

CHAPITRE III

LES FAITS DU CAS: FAITS ET PREUVES

1. *L'importance du cas*

LA THÉORIE et la pratique du droit s'acheminent à l'application de la méthodologie scientifique dans l'analyse des cas¹, parce que le droit est, en effet, une science qui porte sur des problèmes singuliers et particuliers². Bien que l'on puisse jeter un coup d'œil au système comme fonction des cas, "dans un sens rationnel, c'est le problème et non pas le système qui règle l'essence de la pensée juridique."³ En conséquence, les livres qui utilisent une approche systématique peuvent jouer un important rôle d'introduction pour saisir et commencer à comprendre le droit, mais les livres (y compris celui-ci) ne sont pas utiles pour la pratique car on n'apprend qu'en travaillant.

Pour cette raison, l'insatisfaction avec l'enseignement donné aux nouveaux professionnels du droit, sur la manière de résoudre les problèmes⁴,

¹ POPPER KARL, *La lógica de la investigación científica*, Madrid, Tecnos, 1973; *El desarrollo del conocimiento científico. Conjeturas y refutaciones*, Buenos Aires, Paidós, 1967; *Unended Quest*, Open Court, 1976; MILLER DAVID, *Popper Selections*, Princeton, Princeton University Press, 1985, p. 126.

² GARCÍA DE ENTERRÍA EDUARDO, dans son préface à VIEHWEG THEODOR, *Tópica y jurisprudencia*, Madrid, Civitas, 1964, p. 12: "La science juridique a toujours été, est, et elle restera toujours, une science sur les problèmes particuliers".

³ ESSER JOSEF, *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado*, Barcelone, 1961, p. 9; dans ce même sens, MARTÍN-RETORTILLO / SAINZ DE ROBLES, *Casos prácticos de Derecho Administrativo*, Valladolid, 1966, p. 18.

⁴ "Les cours dans les facultés de droit et les textes universitaires n'ont jamais considéré systématiquement la procédure à travers laquelle les plaideurs recueillent, analysent et utilisent les moyens de preuve pour les attribuer aux faits": BINDER DAVID A. / BERGMAN PAUL, *Fact Investigation. From Hypothesis to Proof*, Minnesota, St. Paul, West Publishing Company, 1984, p. XVII.

est croissante même dans le monde anglo-saxon⁵. Peu importe si l'étudiant de droit sera amené à travailler ensuite comme avocat consultant, comme négociateur, comme officier public ou comme juge: sa profession portera toujours sur *le droit de façon quotidienne, tel qu'il s'applique à des cas particuliers*.

2. L'importance des faits

Il est indispensable de comprendre tous les faits d'un cas donné et les rapports entre eux et de savoir mettre en lumière toute information pertinente, tout en laissant le reste à l'écart.

C'est seulement après avoir mis en ordre les faits que l'on peut penser à développer nos arguments. Même s'il a été justement critiqué par Cardozo⁶ comme exagéré, Saleilles ne se trompe pas tout à fait quand il affirme que, lorsque le juge construit un jugement, il commence par prendre sa décision en s'appuyant sur la totalité des faits et, après seulement, il trouve les principes juridiques sur lesquels elle sera fondée. Tout esprit juridique doit fonctionner comme ça, c'est-à-dire commencer par considérer la totalité des faits relatifs à un cas particulier. La principale bévée des gens qui ne sont pas familiarisés avec le droit ou avec les sciences en général c'est de chercher à établir des règles générales à partir d'un fait particulier, ce qui est impossible.

Un ancien client à moi, un homme très intelligent, vraiment très versé en économie pratique, pensait que son instinct en questions juridiques était aussi bon que le mien. Fondé sur son "adresse", il décida de tout faire sans aucun conseil juridique, jusqu'à ce qu'il se heurta à des affaires où d'autres gens trouvèrent son intuition nullement convaincante. A ce point-là, il m'appela de nouveau, me demanda mon point de vue sur quelques questions et, sans prêter attention à mes avertissements (qu'il interpréta erronément comme le produit de mon intérêt économique) reformula ses opinions.

⁵ Comparez ROWLES JAMES P., *Toward Balancing the Goals of Legal Education*, *Journal of Legal Education*, 1981, vol. 31, pp. 375 et seq., 383, 384 et 389, qui est plus optimiste par rapport à l'aspect technique, que par rapport à l'aspect socio-politique (pp. 391 et seq.).

⁶ Voy. CARDOZO BENJAMIN N., *The Nature of the Judicial Process*, Yale University Press, New Haven, réédition 1952, p. 170. Il pose la supposition scientifique, dont nous parlerons ensuite, selon laquelle le jugement ne serait pas tout à fait "une décision", il constituerait seulement une hypothèse provisoire susceptible d'être modifiée.

Cet ancien client pourra avoir eu raison quelquefois, mais il ne peut pas être plus sûr de lui-même que je ne le suis, moi-même, de mes propres prédictions juridiques. Je suis pourtant sûr d'une chose: je fais moins confiance à mes propres perceptions juridiques en tant qu'avocat, qu'il ne le fait aux siennes en tant qu'économiste. Je pense qu'il se trompe en épargnant de l'argent sur les honoraires d'avocat dans des affaires importantes; certains clients ont perdu des fortunes à cause d'une telle folie. Ceux qui croient qu'il s'agit seulement de bon sens se trompent dangereusement; je l'ai constaté maintes et maintes fois.

Permettez-moi maintenant de donner un exemple de personnes qui n'ont pas de bonne perception. Un couple de professionnels d'âge mûr (un avocat, et un économiste) faisaient partie d'un organisme administratif dont ils voulaient déterminer la "nature". Ils voulaient savoir si cette institution était gouvernementale par nature ou s'ils pouvaient la gérer comme une institution privée. Je me suis rendu compte, tout de suite, que leur *vraie* question c'était de savoir s'ils devaient respecter les règlements en vigueur dans le secteur public ou bien s'ils pouvaient faire n'importe quoi. Malgré mes efforts, qui ont duré deux heures, je n'ai pas réussi à les convaincre de la fausseté de leur question. Je n'ai pas pu les persuader que la deuxième possibilité était tout simplement inexistante dans le droit privé, qu'ils seraient toujours obligés d'agir prudemment, et sans témérité et que, tant en droit public, qu'en droit privé, ils seraient toujours responsables de leurs actions. Ils n'arrivaient simplement pas à le croire, parce que pour eux le droit privé signifie pouvoir faire ce que chacun souhaite, sans en être responsable.

De pareilles idées peuvent être rencontrées partout. Les règles ne sont pas activées par elles-mêmes, l'application ou pas d'une règle substantive dépend des circonstances du cas⁷. En effet, comme dit Lord Denning, "tout dépend du sujet de l'affaire"⁸. Le droit doit s'assurer "qu'il existe des preuves documentées qui donnent des fondements rationnels et logiques pour la décision [et que celle-ci] soit le produit du raisonnement et de la preuve. C'est-à-dire, des preuves du cas et dans le contexte du cas [...] Une conclusion fondée sur des preuves abstraites peut être 'rationnelle', mais

⁷ BINDER / BERGMAN, *Fact Investigation. From Hypothesis to Proof*, op. cit., p. 2.

⁸ LORD DENNING, *The Discipline of Law*, Londres, Butterworths, p. 93: "Il n'est pas possible d'établir des règles strictes sur le moment d'appliquer les principes du droit naturel, ni sur leur objectif et leur portée. Tout dépend du sujet de l'affaire".

n'est pas nécessairement la décision rationnelle dans le cas en question."⁹ "Les jugements [...] fondés sur des preuves inexistantes [...] rendent arbitraires les mesures y stipulées"¹⁰ ou bien "il n'est pas admissible [...], sans enfreindre les principes de garantie de la procédure régulière, d'omettre des preuves par la seule affirmation dogmatique que les témoignages sont insuffisants ou inappropriés."¹¹ Il est aussi important "[que] les juges y intervenant aient le pouvoir de révoquer ou annuler la décision administrative relative aux faits, si elle est assez déraisonnable ou si elle est fondée seulement sur la volonté arbitraire ou le caprice des fonctionnaires."¹²

Afin de découvrir, à partir du dossier d'un cas, ce qui s'est vraiment passé, il faut examiner attentivement l'ensemble des documents. Comme dit un vieil adage du Conseil d'Etat français, il faut "faire parler les papiers."¹³

3. La difficulté de déterminer les faits

Leibniz soulignait que, alors que les aspects et les détails de la réalité sont infinis, notre capacité pour les saisir est au contraire assez limitée. Alors que les aspects de l'expérience sont inépuisables, la perception sensorielle qui en a l'homme est définitivement limitée. En d'autres termes, nous n'avons pas la possibilité de saisir la réalité comme un tout. Une telle capacité, si elle existe, est au-delà de la nature humaine.

Tout comme les scientifiques n'admettent qu'une connaissance limitée et contingente de leur objet, la même chose vaut pour le juriste. Afin de percevoir toute la réalité dans la mesure du possible, il faut utiliser tous les moyens que la science et la technologie peuvent fournir: photographies, graphiques, plans, dessins, statistiques, projections actuarielles, enquêtes, etc. Essentiellement, on doit peser et analyser tous les éléments de la réalité, qualitativement et quantitativement, sans oublier non plus ce qu'il est possible d'observer de ses propres yeux.

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

¹⁰ PTN, *Dictámenes [Avis]*, 81: 228, 230 et notre vol. 4, *Procedimiento administrativo*, *op. cit.*, chap. VII.

¹¹ CSJN, *Fallos [Arrêts]*, 248: 627, *Aldamiz*, 1960.

¹² CSJN, *Fallos [Arrêts]*, 244: 548, *Reyes*, 1959.

¹³ DE CORMENIN M., *Droit Administratif*, vol. I, Paris, éd. Pagnerre et Gustave Thobel, 1840, 5ème éd., p. 11, note 3, remarque le travail consciencieux et minutieux des greffiers qui vérifient, analysent et rédigent des rapports.

Il faut admettre que ce n'est pas facile. Permettez-moi de donner un exemple tiré d'un cas réel: les lois statuent que les marchandises importées doivent porter l'indication de leur provenance, le fameux "*made in...*"; dans ce cas-là, l'administration avait appliqué des sanctions à un importateur parce qu'il vendait des marchandises ayant une étiquette qui disait: "Fabriqué à l'Union Européenne, etc.". Les avocats de la compagnie ont intenté recours devant le juge en alléguant, en détail, le fait que "UE" constituait une identification suffisante. Le juge décida que l'infraction à la norme était claire et injustifiable et il confirma la sanction. La Cour d'appel, à son tour, après avoir reproduit encore une fois l'étiquette, conclût que l'interprétation de la norme avait été trop littérale, et se basant sur des arguments sérieux et convaincants a exprimé l'opinion que l'indication de "UE" comme lieu d'origine n'enfreignait pas la loi; le recours fut décidé en faveur de l'appelant et contre l'administration. Et pourtant, ni l'administration, ni les avocats, ni les juges avaient lu l'étiquette en entier: en réalité elle disait: "Fabriqué à l'Union Européenne... Tolède, Espagne." Le cas a été publié sans commentaires, puisque j'imagine que les éditeurs, eux non plus, n'ont pas lu l'étiquette en entier.

4. L'analyse des preuves déjà existantes

Dans cette section, nous allons fournir les outils pour discerner les faits dans un cas donné.

Le premier pas¹⁴ consiste à chercher à trouver un accord entre les preuves existantes et la réalité qui entoure ces preuves, sans oublier le dossier administratif relatif à l'affaire. Il faut faire l'analyse minutieuse de tous les documents, en examinant chacun d'eux séparément et en y cherchant des correspondances. En même temps, il est utile de préparer une liste¹⁵ des faits que l'on connaît et des preuves qui en constituent l'appui, en soulignant les éventuelles brèches dans l'information et en mettant les faits en corrélation afin de vérifier s'il y a vraiment de différences entre eux.

Dans la première étape, à côté de l'évaluation du poids des preuves existantes, l'avocat doit examiner la crédibilité des témoins, la fiabilité des rapports des experts, ainsi que la véracité de toute la documentation. Tout cela

¹⁴ Voy. mon livre *El método en derecho*, *op. cit.*, chap. I.

¹⁵ BINDER / BERGMAN, *op. cit.*, p. 40, ils proposent en réalité cinq listes de faits selon les caractéristiques des preuves: une liste principale et générale, deux listes des preuves concrètes relatives à chacune des deux parties et deux listes des preuves additionnelles et potentielles de chacune d'elles.

sans rien considérer comme allant de soi¹⁶, puisque les documents peuvent souvent être qualifiés de faux.

Après, il est très important d'avoir des entretiens avec les parties pour écouter leur version des faits. En plus, l'avocat devrait consulter les registres des parties, visiter les lieux pertinents¹⁷ et consulter les experts¹⁸ connaissant les aspects non juridiques du cas, en discutant avec eux les faits, non seulement pour vérifier si l'on a tout bien compris, mais aussi pour être sûr que l'expert présente les faits correctement. Si un avocat doit entamer ou plaider, par exemple, une cause de mauvaise pratique médicale, il doit comprendre non seulement les éléments essentiels du problème médical qui est à l'origine du litige, mais aussi les éléments techniques et de fait de chaque problème administratif présent. Il y a, bien sûr, des limites temporelles: le terme pour répondre ou pour appeler échoit, etc. De toute façon, l'avocat doit savoir, au moins, comment recueillir des informations et des preuves qui conduiront au meilleur résultat et savoir la manière de les utiliser.

L'avocat ne doit pas craindre de recueillir "trop" de preuves; ce sera à lui d'exercer ensuite sa capacité de synthèse et de précision¹⁹. Par contre, si la preuve est insuffisante et si l'autre partie découvre et produit des preuves contraires et substantielles, on risque de perdre la bataille. Si le professionnel connaît les preuves contraires à l'avance, il pourra avertir son client *ab initio* que la loi n'est pas en sa faveur et qu'il pourra perdre l'affaire. Compte tenu que le prestige d'un avocat est son unique capital, il doit surtout éviter le mécontentement et le discrédit découlant d'une affaire perdue dans laquelle il ne connaissait pas suffisamment les faits. Et le meilleur moment pour déterminer si une affaire s'appuie suffisamment dans les faits, c'est lorsque l'on analyse ces premiers éléments.

4.1. Avocats

Une fois cette étape terminée, l'avocat commence à élaborer une hypothèse sur le cas, ce qui va le conduire sans doute à évaluer s'il possède as-

¹⁶ En ce sens, reportez-vous à BINDER / BERGMAN, *op. cit.*, chap. I à VIII.

¹⁷ S'il s'agit de quelque chose qui existe physiquement quelque part, il faut le connaître, le voir personnellement, le photographier, le mesurer, etc. et en obtenir toute l'information quantitative et qualitative.

¹⁸ Si c'est le cas, il faudra (de même qu'au sujet précédent) obtenir des opinions techniques externes, valablement attestées et certifiées pour en appuyer la véracité.

¹⁹ Sans tomber pourtant dans des dépenses excessives et injustifiées.

sez de preuves pour la fonder. En d'autres termes, l'avocat doit déterminer quelles sont les preuves dont il devra se servir pour soutenir son raisonnement.

C'est à ce moment-là que l'avocat doit aussi prévoir comment son hypothèse pourra être défiée et imaginer les preuves qui pourront soutenir ce défi. Comme le souligne Popper, il ne s'agit pas seulement de prévoir les critiques, il s'agit aussi de faire son autocritique - et puis encore de critiquer sa propre capacité d'autocritique²⁰. Etant donné que cette étape se déroule avant le début du procès, il est possible qu'une certaine approche de la question reste dévalorisée en raison de la production de la preuve contraire. C'est pour cela qu'une décision responsable doit inclure cette étape intermédiaire.

4.2. Fonctionnaires et magistrats

Quand un fonctionnaire doit décider d'une affaire, la situation est la même, *mutatis mutandis*. Un des principes qui règle la procédure administrative indique que l'administration agit par sa propre initiative et non seulement sur demande des parties. La charge de la preuve retombe sur l'administration et, si les pièces annexées au dossier ne sont pas satisfaisantes pour le fonctionnaire, il pourra produire des rapports, des décisions, des opinions d'experts, etc. tant qu'il le jugera nécessaire pour atteindre la vérité matérielle²¹.

Le travail des avocats pour recueillir les faits aide aussi les fonctionnaires dans leur propre détermination de ces faits. Cependant, le fonctionnaire ne peut pas toujours arriver à une décision avec le seul fondement des faits présentés comme preuve par l'avocat, il peut en avoir besoin d'autres pour différentes raisons. Par exemple, dans une procédure ordinaire, les faits ont probablement changé au cours du temps²². Dans les procédures de protection, à cause de leur nature d'urgence, on aura peut-être omis des preuves dont il y aura besoin pour la procédure ordinaire et il

²⁰ MILLER, *Popper Selections*, op. cit., p. 126.

²¹ Nous expliquons ces principes dans notre *Tratado de derecho administrativo*, vol. 2, *La defensa del usuario y del administrado*, Buenos Aires, FDA, 2003, 6ème éd., chap. I.

²² Voy. *Cine Callao*, que nous avons analysé dans *Derechos Humanos*, Buenos Aires, FDA, 1998, 3ème éd. (le tribunal n'a pas analysé s'il y avait eu des changements dans la situation de faits alléguée entre le moment auquel la loi a été sanctionnée et le moment où la Cour l'a déclarée inconstitutionnelle).

faudra les produire²³. Il est vrai que, plus d'une fois, les tribunaux se sont demandés s'ils devaient "enlever la toque des magistrats pour mettre la robe des avocats."²⁴ Il est vrai aussi que, à chaque instance supérieure, la cour devient de plus en plus réticente à mener des nouvelles recherches ou vérifications.

Cela pose un dilemme: décider sans avoir des preuves suffisantes ou mener la production des preuves sur la propre initiative de la cour. Bien que la première option trouve apparemment son appui sur les règles de procédure, elle n'est néanmoins pas conforme aux normes constitutionnelles sur la procédure régulière.

4.3. Les faits "non significatifs"

Il serait d'une extrême naïveté de penser que seuls les faits objectivement raisonnables et importants sont utilisés par les juges, et qu'aucun critère étranger n'intervient jamais dans l'élaboration d'une décision judiciaire, sauf lorsqu'elle soit biaisée par corruption. Très souvent des jugements qui ne sont nullement viciés par corruption, ni formellement illégaux, ni immoraux, ont été influencés par des éléments se trouvant hors du dossier et qui ne sont pas mis en évidence dans la décision formelle.

Il y a beaucoup de livres sur ce sujet²⁵ et tous conseillent d'y faire attention et d'étudier, comme je suggère au Chapitre V, tous les faits avant le tribunal et de réfléchir là-dessus.

4.4. Remarques générales

L'avocat²⁶ doit ensuite enquêter et rechercher, sur base d'une hypothèse formulée à l'avance à travers des entretiens avec des techniciens et d'autres

²³ Le cas typique, c'est quand une vie se trouve en danger: *Fallos [Arrêts]*, 302:1284, 1980, *Saguir et Dib*.

²⁴ LORD DENNING, *The Due Process of Law*, Londres, Butterworths, 1980, p. 61.

²⁵ Un des meilleurs tribunaux au monde est aussi un de mieux étudiés. Voy., par exemple, COOPER PHILLIP J., *Battles on the Bench. Conflict Inside the Supreme Court*, Kansas, University Press of Kansas, 1984. Pour des cas en Argentine, voy., SANTIAGO ALFONSO (f) / ÁLVAREZ FERNANDO, *Función política de la Corte Suprema*, Buenos Aires, Ábaco, 2000. Il y a même des films sur ce sujet. Il faudrait vraiment vouloir ignorer ces faits pour ne pas les voir, et ce serait une grande erreur pour un avocat.

professionnels, une nouvelle documentation, ou la préparation des témoignages, etc.²⁷

Indépendamment des considérations sur les coûts, qui obligent souvent les avocats à ajourner de telles enquêtes jusqu'au moment de comparaître, il est préférable, à notre avis, de préparer, de manière privée²⁸ et à l'avance, toute preuve²⁹ additionnelle ou de réfutation³⁰ dont on pourrait avoir besoin. Etre en possession d'une grande quantité d'information à l'avance permettra de produire toute preuve additionnelle quand cela sera nécessaire. Et puis, il vaut mieux produire les preuves de manière privée et à l'avance parce que, parmi d'autres raisons, il est plus facile de rassembler ainsi les preuves. Il faut tenir compte que plus de temps on utilise pour produire la preuve, plus il sera difficile d'être convaincant. D'une part, les juges de première instance sont portés à donner une certaine valeur à la preuve produite précédemment dans un siège administratif ou même privé, en invoquant quelquefois les traits des instruments³¹ des dossiers administratifs. D'autre part, au sein des cours d'appel il y a une tendance de plus en plus fréquente à accepter la version des faits déjà acceptée par le tribunal inférieur. Tout ajournement dans l'activité de rassembler les preuves est donc nuisible³².

Selon les principes modernes sur la preuve, son évaluation dépend de la fiabilité et crédibilité de chacun de ses éléments. Cependant, il est important de savoir comment peser la preuve du point de vue de la partie contraire et de celui du juge, si le cas arrive devant le tribunal. Et en ce sens,

²⁶ Comme nous l'avons déjà expliqué, cela s'applique aussi bien au fonctionnaire qu'au magistrat, même si c'est dans une moindre mesure.

²⁷ Nous renvoyons encore à BINDER / BERGMAN, *op. cit.*, chap. 11 à 17.

²⁸ Voy. dans notre *Tratado...* le vol. 4, *El procedimiento administrativo*, Buenos Aires, FDA, 2000, 4ème éd., chap. VI, § 19, 22.8, 26.2 et chap. VII, § 10, 10.1, etc.

²⁹ "Nous ne savons pas, nous ne pouvons que deviner [...] Mais nous cherchons à dompter, avec soin et rigueur, ces suppositions ou ces anticipations imaginatives et audacieuses en leur présentant une opposition systématique [...] notre méthode ne doit pas viser à les défendre pour démontrer que nous avons raison, mais plutôt à les renverser." (POPPER, *La lógica...*, *op. cit.*, p. 259).

³⁰ Nous analysons au vol. 4, chap. VI, plusieurs des problèmes qui peuvent présenter les moyens de preuve: rapports et preuve documentaire (§§ 19 à 21, 23, 26), témoignages oraux et écrits (§§ 22, 24), interrogatoires par écrit (§ 25), expertises (§ 26), etc.

³¹ Nous l'avons expliqué dans le vol. 3 de notre *Tratado...*, chap. VII.

³² BINDER / BERGMAN, *op. cit.*, p. 134; LEVI, *op. cit.*, p. 5 et ses références. Conf. LORD DENNING, *The Due Process of Law*, *op. cit.*, p. 62.

étant donné qu'il y a des instances successives et que le temps peut apporter des changements dans l'administration ou dans la magistrature, il est difficile de présenter des arguments adéquats qui ne contrediraient pas les juges actuels et les juges futurs.

La dynamique de chaque problème doit se reconnaître à la façon dont elle affecte le cadre de l'affaire et les solutions possibles³³. En d'autres termes, on doit éviter d'imaginer le droit comme un système dans lequel "il n'y a pas de processus temporaire, il n'y a pas de causes ou d'effets, il n'y a pas de passé et de futur."³⁴ Par contre, il est important d'être sur ses gardes face aux changements produits dans les faits au cours du temps³⁵, les changements dans leur perception et leur vérification, l'information additionnelle qui a été produite et d'évaluer comment tout cela peut affecter le cas³⁶. Il ne faut pas oublier qu'il peut arriver que d'autres "futurs facteurs" viennent changer l'affaire: les plaidoiries sur les faits initiaux, "la loi applicable"³⁷, "le résultat désirable"³⁸, l'autorité qui doit décider, le cadre politique et juridique, les idées prévalant dans la société ou dans le gouvernement. Le temps oblige à procéder à des analyses constantes de chaque élément de l'affaire.

Il faut aussi identifier les faits qui sont à la base de l'acte, en les séparant de ceux qui en constituent la motivation³⁹. Mais on ne doit pas accorder une trop grande attention à ces éléments car on omettrait de percevoir l'ensemble de la situation. Cela est absolument essentiel pour comprendre et appliquer la loi. Lire, par exemple, l'affaire *Cine Callao* sans tenir compte que la Cour n'a pas pris en considération les faits, c'est se tromper de chemin. Lire *Chocobar* en croyant que les motifs exposés sont les vrais (et non ceux qui ont été reflétés par les journaux), c'est aussi se tromper. La même chose vaut pour *Marbury v. Madison*. C'est-à-dire que si on ne con-

³³ Nous avons analysé ce sujet dans notre *Tratado de derecho administrativo*, vol. 2, *La defensa del usuario y del administrado*, *op. cit.*, section IV, "La protección de los derechos", chap. VIII à XIII.

³⁴ COHEN FÉLIX S., *El método funcional en el derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1962, p. 122, qui utilise naturellement des critères généraux.

³⁵ ROMBAUER MARJORIE D., *Legal Problem Solving. Analysis, Research and Writing*, Minnesota, West Publishing Company, 1984, p. 328.

³⁶ ROMBAUER, *op. cit.*, p. 329.

³⁷ CARRIÓ, *Cómo estudiar...*, *op. cit.*, pp. 32 et 33, § G. Dans un autre sens, LEVI dit, *op. cit.*, p. 12, que "Les règles changent par leur application".

³⁸ CARRIÓ, *op. loc. cit.*

³⁹ Voy. notre *Tratado...*, vol. 3, *El acto administrativo*, *op. cit.*, chap. X, § 6.

naît pas ou on ne comprend pas vraiment les faits de l'affaire, on ne peut pas non plus comprendre le contenu juridique de la décision.

Il y a une grande erreur persistante que commet la société: celle de croire aveuglement aux gens qui ont le pouvoir, tant dans le secteur privé que dans le secteur public, dans l'économie ou dans la politique, qu'ils soient honnêtes ou corrompus. Et ceci est également valable dans le domaine du droit. Il existe l'erreur commune de croire que toute autorité juridique a raison. En ce sens, la présomption de légitimité⁴⁰ est confondue avec la simple vérité, ce qui n'est pas seulement insoutenable du point de vue logique, mais aussi une erreur politique et juridique substantielle.

Les étudiants doivent aussi s'exercer à trouver les règles et les principes juridiques applicables à un cas particulier - peu importe qu'ils soient d'ordre supranational⁴¹, qui, pour reprendre l'expression de Lord Denning, sont de plus en plus "une espèce de marée qui pénètre dans l'estuaire et remonte le fleuve sans qu'on puisse l'arrêter"⁴², ou d'ordre constitutionnel, légal ou réglementaire - ainsi que ceux applicables à chaque aspect du cas, tenant compte qu'une des erreurs qu'on peut commettre c'est d'ignorer les règles administratives, nombreuses et toujours changeantes.

Une des plus grandes difficultés dans l'application de l'ordre légal administratif se rapporte aux règles supranationales et constitutionnelles, qui sont submergées dans des normes législatives qui ont, de leur côté, moins de valeur. Les non-juristes tendent à percevoir d'une manière différente la hiérarchie normative et à donner plus d'importance aux moindres règles, même si elles s'opposent aux principes généraux du droit, comme les principes constitutionnels ou supranationaux, la justice, le raisonnable, etc. Il faut comprendre comment mener une affaire pour ne pas manquer à la vraie hiérarchie du système légal ni à l'éthique professionnelle. En même temps, cette position doit être compatible avec les intérêts en jeu et avec la possibilité d'obtenir justice.

⁴⁰ Voy. dans notre *Tratado...*, le vol. 3, *op. cit.*, chap. V, deuxième partie, §§ 2 à 6.

⁴¹ Pour une discussion sur ce sujet, nous renvoyons au Chap. VI; notre article *La supranacionalidad operativa de los derechos humanos en el derecho interno*, *LL*, 1992-B, p. 1295, reproduit dans le chap. III de notre livre intitulé *Derechos Humanos*, *op. cit.*

⁴² LORD DENNING, *The Discipline of Law*, *op. cit.*, p. 18, qui ajoute que "sans doute" les tribunaux nationaux "doivent suivre les mêmes principes" que les tribunaux internationaux dans l'application des traités contenant des règles de droit interne.

En outre, il faut se rappeler qu'il est une chimère de croire qu'une affaire n'a qu'une seule solution, nécessaire, vraie et valable: il n'existe pas deux cas égaux, ils semblent seulement analogues. Imaginer donc une "solution" qui serait la "meilleure" à un certain moment ne veut pas dire qu'elle sera la meilleure à la fin. Parmi d'autres raisons, cela peut arriver parce qu'elle n'est pas adéquate aux faits, parce que la preuve principale n'est pas correctement en rapport avec ces faits ou parce que la situation, les intérêts en jeu, les lois ou les valeurs sociales applicables (y compris les normes nationales et supranationales) ont changé. En conséquence, dans le droit ou dans n'importe quelle autre science, la "solution" proclamée pour un cas ne sera toujours qu'une hypothèse qui sera soit confirmée soit infirmée par les faits et le temps. Les cas précédents ne vont pas le faire. "La science ne doit jamais viser le but illusoire de la réponse définitive, et néanmoins probable; au contraire [elle] doit poursuivre la découverte de problèmes toujours nouveaux, plus profonds et plus généraux, pour confronter les propres réponses (toujours provisoires) avec des faits contradictoires, continûment renouvelés"⁴³ et toujours plus provocateurs. Cet objectif rend inévitablement temporaire toute affirmation scientifique. Bien sûr, ces affirmations peuvent être corroborées, mais chaque corroboration dépend, à son tour, d'autres affirmations qui sont, elles-mêmes, temporaires.

Cardozo nous rappelle les paroles de Munrose Smith: que les règles et les principes ne sont pas de solutions définitives, sinon des hypothèses de travail. C'est-à-dire que chaque nouveau cas est une expérience et que, si la règle qui y paraît applicable mène à un résultat injuste, ce résultat doit être considéré une fois encore⁴⁴. Pourtant, un avocat qui doit répondre à un client, doit tenir compte que les clients veulent en général "l'opinion d'un avocat et non pas ses doutes"⁴⁵. Plus encore, le client voudra une analyse complète ainsi que les fondements de l'opinion de son avocat, et ceux-ci devront vaincre les critiques du client. De la même manière, les juges peuvent avoir des doutes face à une décision en particulier, mais lorsqu'ils devront présenter les arguments de fait et de droit pour l'appuyer, ils devront s'exprimer affirmativement.

⁴³ POPPER, *La lógica de la investigación científica*, op. cit., p. 9.

⁴⁴ CARDOZO, op. cit., p. 23; MUNROSE SMITH, *Jurisprudence*, Columbia University Press, 1909, p. 21. En ce même sens, Cardozo rappelle Roscoe Pound et Pollock: C'est une opinion commune et traditionnelle dans le droit américain.

⁴⁵ LORD DENNING, *The Discipline of Law*, op. cit., p. 7.

Il faut inévitablement et dans tous les cas décider ou donner son avis d'une manière concrète et définitive, en appuyant ses arguments sur les faits et sur le droit. Pourtant, cela ne changera pas le fait qu'il s'agit seulement d'une nouvelle hypothèse et non d'une vérité éternelle. Les débats postérieurs fixent des fois leur attention sur le type d'arguments présentés précédemment et sur les fondements juridiques, mais on ne doit pas oublier que l'élément décisif sera toujours la manière dont on a procédé à l'analyse des faits. Il n'est pas étonnant donc qu'on ait dit que "ce que le juge fait est plus important que ce qu'il dit qu'il fait"⁴⁶.

A la lumière de cette affirmation, il est important de tenir compte du vieux dicton: "la seule règle c'est qu'il n'y a pas de règle"⁴⁷, ou de la phrase de Popper: "on ne peut jamais être sûr de rien."⁴⁸ Comme nous l'avons déjà dit, il n'y a pas de règles antécédentes à partir desquelles on puisse "déduire" des solutions, ni règles empiriques à partir desquelles on puisse les "induire".

Permettez-nous de répéter qu'il ne faut pas chercher "l'idole de la certitude [...] puisque l'adoration de cette idole réprime l'élan de nos questions et abîme le sérieux et l'honnêteté de nos vérifications. L'opinion erronée de la science se met en évidence dans sa prétention d'être vraie; ce qui fait de quelqu'un un homme de science n'est pas sa possession du savoir, de la vérité irréfutable, sinon sa recherche critique et courageuse de la vérité [réalité]"⁴⁹.

On ne peut pas aspirer à trouver la "certitude" d'une solution vraie et irréfutable pour un cas juridique: "ceux qui ne sont pas prêts à faire passer leurs idées par l'aventure de la réfutation ne méritent pas une place dans les rangs de la science."⁵⁰ On doit apprendre à cohabiter avec l'incertitude créative, avec l'angoisse de chercher une solution meilleure ou plus juste qui, pourtant, ne sera que provisoire⁵¹. Admettre que la propre infaillibilité n'est qu'un mythe permet plus facilement de nier l'infaillibilité des autres⁵².

⁴⁶ REED DICKERSON, *Some Jurisprudential Implications of Electronic Data Processing*, dans la revue *Law and Contemporary Problems*, *op. cit.*, pp. 53 et seq., p. 68.

⁴⁷ Ou bien, comme dit CARDOZO, *op. cit.*, p. 161, "Après tout, il y a peu de règles, il y a des modèles et des degrés, c'est-à-dire de grands principes"; LORD DENNING, *The Discipline of Law*, *op. loc. cit.*, en parlant du droit supranational.

⁴⁸ Sauf de l'erreur démontré ou de la mauvaise formulation d'une supposition.

⁴⁹ POPPER, *La logique...*, *op. cit.*, p. 261.

⁵⁰ POPPER, *La logique...*, *op. loc. cit.*

⁵¹ La recherche de l'objectivité scientifique rend éternellement provisoire toute affirmation. Il est très important de vérifier, mais chaque vérification est relative

Cardozo déclarait que pendant ses premières années comme professionnel:

“Je cherchais la certitude. Je me sentais abattu et découragé en voyant que la recherche était inutile” mais avec le temps “je me suis réconcilié avec l’incertitude, j’ai acquis la maturité suffisante pour la considérer comme inévitable et pour comprendre que le plus haut degré que l’on puisse atteindre n’est pas celui de la découverte, mais celui de la création; et que les doutes et les incertitudes, les aspirations et les craintes font partie du travail intellectuel.”⁵³

Jamais un cas “similaire” précédent ne peut servir à “résoudre” le suivant, non seulement parce que “la corroboration n’est pas une valeur de vérité”⁵⁴ mais aussi parce qu’il y aura au moins un moment différent, une personne différente, un autre lieu, etc.⁵⁵. On ne doit pas commettre l’erreur scientifique de croire qu’on pourra élaborer à partir de certains cas particuliers des règles générales pour les appliquer à des cas futurs. Pour éviter cette erreur, il faut différencier les cas pour ne pas tomber dans des erreurs qui ne seraient que des variations d’une même erreur méthodologique. Et puis, il faut se rappeler qu’il n’y a pas des cas “typiques”, c’est la méthode que l’on doit apprendre à travers l’expérimentation et non pas les solutions. Devant chaque cas on doit chercher des hypothèses nouvelles, créatives, imaginatives, qui doivent être adaptées à la réalité du cas et aux faits à travers un procès particulier. Un simple ajustement des “solutions” précédentes ne suffit pas, parce qu’elles ne fonctionneront pas de la même manière dans des situations juridiques et de faits différents. Il faut penser aux faits et penser au droit pour élaborer l’hypothèse du cas particulier; ensuite elle doit être raffinée, modifiée, changée, jusqu’au moment où la décision sera prise et mise sur papier. A ce moment-là, le travail sera fini, mais le problème n’est pas entièrement résolu et pour toujours - la science exige un débat constant.

Nous avons déjà dit que les faits et les circonstances d’un cas peuvent être modifiés au cours du temps et par le changement des intérêts et des

face à d’autres affirmations qui sont, à leur tour, provisoires. POPPER, *La lógica...*, *op. cit.*, p. 260.

⁵² CARDOZO, *op. cit.*, p. 30.

⁵³ CARDOZO, *op. cit.*, p. 166.

⁵⁴ POPPER, *La lógica...*, *op. cit.*, p. 257.

⁵⁵ Pour le dire encore dans les mots de CARDOZO: chaque cas est une nouvelle expérience, *op. cit.*, p. 23.

valeurs en jeu. Il faut donc considérer les cas non seulement en imaginant ce qu'il va se passer et quand, mais en considérant aussi *qui* et *comment* va décider *quand* les choses vont se passer⁵⁶.

Même si la théorie juridique discute encore si les principes doivent être appliqués à travers l'initiative des tribunaux, dans la pratique leur application est poussée par les parties intéressées. En même temps, il peut exister un déséquilibre qui ne devrait pas être accepté par les juges, on ne devrait pas permettre qu'une partie présente des arguments devant un officier sans la présence de l'autre partie, parce que cela éliminerait la possibilité, pour cette dernière, de corriger ou contredire certaines affirmations⁵⁷. Le temps peut aussi montrer que, malgré l'accent mis initialement sur certains arguments, ils peuvent ensuite devenir moins importants. Les arguments doivent être forcés à servir, tour à tour, pour critiquer⁵⁸ les éléments de différents problèmes ou pour s'y adapter. Cela peut être fait de manière privée ou à travers des procédures administratives ou même, dans une procédure judiciaire, au moment des négociations ou des éventuelles transactions.

On doit découvrir comment les faits ont été analysés au moment où le cas est paru sur la scène; comment les arguments ont été adaptés au moment et aux valeurs de la société; quelle solution raisonnable et convaincante a été proposée; quelles ont été les avantages et les inconvénients des options présentées chaque fois qu'une telle affaire a été défendue. Une aide méthodologique pour cette tâche est de comprendre que, dans chaque affaire, il y a une quantité de questions juridiques qui doivent être expliquées par celui qui doit décider. Un avocat expérimenté n'a même pas besoin de se poser certaines questions, parce qu'il les comprend automatiquement et à l'instant, mais celui qui n'est pas familiarisé avec le sujet ou l'étudiant de droit peut au contraire trouver leur analyse très utile⁵⁹.

De toute façon, il faut tenir compte qu'un tel guide doit être adapté progressivement par l'étudiant. Une fois qu'il aura acquis l'adresse suffisante pour franchir les étapes initiales, il devra se concentrer à franchir celle dont il aura besoin pour résoudre les difficultés présentées par un cas en particulier. Dans cette deuxième étape, après avoir analysé la validité de

⁵⁶ Voy. vol. 4 de notre *Tratado...*, *op. cit.*, chap. VIII, § 1.

⁵⁷ Voy., LORD DENNING, *The Discipline of Law*, *op. cit.*, p. 85.

⁵⁸ Par rapport au rôle critique de l'enseignant dans la systématisation du droit pratique, nous renvoyons à notre *Teoría general del derecho administrativo*, Madrid, Instituto de Estudios de Administración Local, 1984, pp. XIV et XV du prologue; *Derechos humanos*, *op. cit.*, chap. I, § 3.3.

⁵⁹ Pour un meilleur développement, notre livre *El método en derecho*, *op. cit.*

l'acte mis en question, le pas le plus important de l'analyse juridique est celui de déterminer les options possibles et d'en choisir une. En d'autres termes, quelles sont les raisons pour ou contre les positions suivantes: abstention⁶⁰; négociation⁶¹; gestion, *lobby*, conduite appropriée, etc.⁶²; recours, demande ou plainte administrative⁶³; mise en cause judiciaire.

Une fois que la ligne de conduite a été adoptée, et s'il ne s'agit pas simplement d'une action ou d'une omission, il faut, évidemment élaborer *par écrit* un document légal (recours, demande, plainte, mise en cause, etc.) en choisissant⁶⁴ et en classifiant⁶⁵ les arguments à utiliser, sans oublier les faits et les arguments adverses⁶⁶. Les fondements de fait sont, bien sûr, aussi nécessaires que les fondements de droit. Et si l'on conseille de choisir l'abstention, la gestion, la négociation⁶⁷ ou une autre conduite qui ne signifie pas d'actions légales, on devra expliquer le pourquoi de cette option.

Dans le cas du fonctionnaire ou du juge qui doit décider sur une affaire, les étapes sont essentiellement les mêmes. Il faut aussi évaluer les faits et

⁶⁰ Acceptation passive, puisqu'il y a des situations dans lesquelles la solution est de ne rien faire.

⁶¹ Voy. EDWARDS / WHITE, *Problems, Readings and Materials on the Lawyer as a Negotiator*, St. Paul, West Publishing Company, 1977; WILLIAMS, *Legal Negotiations and Settlements*, même éditeur, 1983.

⁶² L'avocat qui est consulté sur un cas ne doit pas négliger cette alternative et doit continuer à l'évaluer le long du temps. Des fois, l'administration, elle-même, suggère à l'administré une conduite destinée à modifier la situation de fait afin de trouver une solution à l'affaire en question.

⁶³ Pour les différences, voy. le vol. 4, chap. III, § 2°.

⁶⁴ Toutes les questions importantes doivent être contestées. Voy. ROMBAUER, *op. cit.*, p. 239 et les notes suivantes; Cela vaut aussi pour la rédaction des décisions administratives et des jugements judiciaires, dont les fondements ne sont pas toujours expliqués.

⁶⁵ Selon le sage conseil de MORELLO, on doit chercher d'éviter, dans la mesure du possible, de développer "tous" les arguments *juridiques* possibles sur l'affaire, afin de rendre plus difficile pour l'autorité administrative ou judiciaire la tâche de décider: c'est-à-dire, la tâche de trouver des fondements *nouveaux*, qui ne répètent pas les arguments du plaidant, mais qui ne contrarient pas, non plus, les faits.

⁶⁶ ROMBAUER, *op. cit.*, p. 329. En matière de droit administratif, les avocats ne se mettent pas souvent à la place du fonctionnaire public. Ils ne peuvent donc imaginer, démontrer ou argumenter conformément aux raisonnements que le fonctionnaire utilisera plus tard.

⁶⁷ Voy. EDWARDS / WHITE, *Problems, Readings and Materials on the Lawyer as a Negotiator*, *op. cit.*; WILLIAMS, *Legal Negotiations and Settlements*, *op. cit.*

le raisonnement des faits, peser les procédures alternatives, en choisir une, la mettre par écrit, élaborer des fondements appropriés, convaincants et suffisants pour l'appuyer, afin de ne pas commettre d'acte arbitraire par insuffisance de motivation ou d'appui sur des faits. Le temps peut quelquefois se charger de le faire et, en effet, il le fait⁶⁸.

A propos du choix d'une solution créative à une affaire et de la rédaction du dossier, nous renvoyons à ce qui est expliqué dans *El método en derecho*⁶⁹. La première règle est claire: *commencer* à écrire, faire au moins un compte rendu du cas, la description de ses faits et la transcription de ses normes. Puis, on construira peu à peu, et on polira, les arguments finaux.

⁶⁸ Nous renvoyons à *Problemas del control de la administración pública en América Latina*, Madrid, Civitas, 1981, pp. 55-58.

⁶⁹ *Op. cit.*, chap. VII à XII, pp. 99-197.