

« Brèves réflexions sur la puissance publique »

par Jean-Arnaud Mazères, Professeur émérite

Université de Toulouse I Capitole

Madame le Président, Mesdames, Messieurs,

Merci, Madame la Présidente, de m'avoir invité à cette rentrée solennelle du Tribunal Administratif, de m'accueillir en cette si belle ville de Marseille, de me donner ici la parole : j'en suis honoré et heureux.

Lorsque, Madame la Présidente, vous m'avez proposé de dire quelques mots, à l'occasion de cette rentrée que vous avez voulue plus humaniste que solennelle, et plus humaine qu'humaniste, j'ai accepté avec joie... mais peut-être avec quelque imprudence. J'ai pensé alors en effet à un thème qui nous concerne tous, celui de la puissance publique.

Mais très vite j'ai craint de me lancer dans une entreprise hasardeuse voire périlleuse. Comment cette question majeure, complexe, débattue, et même aujourd'hui parfois vivement contestée, pourrait-elle faire sérieusement l'objet d'une réflexion limitée à quelques minutes ? Et puis j'ai pensé à ce qu'avait dit un jour Raymond Aron à propos de la théorie de Marx (dont il a été, on le sait, un remarquable analyste) : un vrai grand thème peut être traité en une vie, en plusieurs années, en quelques semaines et même en cinq minutes. Et comme il m'est donné un peu plus que cinq minutes, je vais me risquer à dégager quelques réflexions sommaires sur cette notion.

Il y a, il est vrai, plusieurs raisons d'évoquer ce sujet devant vous.

Nous savons tous quelle a été et demeure la place qu'occupe l'idée de puissance publique dans l'émergence et le développement du droit administratif et plus spécialement du contentieux administratif. Et si elle est importante pour le juge, elle ne l'est pas moins pour tous ceux qui, par la nature même de leur mission, en sont les représentants et en réalisent les objectifs.

Mais nous savons en même temps qu'à l'heure d'une mondialisation toujours plus affirmée, se trouve posée la question du rôle de l'Etat, et donc des puissances publiques, face à la force expansionniste et dominatrice de ce que l'on appelle le Marché. Et face à ce constat, l'expression d'impuissance publique n'a pas manqué de surgir chez certains observateurs.

Aujourd'hui enfin se manifeste, dans notre pays, une mise en cause, parfois violente, d'une puissance publique ressentie comme verticale, lointaine, dominatrice, parfois même brutale.

Une réflexion sur l'idée de puissance publique semble donc ne pas manquer d'intérêt, même si la pratique que l'on en a ne laisse pas toujours le temps de l'interroger.

Et cette réflexion, au carrefour de la pratique et de la théorie, ne peut résulter que de la rencontre du juge, de l'administrateur, et de la doctrine. C'est ce chœur à trois voix que l'on voudrait ici faire entendre.

Je vais tenter cependant d'assurer quelques instants mon rôle de soliste...

Mais ce sera pour rappeler, tout de suite, que les idées qui seront ici évoquées ont leur source vive dans une tradition de la Faculté de Droit de Toulouse, pour laquelle cette idée de puissance publique a un caractère emblématique. On sait comment le doyen Hauriou avait donné à cette idée une place centrale dans son œuvre. On connaît la légende de l'opposition entre Duguit et Hauriou incarnant celle, trop célèbre, du service public et de la puissance publique. Et si la pensée d'Hauriou était trop riche, trop fluide, « buissonnante » comme on a pu le dire, pour être à l'origine d'une « Ecole de Toulouse », cette pensée continue aujourd'hui à irriguer de nombreuses recherches.

Ainsi, toujours vivante au travers de données à la fois juridiques, sociologiques et politiques, la notion de puissance publique peut sans doute être abordée selon une double perspective.

Un premier temps de l'analyse sera celui de la recherche de ce que l'on pourrait appeler l'identité de la puissance publique, saisie dans la manière dont elle s'exprime et s'extériorise ; et nous verrons que cette identité est complexe.

A partir de cette première démarche, une seconde est sans doute nécessaire, celle qui devrait, au delà dégager quelque lumière sur la nature, l'essence même de la puissance publique ; et cette nature va se révéler ambiguë.

I – La puissance publique : une identité complexe.

Si l'on définit très sommairement l'identité comme un ensemble de traits qui permettent de donner son unité et sa singularité à une personne, et par extension à une notion, on peut tenter de saisir l'identité de la puissance publique dans une double perspective : d'une part en dégagant ses caractères essentiels ; d'autre part en précisant les objectifs qui lui sont assignés.

A – L'identification de la puissance publique par ses caractères.

Sous cet angle, la puissance publique apparaît comme ayant un double fondement qui détermine les caractères qui sont les siens. Dans la force et la domination de ceux qui l'exercent, mais aussi dans l'adhésion plus ou moins effective et en tout cas la soumission de ceux sur lesquels elle est exercée : cela correspond d'une part à la notion de souveraineté, d'autre part à celle de légitimité.

a) Puissance publique et souveraineté

Le lien entre ces deux notions est évident et reconnu dans le cours de la pensée politique dès ses premières émergences. Aujourd'hui Olivier Beaud, qui en est un des meilleurs analystes,

les confond en évoquant «la puissance publique ou encore la souveraineté » («La puissance de l'Etat » PUF 1994).

Ceci étant, la souveraineté fait toujours l'objet de nombreux débats dont on ne peut rendre compte ici.

Rappelons seulement que si cette notion a des sources lointaines (notamment dans le droit romain), si elle traverse en filigrane l'œuvre de Machiavel, elle n'apparaît nettement qu'avec le célèbre ouvrage de Jean Bodin « Les Six Livres de la République » (1576). Pour Bodin, la souveraineté peut être analysée dans une double perspective : comme le pouvoir unilatéral d'imposer la loi, d'abord ; ensuite comme un ensemble de droits essentiels pour l'Etat, ceux que l'on nomme souvent les « droits régaliens ».

Mais la distinction la plus connue et la plus actuelle pour saisir la notion de souveraineté source de la puissance publique, fait ressortir, dans une optique différente, deux caractères majeurs : elle serait la puissance première, suprême, irresistible (J. Chevallier) ; elle serait aussi une puissance indépendante vis-à-vis des autres puissances, elle ne dépendrait que d'elle-même.

Quelle est la valeur heuristique de ces deux caractères profondément interdépendants ?

Sur un plan théorique, force est de reconnaître qu'ils se réfèrent à une situation d'absolu inatteignable ou indécidable, comme l'est la cause première dans la chaîne de causalité.

Sur le plan empirique de la réalité concrète, il suffit de poser un regard sur le monde : quel Etat aujourd'hui, quelle Puissance peuvent-ils sérieusement être considérés comme suprêmes et indépendants dans un monde où s'articulent, à des niveaux multiples, tout un ensemble de forces, tissant un réseau complexe de pouvoirs interdépendants ?

En réalité, la souveraineté semble aujourd'hui caractérisée par deux traits contradictoires.

A l'échelle nationale, elle demeure effectivement toujours, quelles que soient les turbulences qui la perturbent, une et suprême, les logiques monarchique et hiérarchique maintenant, particulièrement dans notre pays, une unité qui englobe un pluralisme demeuré ainsi second.

A l'échelle internationale, et plus encore supranationale, la souveraineté est aujourd'hui irréversiblement partagée au sein d'un nouvel équilibre pluraliste institué par la mondialisation.

Quoiqu'il en soit, si la souveraineté ne peut naître que par la puissance, elle ne peut subsister que par son acceptation. C'est le mystère de l'obéissance, qui nous conduit à la notion de légitimité.

b) Puissance publique et légitimité.

Cette notion de légitimité est, comme la précédente, difficile à saisir, et son rapport au droit est souvent débattu.

On se réfère généralement à Max Weber et à sa trilogie bien connue concernant ce qu'il nomme la « domination légitime ». La validité de cette domination peut selon lui revêtir un caractère soit « traditionnel », soit « charismatique », soit « rationnel-légal ».

Il faut souligner d'emblée que, quelles que soient leur différence, les trois modes de domination reposent de la même manière sur une « croyance » car la domination requiert la possibilité de « trouver des personnes déterminées prêtes à obéir à un ordre ».

Bien que relevant des deux autres par certains aspects, c'est aujourd'hui la légitimité rationnelle légale qui domine.

Légale, elle est fondée d'abord, selon Weber, sur « la croyance en la légalité des règlements arrêtés ». Nous dirions aujourd'hui que c'est par la reconnaissance d'un Etat de droit (et, plus largement, d'un état de droit) que se trouve sans doute principalement fondée la légitimité des démocraties

Mais il faut insister sur le caractère rationnel de cette légitimité. Avec lui et par lui, la force prend les habits de la raison. Elle ne s'exerce pas dans la brutalité immédiate de son être, mais par le recours à une rationalité qui rend son exercice non seulement justifié mais inéluctablement incontestable. On ne peut aller contre la raison, alors même qu'elle n'est parfois que le masque de la force ; c'est alors la force de la raison qui devient la raison de la force (souvenons nous de la célèbre fable de La Fontaine « Le loup et l'agneau »).

B – L'identification de la puissance publique par ses objectifs.

Dans cette perspective, on peut très sommairement dégager deux lignes de fonctions de la puissance publique : elle est d'abord une notion institutive de l'Etat ; ensuite une notion structurante du droit administratif.

a) La puissance publique notion institutive de l'Etat.

Dans son ouvrage phare qu'est la « Contribution à la théorie générale de l'Etat » (1920) Carré de Malberg engage sa réflexion par ce constat sans équivoque : « Par-dessus tout, ce qui fait un Etat, c'est l'établissement au sein de la Nation d'une puissance publique s'exerçant supérieurement sur tous les individus qui font partie du groupe national ou qui résident seulement sur le sol national » (p.6)

A partir de là, la relation entre l'Etat, la Puissance publique et la Souveraineté peut se décliner selon plusieurs possibilités.

Soit on considère que la souveraineté est une notion métaphysique ou au moins transcendantale qui relève essentiellement de l'idéologie, faisant de l'Etat une entité substantialisée dans l'autonomie souveraine de sa personnalité.

Soit on nie la notion même de souveraineté et de puissance de l'Etat en donnant à celui-ci une nature seulement fonctionnelle, comme le proposait Duguit qui, on le sait, le définissait comme une « gerbe de services publics ».

Soit on cherche à donner à la souveraineté/puissance un caractère seulement juridique comme le propose Olivier Beaud qui cherche à « étudier la souveraineté à partir de l'acte juridique spécial grâce auquel la puissance de l'Etat peut être qualifiée de suprême ou souveraine » (« La puissance de l'Etat », op.cit., p.134sq.)

Demeure cependant toujours l'inéluctable question de l'origine fondatrice d'une « souveraineté légitime »...

b) La puissance publique notion structurante du droit administratif.

Qu'est-ce que la puissance publique pour les administrativistes ? Très sommairement, on peut avancer d'abord que la puissance publique a été et est toujours une notion centrale, une notion clé du droit administratif ; qu'elle est ensuite une notion clé en droit administratif, c'est-à-dire explicative dans de nombreux domaines de celui-ci.

- La puissance publique une notion clé du droit administratif.

L'ensemble des auteurs du droit administratif donne une place essentielle dans cette discipline à la notion de puissance publique. Certains même en font, on le sait, une notion clé du droit administratif.

Clé d'abord parce que la puissance publique est pour certain à la source, au fondement même du droit administratif. Elle en serait en quelque sorte la notion générative et générique. Telle est, on le rappelle, la position de Georges Vedel, qui se situe là dans le sillage de la grande figure de Maurice Hauriou. On se souvient, à cet égard, de cet article majeur « Les bases constitutionnelles du droit administratif ». Le droit administratif est pour cet auteur « le droit commun de la puissance publique ».

Clé ensuite parce que la puissance publique est une figure centrale de l'action administrative, traversée par ces « prérogatives de puissance publique » qui donnent à l'administration son autonomie et sa force d'action dans de nombreux domaines.

- La puissance publique une notion clé en droit administratif.

Trois orientations peuvent être retenues.

La puissance publique se manifeste d'abord directement dans certaines activités de l'administration, comme par exemple les opérations de police, mais aussi l'ensemble de ce que l'on appelle commodément les « fonctions régaliennes », ou justement de puissance publique. Il faut cependant rappeler ici que la puissance publique ne se rencontre pas que dans ses expressions régaliennes qui ne feraient que se juxtaposer à des activités de nature différente, dites alors de « service public ». Puissance publique et service public, loin d'être séparées, sont en réalité des expressions interdépendantes et solidaires de l'action des personnes publiques. La puissance publique garantit et protège le service public (relisons à cet égard les si fortes conclusions du commissaire du gouvernement Léon Blum pour l'arrêt de 1910 « Compagnie générale française des tramways »). En même temps, le service public, et cela est essentiel en démocratie, fonde, justifie et finalise l'action même de la puissance publique.

La puissance publique est amenée à jouer aussi un rôle essentiel dans la théorie des actes, et en particulier de ces actes spécifiques de l'autorité administrative que sont les actes unilatéraux, et dans une autre logique, les décisions exécutoires

Enfin, et ce n'est pas le moins important, la notion de puissance publique joue un rôle essentiel au sein du contentieux administratif, et plus spécialement quant à la question tellement débattue des critères de compétence du juge administratif.

On rappelle à cet égard la position très ferme de ce spécialiste majeur du contentieux administratif que fut René Chapus : selon cet auteur la notion de puissance publique est

« largement déterminante dans la compétence de la juridiction administrative », le contentieux administratif étant « un contentieux de la puissance publique ».

II - La puissance publique : une nature ambiguë.

S'interroger sur la « nature » d'une notion n'est pas une démarche neutre car la notion elle-même de nature, loin d'être évidente peut recouvrir bien des perspectives différentes. Héraclite disait « la nature aime à se voiler ». Et tenter de la dévoiler implique, selon nous, une démarche ne cherchant pas à dégager une essence qui transcenderait les caractères de la notion, mais qui serait peut être plutôt une tentative de synthétisation à partir de l'analyse de ces caractères rapportés aux conditions de leur émergence.

Dans cette perspective, c'est l'ambiguïté de la notion de puissance publique qui semble caractériser essentiellement sa nature. Et cette ambiguïté est manifeste aussi bien dans la notion générale de « puissance » que dans la spécification qui nous retient ici, c'est-à-dire sa qualité de puissance « publique ».

A – L'ambiguïté de la notion de puissance.

Deux perspectives successives exprimées sous forme d'alternative.

a) La puissance : domination ou action ?

La notion de puissance en elle-même, c'est-à-dire détachée de sa qualification publique qui la rapporte à l'Etat et à son monopole de la contrainte, n'est guère interrogée par les juristes ou même les politologues. Et, du coup, elle est considérée comme ayant toujours les caractères qu'on lui attribue quand elle est publique, c'est-à-dire ceux du commandement, de l'impérativité, de la domination.

Or cette vision classique est très contestable parce qu'elle ne s'attache qu'à un aspect de l'idée de puissance.

C'est une philosophe, Hannah Arendt, dans « Condition de l'homme moderne », qui nous ouvre de nouvelles perspectives.

H. Arendt nous rappelle une évidence que des siècles de discours savants nous ont fait oublier : c'est que le mot « pouvoir » que nous avons substantivé en l'affublant de surcroît d'une majuscule, est d'abord un verbe ; et que ce verbe ne se conjugue pas en termes de commandement ou d'autorité mais en termes de possibilité, de faculté, d'action, de potentialité.

La puissance c'est ainsi d'abord effectivement cette potentialité de l'action, l'énergie première qui permet d'entreprendre quelque chose, de créer, de fonder, de réaliser une idée, de mettre en œuvre un projet (on songe au célèbre « Yes, we can », qui, il y a quelques années a ouvert le mandat d'un président des Etats-Unis)

b) La puissance : action ou rétention ?

Pour comprendre le sens et la portée de cette question qui peut a priori paraître étrange, il faut remonter vers la pensée d'Aristote qui est une source essentielle de toute réflexion sur la notion de puissance.

La puissance est d'abord, selon Aristote, une potentialité, une faculté ; et cette faculté existe, elle constitue un pouvoir, alors même qu'on ne l'exerce pas. La faculté de jouer un instrument de musique existe en elle-même, et cela même lorsque l'on ne joue pas de cet instrument.

Cette idée, ici sommairement présentée, est reprise aujourd'hui par le philosophe italien Giorgio Agamben qui est conduit à distinguer l'impuissance qui est l'absence de puissance (celle du « je ne peux pas »), et ce que nous nommons la « rétention » de la puissance, la puissance qui a la possibilité de s'exercer, mais demeure volontairement potentialité, celle du « je peux ne pas ».

Or la potentialité qui demeure retenue est d'une certaine manière la puissance dans toute sa force. Car toute potentialité court le risque de s'affaiblir à mesure qu'elle se réalise : agir c'est choisir et donc renoncer à des possibles ; c'est aussi affronter les limites de l'espace, l'usure du temps, et parfois même l'irréversibilité. Souvenons-nous de ces mots de Balzac dans « La peau de chagrin » : « Vouloir nous brûle et pouvoir nous détruit... »

Et si le « je peux ne pas » de l'action retenue peut être parfois difficile à distinguer du « je ne peux pas » de l'inaction, il est aussi sans doute des situations où ce « je peux ne pas » est l'expression d'une véritable puissance, la potentialité, l'attente, parfois la menace de l'action pouvant être dans certains cas plus efficace que sa réalisation (on songe évidemment à la stratégie nucléaire ; mais bien d'autres hypothèses peuvent être envisagées, comme par exemple la lutte contre un terrorisme qui fait d'une menace toujours en suspens une véritable arme de guerre).

B – L'ambiguïté de la qualification publique.

Pour la quasi-totalité de la doctrine juridique ou politique comme d'ailleurs pour la pensée commune, il ne fait aucun doute que dans l'expression « puissance publique », le qualificatif de « public » renvoie à l'Etat et plus largement aux autorités qui sont dans son orbite ou dans sa dépendance, c'est-à-dire les personnes « publiques ».

Mais si l'on veut aller au-delà de cette conception traditionnelle, on est assez embarrassé pour déterminer ce que signifie et ce à quoi renvoie le terme de « public ». D'autant que, comme on le sait, d'autres significations de ce terme affluent, tout aussi courantes qu'elles sont imprécises : que signifie « public » lorsque l'on parle des « libertés publiques », des « réunions publiques » de « l'ordre public », des « moyens d'ordre public », et pour donner le dernier mot à une chanson... des « bancs publics » ?

Face à cette incertitude, c'est encore l'analyse d'Hannah Arendt qui, on va le voir, nous viendra en aide. Mais c'est à Maurice Hauriou que l'on doit dans la doctrine publiciste, l'idée essentielle que ce qui est public dans la notion de puissance publique ce n'est pas seulement

l'Etat, mais un certain type d'organisation au sein de l'ensemble sociétal qu'il qualifie, on le sait, d'« institution ».

a) La signification de la qualification publique.

On l'a dit, pour comprendre le sens de ce qui est public, il faut aller au-delà de la tautologie organique (ce qui concerne les personnes publiques) ou matérielle (ce qui relève de l'intérêt public).

L'analyse d'H. Arendt ouvre sur ce plan des perspectives intéressantes. Pour elle, ce qui est public se caractérise par deux traits complémentaires.

D'abord, ce qui est public est constitué par ce qui est « apparent », c'est-à-dire « tout ce qui paraît en public, peut être vu et entendu par tous... ». Cette définition n'est banale qu'en apparence car elle n'est pas seulement de nature quantitative (serait public ce qui est ouvert à tous) mais qualitative : sont publiques les activités « dignes de paraître en public », celles qui dépassent la subjectivité et l'intimité pour s'exercer sous le regard des autres, et sont ainsi apparentes à tous.

Cette première idée conduit à la seconde : ce qui est public est ce qui est « commun ». Mais là encore il faut aller au-delà de la notion banale de commun. Pour H. Arendt, le commun ce n'est pas seulement en effet ce que les hommes subjectivement établissent par la rencontre de leurs volontés ou de leurs actions. Le commun a aussi une nature objective en quelque sorte : il correspond à un collectif qui existe par lui-même, en dehors et au-delà de la volonté de chacun. Idée qui nous renvoie au mouvement de certains philosophes comme Jean-Luc Nancy et Christophe Bailly qui ont travaillé sur la notion de collectif : « nous comparissons au monde » ont écrit significativement ces auteurs : le commun ne résulte pas seulement de la volonté des hommes, il appartient à leur condition même d'homme.

Et là nous sommes sur une ligne qui, dans la doctrine publiciste, est celle souvent bien incomprise, de Maurice Hauriou avec sa théorie de l'institution.

b) Le « public » entre l'étatique et l'institutionnel.

Il ne fait pas de doute d'abord évidemment que la puissance publique est en premier lieu celle de l'Etat et des personnes publiques. Mais, pour Hauriou, la puissance publique ne s'arrête pas là. Elle a aussi une assise plus large qui dépasse la traditionnelle ligne de démarcation entre le public et le privé.

Car, dans la doctrine d'Hauriou, la véritable opposition est celle des situations d'échange inter-individuels que réalise notamment la voie contractuelle, et celle – trop souvent ignorée – des situations qui naissent au sein des groupes structurant notre société. Ces groupes, que le droit positif dans sa logique formaliste et individualiste, saisit au carrefour improbable des notions de personne morale et de contrat (l'entreprise, les syndicats, les sociétés civiles ou commerciales, les associations et les fondations), ont une place très importante dans notre société qui est bien plus que la juxtaposition sérielle des individus.

Aujourd'hui, il est vrai, la multiplication des réseaux sociaux génère de nouveaux questionnements à cet égard : sont-ils le déferlement d'un nouvel individualisme narcissique balayant tous les groupes animant et structurant le social, ou peuvent-ils être les ferments

d'une conception nouvelle du collectif, plus vivante, plus chaleureuse et plus proche du vécu ?

Quoi qu'il en soit, cet ensemble que Jean Rivero avait justement qualifié de « tiers secteur », demeure bien présent, et les groupes qui le constituent génèrent avec leurs membres des relations spécifiques que le doyen Hauriou qualifie d'institutionnelles.

Et ces relations entre les dirigeants et les membres du groupe relèvent de ce qui est public car elles se manifestent, au-delà de l'adhésion collective, par les voies de l'autorité et du pouvoir unilatéral qui sont nécessaires à la réalisation de l'œuvre pour laquelle le groupe s'est constitué.

On est loin, en tout cas, de l'imperium d'un Etat transcendant à une société qui ne serait que son ombre. La puissance publique n'est pas seulement celle de l'Etat : elle est celle de toutes les institutions qui prolongent son action, l'ouvrent, la concrétisent et la diversifient dans l'ensemble de la société.

Et dans ce champ élargi qui est une figure essentielle de la démocratie, la puissance publique est action avant d'être commandement. Car – et ce sera là notre conclusion – si l'on doit parfois commander pour agir, on n'agit pas pour commander : tel est peut-être le secret de la puissance et de la légitimité qui la justifie.
