

CHAPITRE VII

LA “CERTITUDE” QUE DONNE LE POUVOIR

1. Certitude

DISONNONS-LE clairement dès le début, en chœur avec Karl Popper¹, que la science évite d'adorer “l'idole de la certitude”, parce que l'adoration de cette idole réprime le courage et met en danger la rigueur et l'honnêteté de nos affirmations. La fausse opinion de la science est celle de prétendre d'être vraie: ce qui fait d'un homme un homme de science n'est pas sa possession de la *connaissance* de la vérité irréfutable, mais plutôt sa *recherche* permanente et critique de ce qu'est la vérité [réalité].

Popper affirme aussi - et nous sommes d'accord - que la science ne suit jamais l'objectif illusoire de donner des réponses définitives, ou même probables. Au contraire, la science vise toujours la découverte incessante de problèmes de plus en plus profonds et généraux et, en même temps, elle vise à considérer les réponses à ces problèmes comme rien d'autre que des contestations provisoires qui doivent être constamment mises à jour et devenir de plus en plus rigoureuses à travers le temps. Tout cela parce que, dans la logique de la science, il est possible d'éviter l'utilisation des concepts de “vrai” et de “faux”: il n'y a pas besoin de dire qu'une théorie est fautive, mais simplement qu'un ensemble d'affirmations de base et généralement acceptées la contredisent. Par conséquent, la corroboration d'une théorie “fautive” ne peut être “vraie” *per se*.

Vidal Perdomo place cette théorie dans un contexte vivant quand il fait remarquer qu'une telle recherche difficile peut décourager les esprits des personnes qui sont préparées à des choses établies et précises, mais, en re-

¹ POPPER KARL, *Unended Quest*, Open Court, 1976; *The Open Universe. An Argument for Indeterminism*, Londres, Routledge, 1991; *Popper Selections*, textes choisis par MILLER DAVID, Princeton University Press, New Jersey, Princeton, 1985, p. 97, etc.

vanche, elle stimule ceux qui sont toujours à la poursuite de choses nouvelles et qui aiment l'aventure intellectuelle².

2. *Au service du pouvoir*

Avoir une méthodologie et accepter l'incertitude sont les seules règles d'une science. Leur manque peut, à son tour, mener à compter sur une autre certitude également fausse, celle de justifier le pouvoir à tout prix. Invoquer "l'autorité" de certaines affirmations élaborées à dessein peut avoir deux conséquences: d'une part, il peut mener quelques uns à croire aux théories de droit comparé qui sont, ou qui ont été à un certain moment, au service du pouvoir, comme par exemple "l'acte institutionnel" des dictatures brésiliennes ou la "réserve de l'administration" dans la Constitution de De Gaulle, etc. D'autre part, il peut les mener à se laisser guidés par les auteurs qui exaltent le mieux le pouvoir, c'est-à-dire les idéologues du pouvoir administratif illimité. Plusieurs d'entre eux, peut-être la majorité, écrivent en bonne foi.

3. *La certitude selon le pouvoir du moment*

Les arguments de ces auteurs sont dogmatiques et erronés, mais, en plus, ne sont pas fortuits ni innocents (même lorsqu'ils sont établis en toute bonne foi). En réalité ils nourrissent le lecteur avec une *certitude qui n'existe pas dans les sciences* et qui est *au service du pouvoir dans un moment précis de l'histoire* et, dans le cas des juges, avec des conseils donnés par un Machiavel en vêtements modernes.

En donnant au lecteur la "certitude", ces arguments ont toujours été reçus avec grand succès, même s'ils sont contraires à la raison; *ou peut-être c'est précisément parce qu'ils défient la raison qu'ils ont eu du succès*. Même face au fait que le déboursement des ressources de l'Etat fait par l'exécutif, sans approbation préalable du législatif, est sans doute inconstitutionnel, des auteurs ont soutenu que l'exécutif peut, par voie de décret, créer des organismes administratifs indépendants, sans tenir compte si cet acte ébranle clairement le balance des pouvoirs statué par la Constitution. En prenant ceci comme point de départ, ceux qui détiennent le pouvoir affirmeront qu'ils possèdent cette faculté, basés sur l'autorité que les auteurs lui donnent. Même si personne ne peut trouver le fondement dans la Constitu-

² VIDAL PERDOMO JAIME, *Derecho Administrativo*, Santa Fe de Bogotá, Temis, 10ème éd., p. 8.

tion, ce pouvoir “académique” suffira pour vaincre n’importe quelle dispute.

La recherche de ces certitudes inconditionnelles et éternelles pour défendre le pouvoir du moment constitue la base de ce pouvoir illusoire, et c’est la même base que Comte, “le sociologue de la préhistoire”, utilise dans sa recherche des lois éternelles et immuables. Les règles éternelles et immuables de Comte ont été exprimées sous forme des règles d’action et de réaction, ceci étant exactement opposé à la philosophie de Popper. Ces règles ont été très bien reçues, à leur tour, par les écrivains du droit et ont été très répandues grâce à leur acceptation.

Ce qui est vraiment étonnant, sinon pathétique, c’est le succès que ces conceptions autoritaires ont eu dans notre pays. Malgré le fait que la Constitution change, l’ordre international change, les traités internationaux auxquels est soumis notre pays en matière de droits de l’homme changent, ces concepts-là (ou plutôt, leurs auteurs) continuent à citer les mêmes vieilles sources ou à lire les normes actuelles avec les mêmes paramètres utilisés dans le passé.

4. La loi au service du pouvoir

Quand on arrive au point de dire qu’un décret de l’exécutif peut remplacer la loi, on est déjà arrivé à un point inexistant dans la Constitution argentine en violant au passage ses articles 36, 42, 43, 75 section 22, 76, 99 alinéa 3. Plus encore, ceci n’est pas conforme aux pactes et traités internationaux de droits de l’homme et défie les organismes supranationaux qui les appliquent.

Le juge Jackson a remarqué le dilemme posé par cette situation en disant que, si le résultat de la “loi” et de la “doctrine” est de violer le droit, on n’a besoin ni de système juridique ni de tribunaux. Le droit administratif est un droit constitutionnel et politique, et il lutte contre le pouvoir - n’importe quel pouvoir - pour défendre les libertés et les droits individuels. C’est-à-dire que si on devait adopter toutes les lois en faveur de l’administration, en légitimant toujours son pouvoir, on ne ferait pas du droit, mais on serait plutôt en train de le détruire³.

³ BONNARD ROGER, *Le droit et l’Etat dans la doctrine nationale-socialiste*, Paris, V 1939, 2ème éd.; un exemple plus récent est celui de la Chine de la fin de siècle, comme explique CORNE PETER HOWARD, *Foreign Investment in China. The Administrative Legal System*, Hong Kong, Hong Kong UP, 1996, tout est *guanxi*, rapports.

En effet, si on remonte quelque huit siècles dans l'histoire, jusqu'au temps de la Grande Charte de 1215, on trouve les mots de Lord Bracton qui, en lisant ce document, dit: "*Car le Roi est assujetti non pas aux hommes, mais à Dieu et aux lois*" (*Quod Rex non debet esse sub homine, sed sub Deo et Lege*)⁴. Grâce à cette déclaration, les affirmations faites par le roi James I (et après par Charles I) disant que c'était une trahison de croire que le roi était soumis à la loi n'ont pas survécu. En fait, Charles I ne survécut pas non plus, il fût condamné à mort⁵, bien qu'il ait soutenu, pendant tout le jugement, que le tribunal n'avait pas de compétence pour le juger.

5. L'usage émotionnel, politique et axiologique du langage

En raison de ce que nous venons de dire, le langage du droit administratif est plein d'usages dangereux, émotifs et politiques, dans des expressions telles que: "pouvoir de police"⁶, "actes de gouvernement", "autorité de régulation", "décret", etc. Comme le dit Genaro Carrió, à propos de l'idée originale du pouvoir constituant, tout a commencé par le caractère ambigu du mot "pouvoir" et son usage diversifiée: des fois ce mot signifie "autorité" (compétence, faculté, capacité, autorisation, etc.) et d'autres fois il signifie "force" (puissance, contrôle, domination, etc.). A partir de là, il ne manque qu'un pas pour déclarer que le sujet ou l'agence en question détient l'autorité simplement parce qu'il a la force⁷. Carrió écrit aussi que, afin d'expliquer les raisons cachées derrière ces expressions, il faudrait découvrir une réponse ayant une portée générale⁸: Carrió lui-même suggère qu'une telle réponse pourrait avoir trait à un penchant irrésistible de l'esprit vers la

⁴ Voy. LORD DENNING, *What Next in the Law*, Londres, Butterwoths, 1989, p. 6.

⁵ LORD DENNING, *op. loc. cit.*

⁶ Nous avons censuré ce langage dans La crisis de la noción de poder de policía, *Revista Argentina de Ciencia Política*, 1962, n° 2; reproduit dans notre livre *Estudios de derecho administrativo*, Buenos Aires, Perrot, 1963, et publications postérieures; inclus dans notre *Tratado de derecho administrativo*, vol. 2, Buenos Aires, FDA, 2003, 6ème éd., chap. V. RASPI ARTURO EMILIO, La publicidad de los documentos de la administración y el resguardo de la privacidad individual, *ED*, 187: 900, 907. Quand quelqu'un invoque le pouvoir de police, il ne discute pas une question académique, il cherche un pouvoir sans conditions.

⁷ CARRIÓ GENARO, *Sobre los límites del lenguaje normativo*, Buenos Aires, Astrea, 1973, pp. 50-51.

⁸ CARRIÓ rappelle "des outrages linguistiques semblables commis par des théoriciens du droit", *op. ult. cit.*, p. 56. La similitude avec Jhering-Savigny est évidente.

recherche de l'inconditionné⁹. Cette idée est appréciée dans les concepts de droit public et privé - en effet, la controverse entre Savigny et von Jhering est aujourd'hui toujours vivante¹⁰.

6. Des "lois" qui ne sont pas des lois

Dans le même ordre d'idées, il serait bon de corriger la mauvaise habitude de dénommer "lois" les décrets-lois des anciens gouvernements *de facto* de l'Argentine¹¹, comme ceux de 1966-1973 et 1976-1983. Une fois la démocratie rétablie, et la théorie des gouvernements *de facto* condamnée par l'article 36 de la Constitution argentine, il n'est ni juridiquement ni politiquement acceptable de continuer à les qualifier de "lois". Malgré ces efforts, l'Argentine est encore loin de posséder un système de droit administratif qui soit constitutionnel, libéral et démocratique, parce que l'idée de la force et de l'autorité sans limites imprègne encore ses couches linguistiques et conceptuelles.

Les organismes internationaux d'application des traités compromettant l'Argentine ont beau nous rappeler cette question - nous continuons à l'ignorer. La Cour interaméricaine des droits de l'homme a dit: "pour cette raison, la protection des droits de l'homme exige que les actes de l'Etat pouvant porter atteinte aux droits de l'homme fondamentaux ne soient pas laissés au libre arbitre des gouvernements, mais qu'ils soient plutôt entourés d'un ensemble de garanties inflexibles afin d'assurer que les qualités inviolables d'une personne restent intactes. Parmi ces garanties, la plus importante est, peut-être, celle *d'établir des limites à travers des lois sanctionnées par le Pouvoir législatif conformément à ce qui est statué dans la Constitution.*"¹² Dans la même voie, la Commission interaméricaine des

⁹ *Op. ult. cit.*, p. 57. Que notre admiration pour l'auteur soit l'excuse pour répéter la même expression brillante à quelques lignes d'intervalle. Espérons que le lecteur s'en souviendra.

¹⁰ Voy. le cas *Allevato* dans *Después de la reforma del Estado*, Buenos Aires, FDA, 1996, 1ère éd., chap. X.

¹¹ *Derecho administrativo de la economía*, Buenos Aires, Macchi, 1967, pp. 447-448; Analyse critique de la loi de développement, *Revista de Legislación Argentina*, 2: 88 (Buenos Aires, 1966).

¹² Paragraphe 22 de OC 6/96, dans ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS, *Informe annual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*, 1996, Washington, DC, 1997, p. 65 (les italiques sont de nous). Les avis consultatifs de la Cour interaméricaine des droits de l'homme sont obligatoires dans le droit interne, conformément à ce qu'il a été décidé par la Cour Suprême de Justice d'Ar-

droits de l'homme a décidé que "par conséquent, tout acte pouvant porter atteinte aux droits fondamentaux doit être ordonné par loi qui sera sanctionnée par le pouvoir législatif et conforme à l'ordre juridique interne."¹³

La Cour interaméricaine des droits de l'homme définit la loi comme "la règle juridique générale, limitée à l'intérêt public, *découlant des organes législatifs constitutionnels choisis et établis démocratiquement et élaborés selon la procédure statué par la constitution de l'Etat membre pour la formation des lois*".¹⁴ "Le principe de légalité, les institutions démocratiques et l'état de droit sont inséparables"¹⁵; seule la législature élue a le pouvoir de légiférer¹⁶.

gentine dans l'affaire *Giroidi* en 1995. Nous avons expliqué dans notre note La obligatoria aplicación interna de los fallos y opiniones consultivas supranacionales, dans la *RAP*, 215: 151, Buenos Aires, 1966. Ce critère a été répété dans *Bramajo, DJ*, 1996-196, considérant 8, et dans *Arce, LL*, 1997-F, 696 avec notre note Los derechos humanos no son para, sino contra el Estado reproduit in *Cien notas de Agustín*, Buenos Aires, FDA, 1999, p. 165, § 76, "Los derechos humanos no son para, sino contra el Estado".

¹³ *Op. ult. cit.*, paragraphe 62, p. 65; le souligné est de nous. Voy. les explications de la note précédente.

¹⁴ Avis consultatif n° 6, paragraphes 23 et 32.

¹⁵ Avis consultatif n° 8, paragraphe 24.

¹⁶ Avis consultatif n° 8, paragraphes 22 et 23; le tout répété dans le vote concordant du représentant argentin devant la CIDH, Fappiano Oscar Luján, arrêt 10.843, *Chile*, 15 octobre 1996, Rapport n° 36/96, paragraphe 31, p. 197 du rapport de 1996 de la COMMISSION INTERAMÉRICAINNE DES DROITS DE L'HOMME; le principe de bonne foi nous oblige à nous conformer, au niveau national, à ce que nous soutenons aux fora internationaux; les traités internationaux auxquels nous adhérons, sont bien entendu directement et immédiatement applicables à l'intérieur de nos frontières.