'État<sup>22</sup>. Selon BODIN, elle se conçoit comme une puissance absolue, soit supérieure à toutes les autres, et perpétuelle, en ce sens qu'elle s'exerce sur un territoire donné de manière ininterrompue<sup>23</sup>. Le concept de souveraineté peut être décrit comme bidimensionnel, dans la mesure où il comporte un aspect interne et un aspect international. Sur le plan interne, la souveraineté confère à l'État l'exercice exclusif de la puissance publique sur son territoire<sup>24</sup>. Dans sa composante extérieure, la souveraineté d'un État signifie que celui-ci n'est assujéti à aucune puissance qui lui serait supérieure et qu'il est donc juridiquement indépendant<sup>25</sup>. Ainsi, la souveraineté dans l'ordre national introduit une verticalité dans les rapports entre l'État et ses sujets, alors que la souveraineté dans sa composante internationale est au contraire vectrice d'horizontalité dans les rapports entre les États<sup>26</sup>. La souveraineté appartient nécessairement à un titulaire, le souverain<sup>27</sup>. Lorsque l'État est personnalisé, il devient l'unique souverain, à l'exclusion d'un éventuel monarque ou des gouvernants<sup>28</sup>. En droit interne, la personnification de l'État garantit ainsi un exercice continu du pouvoir, indépendamment d'un éventuel changement de régime ou de la disparition des gouvernants<sup>29</sup>. Cette conception permet de renoncer aux théories dites patrimoniales de l'État, en vertu desquelles la souveraineté était un droit patrimonial appartenant au monarque<sup>30</sup>. Par ailleurs, la personnification de l'État permet également de séparer formellement la jouissance du pouvoir, qui n'appartient qu'à l'État lui-même, de son exercice, qui est délégué à ses organes<sup>31</sup>. Ces derniers agiront toutefois au nom de l'État personne et pas en leur nom propre et uniquement sur la base des compétences qui leur auront été accordées. En ce sens, la dissociation entre l'État souverain et ses organes est perçue comme prévenant le risque de capta-

tion du pouvoir à des fins personnelles<sup>32</sup>. Enfin, en droit international, la personnification des États garantit la pérennité des engagements pris par ces derniers puisqu'un éventuel changement d'organe ou de forme de gouvernement n'exerce aucune influence sur l'État personnalisé, qui demeure lié par les actes exécutés précédemment en son nom par ses organes<sup>33</sup>. Une telle continuité est nécessairement bénéfique à la sécurité du droit.

En second lieu, la personnification de l'État remplit également une fonction unificatrice<sup>34</sup>. En reconnaissant en l'État une personne juridique, doté d'une volonté propre, les tenants de la théorie de la personnalité visent à transcender la multiplicité des volontés individuelles qui existent au sein de la société. La volonté de l'État n'est ainsi ni la somme des volontés exprimées, ni même la volonté de la majorité, elle est une volonté autonome<sup>35</sup>. En ce sens, l'État représente l'incarnation du « *peuple politiquement unifié*<sup>36</sup> », ou dans les écrits français, l'incarnation de la nation<sup>37</sup>.

La personnification de l'État assume enfin une troisième fonction plus pragmatique. Elle permet de reconnaître formellement en celui-ci un sujet de droit, soit une entité titulaire de droits et d'obligations et à laquelle on peut imputer une volonté<sup>38</sup>. Ainsi, certains auteurs considèrent que la puissance publique, définie comme un pouvoir de domination, constitue un droit subjectif de l'État<sup>39</sup>. L'on note qu'à la différence de la situation de fait qui prévalait en droit romain, la personnalité morale est alors juridiquement conceptualisée comme telle. Cette préoccupation de faire de l'État un sujet de droit est particulièrement manifeste dans l'ordre juridique international<sup>40</sup>. En effet, la personnification induit le développement de la « *doctrine des droits et devoirs fondamentaux des États* », laquelle permettra de codifier la pratique relative aux rapports juridiques entre États et perdurera jusqu'au milieu du 20<sup>e</sup> siècle. Cette doctrine consacrera différents types de droits appartenant aux États, soit les droits absolus (ou fondamentaux) dont les États jouissent en toute circonstance et les droits relatifs. Le contenu de ces droits était naturellement controversé. Le droit au respect de l'indépendance de l'État était cependant reconnu de manière

Wolff Heintschel von Heinegg (édit.), *Völkerrecht*, 7<sup>e</sup> éd., Munich 2018, 73 ss, § 7 N 137).

<sup>22</sup> CHRISTIAN BEHRENDT/FRÉDÉRIC BOUHON/PAUL P. CRAIG, *Introduction à la théorie générale de l'État: manuel*, 4<sup>e</sup> éd., Bruxelles 2020, N 89; BEAUD (n. 19), 27.

<sup>23</sup> BEHRENDT/BOUHON/CRAIG (n. 22), N 90 ss; BEAUD (n. 19), 52.

<sup>24</sup> BEHRENDT/BOUHON/CRAIG (n. 22), N 98.2.

<sup>25</sup> JEAN COMBACAU et SERGE SUR, *Droit international public*, 13<sup>e</sup> éd., Paris 2019, 272; EPPING (n. 21), § 7 N 137; BEHRENDT/BOUHON/CRAIG (n. 22), N 98.1.

<sup>26</sup> BEHRENDT/BOUHON/CRAIG (n. 22), N 98.1.

<sup>27</sup> BEHRENDT/BOUHON/CRAIG (n. 22), N 93.

<sup>28</sup> BEAUD (n. 19), 183; VON BÜREN (n. 3), 28-29; HÄFELIN (n. 3), 235-236.

<sup>29</sup> VON BÜREN (n. 3), 83.

<sup>30</sup> VON BÜREN (n. 3), 29.

<sup>31</sup> VON BÜREN (n. 3), 49-50; MAULIN (n. 12), 145.

<sup>32</sup> VON BÜREN (n. 3), 128.

<sup>33</sup> COMBACAU/SUR (n. 25), 266.

<sup>34</sup> MAULIN (n. 12), 144, 182 et 186.

<sup>35</sup> HÄFELIN (n. 3), 238-239; VON BÜREN (n. 3), 126.

<sup>36</sup> VON BÜREN (n. 3), 25 et 50.

<sup>37</sup> HÄFELIN (n. 3), 282; VON BÜREN (n. 3), 126-127.

<sup>38</sup> VON BÜREN (n. 3), 142.

<sup>39</sup> VON BÜREN (n. 3), 26.

<sup>40</sup> COMBACAU/SUR (n. 25), 265.

générale comme appartenant à la catégorie des droits absolus<sup>41</sup>.

### C. Les controverses dans la doctrine favorable à la personnification de l'État

Globalement, il ressort de ce qui précède que l'intérêt de la personnification réside dans sa faculté à faire de l'État un point focal, une entité à laquelle on peut imputer diverses propriétés ou qualités. Il existe toutefois de très nombreuses divergences et controverses au sein des diverses théories élaborées au cours du temps. Dans sa thèse d'habilitation de 1959 consacrée à l'étude du dogme de la personnalité juridique de l'État principalement en France et en Allemagne, le professeur suisse Ulrich HÄFELIN conclut d'ailleurs à « l'extraordinaire ambigüité » de cette institution et note que la notion même de personnalité juridique diffère dans presque chacune des théories qu'il a examinées<sup>42</sup>.

Parmi les nombreuses controverses, la question de la nature de la personnalité morale de l'État a notamment fait couler beaucoup d'encre. Ce débat s'inscrit dans le prolongement de la querelle doctrinale qui existait également en droit privé et qui opposait au 19<sup>e</sup> siècle les pandectistes, chantres de la théorie de la fiction, aux membres de l'école réaliste. En vertu de la théorie de la fiction, l'octroi de la personnalité juridique à des entités autres que des personnes humaines constitue une fiction, un artifice purement légal, ne reposant sur aucun substrat empirique<sup>43</sup>. À l'inverse, la théorie réaliste repose sur la conviction que les associations et autres groupements de personnes constituent une réalité objective et existent indépendamment de leur reconnaissance par l'ordre juridique<sup>44</sup>. La notion de personnalité morale prenant sa source dans le droit privé, cette controverse a naturellement essaimé en droit public et influencé le débat relatif à la personnification de l'État<sup>45</sup>. Dans ce contexte, il a ainsi été notamment reproché à la théorie de la fiction d'être incapable de fournir une réponse à la question de la création de l'État. En effet, si l'intervention de l'État personifié en tant que législateur est nécessaire à la création de la personne morale, comment expliquer l'acte par lequel la

personnalité a été conférée à l'État?<sup>46</sup> Par ailleurs, et l'on voit là l'influence des travaux du père de la sociologie, Émile DURKHEIM, il a également été estimé que la théorie de la fiction était déficiente en ce qu'elle était incapable d'appréhender l'État en tant que fait social<sup>47</sup>. Inversement, Paul LABAND, juriste allemand, a opposé aux détracteurs de la théorie de la fiction que l'on ne saurait reprocher à une « *idée juridique* » telle que la personnalité morale son manque d'ancrage dans la réalité sans rejeter le droit dans son ensemble<sup>48</sup>. Nous notons que certains auteurs ont dépassé la dichotomie école de la fiction/école réaliste en proposant un modèle de personnalité juridique fondé sur la théorie de l'abstraction. En vertu de cette conception, défendue en particulier par JELLINEK, un fait social existant, ici l'État, est exprimé juridiquement sous la forme du concept de personne juridique<sup>49</sup>. Cette théorie se situe ainsi à l'intersection des deux écoles précédentes<sup>50</sup>, en ce qu'elle reconnaît l'existence de l'État en tant que phénomène social, mais que la personnalité juridique constitue la synthèse juridique de ce fait social, soit sa traduction dans le droit. Autrement dit, l'État personifié n'est pas une réalité ontologique, contrairement à ce que postule l'école réaliste, mais une création légale<sup>51</sup>.

Comme le remarque VON BÜREN, qui a consacré une part importante de sa thèse sur la théorie de l'État de Léon Duguit aux théories défendant la personnification

<sup>41</sup> TOURME-JOUANNET (n. 16), 11-12; COMBACAU/SUR (n. 25), 269.

<sup>42</sup> HÄFELIN (n. 3), 404, c'est nous qui traduisons.

<sup>43</sup> VON BÜREN (n. 3), 18-19; CR CC I-XOUDIS, intro. art. 52-59 N 3.

<sup>44</sup> MAULIN (n. 12), 147; VON BÜREN (n. 3), 37-38; CR CC I-XOUDIS, intro. art. 52-59 N 3.

<sup>45</sup> HÄFELIN (n. 3), 401; VON BÜREN (n. 3), 125.

<sup>46</sup> Cette critique a notamment été formulée par les juristes français LÉON MICHOU (LÉON MICHOU, La personnalité et les droits subjectifs de l'État dans la doctrine française contemporaine, *sine loco* 1910, accessible sur Internet : <https://bibnum-patrimoine.univ-grenoble-alpes.fr/items/show/818>. Michoud, 494-495) et LÉON DUGUIT (LÉON DUGUIT, Traité de droit constitutionnel, tome 1<sup>er</sup> : la règle de droit, 3<sup>e</sup> éd., Paris 1927, accessible sur Internet <https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k5401497z>, 620). Pour une mise en contexte de ces critiques, voir VON BÜREN (n. 3), 94 et 153-154.

<sup>47</sup> LÉON MICHOU, La théorie de la personnalité morale et son application au droit français, première partie : notion de personnalité morale, classification et création des personnes morales, 3<sup>e</sup> éd., Paris 1932, accessible sur Internet : <https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k34115975>, 28 ss.

<sup>48</sup> PAUL LABAND, Le droit public de l'empire allemand, tome 1 : formation de l'empire allemand, l'empire et les États particuliers, l'Empereur, le Bundesrath, le Reichstag, Paris 1900, accessible sur Internet : <https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k5837819s>, 159. Voir également VON BÜREN (n. 3), 38.

<sup>49</sup> GEORG JELLINEK, l'État moderne et son droit, première partie : théorie générale de l'État, Paris 1911, accessible sur Internet : <https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k1182516t>, 295-296. Voir également à ce sujet MAULIN (n. 12), 182-183; VON BÜREN (n. 3), 48-49.

<sup>50</sup> HÄFELIN (n. 3), 400.

<sup>51</sup> MAULIN (n. 12), 182-183; VON BÜREN (n. 3), 48-49.

de l'État, il serait néanmoins réducteur de voir dans ces controverses des disputes purement savantes. Il faut au contraire les replacer dans le contexte politique et social dans lequel chaque théorie a été développée, afin de comprendre les enjeux concrets derrière certaines positions doctrinales<sup>52</sup>. À titre d'exemple, le rejet de la théorie de la fiction peut notamment s'expliquer par le fait qu'elle était perçue comme concédant un pouvoir trop étendu à l'État s'agissant de la création des personnes morales. En effet, si l'on postule que la personne morale n'est qu'une fiction juridique, cela signifie que sa création repose uniquement sur le pouvoir du législateur et donc du souverain. Or, compte tenu de la situation politique de l'époque en France, l'idée de permettre à l'État un tel contrôle sur la création des personnes morales était dénoncée comme trop absolue<sup>53</sup>.

Les débats ne se limitaient cependant pas aux controverses sur la portée ou le contenu de la personnalité juridique de l'État et le principe même de cette personnalisation a parfois été remis en cause, comme on le verra ci-après.

#### D. Les objections à la théorie de l'État-personne

Même dans les ordres juridiques dans lesquels la théorie de l'État personnifié était largement admise, celle-ci a néanmoins fait l'objet de critiques. Un courant est formé par les juristes opposés à l'idée même de la personnalité morale, qu'elle s'applique à l'État ou à des groupements de personnes de droit privé. Pour ceux-ci, la science juridique doit se fonder sur des faits observables et empiriques et ne pas recourir à des fictions. Or, dans la réalité, la personnalité juridique est un attribut appartenant exclusivement à la personne humaine qui seule dispose d'une conscience juridique propre et est capable d'exprimer une volonté. Étant donné qu'il n'existe au monde que des volontés individuelles et non des volontés collectives<sup>54</sup>, un groupement de personnes ne saurait avoir de volonté ou de conscience propre et donc d'existence

juridique autonome<sup>55</sup>. Compte tenu de ce qui précède, les membres de ce courant refusent naturellement de concevoir l'État comme une personne juridique<sup>56</sup>. Certains des représentants de cette conception s'opposaient non seulement à la personnification de l'État dans l'ordre juridique interne, mais également au sein de l'ordre juridique international<sup>57</sup>.

Outre l'opposition de principe à l'institution même de la personnalité morale, les raisons invoquées à l'encontre de la personnification de l'État étaient multiples. Pour certains, rien ne justifiait de s'éloigner des traditionnelles théories patrimoniales de l'État, en vertu desquelles la souveraineté et l'exercice du pouvoir devaient être réunis au sein d'une seule et même personne, le monarque<sup>58</sup>. Pour d'autres, principalement des auteurs français du tournant du 20<sup>e</sup> siècle, la personnification de l'État présentait le risque d'une absolutisation du pouvoir<sup>59</sup>. Il était notamment craint que la création d'un État personnifié ne désresponsabilise les possesseurs effectifs du pouvoir et génère chez eux un sentiment d'impunité<sup>60</sup>. Enfin, l'on notera que la portée du rejet du dogme de la personnalité juridique de l'État présentait également une grande variabilité. Comme nous l'avons vu, certains auteurs s'opposaient à l'idée de la personnalité morale dans son principe. D'autres refusaient toutefois uniquement de reconnaître à l'État une personnalité morale de droit public, mais acceptaient en revanche sa personnalité lorsque l'État agissait sur le plan du droit privé ou droit international public<sup>61</sup>.

#### E. Conclusion intermédiaire

La thématique de la personnification juridique de l'État est complexe et a donné lieu à une production juridique foisonnante. En France et en Allemagne, la caractérisation de l'État comme une personne juridique de droit public est largement admise<sup>62</sup>. Il en va de même en droit international public, où le fait est présenté comme une évidence<sup>63</sup>. En effet, bien que les États ne soient plus les uniques sujets de droit international, ils conservent néanmoins un statut

<sup>52</sup> VON BÜREN (n. 3), 125.

<sup>53</sup> VON BÜREN (n. 3), 40, 93 et 125.

<sup>54</sup> L'on note que le rejet de l'idée de volonté collective n'est pas en soi incompatible avec la notion de personnalité morale. Ainsi, le juriste français Raymond CARRÉ DE MALBERG ne croyait pas en la possibilité d'une volonté collective, mais acceptait néanmoins celle de la personnalité morale. Cette position implique cependant de passer par le mécanisme de la fiction ou de l'abstraction pour reconnaître la personnalité à des groupes, ce à quoi les défenseurs de la pensée réaliste se refusent. (VON BÜREN [n. 3], 110-111).

<sup>55</sup> VON BÜREN (n. 3), 149; MAULIN (n. 12), 159.

<sup>56</sup> VON BÜREN (n. 3), 37, 74 et 153-154; HÄFELIN (n. 3), 393; MAULIN (n. 12), 157-158.

<sup>57</sup> EPPING (n. 21), § 6 N 4; HÄFELIN (n. 3), 393-394.

<sup>58</sup> HÄFELIN (n. 3), 356-357.

<sup>59</sup> HÄFELIN (n. 3), 380 et 385-386; MAULIN (n. 12), 160 ss.

<sup>60</sup> HÄFELIN (n. 3), 385.

<sup>61</sup> HÄFELIN (n. 3), 393.

<sup>62</sup> HÄFELIN (n. 3), 215 et 396.

<sup>63</sup> COMBACAU/SUR (n. 25), 265.

privilegié<sup>64</sup>. Ils sont les sujets « originaires » du droit public et peuvent être titulaires de l'ensemble des droits et obligations prévus par l'ordre juridique international<sup>65</sup>.

La question se pose désormais de savoir quelle portée ces différentes théories ont eue sur le droit suisse. En gardant en tête les différents enjeux évoqués en faveur de la personnification, ainsi que les objections soulevées par ses détracteurs, nous examinerons comment l'État est juridiquement conçu en droit suisse. Il s'agira de déterminer quelle est la source de sa personnalité juridique, si celle-ci remplit les différentes fonctions évoquées précédemment et en particulier si elle permet de répondre à la question de la qualification de l'État en tant que phénomène juridique.

### III. La personnalité de l'État en droit suisse

#### A. La réception des théories de l'État-personne en Suisse

À la fin des années cinquante, HÄFELIN a constaté que le dogme de la personnalité juridique de l'État avait connu une vive opposition au sein de la doctrine helvétique<sup>66</sup>. Désormais, la thématique ne semble plus susciter d'intérêt. De fait, la question de la qualification juridique de la Confédération est presque inexistante dans la doctrine récente de droit constitutionnel et administratif. Lorsque le sujet est abordé, c'est souvent pour dire qu'il est controversé, mais que la question n'a en réalité qu'une portée théorique et ne porte donc pas à conséquence<sup>67</sup>. On mentionnera à cet égard les mots de MOOR, qui renonce expressément à étudier cette problématique dans un article consacré aux personnes morales de droit public, la jugeant par trop « encombrée de considérations politico-philosophiques<sup>68</sup>. »

De fait, aucune disposition légale ne confère expressément la personnalité juridique aux deux niveaux de l'État fédéral<sup>69</sup> que sont la Confédération et les cantons. Certaines constitutions cantonales reconnaissent de manière plus ou moins explicite la personnalité juridique aux communes<sup>70</sup>, qui sont traditionnellement considérées comme le troisième échelon étatique<sup>71</sup>. D'autres sont en revanche muettes sur ce point<sup>72</sup>. Ce silence est d'autant plus troublant que l'ordre juridique suisse connaît l'institution de la personne morale tant en droit privé qu'en droit public. Nous allons donc examiner les différentes règles applicables de manière générale aux personnes juridiques, en nous concentrant sur les personnes de droit public, afin de déterminer dans quelle mesure ce régime est applicable (et appliqué) à l'État.

#### B. La personnalité juridique en droit suisse

L'institution de la personnalité morale fait l'objet d'une réglementation générale dans le Code civil<sup>73</sup>. Les entités qui bénéficient de ce statut sont des sujets de droit pouvant être titulaires de droits et d'obligations et qui sont juridiquement considérés comme une unité indépendante des individus qui la composent<sup>74</sup>. En matière civile, cette notion trouve son siège aux art. 52 ss CC<sup>75</sup>. Les personnes morales de droit civil acquièrent la jouissance des droits civils dès leur création<sup>76</sup> et ont l'exercice de ces droits dès lors qu'elles disposent des organes prévus par la loi et leurs statuts (art. 54 CC). En vertu du principe posé à l'art. 53 CC, les personnes morales « peuvent acquérir tous les droits et assumer toutes les obligations qui ne sont pas inséparables des conditions naturelles de l'homme. » Cela implique qu'une personne morale peut être titulaire de droits patrimoniaux, de créances, de droits réels et de droits immatériels<sup>77</sup>. Sur le plan du droit public, elles sont également titulaires de certaines libertés et droits fonda-

<sup>64</sup> EPPING (n. 21), § 6 N 2.

<sup>65</sup> COMBACAU/SUR (n. 25), 267; HERDEGEN (n. 21), § 7 N 3; EPPING (n. 21), § 6 N 7.

<sup>66</sup> HÄFELIN (n. 3), 372.

<sup>67</sup> BLAISE KNAPP, Précis de droit administratif, 4<sup>e</sup> éd., Bâle 1991, N 2494; STEFAN VOGEL, Einheit der Verwaltung – Verwaltungseinheiten – Grundprobleme der Verwaltungsorganisation, rechtliche Rahmenbedingungen, Konzepte, Strukturen und Formen für die Organisation von Aufgabenträgern der öffentlichen Verwaltung, thèse d'habilitation Zurich 2007, Zurich 2008, 34.

<sup>68</sup> PIERRE MOOR, Des personnes morales de droit public, in : Walter Haller et al. (édit.), Festschrift für Ulrich Häfelin zum 65. Geburtstag, Zurich 1989, 517 ss, (cité : Personnes), 537 n. 80.

<sup>69</sup> GIORGIO MALINVERNI et al., Droit constitutionnel suisse, vol. I, L'État, Berne 2021, N 949

<sup>70</sup> À titre d'exemple, art. 107 al. 1<sup>er</sup> de la constitution du canton de Berne du 6 juin 1993 (RS 131.212); art. 129 al. 1<sup>er</sup> de la constitution du canton de Fribourg du 16 mai 2004 (RS 131.219) et § 56 de la Constitution du canton de Bâle-Ville du 23 mars 2005 (RS 131.222.1).

<sup>71</sup> MALINVERNI et al. (n. 69), N 229.

<sup>72</sup> À titre d'exemple, les constitutions des cantons de Zoug et Saint-Gall.

<sup>73</sup> BSK ZGB I REITZE, Vorbemerkungen zu Art. 52–59 N 1.

<sup>74</sup> BK das Personenrecht-RIEMER, Systematischer Teil N 2; CR CC I-XOUDIS, intro. art. 52–59 N 11.

<sup>75</sup> Code civil suisse du 10 décembre 1907 (CC; RS 210).

<sup>76</sup> CR CC I-XOUDIS, art. 52 N 1.

<sup>77</sup> BSK ZGB I-REITZE, art. 53 N 6.

mentaux<sup>78</sup>. Enfin, les personnes morales disposent de la capacité d'ester en justice<sup>79</sup>.

La notion de personne morale n'est pas réservée au droit civil et il existe également des personnes morales de droit public qui sont régies par le droit public fédéral et cantonal (art. 59 al. 1<sup>er</sup> CC). Contrairement à ce qui prévaut en matière civile, il n'existe pas en droit public de *numerus clausus* des personnes morales. En pratique, on peut identifier différents modèles mais ceux-ci n'ont aucune force obligatoire et toutes les formes d'organisations imaginables sont en théorie possibles<sup>80</sup>. Ces personnes sont créées par l'État (Confédération ou cantons et, plus rarement, communes) dans le but de leur faire assumer des tâches publiques, éventuellement au moyen de la puissance publique. Il s'agit autrement dit d'un processus de décentralisation de l'activité administrative<sup>81</sup>. L'on note cependant que l'État peut également déléguer l'accomplissement de tâches publiques à des personnes privées, dont il est ou non le créateur<sup>82</sup>. Le critère permettant de distinguer les personnes morales de droit privé de celles qui appartiennent au droit public est sujet à controverse<sup>83</sup>. Pour REITZE, les critères déterminants sont ceux de la participation de l'État à l'entité, ainsi que le fait que celle-ci soit chargée d'accomplir des tâches publiques au moyen de pouvoirs de puissance publique<sup>84</sup>. Ces critères ne semblent néanmoins pas satisfaisants, dans la mesure où il arrive que l'État crée une personne de droit privé, lui confie l'exécution de tâches administratives et lui confère à cette fin un pouvoir décisionnel<sup>85</sup>. Selon MOOR et XOUDIS, le critère déterminant est celui du mode de création. Une personne morale de droit privé est créée selon les formes prévues par le CC et le CO<sup>86</sup>, alors que la création d'une personne morale de droit public repose sur une base légale formelle figurant dans une norme de droit pu-

blic (ou éventuellement sur la coutume<sup>87</sup>)<sup>88</sup>. Le caractère absolu de ce critère est toutefois relativisé par RIEMER<sup>89</sup>. Lorsque les critères précités laissent planer un doute dans un cas particulier, il convient de se référer à la méthode pluraliste traditionnellement employée pour déterminer si un rapport juridique (ici une personne juridique) relève du droit public ou du droit privé (théorie de la subordination, théorie des intérêts, théorie de la nature des sanctions et théorie de la fonction)<sup>90</sup>.

S'agissant du régime juridique applicable à ces personnes morales, les conditions de leur création et de leur dissolution sont soumises au droit public et c'est également ce droit qui détermine leur but, leurs organes et plus généralement leur mode de fonctionnement<sup>91</sup>. Tout changement dans ces différents éléments nécessite une modification de la base légale ou de l'acte de droit public (éventuellement un contrat) constitutif<sup>92</sup>. En ce sens, et nous y reviendrons ci-après, la personne morale de droit public ne dispose pas nécessairement de la même autonomie que ses homologues de droit privé. En ce qui concerne le contenu matériel de la personnalité morale de droit public, celui-ci est en principe équivalent à celui de la personnalité morale de privé, pour autant que l'entité n'exerce pas la puissance publique<sup>93</sup>. Autrement dit, « *les personnes morales dites de droit public sont des sujets de droit privé existant en vertu d'actes de droit public* »<sup>94</sup>. Cela implique notamment qu'une telle entité pourra agir en son nom propre, être partie à des contrats de droit privé ou public, ou encore ester en justice<sup>95</sup>. Il est toutefois envisageable que l'acte constitutif de la personne morale de droit public exclue cette dernière de la possibilité d'être titulaire de certains droits et obligations<sup>96</sup>. Pour le surplus,

<sup>78</sup> BSK ZGB I-REITZE, art. 53 N 11; BK das Personenrecht-RIEMER, art. 53 N 95.

<sup>79</sup> BSK ZGB I-REITZE, art. 53 N 13; BK das Personenrecht-RIEMER, art. 53 N 95.

<sup>80</sup> PIERRE TSCHANNEN/MARKUS MÜLLER/MARKUS KERN, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Berne 2002, N 166.

<sup>81</sup> BK das Personenrecht-RIEMER, Systematischer Teil N 58.

<sup>82</sup> On parle alors de privatisation des tâches (JACQUES DUBEY et JEAN-BAPTISTE ZUFFEREY, *Droit administratif général*, Bâle 2014, N 43).

<sup>83</sup> BK das Personenrecht-RIEMER, Systematischer Teil N 58 ss.

<sup>84</sup> BSK ZGB I-REITZE, art. 59 N 9.

<sup>85</sup> BK das Personenrecht-RIEMER, Systematischer Teil N 59; MOOR, *Personnes* (n. 68), 518; VOGEL (n. 67), 187.

<sup>86</sup> Loi fédérale complétant le Code civil suisse, Livre cinquième: Droit des obligations du 30 mars 1911 (CO; RS 220).

<sup>87</sup> BK das Personenrecht-RIEMER, Systematischer Teil N 4.

<sup>88</sup> ATF 104 Ia 440 c. 4c; MOOR, *Personnes* (n. 68), 518; CR CC I-XOUDIS, art. 59 N 3.

<sup>89</sup> BK das Personenrecht-RIEMER, Systematischer Teil N 60.

<sup>90</sup> ATF 132 I 270 c. 4.3; BSK ZGB I-REITZE, art. 59 N 8-9; CR CC I-XOUDIS, art. 59 N 3.

<sup>91</sup> CR CC I-XOUDIS, art. 59 N 2; BSK ZGB I-REITZE, art. 59 N 11; BK das Personenrecht-RIEMER, Systematischer Teil N 117 ss. On précise que dans ce domaine, le droit public se réfère parfois au droit civil à titre de droit public supplétif. Le droit civil exerce par conséquent une forte influence sur l'organisation des personnes morales de droit public.

<sup>92</sup> BK das Personenrecht-RIEMER, Systematischer Teil N 121.

<sup>93</sup> BK das Personenrecht-RIEMER, Systematischer Teil N 129; MOOR, *Personnes* (n. 68), 530; CR CC I-XOUDIS, art. 59 N 7; KNAPP (n. 67), N 2493.

<sup>94</sup> MOOR, *Personnes* (n. 68), 530.

<sup>95</sup> VOGEL (n. 67), 194.

<sup>96</sup> BK das Personenrecht-RIEMER, Systematischer Teil N 129; PIERRE MOOR/FRANÇOIS BELLANGER/THIERRY TANQUEREL, *Droit administratif*, vol. III, *L'organisation des activités ad-*



la personnalité juridique de droit public n'apporte aucun élément supplémentaire à la personnalité de droit privé. En particulier, elle ne joue pas de rôle spécifique dans les rapports de droit public noués entre l'administration et les administrés<sup>97</sup>. La relation administrative nouée entre une autorité et une personne privée n'est aucunement influencée par le fait que l'autorité dispose ou non d'une personnalité juridique propre.

La question se pose désormais de savoir si l'État est en droit suisse titulaire de la personnalité juridique et, le cas échéant, dans quelle mesure les principes exposés ci-dessus lui sont applicables.

### C. La qualité de personne morale de l'État

Nous avons évoqué ci-devant le rejet du dogme de la personnification de l'État par la doctrine suisse, ainsi que l'absence de base légale conférant la personnalité juridique à la Confédération et aux cantons. En réalité, la controverse — l'on devrait plutôt dire l'inconnue — porte davantage sur le fondement dogmatique de la personnalité juridique de l'État et sa portée que sur son existence. En effet, dans une décision certes un peu datée, le Tribunal fédéral a déjà reconnu la personnalité morale de la Confédération<sup>98</sup>. Un arrêt plus récent semble quant à lui indiquer que toutes les collectivités publiques seraient des personnes morales<sup>99</sup>. La doctrine admet également la personnalité de la Confédération et des collectivités publiques en général, mais sans pour autant s'étendre sur les aspects théoriques<sup>100</sup>. HANGARTNER fait ici figure d'exception, dans la mesure où il conclut à la personnalité de la Confédération, des cantons et des communes en se référant très exactement aux enjeux de la personnification de l'État évoqués ci-dessus (séparation entre le souverain et le gouvernement, possibilité d'exprimer une volonté unique et création d'un centre d'imputation de droits et d'obli-

gations)<sup>101</sup>. Enfin, force est de constater qu'en pratique, la Confédération, les cantons et les communes bénéficient effectivement de tous les attributs qui sont généralement liés à la personnalité juridique. Lorsqu'elles agissent sur le plan du droit privé, elles sont (et doivent pouvoir être) titulaires de droits et d'obligations au même titre que le serait n'importe quelle autre personne morale<sup>102</sup>. Elles sont ainsi propriétaires des biens appartenant au patrimoine financier<sup>103</sup> et peuvent être parties à un contrat<sup>104</sup>. Sur le plan du droit public, elles peuvent notamment être destinataires d'une décision appelée à modifier leurs droits et obligations, ne serait-ce que lorsqu'elles sont condamnées au paiement de dépens. Enfin, il est admis que les collectivités publiques ont de manière générale la capacité d'ester en justice<sup>105</sup>.

Si l'on admet ainsi que l'État dispose de la personnalité juridique, la question du fondement de cette personnalité et de sa nature n'est cependant pas résolue.

### D. Le fondement dogmatique et la nature de la personnalité juridique de l'État

S'agissant de la source de la personnalité de l'État, nous avons vu que celle-ci ne résulte ni de la Constitution fédérale ni d'une loi. Certaines constitutions cantonales reconnaissent certes la personnalité juridique des communes, mais ces reconnaissances n'ont qu'une portée déclarative<sup>106</sup>. Selon toute vraisemblance, la personnification des collectivités publiques repose ainsi sur le droit coutumier, soit sur « *une pratique ininterrompue et de longue durée, qui repose sur la conviction juridique tant des autorités appliquant le droit que des personnes concernées*<sup>107</sup>. » Cette position présente en outre l'avantage de parer l'argument parfois évoqué à l'encontre de la personnification de l'État, en vertu duquel l'État ne pourrait s'octroyer à lui-même la personnalité juridique<sup>108</sup>. De fait, le droit

---

ministratives, les biens de l'État, 2<sup>e</sup> éd., Berne 2018, 125. Il est certes également possible que l'acte constitutif d'une personne de droit privé limite la portée de sa personnalité. En principe toutefois, une personne de droit privé pourra elle-même modifier cet acte, ce qui n'est en revanche pas possible pour une personne morale de droit public dont l'acte constitutif est une loi ou un contrat passé entre plusieurs collectivités.

<sup>97</sup> MOOR, Personnes (n. 68), 530.

<sup>98</sup> ATF 91 I 223 c. I.2.

<sup>99</sup> ATF 141 I 253 c. 3.2, « *Seule une collectivité publique comme telle (voire une autre personne morale de droit public).* »

<sup>100</sup> KNAPP (n. 67), N 2494; VOGEL (n. 67), 34; MOOR/BELLANGER/TANQUEREL (n. 96), 2 et 19; ANDRÉ GRISEL, *Traité de droit administratif*, Neuchâtel 1984, 193; DUBÉY/ZUFFÉREY (n. 82), N 30 et 51; MOOR, Personnes (n. 68), 521.

<sup>101</sup> YVO HANGARTNER, *Grundzüge des schweizerischen Staatsrechts*, Vol. I, Organisation, Zurich 1980, 20.

<sup>102</sup> À titre d'exemple, droit de propriété sur un immeuble, TF, 2C\_1016/2012, droit à la protection du nom; ATF 72 II 145.

<sup>103</sup> PIERRE MOOR, *Les biens de l'État: état des lieux*, in : François Bellanger/Thierry Tanquerel (édit.), *La gestion et l'usage des biens de l'État à l'aune des droits fondamentaux*, Genève 2020, 9 ss, (cité: Biens), 10.

<sup>104</sup> KNAPP (n. 67), N 2494. À titre d'exemple de communes et de cantons parties à des contrats de bail TF, 4A\_530/2019; 4A\_109/2015.

<sup>105</sup> ATF 136 V 106 c. 3.1; 141 I 253 c. 3.2.

<sup>106</sup> MOOR, Personnes (n. 68), 530.

<sup>107</sup> ATF 119 Ia 59 c. 4 c., c'est nous qui traduisons.

<sup>108</sup> Voir à ce sujet les critiques résumées par HÄFELIN (n. 3), 373 et 375-376.

coutumier prend précisément naissance sans intervention étatique et permet donc de répondre à cette objection. Il est cependant vrai que si l'on considère que la personnalité juridique de l'État est consubstantielle à son existence, autrement dit que l'État ne peut être l'État que s'il existe sous la forme d'une personne juridique, la solution du droit coutumier reste insatisfaisante. Cet obstacle peut toutefois être levé si l'on change la manière de percevoir la notion de personnalité juridique. L'idée que l'État doit nécessairement être conçu comme une personne morale repose sur le postulat que la personnification d'une entité nous renseigne sur l'essence (ou les qualités intrinsèques) de cette entité. Cette opinion n'est pas retenue ici, car nous soutenons la thèse que la personnalité juridique ne constitue qu'un ensemble d'attributs que l'ordre juridique réunit sous l'appellation de la personnalité et qu'il choisit de conférer ou non à diverses entités<sup>109</sup>. Ces attributs, par exemple la capacité d'être partie et d'ester en justice, peuvent également être octroyés séparément à des entités dépourvues de la personnalité, comme des autorités administratives (par exemple les départements fédéraux, art. 89 al. 2 let. a LTF) ou des groupements de personnes du droit privé (par exemple la communauté des co-propriétaires par étages, art. 712 I CC). L'intérêt de la personnalité consiste cependant à regrouper ces droits de manière reconnaissable mais aussi opposable vis-à-vis de tiers. Lorsque l'on conceptualise la personnalité de cette manière, il n'existe alors aucune raison de ne pas en faire bénéficier l'État, en ce que cela permet de clarifier sa position vis-à-vis des autres sujets de l'ordre juridique. Il est néanmoins évident que sous cet angle, le concept de personnalité ne saurait apporter aucune réponse à la question de la nature intrinsèque de l'État.

En ce qui concerne l'attribution de la personnalité de l'État au droit privé ou au droit public, il semble intuitivement logique de la rattacher à cette seconde catégorie. Toutefois, la véritable question est celle de savoir s'il existe véritablement une distinction de contenu entre ces deux institutions en dehors de leur mode de création. En effet, il ressort du chapitre précédent que la personnalité morale de droit public ne confère aucun attribut qui n'appartienne pas déjà à la personnalité privée. En particulier, rien n'indique qu'en droit suisse, la souveraineté serait conceptualisée comme un droit subjectif dont seul l'État serait titulaire. Autrement dit, l'activité souveraine de l'État et de ses organes n'est pas dépendante de leur statut de personnes morales de droit public. Sur cette base, l'on

est alors tenté de soutenir qu'il n'existe pas de différence de contenu fondamentale entre ces deux institutions.

Cette position ne fait cependant pas l'unanimité. Ainsi, selon MOOR, « *la personnalité morale de droit public n'a en aucun point le même sens ni la même portée qu'en droit privé*<sup>110</sup>. » Cette position repose sur plusieurs arguments. D'une part, l'auteur expose que la personnalité morale de droit public ne confère pas nécessairement une autonomie comparable à celle que confère la personnalité morale de droit privé. Ainsi, la personnalité juridique de droit public ne constitue qu'une autonomie juridique, qui ne dit encore rien de l'autonomie financière, de l'autonomie organique (soit s'agissant du choix des organes et des personnes qui y siègent) et de l'autonomie administrative (relative à la manière dont l'entité accomplit les tâches publiques qui lui sont confiées) de l'entité en cause<sup>111</sup>. D'autre part, alors que les personnes de droit privé se caractérisent par le fait qu'elles disposent de l'autonomie de la volonté, les personnes de droit public n'ont au contraire qu'une volonté conditionnée par le principe de la légalité et la poursuite de l'intérêt public<sup>112</sup>. Les deux institutions seraient donc foncièrement différentes. Ces arguments ne nous semblent toutefois pas propres à fonder une distinction entre les deux types de personnalité si celles-ci sont considérées (comme proposé ici) uniquement comme un ensemble d'attributs. Dans cette perspective, la personnification d'une entité n'implique rien quant à la manière dont celle-ci forme sa volonté sur le plan interne, mais permet en revanche de savoir que cette entité peut se voir imputer une volonté propre et que celle-ci est exprimée par des organes. De ce point de vue, il n'y a donc aucune différence de contenu entre la personnalité morale de droit public et celle de droit privé.

D'aucuns pourraient certes reprocher à cette position qu'elle ne permet pas de rendre compte de la distinction entre activité privée et activité étatique. Cette problématique n'a cependant aucun lien avec la notion de personnalité juridique. Cela est suffisamment démontré par le fait qu'une tâche publique et l'exercice de la puissance publique puissent être déléguées à une personne de droit privé sans que celle-ci ne devienne une personne morale de droit public<sup>113</sup>. De même, le fait que l'État soit seul actionnaire d'une personne morale de droit privé ne modifie pas la nature de cette dernière. Enfin, c'est bien le critère de l'accomplissement d'une tâche étatique qui est le critère déterminant s'agissant de la titularité des droits

<sup>110</sup> MOOR, *Personnes* (n. 68), 537.

<sup>111</sup> MOOR, *Personnes* (n. 68), 527-528 et 537.

<sup>112</sup> MOOR, *Personnes* (n. 68), 528 et 537.

<sup>113</sup> MOOR/BELLANGER/TANQUEREL (n. 96), 340.

<sup>109</sup> S'agissant des différentes manières de concevoir l'institution de la personnalité juridique, voir KURKI (n. 1), 4 ss.

constitutionnels et non la nature de droit privé ou public de la personne en cause. Ainsi, une personne de droit privé qui accomplit une tâche publique n'est pas autorisée à se prévaloir des droits constitutionnels en lien avec cette activité<sup>114</sup>. À l'inverse, une personne de droit public qui se comporte comme une personne privée peut parfois faire valoir des droits fondamentaux, notamment celui de la propriété ou encore certaines garanties de l'état de droit<sup>115</sup>.

Il n'existe ainsi aucune différence fondamentale de contenu entre la personnalité morale de droit privé et celle de droit public<sup>116</sup>, même lorsqu'il s'agit de la personnalité de l'État. En leur qualité de personnes juridiques, l'État et les personnes privées bénéficient d'un statut similaire et sont (sur cet aspect) sur un pied d'égalité. On est ainsi bien loin des hiérarchies entre sujets de droit postulées par certaines théories françaises qui faisaient de l'État une « *super personne* » ou la « *personne parfaite* »<sup>117</sup>.

#### IV. Conclusion

Au terme de cet article, il est désormais possible d'apporter une réponse aux questions formulées en introduction. La première s'interrogeait sur l'apparent désintérêt de la doctrine helvétique pour les théories postulant la personnalité juridique de l'État. Nous avons constaté que ce désintérêt n'était pas qu'apparent mais qu'il constituait bien une réalité. Il a même été dit de cette théorie qu'elle était « *superflue* »<sup>118</sup>. La seule tentative d'explication que l'on peut proposer à cet état de fait est celle du pragmatisme de la science juridique suisse. La doctrine publiciste estime que son rôle n'est pas de fournir une définition du concept même d'État, ou de réfléchir à son substrat ontologique. En ce sens, peu importe les raisons politiques ou philosophiques pour lesquelles l'État est conceptualisé chez nos voisins comme une personne juridique. Il existe

une nécessité pratique à faire de l'État le point d'imputation de droits et d'obligations et la reconnaissance de sa personnalité en est le corollaire. Il est également vrai que d'un point de vue logique, l'on perçoit mal comment l'État pourrait ne pas avoir la qualité de personne dans un ordre juridique dont il est le créateur et qui est centré sur les rapports entre sujets de droit. Cependant, le fait de concevoir l'État comme une personne juridique ne permet pas et n'a pas vocation à expliquer ce qui fait de l'État un phénomène juridique à part.

La seconde question avait trait à la conceptualisation de la personnalité juridique de l'État en droit suisse. Nous nous demandions quel était le fondement juridique de cette personnalité et quelle était la nature de celle-ci. Nous sommes parvenus à la conclusion qu'en l'absence de base légale formelle, la personnalité morale de l'État reposait en droit suisse sur la coutume et qu'il s'agissait d'une personnalité de droit public. Quant au contenu matériel de cette personnalité, nous sommes d'avis qu'il n'y a pas de différence majeure entre la personnalité de droit privé et celle de droit public. Nous considérons en particulier que la personnalité juridique doit être appréhendée comme un ensemble d'attributs que l'ordre juridique reconnaît à l'entité qui en bénéficie et qu'elle ne permet aucune inférence sur l'essence ou les qualités intrinsèques de l'entité personnifiée. Autrement dit, le fait que l'État personne ne bénéficie pas de l'autonomie de la volonté n'a pas d'impact sur l'étendue de sa personnalité juridique. Au contraire, le critère déterminant s'agissant de l'étendue des droits et obligations des personnes, privées ou publiques, est le critère de l'exercice d'une tâche publique. Il en résulte que la personnalité juridique de l'État et celle d'une personne privée ne diffèrent pas fondamentalement dans leur principe. Cette dernière affirmation permet également de répondre à la dernière question que nous nous posions, à savoir celle des conséquences pratiques de la personnification de l'État. En effet, si l'on considère que la personnalité de l'État ne présente aucune caractéristique spécifique par rapport à la personnalité de droit privé, cela signifie corollairement que celle-ci n'entraîne aucune conséquence particulière de droit public. Ainsi, pour une personne impliquée dans un rapport de droit avec l'État, le fait qu'il soit ou non personnifié est indifférent lorsque le rapport implique l'accomplissement d'une tâche publique, puisque l'État agit alors en vertu de compétences et non de droits et d'obligations. En revanche, lorsque le rapport juridique s'apparente à un rapport entre deux personnes privées, la personnalité de l'État présente alors les mêmes conséquences que s'il était une personne de droit privé.

Compte tenu de ce qui précède, l'État est donc bien conçu sous la forme d'une personne morale au sein de

<sup>114</sup> ATF 138 I 289 c. 2.8.1; ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 8<sup>e</sup> éd., Zurich et Saint-Gall 2020, N 1864.

<sup>115</sup> MOOR, *Biens* (n. 103), 20; VOGEL (n. 67), 191. On note cependant que la question de la titularité de certaines libertés, notamment la liberté économique, demeure controversée (HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN [n. 114], N 1865).

<sup>116</sup> Cela ne signifie cependant pas qu'il faille renoncer à la distinction. Celle-ci reste effectivement pertinente s'agissant des différences en termes de conditions de création. Par ailleurs, il peut également être justifié d'adopter une législation qui se réfère spécifiquement aux personnes privées ou aux personnes morales.

<sup>117</sup> HÄFELIN (n. 3), 219.

<sup>118</sup> HÄFELIN (n. 3), 374.

l'ordre juridique suisse. Cependant, cette personnification n'a manifestement pas ici la portée que lui prêtaient certaines des théories développées en France et en Allemagne. En effet, d'une part la personnalité de l'État ne constitue pas l'un des piliers du droit public suisse et de l'autre elle ne renseigne pas sur la nature intrinsèque de l'État. Si l'on reprend les différents enjeux évoqués en première partie, l'on observe que la personnification de l'État lui garantit effectivement la faculté d'être titulaire de droits et d'obligations. Nous sommes néanmoins parvenus à la conclusion qu'il n'y avait pas de différence de contenu entre la personnalité de droit public et celle de droit privé. L'on n'a en particulier trouvé aucune trace de droits subjectifs qui appartiendraient à l'État de manière exclusive. Bien au contraire, la personnalité juridique de l'État semble déployer l'essentiel de ses effets au sein du droit privé. Quant aux autres enjeux de la personnification, la Confédération est certes perçue comme une entité

souveraine, pouvant exprimer une volonté propre par le biais d'organes. Cela ne signifie toutefois pas encore que la personnification de l'État soit une nécessité conceptuelle. L'on peut ainsi se demander si le besoin de concevoir l'État juridiquement comme une personne n'est pas le produit d'une *summa divisio* teintée d'anthropocentrisme dont il serait temps de s'extraire.

Anzeige

Stefanie Pfisterer | Anton K. Schnyder

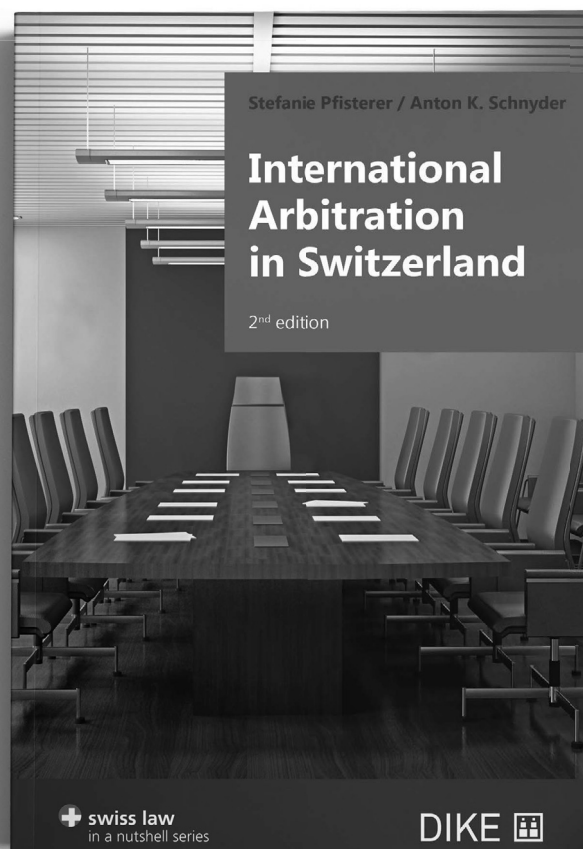
## International Arbitration in Switzerland

**in a nutshell**  
2<sup>nd</sup> edition

International arbitration is a dynamic and important area of Swiss law. This «nutshell» guide provides an overview of the legal environment for international arbitration in Switzerland considering the recent revision to the Swiss international arbitration law (Chapter 12 of the PILA), which entered into force in 2021.

2022, 232 pages, paperback  
ISBN 978-3-03891-518-8  
CHF 45.-

[www.dike.ch/5188](http://www.dike.ch/5188)



DIKE 