

CHAPITRE IV

D'AUTRES CONSIDÉRATIONS SUR LA PREUVE DES DROITS

*1. Introduction*¹

NOUS croyons honnêtement que les faits et la preuve sont d'une importance capitale et qu'il est, en même temps, si difficile de les réunir et de les produire adéquatement qu'il est justifié de revenir sur certains principes, maintes et maintes fois. Donc, si vous avez déjà été convaincus par le Chapitre précédent, vous pouvez sauter celui-ci. Sinon, je vous prie de supporter ici quelques répétitions.

Pour défendre un droit avec succès ou pour prévenir ou redresser une faute, on doit, en premier lieu, prouver les faits sur lesquels on veut s'appuyer. Les règles "ne sont pas activées par elles-mêmes"², "tout dépend de la matière"³ et ce sont les faits "qui déterminent si une règle substantive est applicable ou non"⁴. La finalité d'une règle et, en conséquence, son sens dépendent de la détermination des faits⁵. Les faits sont attestés à travers les preuves; il revient au tribunal la tâche de "vérifier si les faits allégués ont été prouvés et s'ils constituent des fondements acceptés par la loi pour autoriser la mesure"⁶. Etant donné que "le contrôle judiciaire de légalité ait vérifié que les faits soient vraiment prouvés et dûment classifiés et que les

¹ Voy., en général, CARRIÓ GENARO, *Cómo estudiar y cómo argumentar un caso*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1995; CUETO RÚA JULIO CÉSAR, *Una vision realista del derecho, los jueces y los abogados*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2000, pp. 159 et seq.

² BINDER DAVID / BERGMAN PAUL, *Fact Investigation. From Hypothesis to Proof*.

³ LORD DENNING, *The Discipline of Law*, Londres, Butterworths, 1979, pp. 93 et 97.

⁴ BINDER / BERGMAN, *op. cit.*, p. 2.

⁵ LEVI EDWARD H., *Introducción al razonamiento jurídico*, Buenos Aires, EUDEBA, 1964, p. 10.

⁶ CNFed. *Lamas, LL*, 123:149; *Arroyo, LL*, 101:3.

sanctions soient celles qui correspondent”⁷, “la justice de la solution du cas en particulier découlera de la seule exposition correcte des faits et du droit s’y rattachant.”⁸ Ce droit est censé garantir “qu’il existe une preuve documentaire qui confirme le fondement logique et rationnel de la décision et [que celle-ci] résulte effectivement de l’analyse de ladite preuve. Il s’agit de la preuve par rapport au cas et au contexte du cas [...] Une conclusion fondée sur [...] des preuves abstraites peut être ‘rationnelle’, mais elle n’est pas nécessairement la décision rationnelle pour le cas en question”⁹. “La réalité n’est qu’une: elle ne peut exister et ne pas exister en même temps, ou être d’une manière et d’une autre simultanément [...] la réalité comme telle, c’est-à-dire, si un fait a eu lieu ou non, ne peut pas rester à la discrétion d’un pouvoir arbitraire”, parce que “déterminer si un fait est arrivé ou pas, ou décider qu’une chose s’est passée ou qu’elle ne s’est pas vraiment passée, c’est une question qui ne peut pas rester irrésolue ... dans le domaine du droit il n’y a pas de place pour des miracles.”¹⁰

Pour déterminer quelle est la réalité il faut, avant tout, “examiner attentivement et entièrement l’ensemble des documents.” Conformément au vieil axiome du Conseil d’Etat français, on doit “faire parler les papiers”¹¹; il est essentiel que “la preuve résulte du dossier”¹². Puisqu’un principe juridique indispensable affirme qu’il faut maintenir et appliquer “une certaine ration-

⁷ CSJN, *Fallos [Arrêts]*, 267:77, 79, *Molinelli*; *Grichener*, 262:67 et 71, considérant 5 et ses références.

⁸ GUASTAVINO ELÍAS, *Tratado de la ‘jurisdicción administrativa’ y su revisión judicial*, vol. I, Buenos Aires, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, 1989, 2ème éd., p. 31; dans la p. 32 de sa 1ère éd., il disait: “le seul moyen d’amener les conflits en justice est de commencer par se familiariser avec la vérité des faits”; TAWIL GUIDO, *Administración y justicia. Alcance del control judicial de la actividad administrativa*, Buenos Aires, Depalma, 1993, p. 400.

⁹ JAFFE LOUIS, *Judicial Control of Administrative Action*, Little, Brown and Company, Boston-Toronto, 1965, p. 601.

¹⁰ GARCÍA DE ENTERRÍA EDUARDO, *La lucha contra las inmunidades del poder*, Madrid, Civitas, 1979, pp. 31 et 32, où il rappelle son article La interdicción de la arbitrariedad en la potestad reglamentaria. Cette expression connue est transcrite par TAWIL, *op. cit.*, pp. 392 et 393.

¹¹ DE CORMENIN M., *Droit administratif*, vol. I, Paris, éd. Pagnerre et Gustave Thobel, 1840, 5ème édition, p. 11, note 3, en soulignant le travail consciencieux et minutieux des greffiers qui vérifient et préparent les dossiers et les comptes rendus.

¹² LETOURNEUR M., El control de los hechos por el Consejo de Estado francés, *RAP*, n° 7, p. 221.

nalité dans la vie"¹³, celui qui décide doit, en présence d'une affaire, chercher, d'abord, la solution la plus juste, celle qui contemple "les circonstances particulières de temps et de lieu"¹⁴. Il pourra le faire grâce à "l'envie et la profondeur des vérifications"¹⁵; il n'y a d'autre alternative, il faut prendre le chemin qui mène à "une très minutieuse enquête du fait"¹⁶, "une très profonde investigation du fait"¹⁷.

Saint Thomas montre, comme l'avait déjà fait Aristote, l'origine expérimental du savoir humain¹⁸. Leibniz souligne que la tâche de déterminer les caractéristiques des faits empiriques est inépuisable et que les propriétés des objets de l'expérience sont infinies. Et puisque la perception est, par contre, limitée - malgré toute l'aide fournie par la science - les objets du monde, qui sont temporels, ne pourront jamais nous montrer leurs caractéristiques entièrement et exhaustivement¹⁹. On ne peut jamais comprendre la totalité d'un fait, parce qu'on effectue toujours une sélection personnelle. L'information de la réalité est infinie et la "réalité" perçue par chaque personne sera inévitablement différente de celle des autres.

Les magistrats sont aidés, dans leur tâche d'enquêteurs du fait, par les recherches déjà menées par les avocats et par les actes résultant du dossier. Cependant, les juges peuvent - et doivent - ordonner des mesures visant une meilleure marche de la procédure s'ils considèrent qu'ils ne peuvent

¹³ GOLDENBERG LEO, *Le Conseil d'Etat juge du fait. Etude sur l'administration des juges*, Paris, Dalloz, 1932, p. 192. Voy. aussi RIVERO JEAN, La distinction du droit et du fait dans la jurisprudence du Conseil d'Etat français, dans le livre *Le fait et le droit. Etudes de logique juridique*, Bruxelles, 1961, pp. 130 et seq.; LETOURNEUR, *op. loc. cit.*

¹⁴ Voy. RIVERO JEAN, Jurisprudence et doctrine dans l'élaboration du droit administratif, dans le livre *Pages de doctrine*, vol. I, Paris, LGDJ, 1980, p. 70; Le huron au Palais Royal ou réflexions naïves sur le recours pour excès du pouvoir, *Pages de doctrine*, vol. II, p. 329; Nouveaux propos naïfs d'un huron sur le contentieux administratif, *Etudes et Documents*, numéro 31, 1979/1980, pp. 27-30; RAFFO JULIO C., *Introdução ao conhecimento jurídico*, Rio de Janeiro, Forense, 1983, pp. 100 et seq., "As circunstâncias da conduta". Comme souligné par CUETO RÚA: L'avocat doit être familiarisé avec la "réalité sociale", *op. cit.*, pp. 160 et seq., et avec la "réalité économique", pp. 168 et seq.

¹⁵ LETOURNEUR, *op. cit.*, p. 223.

¹⁶ LETOURNEUR, *op. cit.*, p. 225.

¹⁷ LETOURNEUR, *op. cit.*, p. 224.

¹⁸ COPLESTON F.C., *El pensamiento de Santo Tomás*, Mexique, Fondo de Cultura Económica, 1969, pp. 25-30.

¹⁹ VERNENGO ROBERTO J., *La naturaleza del conocimiento jurídico*, CDCS, 1973, pp. 19-21.

pas prononcer un jugement conforme à leur conscience et à la loi par manque de faits dans le dossier; ce principe est généralement accepté²⁰, et en Argentine on a des exemples où même la Cour Suprême est arrivée à produire des preuves qui étaient importantes²¹. Il y a aussi des raisons importantes qui peuvent mener un tribunal à ordonner des nouvelles enquêtes. Par exemple, dans les procédures ordinaires, dont l'extrême lenteur est connue, les faits peuvent changer à travers le temps; de l'autre côté, dans les recours de protection, la nature expéditive de la procédure peut donner lieu à l'omission de preuves qui - à l'avis du juge - ne devraient pas être ignorées. Mais il est aussi vrai que maintes fois les tribunaux se demandent s'ils devraient "enlever la toque des magistrats pour mettre la robe des avocats"²² et que chaque tribunal est plus réticent que le précédent à mener de nouvelles enquêtes ou des recherches de faits; les cours d'appel ont tendance, en général, à accepter, par instinct ou par principe, la version des faits déterminée par les tribunaux inférieurs. Elles se fient probablement davantage à leur version.

En fin de compte, tout dépend de la manière dont les juges perçoivent la réalité d'une affaire - réalité présentée à travers la preuve - et de la portée de cette perception, à partir de laquelle les juges sont prêts à prononcer leur jugement. Moins ils seront prêts à enquêter sur les faits, moins leur jugement aura de valeur. Plus ils auront approfondi l'analyse des faits et la production des preuves - même sur leur propre initiative - mieux la justice et la société seront servies. En somme, l'enquête des faits constitue l'épreuve la plus importante dans une affaire juridique²³.

Il est important aussi de tenir compte des changements de fait produits à travers le temps²⁴. Les affaires sont dynamiques, ainsi que les preuves, et montrent peu à peu - mais jamais totalement - la réalité des faits. Quand une nouvelle pièce probatoire est produite, notre perception des faits change tout comme change l'affaire en elle-même.

²⁰ Par exemple, en France, COLSON JEAN-PHILIPPE, *L'office du juge et la preuve dans le contentieux administratif*, Paris, LGDJ, 1970, dédie son livre à la découverte judiciaire, pp. 97 et seq. Quelquefois ce sont les parties qui provoquent la frustration du tribunal; quelque chose du genre est mentionné dans: CNFed. CA, Chambre IV, *ADECUA c. ENARGAS, LL*, 1998-F, 338.

²¹ Par exemple dans le cas *Saguir et Dib, Fallos [Arrêts]*, 302:1284, année 1980.

²² LORD DENNING, *The Due Process of Law*, Londres, Butterworths, 1980, p. 61.

²³ BINDER / BERGMAN, *op. cit.*, p. 134; LEVI, *op. cit.*, p. 5 et ses références. Comparez LORD DENNING, *The Due Process of Law, op. cit.*, p. 62.

²⁴ ROMBAUER MARJORIE D., *Legal Problem Solving. Analysis, Research and Writing*, Minnesota, West Publishing Company, St. Paul, 1984, p. 328.

“Des facteurs peuvent survenir” qui modifient non seulement “les faits initialement acceptés”, mais aussi “la loi applicable”²⁵, “le résultat désirable”, l’autorité qui devra décider, les circonstances autour de l’affaire²⁶, le cadre politique et juridique²⁷, les idées prévalant dans la société ou dans le gouvernement, ainsi que les fonctionnaires eux-mêmes²⁸. En outre, “les lois changent dans leur application”²⁹; c’est-à-dire que leur signification change lorsqu’elles sont appliquées, elles peuvent acquérir un nouveau sens qui n’avait pas été pris en considération par leurs auteurs³⁰.

Certaines décisions indiquent même que “le jugement devra tenir compte de la situation existante au moment où la décision est prise³¹, ce qui pourrait rendre inutile le procès s’il manque un objet actuel”³²; il s’agit pourtant d’une question discutable en termes de règle générale.

2. Unité de preuves dans des procédures différentes

Dans les diverses branches du droit de procédure³³, le régime de la preuve est à peu près le même. Dans les lois de procédure administrative,

²⁵ CARRIÓ GENARO, *Cómo estudiar y cómo argumentar un caso. Consejos elementales para abogados jóvenes*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1989, pp. 32 et 33, § G.

²⁶ “The circumstances of conduct”: RAFFO, *op. cit.*, nous rappelle CUETO RÚA, *op. cit.*, pp. 160 et seq., sur le besoin de percevoir la réalité économique et sociale, pp. 168 et seq. Un nouveau cadre social peut engendrer la prédominance d’une méthode interprétative plutôt que d’une autre: *op. cit.*, p. 226.

²⁷ L’avocat doit être familiarisé avec la réalité politique: CUETO RÚA, *op. cit.*, pp. 170 et seq.

²⁸ Il a besoin de la capacité psychologique de perception des autres: CUETO RÚA, *op. cit.*, pp. 165 et seq.

²⁹ LEVI, *op. cit.*, p. 12.

³⁰ Un bon exemple se trouve dans l’expression “dans les conditions dans lesquelles elle est en vigueur”, remarquée dans *Girolodi, LL*, 1995-D-462.

³¹ *Fallos [Arrêts]*: 216: 147; 243: 146; 244: 298; 259: 76; 267: 499; 308: 1087.

³² *Fallos [Arrêts]*: 231: 288; 253: 346; 307: 2061; 316: 479, *Bahamondez; Caja Complementaria de Previsión para la Actividad Docente*, 30 mai 1995, considérant 2ème. La Cour Suprême des Etats-Unis n’a pas décidé en ce sens dans *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113, 1973.

³³ Contrairement à ce que nous allons exprimer dans le texte, il y a des auteurs et des précédents qui considèrent ces principes comme “non seulement différents, mais voire contraires.” Voy., par exemple, GALLOSTRA, *Lo contencioso-administrativo*, Madrid, 1881, p. 629, cité par GONZÁLEZ PÉREZ, *Comentarios a la*

il n'y a que peu de règles, au sujet de la preuve, qui ne prévoient pas de dispositions très différentes de celles de la procédure ordinaire.

Toutefois, la dynamique de production de la preuve est différente. D'un côté, une partie des pièces fondamentales de la preuve a été déjà produite ou doit être produite pendant l'instance administrative, c'est-à-dire, avant de commencer la procédure judiciaire. De l'autre côté, il y a des questions qui ne feront pas partie de la procédure ordinaire et qui ont, pourtant, du poids dans la procédure administrative.

On gagne ou on perd un procès sur base des preuves. La solution de chaque cas est déterminée par la manière dont le tribunal perçoit les faits qui ont été présentés comme preuve.

3. La création du droit vs. l'application du droit: Vérité et preuve

On discutera toujours si les juges se bornent à appliquer la loi ou si en réalité ils la créent. Nous partageons l'idée que les juges créent la loi, puisqu'ils doivent analyser et déterminer les faits. Il est clair que si on doit trouver une solution pour une affaire, elle devra reposer sur les faits auxquels la loi est appliquée. Il suffira que le juge détermine que la situation est "A" ou "B" pour transformer la solution judiciaire en "A" ou en "B". La solution change selon l'examen des faits et selon ce qu'en pense le tribunal. C'est comme cela que le droit vivant fonctionne, dans n'importe quel méthode philosophique ou juridique, dans n'importe quel système juridique et dans n'importe quel pays.

Nous sommes d'accord avec Popper, qui dit que les vérités absolues n'existent pas, ni dans les sciences naturelles et physiques, ni, encore moins, dans le droit. Il y a une "vérité" de l'administration, une autre des parties plaidantes, une autre du tribunal dans chaque instance. Et lorsque les audiences sont finies et que le procès est terminé, est-ce que la "vérité" sera celle du jugement? En réalité, personne ne sait quelle est la vérité d'un

ley de jurisdicción contencioso-administrativa, Civitas, Madrid, 1978, p. 932 et note 7. Ceux qui sont pour la différence, comme dit GONZÁLEZ PÉREZ, *op. cit.*, p. 952, sont les "réviseurs" de la justice, capables de se référer à la preuve produite à l'instance administrative et limiter la production devant le tribunal judiciaire. Cela mènerait à une dénégation de justice, parce qu'on ne pourrait pas avoir recours à elle, sauf dans le cas où il y aurait des preuves *ex novo*. Le principe devrait être celui de l'amplitude de la production de la preuve devant les tribunaux judiciaires (*op. cit.*, pp. 934 et seq.).

cas. Elle sera toujours temporaire ou, mieux encore, elle sera une simple supposition toujours passible d'une inscription en faux par rapport aux preuves ou à d'autres éléments. Mais cela n'est pas une raison suffisante pour critiquer l'incertitude des décisions subjectives d'un tribunal. Leur imperfection n'empêche pas qu'elles soient valables comme supposition ou comme hypothèse ou même comme possibilité pour trouver la solution définitive d'un litige.

4. Dispense de preuve

Il est important aussi de rappeler la distinction existante, en droit procédural, entre fait évident, fait de notoriété publique, fait officiellement connu et fait connu en privé par le juge.

Le fait évident est celui que personne ne risquerait de contester ou d'ignorer³⁴. Des exemples de faits évidents sont: l'existence de la nuit et du jour, le soleil, les étoiles, le calendrier³⁵, le temps, la vie, la mort. "L'évidence est attestée parce qu'elle est absolue, parce qu'elle est logiquement irréversible, et parce qu'elle ne peut pas être démontrée."³⁶ Mais la portée du concept ne doit pas être si large, puisque "même si la partie qui veut alléguer les faits évidents n'est pas tenue de les démontrer, ces faits peuvent accepter ou même mériter la production de preuves de la part de l'adversaire, parce que le développement de la science montre que des faits jugés une fois comme évidents sont passés à l'histoire des idées scientifiques, et en conséquence de l'apparition de nouvelles idées³⁷".

Un fait de notoriété publique est celui qui est connu par tout le monde à un certain moment et dans un certain lieu³⁸, comme par exemple qui est le président. Comme affirme Guasp, "les faits de notoriété publique ne sont pas ceux qui sont connus officiellement ou en privé par l'autorité judi-

³⁴ Nous parlons, certainement, d'un moment précis dans le temps et dans l'espace.

³⁵ SENTÍS MELENDO SANTIAGO, *Teoría y práctica del proceso*, vol. III, Buenos Aires, EJE, 1959, p. 103.

³⁶ CARNELLI LORENZO, *El hecho notorio en el proceso dispositivo*, LL, 31:631,641; *El hecho notorio*, Buenos Aires, 1944.

³⁷ EISNER ISIDORO, *La prueba en el proceso civil*, Buenos Aires, 1964, p. 45.

³⁸ Mais "le plaidant n'aurait pas tort de démontrer le fait qu'il affirme, même s'il est notoire selon sa propre opinion", comme remarque ESGUERRA SAMPER, *op. cit.*, p. 44.

ciaire, mais ceux qui appartiennent à la connaissance générale au moment et dans le lieu où la procédure se déroule.”³⁹ Le fait de notoriété publique doit être connu par tous et non pas uniquement par l’autorité d’un groupe⁴⁰. En d’autres termes, le fait de notoriété publique est celui à propos duquel “personne n’a aucun doute”.

La connaissance juridique privée est ce que le juge sait mais qui ne se trouve pas dans le dossier du cas. Selon l’opinion classique, le juge ne doit pas utiliser cette connaissance personnelle pour donner une solution à l’affaire, mais il peut l’utiliser pour améliorer le cours ou le résultat d’une procédure. En outre, le juge peut essayer d’introduire sa connaissance personnelle de quelque manière ou par quelque voie dans le dossier. Et seulement après, il pourra l’inclure comme matière de son jugement⁴¹. En d’autres termes, le juge peut uniquement *tenter* de transformer ces suppositions en *preuves*. Ceci est fait de manière efficace lorsque le tribunal interroge les deux parties après la procédure orale. Une des différences les plus frappantes entre la pratique du *common law* et la pratique du droit civil ou continental est la réticence que certaines personnes manifestent à l’égard du raisonnement oral et du débat. Ce ne sont que ceux qui ne possèdent pas d’expérience en raisonnement oral qui s’y opposent, sous prétexte d’un “raisonnement” abstrait, et donc dépourvu de véritable *connaissance* factuelle.

5. La preuve dans les pouvoirs discrétionnaires et les pouvoirs réglementés⁴²

Quand il s’agit de pouvoirs réglementés, il faut d’abord déterminer si on a affaire à une des diverses hypothèses de fait envisagées par la loi et laquelle. Il ne s’agit pas d’une interprétation de la loi ou des règlements, il s’agit de la détermination des faits.

Dans les pouvoirs discrétionnaires, la preuve détermine aussi la solution de l’affaire. Toutes les techniques de contrôle des pouvoirs discrétionnaires sont exercées à travers la détermination des faits résultant de l’étude de la

³⁹ GUASP JAIME, *Comentarios a la ley de enjuiciamiento civil*, vol. II, 2ème partie, Madrid, 1947, p. 380.

⁴⁰ HELLBLING ERNST, *Kommentar zu den Verwaltungsverfahrensgesetzen*, vol. I, Vienne, Manzschke Verlag, 1953, p. 274.

⁴¹ ALSINA HUGO, *Tratado teórico-práctico de derecho procesal civil y comercial*, vol. III, Buenos Aires, 1956, p. 249.

⁴² *In extenso* dans GOLDENBERG, *op. cit.*, chapitres VI à X, pp. 148 et seq.

preuve. On doit établir, dans chaque cas, si des principes juridiques, généraux ou indéterminés ont été violés par l'exercice de tels pouvoirs, ou s'il a été commis une faute contre la bonne foi, la confiance légitime, le raisonnable, la proportionnalité, etc.; ces questions sont évaluées aussi à travers les faits et les preuves. Quand aux principes ci-dessus, ils sont reconnus à un niveau national et international, par exemple par la Convention américaine des droits de l'homme, ainsi que par la Convention européenne des droits de l'homme qui les a reconnus et développés dès le début⁴³.

6. L'interdiction de "venire contra factum proprium"

Le meilleur chemin pour interpréter les actes et les intentions des parties, ainsi que pour vérifier la validité de sa conduite par rapport à la loi, c'est de voir ce qu'elles ont vraiment fait et dit. Dans ce sens, la Cour Suprême d'Argentine a soutenu que "l'interdiction de *venire contra factum proprium*" est liée au "principe de bonne foi", et qu'ils constituent, tous les deux, des principes fondamentaux dans notre système juridique. La Cour a établi que "une des conséquences du principe de bonne foi est le droit que possède tout citoyen d'exiger d'autrui, tant des particuliers que de l'Etat lui-même, la sincérité et la conduite loyale et cohérente." "L'acte contradictoire et déloyal est disqualifié par le droit. Ce rejet a pris forme dans des maximes comme celle qui affirme: *venire contra factum proprium non valet*, et qui synthétise l'énorme dimension éthique du principe de bonne foi"⁴⁴. La Cour Suprême a affirmé aussi qu'on doit exiger de chaque partie une conduite cohérente, afin de préserver la confiance de l'autre partie⁴⁵.

⁴³ Dans TJE l'affaire *Hauptzollamt München-Mitte* (1991), citée dans CHITI MARIO P., *Diritto Amministrativo Europeo*, Milan, Giuffrè Editore, 1999, p. 137. Les principes de raison, proportion, moyens proportionnés aux fins et autres sont universels et anciens. La Cour européenne n'a fait donc que répéter ce qui était déjà mentionné dans les droits nationaux. Voy., par exemple, pour le droit allemand et portugais, SÉRVULO CORREIA JOSÉ MANUEL, *Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos*, Coimbra, Almedina, 1987, p. 670-673; et ses références et notes 490 et seq. pour la doctrine allemande.

⁴⁴ CSJN, *Cía. Azucarera Tucumana*, JA, 1989-IV, 429.

⁴⁵ CSJN, *Yacimientos Petrolíferos Fiscales c. Provincia de Corrientes y otro*, LL-1992-B, 216 et seq., considérant 4ème *in fine*. Ce principe est aussi mentionné comme confiance due ou garantie de protection de la confiance.

7. *La preuve devant le tribunal*

Il y a une étape qui précède la production de la preuve. Dans le droit procédural argentin cela s'appelle "mesures de production préalable à la preuve". Dans ce cadre-ci le plaidant a recours à la justice, avant d'entamer la demande, afin de solliciter la production de certaines preuves conformément aux dispositions du code. Une situation très habituelle est celle où le futur demandeur désire obtenir la saisie du dossier de l'affaire, la documentation, les livres, etc. Dans ce cas, le tribunal doit décider, à sa discrétion, si les raisons de la saisie sont correctement fondées ou si la réalité ou la véracité du dossier pourrait être altérée. Il y a d'autres mesures auxquelles on peut avoir recours avant la demande; il s'agit d'une situation assez commune pour l'avocat: il trouve le dossier, analyse l'affaire et prépare la demande, mais il se rend compte que, avec les preuves dont il dispose, il est probable que le juge refuse les mesures préventives et qu'il ait donc besoin de plus de preuves. Puisque cela signifie une perte de temps, il est mieux de produire la preuve de manière privée et, selon sa pertinence, analyser la possibilité d'obtenir une mesure provisoire.

Une autre possibilité est celle d'avoir recours à la justice pénale pour enquêter sur la conduite des fonctionnaires publics ou des individus liés à l'administration publique à travers de concessions ou privilèges. Compte tenu des hautes exigences de la loi pénale pour prouver la culpabilité de quelqu'un, les faits peuvent ne pas suffire pour justifier une conviction au cours du procès pénal, mais ils peuvent, néanmoins, être utiles comme fondement de la demande à entamer devant un autre tribunal.

8. *Production de la preuve par voie privée*⁴⁶

8.1. *Témoignages*

Quand il est difficile de produire à l'avance la preuve devant le tribunal, il convient d'utiliser une variante qui aux Etats-Unis est appelé *affidavit*. Il s'agit d'un témoignage que le témoin rend unilatéralement, en privé, et par écrit, et qui est ensuite incorporé à la preuve documentaire. (Des expertises peuvent aussi être produites de manière privée et incorporées au dossier pour présenter l'expert comme témoin.)

⁴⁶ Voir notre *Tratado...*, vol. 4, *El procedimiento administrativo, op. cit.*, chap. VI, §§ 7, 19.2, 22.7, 22.8, 26.2; chap. VIII, § 10.1.

Rien n'empêche dans la loi, pourvu qu'il agisse de bonne foi, de demander à un témoin d'écrire son témoignage. Cette preuve documentaire pourra ensuite être renforcée à travers sa déclaration, au cas où il sera signifié à comparaître devant le tribunal, soit pour vérifier la signature ou le contenu de l'*affidavit*, soit pour procéder à des confrontations, etc. On ne peut néanmoins dire si cette preuve sera convaincante et elle n'exclut pas évidemment le contrôle de la production de la preuve par les deux parties, quand cela est matériellement possible.

9. La preuve obtenue illégalement

L'inadmissibilité de la preuve obtenue illégalement⁴⁷ est un principe juridique essentiel. Ainsi, l'enregistrement d'une conversation téléphonique fait par l'administration ou par les parties sans autorisation valable⁴⁸, la violation de domicile sans autorisation légale ou qui dépasse ladite autorisation, la production de la preuve sans le contrôle de l'autre partie, etc. sont inadmissibles. Ce principe s'applique aussi à des cas extrêmes, comme celui des témoignages obtenus sous torture.

Le principe général doit être appliqué aussi à l'inadmissibilité de la preuve "secrète". Une telle preuve n'a existé, dans le passé, que dans des régimes autoritaires mais de temps en temps elle réapparaît. Il est indispensable que les tribunaux restent inflexibles par rapport à l'inadmissibilité de la preuve secrète.

10. La plaidoirie informelle

Il existe une pratique juridique admise, sous différents noms et formes, dans certains pays, et interdite dans d'autres. Aux Etats-Unis - où elle est interdite - elle est appelée *ex parte* communications, c'est-à-dire, communications entre le juge et une seule des parties en excluant les autres. En Argentine, les avocats de l'administration utilisent cette pratique plus fréquemment et librement. Ils s'entretiennent en privé avec les juges pour ex-

⁴⁷ *In extenso* dans notre livre *El procedimiento administrativo, op. cit.*, chap. VI, § 17, "Inadmisibilidad de las pruebas ilegitimamente obtenidas".

⁴⁸ Et même l'autorisation doit être interprétée avec des critères restrictifs: *Mille*, CNCrim. y Corr., Chambre IV, *LL*, 1997-D, 613; *Tellos*, CNCasación Penal, Chambre III, *LL*, 1995-B, 63; *Del Bagno*, TORal Criminal Federal, *Mar del Plata, DJ*, 1994-2-453; OLDAMO IRIS, Escuchas telefónicas, *JA*, sem. numéro 6163 du 17-XI-99.

pliquer certains points ne faisant pas partie du procès comme preuve. Il peut arriver ainsi que la situation soit si importante que le juge ne puisse pas s'empêcher d'y penser au moment où il jugera l'affaire. C'est-à-dire que le tribunal pourra délibérer en tenant compte de faits allégués par l'Etat hors de la salle d'audience et du dossier, et ceci n'est que rarement rendu explicite dans le jugement. Quand le tribunal admet qu'il a tenu compte de certains intérêts, il le fait en admettant la plaidoirie *ex parte* de l'Administration. Cependant, le poids de cet argument n'est pas comparable à celui de son absence, parce que si l'argument n'apparaît pas explicitement, le particulier n'a aucune possibilité de réfuter - ou même connaître - ce que l'administration a dit au tribunal, ce qui se passe vraiment dans la procédure. L'inégalité et l'injustice d'un tel procédé sont évidentes et, bien entendu, inconstitutionnelles. Dans ce cas-là, la seule possibilité est d'interjeter appel afin d'arriver à une plus grande transparence. Pendant l'étape de l'argumentation finale, transparence ne veut pas dire seulement contact et égalité entre les parties, mais aussi publicité et contrôle: il faut que la société puisse voir et juger par elle-même quelles sont les preuves sur lesquelles le tribunal a appuyé son jugement.

11. Preuve et respect de la vie privée

Il y a un problème encore plus complexe: celui de la preuve portant atteinte au respect de la vie privée. Par exemple, les questions de santé sont généralement protégées par le principe du respect de la vie privée. Les cours administratives internationales utilisent parfois des informations médicales *in camera*, qui ne sont pas insérées au dossier⁴⁹. En France, les données médicales sont également admises; le tribunal peut demander au solliciteur de fournir des informations médicales, mais celui-ci pourra décider s'il veut les soumettre au tribunal ou non⁵⁰. Pour la carrière militaire et policière, la santé est essentielle en matière de promotions et de retraites; dans ces domaines il y a donc beaucoup de jugements qui analysent la raisonnable de devoir produire des informations médicales. Dans ce type d'affaires, et dans d'autres, il semble que la personne n'a pas d'autre alternative que celle de renoncer à son intimité quant à l'information médicale afin d'avoir accès à la justice. Ce n'est pas une solution satisfaisante,

⁴⁹ Ainsi, Tribunal Administratif de la BID. Voy. notre *Tratado...*, *op. cit.*, vol. 2, chap. XVI.

⁵⁰ CHAPUS RENÉ, *Droit du contentieux administratif*, 4ème éd., Montchrestien, Paris, 1993, pp. 612 et 621.

mais au moins l'information ne pourra être publiée qu'avec des initiales et non pas avec le nom et prénom complets⁵¹.

En Argentine, au contraire, les tribunaux ont prononcé des jugements contenant le nom et le prénom de personnes contaminées par le sida, ce qui est apparemment une violation du droit au respect de la vie privée⁵²; les publications privées omettent ces données. Les progrès dans les traitements du sida et la meilleure protection contre la discrimination ont conduit le droit à rendre certaines informations confidentielles. Cependant, la possibilité de guérison grâce à un diagnostic précoce et l'accumulation d'informations sont généralement placées au-dessus du droit au respect de la vie privée.

12. Moyens de preuve

Les parties sont complètement libres de choisir les moyens de preuve qu'elles préfèrent, avec pour seule limite, les possibilités matérielles de la cour⁵³. Il y a aussi des limites découlant non pas des faits mais des pouvoirs discrétionnaires: la partie aura beau proposer des témoins ou des experts, l'administration ou le juge pourra ne pas les appeler ou les désigner. Dans ce cas-là, la preuve devra être obtenue de manière privée et tout document, photo, vidéo, etc. devront être remis à l'avance. Le particulier doit deviner quelle sera la preuve que l'administration ne voudra pas imposer et

⁵¹ Une autre variante est celle adoptée par la Cour administrative du FMI, qui attribue dans chaque cas des abréviations conventionnelles comme "M. A" ou "Mme. B", en faisant en sorte qu'il soit difficile ou impossible à des tiers de reconnaître l'identité des plaidants.

⁵² La Loi 23.798, sur la prévention et lutte contre le sida, dans son article 2, établit qu'il est interdit de: "a) Nuire à la dignité de la personne; b) Provoquer tout effet de discrimination, stigmatisation, dégradation ou humiliation; c) Dépassez les limites des exceptions légales au secret médical, qui doivent être toujours interprétées restrictivement; d) Porter atteinte à l'intimité d'un habitant de la République Argentine; e) Individualiser les personnes à travers des registres ou des banques de données qui devront, à cet effet, être codifiés." L'article 6 statue que "Les professionnels assistant des personnes qui font partie des groupes à risque d'être infectés par le syndrome d'immunodéficience sont obligés d'imposer des épreuves diagnostiques pour la détection directe ou indirecte de l'infection"; et l'article 8, "le professionnel qui a détecté le virus d'immunodéficience humaine (VIH), ou qui en a la présomption, devra informer cette personne sur son infection et sur les probabilités de contagion, les moyens de transmission et son droit à recevoir l'assistance adéquate."

⁵³ COLSON, *op. cit.*, pp. 166 et seq.

la produire à l'avance. Il faut se servir de son imagination et de sa prévoyance dans cette procédure.

12.1. Photographies et vidéos

Il est tout à fait convenable d'utiliser toute sorte de preuves, comme par exemple des photographies, un moyen dont les avocats ne profitent pas assez. Pour *sapere vedere*, il faut avoir une vision, directe ou indirecte, de l'objet en question. Si, par exemple, il n'est pas possible de faire une inspection directe de certains éléments, les photographies ou les vidéos peuvent être extrêmement utiles.

Les photos ont un poids considérable, surtout si elles sont nombreuses et différentes, et permettent de donner une vision, sous divers angles, de ce que l'on essaie de décrire. Si l'avocat veut introduire des photos comme preuve, il devra au moins les signer et les dater, en déclarant, sous la foi du serment, qu'elles ont été prises à un moment et à un lieu déterminés, ou bien en présentant d'autres preuves en ce sens-là, et en garantissant aussi qu'elles n'ont pas été truquées, etc. On peut prendre encore plus de précautions, comme par exemple faire authentifier les photos par un notaire ou les faire prendre par un photographe professionnel devant des témoins. Ces conditions deviennent de plus en plus indispensables, puisque la technologie permet le traitement des photographies par ordinateur. La même chose est valable pour les vidéos, mais il est convenable de les accompagner aussi d'une transcription pour faciliter leur compréhension et d'autres moyens de vérification⁵⁴.

12.2. Fax, télex, etc.

Les télex, les fax ou autre type de correspondance entre les parties sont également permises comme preuve. Il s'agit de preuves uniquement admissibles entre les parties tant que les deux parties les maintiennent secrètes. Toutefois, si l'une d'elles les divulgent à des tiers, ces tiers pourront les invoquer, puisqu'elles ne seront plus privées. De cette manière indirecte, par le fait de l'une des parties, l'information devient publique et, en tout cas, un problème surgira entre les parties, à savoir si l'une d'elles peut rendre publique une telle correspondance privée.

⁵⁴ Sans ignorer les difficultés pratiques que cela représente pour un tribunal, la vérification directe est un des meilleurs moyens de percevoir la réalité. Pour une analyse empirique d'un cas, voy. BINDER / BERGMAN, *op. cit.*, pp. 94-98.

Les données des disques durs et des disquettes, ainsi que des mémoires des caméras digitales et des appareils de vidéo sont également permises comme preuve. Une bonne idée serait de prendre la précaution de transcrire les textes ou les images et de les présenter comme documents, authentifiés par un notaire.

12.3. Enregistrements téléphoniques

12.3.1. Enregistrements par téléphone fixe

Les enregistrements téléphoniques ou personnels sont aussi permis, mais avec quelques limitations. Les conversations téléphoniques sont comparables à la correspondance, parce qu'elles sont privées entre les parties. Il faut quand même tenir compte du fait que l'on est plus prudent lorsqu'on écrit que lorsqu'on parle. Une question sur l'enregistrement c'est de savoir s'il est admissible qu'une des parties de la conversation enregistre ce que l'autre dit et, puis encore: que se passe-t-il lorsque la personne avec laquelle je parle fait un enregistrement et l'utilise publiquement contre moi? Est-ce que cette information devient de notoriété publique et n'importe qui peut l'invoquer comme preuve? Les décisions sur ce sujet sont très diverses.

12.3.2. Téléphones portables et autres enregistrements

Il y a des jugements qui statuent que, étant donné que les communications de téléphonie cellulaire sont transmises à travers des ondes de propriété publique, elles ne constituent pas de conversations privées mais bien publiques. Ce serait comparable à une transmission de radio, qui peut être écoutée et enregistrée et même utilisée comme preuve par n'importe qui.

Quant à l'enregistrement d'une conversation personnelle, c'est une affaire différente. Malgré le fait que l'autre partie n'est pas au courant de l'enregistrement, cette preuve est généralement admise, puisqu'elle n'est pas considérée comme étant obtenue illégalement⁵⁵. Par exemple, si une conversation avec un fonctionnaire public a lieu avec un magnétophone en poche, ce qui a été dit peut être utilisé comme preuve.

⁵⁵ Mais dans le cas où il existe un rapport de dépendance, il faut que l'enregistrement ne soit pas subreptice.

12.4. D'autres moyens de preuve

Il n'y a pas de dispositions limitant les moyens de preuve qui peuvent être apportés, on peut donc utiliser toutes sortes de preuves obtenues à travers de techniques anciennes ou modernes. Au début, l'information par l'Internet n'était pas facilement admise à cause du manque de possibilités techniques et de facilités matérielles dans les salles du tribunal. On craignait d'offrir une preuve à être obtenue par une consultation du tribunal sur l'Internet, parce que la preuve pouvait être initialement rejetée⁵⁶. Peu à peu, cependant, les tribunaux ont commencé à appliquer la technologie et à invoquer l'information obtenue sur l'Internet⁵⁷. En Uruguay, par exemple, il y a des normes relatives au "dossier électronique" qui "aura la même force légale que le dossier traditionnel" obtenu "par des moyens conventionnels"⁵⁸. Ces normes constituent un grand pas en avant, quoiqu'il n'existe pas encore de règles précises qui statuent sur l'admissibilité des preuves tirées de l'Internet⁵⁹.

Des preuves obtenues à travers le goût, l'odorat, le toucher ou l'ouïe sont également permises⁶⁰. Néanmoins, ce type de preuve n'est généralement pas introduit directement, mais avec l'assistance d'experts⁶¹. C'est-à-dire que le fonctionnaire présent produit la preuve, mais il est aidé et conseillé par un expert⁶². L'expertise peut être accompagnée d'une constatation visuelle⁶³, ce qui donne une idée plus complète de la situation sans remplacer le moyen de preuve présenté. La preuve peut avoir comme objet

⁵⁶ La même chose vaut pour le Minitel en France: CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, *op. cit.*, p. 607.

⁵⁷ Par exemple des comptes rendus médicaux trouvés dans www.medscapeonlineabstract.com, utilisés par la CNFedCA [Cour d'appel fédérale du contentieux administratif], Chambre IV, *B. De P., C.E. et autres c. Policía Federal Argentina*, LL, 25-I-01, p. 3.

⁵⁸ DELPIAZZO CARLOS E., *El procedimiento administrativo electrónico y el acto administrativo automático*, UTE, *Recopilación de conferencias y exposiciones realizadas*, Montevideo, 1999, pp. 39 et seq., p. 47.

⁵⁹ DELPIAZZO, *op. cit.*, p. 46.

⁶⁰ HELLBLING, *op. cit.*, p. 311; Loi autrichienne art. 54.

⁶¹ Il est habituel en pratique, mais pas nécessaire.

⁶² HELLBLING, *op. cit.*, p. 311; Loi autrichienne art. 54.

⁶³ L'article 479 du Code de Procédure de la Nation Argentine statue que la preuve peut être produite avec "l'assistance d'experts et l'attestation de leur activité". HELLBLING, *op. cit.*, p. 312.

non seulement des choses inanimés, mais aussi des personnes⁶⁴. Cette preuve peut inclure des comparaisons, des mesures, etc. et elle pourra donner une image plus complète de la scène en question⁶⁵, mais une telle inspection ne pourra pas être faite sans le consentement de la personne en question⁶⁶.

Il faut remarquer, cependant, que la preuve obtenue à travers un contrôle oculaire ne doit jamais remplacer les rapports ou les certificats⁶⁷. Les secteurs les plus favorables pour l'inspection oculaire sont généralement, en pratique, les affaires relatives à l'environnement⁶⁸. Même si l'inspection oculaire est généralement caractérisée comme une activité ayant lieu en dehors de la cour⁶⁹, les parties ont également le droit d'apporter des preuves physiques dans la salle du tribunal.

⁶⁴ HELLBLING, *op. loc. cit.*

⁶⁵ HELLBLING, *op. cit.*, p. 311.

⁶⁶ Non plus selon la loi autrichienne: HELLBLING, *op. cit.*, p. 312.

⁶⁷ Cour Suprême de Venezuela, Chambre politique administrative, jugement du 2-8-67, transcrit dans BREWER-CARIÁS, ALLAN-RANDOLPH, *Jurisprudencia de la Corte Suprema 1930-74*, et *Estudios de Derecho Administrativo*, vol. III, *La actividad administrativa*, vol. 1, *Reglamentos, procedimientos y actos administrativos*, Caracas, EJV, 1976, pp. 160 et 161.

⁶⁸ CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, *op. cit.*, p. 614. Il nous rappelle que l'entretien personnel peut aussi être utilisé pour rassembler des preuves dans des moments clé.

⁶⁹ TENTOLINI OTTORINO, *La prova amministrativa*, Milan, Giuffrè, 1950, p. 151.