

RFDA 2007 p.979

La personnalité publique, notion anisotrope

Jean-Marie Pontier, Professeur à l'Université Paris I - Panthéon-Sorbonne

L'essentiel

L'unité de la personnalité juridique qui semble caractériser les personnes morales de droit public au-delà d'une diversité des personnes, d'ailleurs limitée, est une illusion. La personnalité publique ne présente pas d'homogénéité, les facteurs de différenciation l'emportent sur les éléments communs, qu'il s'agisse des catégories traditionnelles (collectivités territoriales et établissements publics) ou des nouvelles catégories de personnes morales de droit public que l'on voit apparaître. Le modèle du réseau, avec une densité plus ou moins forte de caractéristiques de la personnalité publique, est beaucoup plus de nature à rendre compte aujourd'hui, de cette différenciation que le schéma traditionnel.

Dans la physique fondamentale, notamment la physique des particules, les spécialistes sont surpris par les découvertes qu'ils font et, chez les cosmologistes, l'univers est une source d'étonnement constamment renouvelé. De même, les juristes sont amenés en permanence à constater que des notions qui paraissaient stables et bien déterminées connaissent des variations qui invitent à s'interroger. Les sciences, plus particulièrement certaines d'entre elles telles que la physique ou la biologie, déterminent largement le devenir de nos sociétés et de ce que nous sommes, donc le droit lui-même. Les concepts scientifiques imprègnent de plus en plus les autres disciplines, ouvrent sur des réflexions nouvelles, y compris de nature philosophique et métaphysique. Ceci vaut également pour le droit, et certaines données scientifiques sont éclairantes pour ce dernier. Il n'est pas illégitime, dans ces conditions, de procéder en droit à des comparaisons en utilisant des données scientifiques. Des théoriciens du droit nous invitent, d'ailleurs, à le faire  (1).

L'isotropie est l'une d'elles. En physique, l'isotropie est la caractéristique d'un corps ou d'une substance présentant les mêmes propriétés dans toutes les directions. Une substance anisotrope est celle dont les propriétés varient selon les dimensions considérées. De même, la personnalité publique, aujourd'hui, paraît présenter des propriétés, c'est-à-dire des caractéristiques et des effets, différents selon les personnes prises en considération, ce qui autorise à parler de notion anisotrope parce que, et c'est ce que l'on voudrait montrer dans les lignes qui suivent, contrairement à ce qui est supposé ou sous-entendu implicitement, la notion de personnalité publique ne présente pas l'homogénéité à laquelle on pourrait s'attendre. La question que l'on peut se poser est de savoir si les points communs entre toutes les personnes publiques ne sont pas, en définitive, moins importants que ce qui les différencie, auquel cas il faut s'interroger sur ce que signifie la notion de personnalité publique.

La première étrangeté est sans doute l'écart entre l'apparente évidence de la notion, telle qu'elle est présentée, et les débats auxquels elle a donné lieu. La distinction entre les personnes publiques (formule que l'on adopte par commodité, même si des auteurs comme F. Linditch déclarent qu'il conviendrait de parler de personnes morales de droit public, expression d'ailleurs utilisée par les lois les plus récentes) et les personnes privées figure parmi les premières données inculquées aux étudiants en droit. Ces derniers apprennent cette distinction comme quelque chose de rassurant et d'évident, et aucun

doute n'est émis sur l'existence de ces personnes publiques.

La personnalité morale attribuée ou reconnue à des structures publiques a fait l'objet, en d'autres temps, d'un vif et riche débat entre les juristes. Mais, de M. Hauriou à J. Rivero, ce débat a beaucoup plus porté sur la différence entre personnalité publique et personnalité des personnes privées, sur le point de savoir si la première a une force supérieure à la seconde, ou inférieure, que sur les différenciations que l'on pourrait trouver entre les personnes publiques, comme si la question n'avait pas lieu d'être. Le consensus s'est établi sur le fait que la personnalité morale des structures publiques reconnues comme des personnes ne se discutait plus, quelles que soient, par ailleurs, les divergences qui demeurent sur ce qu'est cette personnalité morale, la théorie de la fiction l'ayant emporté et un accord minimal semblant se faire sur le fait qu'elle est au moins un « procédé juridique » ou une « notion de technique juridique », même si elle « n'est que cela »⁽²⁾, ce que d'aucuns contestent.

La disparition du débat sur la personnalité publique a conduit la doctrine à se désintéresser de la question, même si des travaux remarquables y ont été consacrés depuis une trentaine d'années⁽³⁾, à part les débats qui ont eu lieu sur la liberté contractuelle des personnes publiques⁽⁴⁾.

L'objet de cette étude n'est pas de théoriser une nouvelle fois sur la personnalité morale - cela a été fait, et fort bien fait, il y a longtemps déjà, et l'on vient ici, comme le moraliste (La Bruyère) et le poète (Vigny), « trop tard »⁽⁵⁾ - mais de chercher à rendre compte des variations de ce qui est considéré comme étant un, indivisible, la personnalité publique. Ces variations, sortes d'« anomalies » au sein de la personnalité publique, autorisent à parler, comme dans les sciences, d'anisotropie. L'examen du phénomène d'anisotropie peut être fait à partir d'un constat, la différenciation des personnes publiques, d'une observation, la variabilité des propriétés et des effets de la personnalité publique, ceci induisant une interrogation sur le sens de ces fluctuations, c'est-à-dire sur l'unité de la personnalité publique.

La différenciation croissante des catégories de personnes publiques

Sur deux siècles environ, la différenciation a d'abord été, durant la plus longue partie du temps, refusée, niée ou ignorée, elle s'est récemment affirmée et développée. C'est une différenciation qui, chronologiquement (alors que - logiquement - il faudrait procéder de manière inverse), est d'abord interne aux personnes publiques, et qui est devenue une différenciation entre les personnes publiques.

La différenciation interne aux personnes publiques

Il faut entendre par là qu'à l'intérieur de chaque catégorie de personnes publiques l'unité apparente cache des différenciations parfois très marquées. Cela vaut tant pour les collectivités territoriales que pour les établissements publics.

La fausse simplicité des collectivités territoriales

Relevons d'abord, pour ne plus avoir à y revenir, que, parmi toutes les personnes publiques, les auteurs mettent l'Etat à part parce qu'il est l'Etat, formule faussement sentencieuse car elle est la conclusion, lapidaire, d'une intense réflexion menée sur plusieurs siècles par les philosophes mais aussi les juristes (Saleilles, Michoud, Kelsen, Carré de Malberg, etc.). Et, du seul point de vue juridique, les développements qui suivent montrent que les personnes publiques autres que l'Etat poursuivent un intérêt public - cela va (presque) de soi - mais cet intérêt, parce qu'il est un intérêt propre à la personne, est également plus limité que celui de l'Etat, qui, du point de vue du droit interne, poursuit seul l'intérêt général dans son sens

plénier.

Quant aux autres personnes publiques, que l'on tend à regarder, aujourd'hui, comme les plus accomplies, c'est-à-dire les collectivités publiques territoriales, les choses n'ont pas été claires immédiatement et totalement. Il est quelque peu étonnant de constater que la personnalité morale a été reconnue avec une certaine difficulté aux collectivités locales, et que aujourd'hui elle connaît une certaine effervescence, étant attribuée assez libéralement par le législateur.

La personnalité morale n'est pas, chez ces personnes publiques, une qualité qui s'imposerait d'emblée, que l'on aurait ou que l'on n'aurait pas. L'histoire montre au contraire que l'attribution de la personnalité morale s'est faite par à-coups. Les collectivités locales se sont vu reconnaître la personnalité morale de façon progressive, comme si le législateur avait hésité sur ce qu'il voulait faire. Certes les concepts juridiques n'étaient pas aussi clairement définis qu'aujourd'hui, mais cela n'est pas vraiment une explication, lorsque l'on voit que la personnalité morale des personnes publiques est pratiquement réglée, au coeur du Moyen-Age, avec le concept d'*universitas*.

Les communes se voient reconnaître très tôt, avec ce concept, une personnalité juridique, les juristes du Moyen Age ayant développé là une réflexion très élaborée et remarquable correspondant pratiquement à ce que nous appelons la personnalité morale ⁽⁶⁾. Mais la qualification de personnes publiques, pour les communes, est bien postérieure, un doute subsistant sur son appartenance aux personnes publiques ou aux personnes privées. La loi du 10 juin 1793, sur le mode de partage des biens communaux, donne une définition à la fois synthétique et ambiguë de la commune, qui ne tranche pas véritablement en faveur de la commune personne publique ⁽⁷⁾, et la commune ne se voit reconnaître que peu à peu la personnalité publique (lois de 1831 puis de 1837). Le droit de propriété est considéré comme un révélateur de la personnalité juridique ⁽⁸⁾.

Le département est d'abord créé, en 1789, comme circonscription administrative, il n'est pas immédiatement doté de la personnalité morale. L'attribution de celle-ci a donné lieu à une discussion. Certains auteurs, tel Hauriou, datent les premières manifestations de la personnalité morale du département du décret du 9 avril 1811 qui dote le département d'un patrimoine (même s'il s'agit, en même temps, d'un transfert de charges) et C. Eisenmann a considéré comme personne publique « toute personne morale, instituée par l'ordre juridique et dotée d'un ensemble de biens publics ». Mais Hauriou relevait lui-même que cette idée (de personnalité morale) « rencontra encore de la résistance et c'est seulement la loi de 1838 sur les conseils généraux qui la rendit incontestable » ⁽⁹⁾.

Ce que montre ce bref aperçu de l'attribution de la personnalité morale aux collectivités locales, c'est que la personnalité publique ne présente pas la netteté, l'évidence qu'on lui prête facilement, qu'il y a eu des hésitations, des étapes, des différences. Mais il y a plus, c'est la différenciation réelle sous l'uniformité apparente, une diversité qui couvait sous l'unité, et qui n'est apparue que récemment.

Il y a d'abord l'outre-mer, qui a toujours été considéré comme étant à part, mais au fond l'originalité juridique, du point de vue des personnes publiques, ne concernait que les territoires d'outre-mer, les départements d'outre-mer ne constituant pas une catégorie distincte de celle des départements. L'énumération s'arrêtait là, ce qui était, en définitive, fort modeste. Avec l'adoption des lois de 1982, le Conseil constitutionnel a été amené à reconnaître que certaines collectivités territoriales étaient à part, ne pouvant être assimilées à aucune catégorie existante, et pouvaient même constituer une catégorie tout en étant l'unique unité de celle-ci. On se débarrasse facilement de l'outre-mer en déclarant que c'est un « laboratoire institutionnel ». Mais, ce faisant, on ne dit pas grand-chose, si ce n'est reconnaître la diversité des solutions juridiques mises en oeuvre ⁽¹⁰⁾. Bien que relevant, juridiquement, de la catégorie des départements, les départements d'outre-mer (DOM) présentaient des particularités notables. Quant aux territoires d'outre-mer, jusqu'en 2003,

collectivités d'outre-mer (COM), depuis 2003, ce sont des collectivités « à la carte », le législateur pouvant pratiquement diversifier autant qu'il le souhaite les statuts. C'est une différenciation aiguë qui caractérise ces collectivités (11).

Mais ce n'est pas seulement l'outre-mer, pour lequel l'évidence est telle qu'elle ne peut être contestée, que la différenciation s'applique. Le territoire métropolitain offre également des applications de cette différenciation. Paris n'est pas, constitutionnellement, une commune, ce n'est pas plus un département, c'est une collectivité à statut particulier. Et cette soustraction aux deux catégories précédentes n'est pas une affirmation de pure forme, il suffit de penser aux applications, dont nous avons eu quelques échos contentieux, en matière d'incompatibilité ou de cumul de mandats, pour s'en rendre compte (12).

Il faudrait ajouter, ce que l'on ne prend guère en considération, quelle qu'en soit l'importance, les données financières, qui sont un facteur majeur de différenciation : pour prendre en compte une diversité que la loi ne consacre pas explicitement, on recourt à des indicateurs et des paramètres qui déterminent des catégories de collectivités territoriales, notamment parmi les communes, avec, par exemple, des communes de montagne, des communes suburbaines, ou encore des communes à faible potentiel fiscal.

La diversité des établissements publics, négation de la catégorie établissement public

La notion de personne morale publique, ou de personne morale de droit public, n'a jamais été une notion figée. Assez rapidement, la distinction binaire qui s'instaure est celle entre collectivité territoriale et établissement public. Celui-ci est d'abord ce qui, parmi les personnes publiques, n'est une collectivité territoriale et se trouve rattaché à elle. Et, ainsi que l'écrit L. Rolland, « suivant que ce service ou ce groupe de services intéresse l'ensemble des habitants du pays ou bien les habitants d'un département, d'une commune, d'une colonie, on dit que l'établissement public est national, départemental, communal, colonial » (13).

La catégorie de l'établissement public va vite connaître une certaine différenciation, entre l'établissement public administratif et l'établissement public à caractère industriel et commercial, distinction dont la portée est discutée, mais qui constitue un clivage incontestable. Que l'on puisse avoir des établissements publics très modestes, comme certains bureaux d'aide sociale (devenus centres communaux ou intercommunaux d'action sociale) ou des établissements très importants à tous points de vue, comme la Caisse des dépôts et consignations, ne porte pas juridiquement atteinte à la notion d'établissement public, encore que l'on puisse se demander dans quelle mesure des caractéristiques juridiques ne sont pas affectées par des différenciations purement quantitatives (14).

Mais certains établissements publics ne répondent guère à la logique qui aurait dû sous-tendre leur qualification. C'est plus que la diversité qui caractérise les établissements publics, c'est l'hétérogénéité. Celle-ci est telle que la qualification établissement public n'a qu'une portée limitée, ce n'est qu'une catégorie négative qui regroupait, jusqu'à il y a peu, tout ce qui n'était pas collectivité territoriale. Peut-être, d'ailleurs, cette diversité accentuée, voire exacerbée, a-t-elle facilité la reconnaissance d'autres catégories de personnes publiques. Ce n'est pas, au fond, une révolution, ce n'est qu'une consécration *de jure* de ce qui existait *de facto*. Les auteurs l'affirment tout uniment, la notion d'établissement public est une « catégorie disloquée » (15), qui « a perdu son unité » (J. Morand-Deville).

Les associations syndicales de propriétaires (ASP) sont des personnes singulières par leurs particularités. Comme les sections de communes, elles remontent souvent à un passé assez éloigné (le XXIV^e siècle), ce qui ne saurait évidemment constituer un argument pour les disqualifier car, sinon, il ne faudrait pas, non plus, parler des communes. Et ne peut qu'être rejeté l'argument de leur secondarité, voire de leur marginalité dans la vie administrative : les associations

syndicales de propriétaires ont été constituées (à l'époque) pour lutter contre les inondations, assainir les cours d'eau, assécher les marais, etc. ; puis ce fut en vue de la reconstruction d'immeubles et du remembrement ; aujourd'hui c'est, aussi, pour lutter contre les incendies de forêts, les dégâts causés par les termites, etc. C'est dire qu'elles ne sont pas une rareté à classer parmi les vieilleries sans intérêt 📖 (16).

Parmi les particularités notables de ces « associations » qui n'en sont juridiquement évidemment pas, figurent l'adhésion éventuellement obligatoire et, plus étrange, l'impossibilité, dans certains cas, d'en sortir. L'étrangeté s'explique parce qu'il s'agit de droits et obligations réels, et non personnels. Tout ceci a conduit le juge, depuis *Association syndicale du canal de Gignac*, à analyser les associations syndicales comme des établissements publics. Mais ce sont des établissements publics qui ont de bien singulières caractéristiques : d'ailleurs, avant la décision du Tribunal des conflits, Aucoc les qualifiait de « communes spéciales », ce qui montre que le doute était permis.

Les régies des collectivités locales sont également des institutions particulières, montrant que le législateur n'a pas attendu aujourd'hui pour créer des structures sujettes à interrogation. Il en est de deux sortes, celles qui sont dotées de la seule autonomie financière et celles qui ont la personnalité morale et l'autonomie financière (art. L. 2221-4 CGCT). On a beaucoup débattu, il y a quelques années, de la nature juridique de la régie personnalisée, et certains auteurs ont développé une argumentation tendant à distinguer, juridiquement, la régie personnalisée de l'établissement public 📖 (17). Le législateur a fini par trancher, en 2004, reconnaissant à ces régies la nature d'établissements publics locaux, mais cette qualification est tardive, et lesdites régies présentent des particularités notables par rapport aux établissements publics tels qu'on les rencontre habituellement.

La différenciation ne va pas se limiter à des différenciations internes, c'est la dualité collectivité territoriale-établissement public qui peut être remise en cause.

La différenciation des personnes publiques

Sur le plan constitutionnel les données sont relativement simples, même si elles sont évolutives (réforme de 2003), puisque la Constitution ne reconnaît que les collectivités territoriales (la jurisprudence du Conseil constitutionnel ayant assimilé, quant à leurs effets au moins, les collectivités locales aux collectivités territoriales avant que le constituant supprime la catégorie constitutionnelle des collectivités locales) et les établissements publics. Cela n'interdit pas, pour autant, au législateur, de créer de nouvelles catégories de personnes publiques, et il ne s'est pas privé de cette possibilité.

Les catégories intermédiaires

La personnalité morale des personnes publiques autres que l'Etat, tout en étant incontestable, soulève de nombreuses interrogations. Il y a des « anomalies », telles que, par exemple, pour les communes, l'existence des sections de communes, qui se sont vu reconnaître la personnalité juridique, et que l'on se gardait de qualifier de collectivité locale, l'intérêt essentiel étant la propriété de biens indivis au profit de la section. Les sections de communes présentent des étrangetés par rapport aux personnes publiques classiques que sont les collectivités territoriales et les établissements publics. Ce qui est incontestable, parce que le législateur l'a affirmé (aujourd'hui art. L. 2411-1, deuxième alinéa, CGCT), c'est la personnalité morale de la section de commune. Celle-ci est une personne, et sa nature de personne publique ne paraît pas plus contestable. Mais pour le reste, la section de commune présente des particularités. Passons déjà sur le fait, curieux, que la section n'est pas créée par une décision de l'autorité publique, comme les collectivités territoriales ou les établissements publics, mais existe dès qu'est constatée l'existence d'un patrimoine collectif appartenant aux habitants d'une section de commune. Celle-ci n'est pas une collectivité territoriale, aucune loi - et *a fortiori* la Constitution - ne

l'ayant qualifiée comme telle. Mais ce n'est pas un établissement public, car elle n'en présente guère, à supposer qu'elles existent, les caractéristiques. Certains auteurs parlent certes à son propos d' « établissement public diminué » ⁽¹⁸⁾ mais, d'une part, cela est contestable, d'autre part, cela revient à admettre, sans le dire, que la personnalité publique produit des effets différenciés.

Parmi les catégories intermédiaires figure également l'établissement public territorial. Certes ce dernier est un établissement public et, à ce titre, devrait figurer dans le paragraphe précédent. Mais c'est un établissement tellement particulier qu'il ne peut plus être rangé dans la catégorie des établissements publics. Car il présente avec ces derniers une différence radicale, l'existence d'un territoire. Cette différence est si importante qu'elle remet en question la distinction entre la collectivité territoriale et l'établissement public. Car si un établissement public dispose d'un territoire, qu'est-ce qui le différencie de la collectivité territoriale ? Un établissement public traditionnel, quel qu'il soit, et même s'il déroge largement au « modèle » de l'établissement public, n'a pas de territoire, il est rattaché à une collectivité territoriale.

Un auteur aussi avisé que A. de Laubadère manifestait sa perplexité pour trouver un critère incontestable de différenciation. Certains établissements publics territoriaux, notamment les établissements publics de coopération intercommunale (EPCI) à fiscalité propre, présentent des similitudes troublantes avec les collectivités territoriales, en dehors, bien entendu - et là est toute la question - de l'élection au suffrage universel direct. Sont-ils, comme l'archéoptéryx, ou comme la chauve-souris de la fable, un intermédiaire entre deux espèces différentes ? Quoi qu'il en soit, ils troublent la classification traditionnelle, un auteur ⁽¹⁹⁾ écrivant que la distinction s'obscurcit de plus en plus.

le développement de nouvelles catégories de personnes publiques

La « pauvreté des structures du droit administratif » dont parlait A. de Laubadère n'est plus, elle a vécu.

Le passage des années 2000 a manifesté une inflexion considérable sur le plan juridique, à moins qu'il ne faille considérer cela comme la manifestation visible de ce qui cheminait souterrainement depuis longtemps. La première brèche a été ouverte par le Conseil d'Etat avec les groupements d'intérêt public (GIP). On avait longtemps discuté de la nature de ces derniers, après leur création par le législateur, peut-être un peu comme le sexe des anges. De bons auteurs avaient pu alors estimer « qu'il n'y a pas de bonnes raisons de leur refuser la qualité, plus précisément et tout simplement d'établissements publics » ⁽²⁰⁾. Le Conseil d'Etat a déclaré que les groupements d'intérêt public n'étaient pas des établissements publics, ce qui en fait une nouvelle catégorie de personnes publiques puisque, à l'évidence, ces groupements ne peuvent être considérés comme une collectivité territoriale et sans totalement lever toutes les interrogations ⁽²¹⁾.

Après les groupements d'intérêt public ce sont des autorités administratives indépendantes qui se sont vu attribuer la personnalité morale par le législateur (Autorité des marchés financiers, Autorité de contrôle des assurances et des mutuelles, Haute autorité de santé, Agence française de lutte contre le dopage). Comme il paraît exclu de les considérer comme des personnes privées, c'est une nouvelle catégorie de personnes publiques qui a vu le jour. Il est toujours possible de dire, comme le font certains auteurs, que, de ce fait, elles sortent de la catégorie des autorités administratives indépendantes, mais cela ne change rien pour notre raisonnement, ce sont de nouvelles personnes publiques. A vrai dire, à partir du moment où l'on admet que la distinction collectivité territoriale-établissement public n'est pas exhaustive, on ouvre la porte à un nombre indéfini de catégories, une nouvelle personne publique pouvant très bien constituer, dans le prolongement d'une jurisprudence aussi bien administrative que constitutionnelle, bien établie, une catégorie à elle seule.

Le législateur crée parfois des personnes publiques qui, du point de vue juridique, sont un peu mystérieuses : la loi de programme pour la recherche, du 18 avril 2006, déclare que l'Institut de France, l'Académie française, l'Académie des

inscriptions et belles-lettres, l'Académie des Sciences, l'Académie des beaux-arts et l'Académie des sciences morales et politiques qui le composent sont « des personnes morales de droit public à statut particulier placées sous la protection du président de la République » (art. 35), ce qui exclut de les considérer comme des établissements publics. Et l'on peut se demander si une recherche attentive ne permettrait pas de trouver dans d'autres lois des personnes publiques que l'on ne pourrait rattacher à aucune catégorie.

Est-ce une boîte de Pandore qui a été ouverte ? Les conséquences de cette différenciation ne paraissent pas troubler outre mesure notre système juridique. D'une certaine manière, cette différenciation peut apparaître comme une réponse à un besoin, celui de disposer de structures adaptées, la question, sensible, de l'opportunité de création de nouvelles catégories étant beaucoup plus politique que juridique. Mais, si cette différenciation se vérifie réellement, c'est-à-dire si les personnes publiques ainsi créées ne sont pas le résultat de seules contingences passagères, du coup cela conduit à s'interroger sur la portée de la reconnaissance de la personnalité morale : que s'agit-il de lui reconnaître par cette attribution, c'est-à-dire que veut-on lui permettre de faire qu'elle ne pourrait pas sans cette personnalité ? S'agit-il seulement de permettre à la personne en question d'agir en justice ?

Des propriétés et des effets variables

Si la personnalité publique est définissable autrement que - de manière tautologique - l'attribution de la personnalité morale à une structure publique, ce qui est, non pas une définition, mais un constat, elle doit présenter des caractéristiques identifiables, et ces caractéristiques doivent se retrouver chez toutes les personnes publiques. Ou encore, si un organisme, et à partir du moment où cet organisme, est qualifié de personne publique, il doit présenter les propriétés de la personnalité publique. Et si ces propriétés ne se retrouvent pas toutes, ou pas au même degré, chez toutes les personnes publiques, il faut bien en déduire que la personnalité publique ne présente pas l'unité, l'homogénéité qui sont sous-entendues lorsque l'on parle de personnes publiques.

La personnalité publique et le principe d'autonomie

L'autonomie est celle de la volonté, et les auteurs évoquent « l'autonomie de la volonté, que constitue nécessairement toute personne morale de droit public » ⁽²²⁾ tout en faisant valoir que « la volonté n'est en fait qu'une hypostase d'une réalité plus obscure » ⁽²³⁾. Mais cette autonomie de la volonté ne produit pas toujours les mêmes effets.

La liaison entre l'autonomie et la personnalité

Les auteurs disent traditionnellement que l'autonomie résulte de la reconnaissance de la personnalité morale tout en reconnaissant que « cette relation n'est pas systématique » ⁽²⁴⁾. Certes, des auteurs tels que M. Waline ont adopté une position apparemment originale consistant à soutenir qu'il existe des personnes morales qui sont autonomes et d'autres qui ne le sont pas. Mais cette position revient en fait, ainsi que le montre lui-même M. Waline, à mettre l'Etat à part (ce que la plus grande partie des auteurs admet facilement), en reconnaissant à lui seul l'autonomie : les collectivités territoriales que sont les communes et les départements (à plus forte raison, aujourd'hui, les régions) ne seraient pas autonomes. Mais c'est alors une pure question de terminologie, tout dépend de ce que l'on met sous le terme autonomie, c'est-à-dire de la plus ou moins grande portée que l'on attribue à ce terme. Cependant, plus personne, aujourd'hui, ne donne au mot autonomie le seul sens que lui reconnaît M. Waline, se donner sa propre loi ⁽²⁵⁾.

Par ailleurs cette conception « maximaliste » de la notion d'autonomie est à écarter aujourd'hui. Certes, le constituant comme le législateur français ont utilisé et consacré le terme autonomie, et la Charte européenne de l'autonomie locale,

désormais ratifiée par la France, l'a adoptée. Mais ce n'est pas l'autonomie dont parlait M. Waline, l'autonomie telle qu'elle est conçue, aujourd'hui, c'est le fait de s'administrer « librement », non de se gouverner librement, c'est le fait de se déterminer librement, avec toutes les réserves que l'on peut y apporter. Cependant, même en ce sens réduit de la notion d'autonomie, l'examen des règles relatives aux personnes publiques, notamment les personnes publiques non territoriales, conduit à nuancer fortement cette affirmation de l'autonomie attachée à la personne publique.

L'autonomie, telle qu'elle est entendue en droit public interne français, n'est pas le pouvoir de se donner sa propre loi, l'autonomie appliquée à des personnes morales de droit public est administrative, elle s'exprime par une aptitude à passer certains actes juridiques dans le champ légal d'intervention reconnu à la personne, et, pour cette dernière, à pouvoir faire valoir ses droits. Mais, même ainsi entendue, l'autonomie ne se vérifie pas au même degré pour toutes les personnes publiques, toutes les personnes publiques n'ont pas la même capacité, les mêmes aptitudes juridiques.

L'autonomie différenciée des personnes publiques

Cette autonomie est particulièrement invoquée pour les collectivités territoriales. La notion de personne publique, dit-on, est étroitement liée à la décentralisation, et la décentralisation c'est l'autonomie, du moins c'est ce qui est affirmé. La théorie de la personnalité morale allait en quelque sorte de soi pour l'Etat, c'était pour les autres structures publiques que la notion de personnalité morale prenait tout son intérêt. Plus précisément, la personne publique est une « technique de décentralisation », ainsi que l'écrivait J.-B. Auby. Selon cet auteur, « Ce n'est que lorsqu'il y a décentralisation que la personnalité de l'Etat a un sens quant à la structuration interne de l'administration »  (26).

La décentralisation n'est pas réalisée par la seule reconnaissance de la personnalité morale. La décentralisation suppose également des compétences, des pouvoirs, une autonomie du pouvoir de décision. Mais, en ce qui concerne la décentralisation territoriale, elle en est la première condition : ce n'est qu'à partir du moment où la personnalité juridique est reconnue aux communes et aux départements que la décentralisation va véritablement commencer à se développer. *A contrario*, les structures qui n'ont pas reçu la personnalité morale ne sont jamais devenues des personnes publiques, *a fortiori* des collectivités territoriales. L'exemple le plus significatif est celui de l'arrondissement : bien que le Conseil d'Etat ait tenté, à un moment donné  (27) de lui reconnaître la personnalité juridique, le législateur, dans la loi de 1838, mit en échec cette tentative.

En ce qui concerne les établissements publics, l'affirmation est peut-être moins vraie, dans la mesure où, selon certains auteurs, ils ne sont pas l'expression d'une décentralisation. Quel que soit le jugement que l'on porte sur ce point - expression d'une décentralisation que l'on qualifie de fonctionnelle ou par services pour la distinguer de la décentralisation territoriale, ou simple technique d'organisation de services à laquelle il faut refuser le qualificatif de décentralisation - les établissements publics sont des personnes publiques et la reconnaissance de cette personnalité est ce qui les différencie des autres structures administratives, le motif retenu pour leur permettre d'agir en ayant un patrimoine, en pouvant se voir imputer directement des actes.

L'établissement public a contribué à enrichir considérablement la famille des personnes publiques et est devenu un instrument commode pour permettre à une structure administrative d'agir de manière plus autonome par rapport à la personne dont elle dépend. Peut-être, d'ailleurs, la rigidité des structures administratives françaises consécutive à la réorganisation napoléonienne a-t-elle favorisé le développement des établissements publics, institution pratique pour laisser une marge d'action tout en maintenant un contrôle qui pouvait être étendu, au point que l'on pu relever dans certains cas un pouvoir qui était quasiment de nature hiérarchique.

Les établissements publics présentent des différences notables quant à l'étendue de leur autonomie, mais également quant à leurs attributions, les deux notions étant liées tout en étant différenciées. Or on relève dans les textes institutifs ou modificatifs de ces établissements des variations quant à ces attributions, c'est-à-dire quant à leur capacité, plus ou grande selon les cas, notamment en ce qui concerne les prestations que l'établissement peut assurer, les opérations commerciales, tantôt permises (limitativement), tantôt exclues, les possibilités d'exploiter et d'acquérir, etc.

Un certain nombre d'établissements publics s'écartent du modèle - s'il existait, mais précisément ce n'est pas le cas - que serait l'établissement public type, tel que ses caractéristiques sont présentées dans les manuels de droit. Soit le cas, parmi bien d'autres, des établissements publics locaux d'enseignement rattachés à une collectivité territoriale (département, pour les collèges, lycées, régions, pour les lycées et, depuis 2004, communes pour les écoles primaires). Le rattachement à la collectivité territoriale est assez fictif (sauf pour les dépenses à réaliser), l'autorité locale n'ayant pratiquement aucun pouvoir sur l'établissement, qui dépend très largement de l'Etat *via* le directeur d'établissement et le recteur. La même observation vaut pour les établissements publics de santé, dont le rattachement à une collectivité est variable, selon leur nature et qui n'ont, lorsqu'ils sont établissements publics communaux, qu'un lien artificiel avec la commune  (28).

L'autonomie des autres personnes publiques est également extrêmement variable. Dans le cas des sections de communes, l'autonomie se borne à gérer les biens dont la section est propriétaire, dans le cas des associations syndicales de propriétaires qui sont des établissements publics (ASA et ASO) les « affaires de l'association » (pour reprendre la formule de l'ordonnance du 1^{er} juillet 2004), sont uniquement le maintien des ouvrages ou la réalisation des travaux pour lesquels l'association a été instituée.

Ne peut-on considérer que ces différences signifient une reconnaissance d'un degré différencié de la personnalité juridique ?

Le contenu hétérogène des pouvoirs

Les effets non inéluctables de l'autonomie

Un certain nombre de caractéristiques n'en sont pas, car il n'est guère possible d'en déduire quoi que ce soit. Rappelons d'abord, sans insister puisque ce point a fait l'objet de nombreux travaux, que les personnes publiques sont plus ou moins soumises au principe de spécialité. On oppose couramment les collectivités territoriales, qui ont ou auraient une compétence générale, aux établissements publics qui auraient une compétence spécialisée. Mais, d'une part, l'idée d'une compétence générale doit être prise avec précaution, car il faut entendre, y compris pour l'Etat, que cette compétence n'est pas illimitée, tout au moins en système démocratique. D'autre part, les situations intermédiaires se sont multipliées : certaines collectivités territoriales ont été juridiquement progressivement vidées de leur substance de compétence au profit d'établissements publics tandis que certains de ces derniers disposent, du fait des transferts obligatoires de compétences, d'une compétence plus étendue que celles des collectivités (communes) membres. Sans en tirer de conclusion sur la nature et l'étendue des compétences, bornons nous à constater que cela a introduit une différenciation de plus en plus grande entre les personnes publiques.

Dans la langue juridique, écrivait Michoud, le mot personne « désigne un sujet de droit, c'est-à-dire un être capable d'avoir des droits lui appartenant en propre et des obligations lui incombant »  (29). Certes, mais pour autant, peut-on dire qu'il existe des effets inéluctablement, intrinsèquement attachés à la personnalité morale, lorsqu'il s'agit de personnes publiques ? On peut éprouver les plus grands doutes à cet égard, au vu, tout au moins, des personnes publiques reconnues récemment dans notre droit.

La propriété publique paraît être un facteur d'unité, ainsi que le soulignent les commentaires du code de la propriété publique ⁽³⁰⁾, la personnalité paraissant donc présenter une utilité évidente pour la propriété. Car, ainsi que le fait remarquer un auteur, « il n'est pas possible de se passer du recours à la technique de la personnification » ⁽³¹⁾. Mais cela n'aide guère à la réflexion pour notre sujet. D'une part c'est la personnalité juridique, non la personnalité publique, qui explique le droit de propriété et cette propriété présente des particularités, tout au moins lorsqu'elle relève du domaine public (on ne peut dire, suivant la formule, souvent citée, de Vareilles-Sommières, que « nous sommes tous (...) copropriétaires du domaine public ou privé, des routes nationales, des canaux, des rivages, des palais, des musées de la France » ⁽³²⁾). D'autre part, la propriété révèle la personne, puisqu'il faut avoir la personnalité juridique pour acquérir ou aliéner un bien, mais elle ne dit pas ce qu'est la personne.

Il serait pour le moins étrange et paradoxal que l'intérêt principal de la personnalité publique réside dans la possibilité d'acquérir ou d'aliéner une propriété, ce qui reviendrait à caractériser la personnalité publique par ce sur quoi repose largement le droit civil, le droit de propriété, alors que le droit administratif s'est construit en se démarquant de ce droit. Et, dans certains cas (sections de communes) c'est la seule constatation d'un patrimoine collectif qui conduit le juge à constater l'existence d'une section de commune ⁽³³⁾ ce qui, à la fois, valorise le droit de propriété, et relativise ses effets.

Une dissociation s'amorce, au sein des personnes morales de droit public, entre la capacité d'ester en justice et la personnalité. Selon F. Linditch, « le défaut de personnalité juridique est sanctionné par une incapacité de principe » ⁽³⁴⁾. En réalité l'absence de personnalité n'est pas synonyme d'une impossibilité absolue à pouvoir défendre ses intérêts en justice. Cela n'est pas récent, le juge administratif a déjà reconnu une certaine aptitude à des groupements non dotés de la personnalité juridique : une association non déclarée, qui n'a donc pas la personnalité juridique, a cependant qualité pour contester la légalité d'actes administratifs lui faisant grief ⁽³⁵⁾. Plus encore, le législateur a reconnu à des institutions non dotées de la personnalité juridique, les autorités administratives indépendantes, des possibilités d'agir en justice. Cela permet de comprendre que l'attribution de la personnalité morale ne soit pas une revendication pour ces institutions. Inversement, le bénéfice de la personnalité publique ne garantit pas nécessairement une pleine capacité.

Car ces caractéristiques, ni ne sont indispensables aux structures juridiques pour agir, ni ne se retrouvent nécessairement lorsque est créée une personne publique. Ainsi de la possibilité d'ester en justice, considérée comme étroitement liée à la personnalité juridique. Or le législateur a reconnu une certaine capacité juridique sans pour autant consacrer la personnalité morale. Le Conseil de la concurrence, bien que non doté de la personnalité morale, a la capacité de former des pourvois contre les arrêts de la Cour d'appel de Paris réformant ses décisions. La Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité (Halde) peut demander à présenter des observations devant les juridictions, en particulier devant le juge pénal. Il n'est pas étonnant, dans ces conditions, que les représentants de ces autorités estiment que la personnalité morale ne leur apporterait rien de plus.

Inversement, dira-t-on, la personnalité morale implique la possibilité, pour la personne qui se la voit reconnaître, d'ester en justice. Cela se vérifie, certes, mais si l'on fait un peu de droit comparé, on se rend compte que la possibilité d'ester en justice est parfois limitée, et que ces limitations ne s'appliquent pas à des personnes morales de seconde zone : dans plusieurs pays, les possibilités, pour les collectivités locales, d'intenter un recours, sont très étroitement encadrées, le recours contre les décisions de l'Etat peut ne pas être reconnu. Peut-être est-ce là une application stricte de la pensée de Kelsen selon lequel « affirmer que les collectivités locales ont un droit propre en face de l'Etat, c'est ériger en exigence de droit naturel un postulat politique » ⁽³⁶⁾.

Les piliers vermoulus de l'autonomie

Les deux piliers de l'autonomie que sont, les actes et décisions susceptibles d'être pris par l'autorité publique, d'un côté, les ressources dont dispose celle-ci et la liberté d'utilisation de ces ressources, ne tiennent que partiellement à la personnalité morale. S'agissant des actes unilatéraux, du temps de la tutelle, qui a duré fort longtemps, les actes, ou certains actes des autorités représentant ces collectivités n'étaient exécutoires qu'après approbation, explicite pendant plus d'un siècle, implicite ensuite, de l'autorité représentant l'Etat, ce qui est une singulière limitation du pouvoir décisionnel. Inversement, aujourd'hui, certaines autorités qui ne se voient pas reconnaître la personnalité morale disposent cependant de prérogatives de puissance publique, d'un pouvoir de sanction, et tel est le cas d'un certain nombre d'autorités administratives indépendantes.

En ce qui concerne les contrats, la capacité contractuelle est extrêmement variable. Elle est d'abord limitée par le champ de compétences de la personne, ce qui paraît évident. Cette évidence se dissipe lorsque l'on constate que, pour les collectivités territoriales, selon la conception que l'on retient (clause générale de compétence - qui ne signifie pas que la collectivité peut intervenir en tous domaines - ou compétence spécialisée), la capacité contractuelle sera elle aussi plus ou moins étendue. Les incertitudes sont encore plus grandes en ce qui concerne la capacité contractuelle des établissements publics, c'est-à-dire de certains d'entre eux, la jurisprudence sur les contrats conclus par une collectivité territoriale pour un établissement public (ex. lycée ou collège) étant nuancée. A plus forte raison en est-il pour les autres catégories de personnes publiques. Inversement, une personne publique - mais on pense plus particulièrement à une collectivité territoriale - peut être soumise à une obligation de contracter, par exemple lorsque le législateur prévoit qu'une aide sera accordée par le biais d'une convention, ou qu'un service sera géré sous forme de gestion déléguée.

Ce n'est plus la personnalité publique en elle-même qui est discutée, débattue, ce qui est en question, généralement, ce sont les possibilités d'action des personnes publiques, le contenu et l'étendue de ces possibilités. C'est plus particulièrement sur le terrain contractuel qu'un tel débat a encore lieu. Ce n'est d'ailleurs même pas la liberté contractuelle des personnes publiques qui soulève des interrogations, mais la nature de cette liberté, notamment le point de savoir si la liberté contractuelle des personnes publiques est seulement législative ou si elle est protégée constitutionnellement, si les personnes publiques peuvent ou non bénéficier de droits fondamentaux.

Il est cependant intéressant de relever à cet égard qu'en réfléchissant sur la liberté contractuelle, les auteurs en viennent à une réflexion plus globale sur les personnes publiques. Ainsi E. Picard écrit que les « personnes publiques, n'ayant aucune existence propre qui s'imposerait en droit positif de façon prééminente ou ultime, constituent des entités entièrement objectivées par le droit (...) ; tout leur être, dans ses divers éléments constitutifs, est défini par l'acte juridique qui les crée *ex nihilo* et les constitue à sa convenance ; elles sont indéfiniment malléables, comme toute fiction (...) ; et elles se voient façonnées pour des intérêts ultimes qui ne sont pas les leurs, qu'elles n'arrêtent pas librement, mais qui leur sont imposés »⁽³⁷⁾.

En ce qui concerne les ressources, la même observation peut être faite, même si elle vaut plus, ici, pour les personnes publiques non territoriales que pour les personnes publiques territoriales. L'existence de ressources propres, longuement invoquée en faveur des collectivités territoriales, ne suffit pas à garantir l'autonomie financière de ces collectivités, même si l'on peut présumer, ou supposer, que ce type de ressources est plus favorable à l'autonomie que d'autres. Par ailleurs il est facile de démontrer que l'affectation de ressources propres n'est pas une condition indispensable à l'autonomie⁽³⁸⁾.

La personnalité morale est-elle indispensable aux structures publiques ? On peut éprouver quelques hésitations au vu de la création de certaines structures. Tel est le cas des « pays ». Les pays ont été créés par la loi, ils ont reçu de multiples appellations mais qui, il faut bien le reconnaître, n'apportent pas grand-chose sur le plan juridique parce qu'elles n'ont pas

de sens précis. Les pays ont connu un franc succès, leurs actions ne paraissent pas affectées par l'absence de personnalité morale, cette absence est peut-être même une raison de leur succès (plus de 350 pays créés). C'est dire que cette personnalité morale ne leur était pas indispensable. Cela ne veut pas dire qu'un jour les pays ne se la verront pas reconnaître. Les pouvoirs publics hésitent à consacrer cette personnalité, voyant peut-être là la porte ouverte à une nouvelle catégorie de collectivités territoriales, ou d'établissements publics, alors que leur nombre est déjà trop élevé et que la création de nouvelles institutions n'entraînerait pas nécessairement la disparition des anciennes. Le rapport de M.-A. Frison-Roche sur les autorités administratives indépendantes et « la perspective de la personnalité morale » est nuancé sur les avantages et les inconvénients de cette dernière pour lesdites autorités  (39)

La recherche de sens

L'observation de ce que sont les personnes publiques conduit à dresser un tableau très différent de la simplicité apparente attachée à la personnalité publique. Le système ou, pour continuer sur les images empruntées aux sciences, l'univers des personnes publiques, apparaît comme un ensemble complexe, aux traits fortement différenciés, et l'on est amené à s'interroger sur l'utilité même de la personnalité publique.

Le système des personnes publiques, un univers grumeleux et instable

Parmi les théories cosmologiques contemporaines, beaucoup présentent l'univers observable comme un univers grumeleux et instable. Il en est de même pour les personnes publiques.

Les anomalies dans le système

Cette affirmation peut être démontrée d'abord par le caractère non figé des états d'une personne morale, en ce sens qu'il est possible à une personne morale de changer de nature, de passer d'une catégorie à une autre. Cela est vrai pour le passage de la nature de personne privée à la nature de personne publique, ou inversement. Il est inutile de rappeler que le juge (Tribunal des conflits, Conseil d'Etat) s'est prononcé en faveur de la nature privée de certaines personnes alors que l'on inclinait plutôt, étant donné les éléments en présence, en faveur de la nature de personne publique  (40). Si l'hésitation est permise, c'est que les différences entre ces deux catégories de personnes ne sont pas flagrantes. Mais d'autres personnes morales sont encore plus énigmatiques. C'est le cas des associations syndicales de propriétaires, qui possèdent, en tant qu'appartenant à cette catégorie, un certain nombre de caractéristiques communes, et qui sont tantôt des personnes privées (lorsqu'il s'agit d'associations syndicales libres) et tantôt des établissements publics (lorsqu'il s'agit d'associations syndicales autorisées ou obligées). Et, ainsi que le confirme l'ordonnance du 1^{er} juillet 2004 réorganisant les associations syndicales de propriétaires, une association syndicale libre (ASL), donc une personne privée, peut demander à devenir une association syndicales autorisée (ASA), donc une personne publique. Les régies des collectivités territoriales disposant de la personnalité juridique ont eu, également, jusqu'à la loi du 13 août 2004, une nature incertaine.

Et un établissement public peut se transformer en collectivité territoriale, ainsi que le montre l'établissement public régional, devenu région. Il est vrai qu'il s'agissait d'un établissement public territorial, mais il n'est pas le seul de son espèce. Il est vrai, encore, qu'à l'heure actuelle il semble y avoir une barrière infranchissable, celle du passage de certains établissements publics de coopération intercommunale (EPCI) à la nature de collectivité territoriale, mais rien ne dit que, demain, ce passage ne s'effectuera pas. La « barrière des espèces » ne paraît pas plus infranchissable, désormais, qu'en biologie.

Résumons l'état de la réflexion. Il y a des anomalies. Elles sont si nombreuses qu'on ne peut se contenter de les prendre

comme telles. Les interrogations sur les personnes publiques sont plus nombreuses que les certitudes. S'agit-il des collectivités territoriales ? Pour les collectivités territoriales « généralistes », les facteurs de différenciation s'accumulent, en particulier sur le plan fiscal. D'autres collectivités sont difficilement classables et M. Verpeaux parle de « collectivités incertaines » (41). Quant aux établissements publics, l'affaire est entendue, les remarques qui précèdent dispensent d'ajouter quoi que ce soit. Et voici que naissent de nouvelles catégories par volonté législative, ces catégories demeurant, pour l'instant, sinon énigmatiques, au moins avec de nombreuses interrogations. Les attributions, les pouvoirs, les prérogatives de ces personnes sont d'une très grande variabilité. Certaines personnes paraissent être des personnes « de plein exercice » (pour reprendre une ancienne formule qui fut appliquée à certaines communes), d'autres n'ont qu'une partie des attributs des personnes publiques.

Il ne s'agit pas d'en déduire une dissolution de la personnalité publique, ni même d'une sorte de déréliction. Ainsi que le souligne P.-L. Frier, les personnes morales de droit public constituent « le cœur, le noyau dur de l'administration » (Précis de droit administratif, 3^e éd., § 15, p. 12). On peut cependant se poser la question de savoir si les facteurs de différenciation ne sont pas, aujourd'hui, plus importants que les facteurs d'unité, si l'on peut encore parler d'unité de la personnalité publique. Les auteurs soulignent volontiers l'absence d'homogénéité de la notion d'établissement public, mais c'est la personnalité publique elle-même qui est non homogène. Selon les directions dans lesquelles on l'examine, c'est-à-dire selon qu'il s'agit des collectivités territoriales ou des autres personnes publiques, et à l'intérieur de chaque catégorie, la personnalité publique ne se présente pas de la même manière, elle est une notion anisotrope.

D'aucuns objecteront que la personnalité est ou n'est pas, que l'on ne saurait parler de degrés dans la personnalité. Cependant, le droit privé connaît des formes atténuées ou limitées de personnalité, et le droit public pourrait tout aussi bien l'admettre. En droit public, l'opposition tranchée qui existerait entre les structures qui disposent de la personnalité morale et celles qui ne l'ont pas est démentie par l'observation de la variabilité des propriétés de la personnalité morale. Dans certains cas, la personnalité publique est pleine et entière, dans d'autres elle se présente comme amenuisée, atténuée, diminuée. Par ailleurs, il faut bien rendre compte de ce fait que la personnalité juridique ne produit pas toujours les mêmes effets, que la capacité qui découle de cette personnalité est plus ou moins grande selon les personnes publiques, elle est en quelque sorte élastique. Le droit comparé nous apprend d'ailleurs que les propriétés que nous prêtons à la personnalité juridique en droit public ne sont pas unanimement reconnues, y compris ce qui paraît être en France l'une des caractéristiques essentielles de cette personnalité, la possibilité d'ester en justice, par exemple la possibilité d'intenter des recours contre les décisions d'autres personnes, notamment l'Etat.

Le contrôle exercé sur les personnes publiques n'est pas plus un critère car on ne peut trouver aucune unité, aucune ligne directrice à ces contrôles. Dire qu'un contrôle s'exerce toujours n'est pas une réponse puisque, dès lors qu'une personne privée, si elle poursuit un but d'intérêt général, et qu'elle utilise des prérogatives de puissance publique (et parfois même sans les utiliser), est soumise à un contrôle qui peut être similaire à celui s'exerçant sur certaines personnes publiques). Si les établissements publics sont soumis, en principe (mais pas tous) à une tutelle, celle de la collectivité de rattachement, cela ne vaut ni pour certains établissements publics, ni, *a fortiori*, pour les nouvelles catégories de personnes publiques, et ne parlons pas des collectivités territoriales pour lesquelles la tutelle administrative et la tutelle financière, au moins, ont été supprimées. Le contrôle de la Cour des comptes n'est pas plus un critère puisque celle-ci ne contrôle pas toutes les personnes publiques et, en revanche, contrôle certaines personnes privées. Certaines personnes publiques, inversement, peuvent être soumises à la fois à des contrôles de personnes publiques et à des contrôles de personnes privées, comme les récentes sociétés publiques d'aménagement local. Les règles relatives à la concurrence pourraient suggérer de semblables remarques.

Les doutes sur l'unité de la personnalité publique

On peut s'interroger sur l'unité de la personnalité publique. Pour l'Etat, déjà, et même si certains auteurs le réaffirment ⁽⁴²⁾, la question de l'unité de l'Etat peut être posée ⁽⁴³⁾. Dans sa thèse, J.-B. Auby soulignait que, « du point de vue de leur qualité de personne morale, toutes les institutions publiques dotées de cette qualité sont équivalentes. Les dissemblances, les possibles inégalités de statut, n'atteignent en rien l'essence de leur qualité commune de personne publique » ⁽⁴⁴⁾. On peut s'interroger sur le bien-fondé, aujourd'hui, de cette appréciation : c'est bien « l'essence » de la personnalité publique qui paraît atteinte par les variations qui ont été signalées. Cette « essence » s'est dissoute ou atténuée du fait de l'affaiblissement des caractères attachés à la personnalité publique, des effets beaucoup moins déterminants qu'ils ne furent, ou dont on a dit qu'ils furent.

Les auteurs relèvent de manière unanime l'absence ou la perte d'unité de la catégorie « établissement public », mais ils s'en tiennent là. Cela ne suffit pas, car cette absence d'unité n'est pas propre aux seuls établissements publics, elle caractérise l'ensemble des personnes publiques, et elle s'applique également à la personnalité elle-même de ces personnes publiques.

D'une part, en effet, l'absence d'homogénéité, d'unité, se vérifie pour les autres catégories de personnes publiques. Si l'on prend les collectivités territoriales, partie la plus emblématique, la plus « noble », serait-on tenté de dire, des personnes publiques, comment leur trouver une unité, alors que l'on trouve toutes sortes de collectivités aux traits (juridiques) les plus divers, au point que les auteurs sont quelquefois embarrassés pour les qualifier ? Au sein d'une « sous catégorie », telle que celle des communes, malgré les efforts du législateur (et l'affirmation constitutionnelle) de l'égalité, les différences juridiques, dans les compétences et les pouvoirs, sont flagrantes (notamment selon qu'elles font ou non partie d'une communauté). Quant aux nouvelles personnes publiques consacrées par le juge ou par le législateur, l'attribution de la personnalité juridique semble être du « sur mesure » ⁽⁴⁵⁾.

D'autre part, et surtout, la personnalité juridique de ces personnes publiques n'est pas à l'écart de cette « dispersion ». On voit mal comment on pourrait maintenir l'unité de la personnalité publique alors que tous les indices que l'on peut relever vont en sens inverse. La variabilité, « l'éclatement », ne caractérise pas seulement les personnes publiques, mais également la personnalité de ces personnes. On ne peut « sauver » l'unité de la personnalité publique en dissociant les deux, en faisant valoir que la diversité ne porte « que » sur le champ d'intervention de ces personnes, leur objet, l'étendue de leurs attributions, leurs prérogatives... Car la personnalité d'une personne publique est indissociable de ce que fait cette personne, elle est attribuée en fonction des missions de celle-ci, et la simple observation des textes qui instituent ces personnes et/ou leur attribue la personnalité morale montre que cette personnalité ne présente pas les mêmes propriétés selon les personnes.

Et les caractéristiques qui, selon les auteurs, définiraient les personnes morales de droit public sont toutes négatives, ce qui crée un doute dans l'esprit sur la « validité » d'une telle « définition » : que sont des personnes publiques que l'on ne peut définir que par ce qu'elles ne peuvent pas faire - elles ne peuvent pas compromettre, elles ne peuvent pas faire l'objet de voies d'exécution, de redressement judiciaire, etc. - et encore cela est-il de plus en plus contestable, une telle « définition » a-t-elle encore un intérêt ? Et la notion de personnalité publique présente-t-elle une utilité, s'il ne s'agit que de cela ? Ce serait une conception bien limitée, étriquée, de la personnalité publique.

L'une des raisons, non juridiques, de l'intérêt de la personnalité morale, est mis en évidence par le rapport Gélard sur les autorités administratives ⁽⁴⁶⁾ et le rapport sur lequel s'appuie le précédent, d'A. Frison Roche, c'est la « force symbolique » de la personnalité morale, les autorités qui la reçoivent se distinguant mieux de la collectivité à laquelle elles sont rattachées (le plus souvent l'Etat) et acquérant ainsi une responsabilité, au sens moral du terme, que leur statut de simple

autorité administrative ne leur permettait pas d'avoir.

Un modèle d'explication

La personnalité morale des personnes publiques est beaucoup plus facilement reconnue qu'autrefois mais, en même temps, son utilité paraît moindre. Pourquoi passer par la personnalité publique, qui paraît présenter des limitations par rapport à la personnalité privée, par exemple en matière de constitution de partie civile devant le juge pénal ?

Lorsque le législateur (ou le pouvoir réglementaire, dans les cas où il est compétent) attribue la personnalité morale à un organisme, il a d'abord le choix entre une formule de droit privé ou une formule de droit public. Or les effets du choix par l'autorité compétente entre une personne publique ou une personne privée comme mode de gestion ne sont pas symétriques, il n'y a pas d'équivalence : si le choix de l'autorité compétente se porte sur une personne privée, le droit applicable sera, sauf rares exceptions, le droit privé ; si, en revanche, le choix se porte sur une personne publique, le droit applicable ne sera pas nécessairement le droit public, comme dans le cas de l'établissement public industriel et commercial (EPIC), fréquemment choisi, et qui implique une application très large du droit privé.

Le cas de l'établissement public est symptomatique de l'anisotropie de la personnalité publique, en ce sens que les motivations dans le choix de l'établissement public et les effets produits ne sont pas du tout les mêmes selon le type d'établissement choisi et selon l'objet de ce dernier. La formule de l'établissement public est éminemment pratique, voire hypocrite ou mensongère, par l'autonomie revendiquée supposée en justifier la création. Car l'établissement public n'a d'autonomie que celle que veut lui attribuer son créateur. Et le choix peut aller jusqu'à une soustraction presque complète au droit public, ce qui n'exclut pas pour autant l'exercice d'un contrôle étroit de la part du ministère de rattachement, sans oublier l'avantage, certes annexe mais non négligeable, de permettre au pouvoir de procurer à de hauts fonctionnaires qu'il veut remercier (parfois dans les deux sens du terme) des fonctions autrement plus rémunératrices (et intéressantes), en général, que celles qu'ils occupaient dans leurs corps d'origine.

L'évolution que l'on constate depuis quelques années concernant les personnes publiques, et le phénomène de différenciation que l'on observe, suggère une interrogation sur le modèle qui permettrait d'expliquer ces évolutions. Le modèle classique, pyramidal, n'est guère satisfaisant. En revanche les théories du droit en réseau  (47) fournissent une réponse beaucoup plus convaincante, en ce sens que l'on comprend mieux ces évolutions si l'on compare les personnes publiques à un réseau.

S'inspirant de cette idée, on pourrait dire que les personnes publiques forment un réseau avec des pôles, ou des points de force, et des zones moins denses. On pourrait résumer l'évolution des personnes publiques de la manière suivante. Il y aurait d'abord des noyaux, « noyaux durs », si l'on veut, qui seraient constitués par les collectivités publiques (Etat et collectivités territoriales généralistes) et les établissements publics. Ces structures intégreraient le maximum des potentialités de la personnalité publique, exprimeraient celle-ci dans sa plénitude. Il y aurait, ensuite, les « résidus » de la personnalité publique, c'est-à-dire le maintien de caractéristiques de cette personnalité publique alors que la structure ne correspond pas, ou plus, dans son action, à cette personnalité. C'est le cas de certains établissements publics, en particulier des établissements publics à caractère industriel et commercial, dans lesquels il subsiste des traces de cette personnalité publique à travers les exemples bien connus d'application du droit public nonobstant la soumission privilégiée, principale, au droit privé. Enfin, il y aurait les surgissements dans ce réseau, avec éventuellement constitution de nodules ou de points. Les établissements publics de coopération intercommunale relèvent de ces nodules, avec des caractéristiques tout à fait particulières qui les rendent inassimilables, à la fois aux collectivités territoriales et aux établissements publics, ceci troublant quelquefois les commentateurs qui cherchent vainement à faire entrer ces établissements dans une catégorie

claire et déterminée. Les groupements d'intérêt public et les nouvelles personnes morales de droit public, par exemple parmi les autorités administratives indépendantes, relèvent de ces surgissements. Et, dans cette perspective, il faut donc s'attendre à voir apparaître, à plus ou moins brève échéance, de nouvelles personnes publiques.

En matière de domanialité publique, Duguit, constatant la pluralité de régimes applicables ne permettant pas, selon lui, d'opposer nettement domaine public et domaine privé, parlait d'une « échelle de la domanialité ». Ne pourrait-on pas, alors, dans ces conditions, parler d'une « échelle de la personnalité publique » ? En réalité, ici ce n'est pas véritablement l'image de l'échelle, laquelle implique une gradation, qui convient. Si l'on veut prendre une image, ce serait plutôt celle d'une sorte de résille que constituerait l'ensemble des personnes publiques, avec des noeuds et des parties plus lâches, les noeuds représentant les personnes publiques qui concentrent la plus grande partie ou la totalité des propriétés attachées à la personnalité morale, et les parties plus lâches, voire creuses, correspondant aux personnes publiques qui ne présentent qu'une partie seulement de ces propriétés.

Cependant le législateur, conscient de ses contradictions consistant à chercher à faire échapper des activités toujours plus nombreuses aux règles de droit public qu'il a lui-même posées, éprouve une certaine mauvaise conscience à favoriser l'application de règles qui sont d'abord conçues et développées pour les relations entre personnes privées, pour la protection des intérêts privés face aux intérêts publics, il continue d'affirmer les grands principes, parmi lesquels celui de la noblesse des fins publiques par rapport aux fins privées. Le temps n'est plus où l'on pouvait dire avec L. Michoud que « la personnalité n'est qu'une faveur accordée par la loi à certains groupements qui lui en paraissent dignes »⁽⁴⁸⁾. La mauvaise conscience c'est ce qui conduit à maintenir des institutions publiques soumises au droit public, pour maintenir une part de public face au triomphe de ce qui est privé. La mauvaise conscience c'est l'affirmation un peu mécanique des principes d'avant, alors que la croyance a disparu. La mauvaise conscience c'est le sentiment non avoué d'aller à l'encontre des intérêts de ce que l'on proclame comme étant essentiel.

L'invocation de l'intérêt général suscite aujourd'hui regards apitoyés, sarcasmes ou indifférence. Et cependant il reste que, derrière les pétitions de principe, les grandes affirmations, qui peuvent sonner creux ou paraître dérisoires, il y a bien une réalité profonde, difficilement saisissable, et sans laquelle, néanmoins, aucune vie en société n'est possible, c'est l'intérêt général. Quoi que l'on veuille, il reste que, à un moment donné, quel qu'il soit, de l'histoire d'un pays, il est souhaitable, et indispensable, que des personnes légitimement investies définissent des objectifs, allant au-delà de ce que peuvent faire des particuliers ou des groupes, qui intéressent l'ensemble de la communauté, et des procédés spécifiques, qui ne peuvent pas être ceux des simples particuliers, ni des personnes morales de droit privé, pour atteindre ces objectifs. La personnalité publique est un de ces procédés privilégiés, dont en découlent d'autres, pour atteindre ces objectifs.

L'anisotropie de la personnalité publique démontre, au fond, que ce qui est essentiel, ce n'est pas tant la qualification de personne publique - l'Etat étant toujours mis à part - que la qualification du droit, des règles applicables à ces personnes. Les personnes publiques peuvent se manifester, dans leur action, sous différentes formes, dont certaines occultent largement la spécificité de la personnalité publique. Les personnes publiques n'acquièrent leur véritable identité, tout leur sens, que lorsqu'elles se voient appliquer le droit administratif. Il n'a pas d'essence des personnes publiques, mais une essence qui découle du couple personne publique-droit administratif.

La personnalité publique s'évanouit dans la diversité des interventions publiques, dans la distorsion engendrée par l'application du droit privé à ce qui est qualifié de public (entreprise, société) sans en avoir la nature.

L'essence de ce qui est public, si elle existe, est moins à rechercher dans la personnalité publique qu'à être déduite de l'application de certains principes ou de certaines règles par l'Etat aux personnes publiques, par l'intermédiaire du droit

administratif. Lorsqu'elle utilise les procédés du droit privé, la personne publique renonce à ses privilèges, elle voile sa nature de personne publique, qui ne disparaît pas et peut se manifester à tout moment mais se trouve temporairement, le temps de l'action, annihilée. Le droit administratif demeure le sceau par lequel s'exprime la volonté de l'État de se conformer aux finalités qui justifient l'application de ce droit.

Mots clés :

THEORIE DU DROIT * Personnalité morale

(1) F. Ost et M. van de Kerchove, De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit public Facultés Universitaires de Saint-Louis, Bruxelles 2002 ; A. Hauriou, dans son article sur le Droit administratif de l'État, Mélanges Trobatas, LGDJ 1970, p. 197, évoquait de son côté la thermodynamique.

(2) F.-P. Bénéoit, Le droit administratif français, Dalloz 1968, § 14, p. 19.

(3) J.-B. Auby, La notion de personne publique en droit administratif, thèse Bordeaux I, 1979 ; F. Linditch, Recherche sur la personnalité morale en droit administratif, LGDJ, 1997.

(4) V. le dossier Liberté contractuelle des personnes publiques, AJDA 1998. 643 .

(5) On renvoie ici à de grands auteurs classiques sur lesquels il ne paraît pas, pour cette raison, nécessaire d'insister, notamment L. Michoud, La théorie de la personnalité morale et son application en droit français, LGDJ, 1906 et 1924, et R. Saleilles, De la personnalité juridique, Histoire et théories, Paris, 1910.

(6) V. les travaux remarquables de P. Michaud-Quantin, Universitas, Paris, Vrin 1970 et de J.-L. Mestre, Introduction historique au droit administratif français, PUF.

(7) Cette loi proclame, dans son article 2 : « Une commune est une société de citoyens unis par des relations locales », Lois et Actes du gouvernement, t. VII, p. 117 et s.

(8) La question du droit de propriété s'est posée, au moment de la Révolution, d'une manière particulière, avec le partage de ces biens, qui pouvait impliquer un droit de propriété de l'ensemble des habitants qui pouvaient demander le partage (nul n'étant tenu de rester en indivision), et non un droit de propriété de la personne publique, ce qui était une manière de nier cette dernière. La loi du 14 août 1792 avait ordonné le partage général des biens communaux à l'exception des bois, et les partages ainsi effectués ont duré jusqu'à la loi du 9 ventôse de l'an XII (20 févr. 1804) et au décret du 9 brumaire de l'an XIII (31 oct. 1804).

(9) Précis de droit administratif, 1892, p. 196.

(10) Les travaux réalisés dans le cadre de l'Institut de droit de l'outre-mer et publiés chez différents éditeurs montrent l'extrême diversité des problèmes posés, sur le plan juridique comme sur les autres plans, par ces territoires.

(11) Quant à la Nouvelle-Calédonie, dans sa décision du 13 décembre 2006 *M. G.*, à laquelle il ne faut peut-être pas attacher plus d'importance que le champ d'application de la loi en cause, le Conseil d'Etat déclare qu'elle n'est pas régie par le titre XII de la Constitution relatif aux collectivités territoriales de la République.

(12) V. par exemple CE 14 mars 1980, *Election au conseil de Paris*, Lebon 150 ; AJDA 1980. 531, note C. Goyard.

(13) Précis de droit administratif, 5^e éd., § 36, p. 24.

(14) Le législateur adopte un comportement schizophrénique consistant, d'un côté, à maintenir une unité de principe dont il sait qu'elle n'est qu'une apparence, et, d'un autre côté, à multiplier les dispositions qui consacrent indirectement la diversité.

(15) C'est la formule utilisée par R. Chapus encore dans sa 12^e éd. (Droit administratif, t. 1, § 242, p. 178) tandis que dans sa dernière édition il parle de « l'extrême et très accueillante diversité de cette catégorie » (Droit administratif général, t. 1, 15^e éd., 2001, § 244, p. 198).

(16) Le régime des associations syndicales de propriétaires a été assez profondément refondu par une ordonnance du 1^{er} juillet 2004. V. J.-M. Pontier, Un instrument renouvelé : les associations syndicales de propriétaires, Rev. adm. n° 341, sept. 2004. 406.

(17) J. Viguiier, Les régies des collectivités locales, Economica, 1992, p. 164.

(18) G.-D. Marillia, Dalloz, Encyclopédie collectivités locales, t. I, p. 170-1 et s.

(19) F. Melleray, Une nouvelle crise de la notion d'établissement public, AJDA 2003. 711 .

(20) R. Chapus, Droit administratif général, t. 1, 10^e éd., 1996, § 194, p. 165.

(21) V. R. Chapus, Droit administratif général. 1, 15^e éd., § 233-3, p. 192.

(22) F. Linditch, Recherche sur la personnalité morale en droit administratif, *op. cit.* p. 3.

(23) M. Doat, Recherche sur la notion de collectivité locale en droit français, LGDJ, 2003, p. 86.

(24) J. Rivero, J. Waline, Droit administratif, Dalloz, 21^e éd., § 66, p. 47.

(25) « Une personne morale est autonome si elle se donne elle-même sa loi (...), si elle détermine elle-même les organes qui la représentent, et définit elle-même leurs pouvoirs », Traité de droit administratif, 8^e éd., p. 251, § 409.

(26) J.-B. Auby, La notion de personne publique en droit administratif, *op. cit.* p. 185 et p. 195.

(27) CE 10 juill. 1835, *Arrondissement de Guingamp c/ Les héritiers Le cardinal de Kernier*, Lebon 154.

(28) Le législateur a maintenu le lien avec la commune car les élus locaux y demeurent très attachés pour des raisons compréhensibles, quelque discutables qu'elles puissent être, mais il est assez évident que la zone de desserte d'un établissement hospitalier communal ne correspond pas du tout, et fort heureusement, au territoire de la commune.

(29) L. Michoud, La théorie de la personnalité morale en droit français, *op. cit.* p. 3.

(30) V. par ex. P. Delvolvé, Regard extérieur sur le code, RFDA 2006. 899 et s. 📖

(31) P. Yolka, La propriété publique, éléments pour une théorie, p. 190.

(32) Vareilles-Sommières, Les personnes morales, 1902, p. 491.

(33) CE 1^{er} oct. 1986, *Commune de la Saulsotte c/ Association des affouagistes de la Saulsotte*.

(34) F. Linditch, Recherche sur la personnalité morale en droit administratif, *op. cit.* p. 184.

(35) CE 31 oct. 1969, *Syndicat de défense des canaux de la Durance*, CJEG 1970. 154, concl. M. Morisot ; V. Odent, Contentieux administratif, p. 1003.

(36) Aperçu d'une théorie générale de l'Etat, RD publ. 1923. 612.

(37) La liberté contractuelle des personnes publiques constitue-t-elle un droit fondamental ?, AJDA 1998. 651 et s., spéc. 662 .

(38) V. M. Lombard, Brèves remarques sur la personnalité morale des institutions de régulation, RJEP/CJEG, n° 619, avr. 2005.

(39) Etude dressant un bilan des autorités administratives indépendantes, réalisée par M^{me} M.-A. Frison-Roche, *in* P. Gélard, Les autorités administratives indépendantes : évaluation d'un objet juridique non identifié, Office parlementaire d'évaluation de la législation, Ass. nat. n° 3166 et Sénat n° 404, 15 juin 2006, t. II, p. 57 et s.

(40) Les célèbres affaires T. confl. 20 nov. 1961, *Centre régional de lutte contre le cancer « Eugène Marquis »*, Lebon 879 ; AJDA 1962. 17, chron. J.-M. Galabert et M. Gentot ; D. 1962, note A. de Laubadère ; JCP 1962, n° 12572, note J.-M. Auby ; Rev. adm. 1961. 621, note G. Liet-Veaux ; RD publ. 1962. 964, note M. Waline, et CE 4 avr. 1962, *Chevassier*, Lebon 244 ; D. 1962. Jur. 327, concl. G. Braibant, illustrent ces « contre-indications » (R. Chapus) et, relevant « les quatre éléments dont la réunion permettait jadis, et en cas de doute, de caractériser les personnes publiques », parmi les organismes gérant un service public et qualifiés expressément de privés par le juge « très nombreux sont ceux qui satisfont à ces conditions et devraient donc être considérés comme des établissements publics » (J.-F. Lachaume, Les grandes décisions de la jurisprudence, droit administratif, PUF).

(41) Droit des collectivités territoriales, PUF, 2005, p. 59.

(42) H. Oberdorff, Institutions administratives, A. Colin.

(43) Parmi plusieurs manifestations de ces atteintes à l'unité de l'Etat, d'une part on peut rappeler la tendance des services déconcentrés à se comporter comme des représentants d'un ministère et non de l'Etat - et bien que la Cinquième République ait à plusieurs reprises cherché, non sans succès, à restaurer l'autorité de l'Etat au profit du représentant de ce dernier à l'échelon local - d'autre part la tendance à des formes de contractualisation entre des administrations de l'Etat, et même si on ne peut considérer ces accords comme de véritables contrats. V. B. Delcros, L'unité de la personnalité juridique de l'Etat. Etude sur les services non personnalisés de l'Etat, LGDJ 1976.

(44) J.-B. Auby, La personne publique en droit administratif, *op. cit.* p. 84.

(45) Ainsi que l'écrit M.-A. Frison-Roche dans son étude précitée sur les autorités administratives indépendantes, « Le

législateur n'est pas nécessairement le professeur et son pouvoir normatif lui permet, s'il l'estime nécessaire, de s'échapper du schéma dogmatique (...) de l'attribution d'une qualification catégorielle comme préalable au déclenchement d'un régime juridique » (p. 58).

(46) P. Gélard, Les autorités administratives indépendantes : évaluation d'un objet juridique non identifié, Office parlementaire d'évaluation de la législation, Doc. Ass. nat. n° 3166 et Sénat n° 404, 15 juin 2006.

(47) Notamment F. Ost et M. van de Kerchove, De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit, *op. cit.*

(48) La théorie de la personnalité morale et son application en droit français, n° 7, p. 17.