

LA PREUVE DANS LA PROCEDURE DES
JURIDICTIONS ITALIENNES

Rapport présenté par

M. PASQUALE DE LISE

Référendaire au Conseil d'Etat d'Italie

P L A N

- I. Préambule.
- II. L'administration de la preuve dans le procès devant le Conseil d'Etat.
- III. Nature des règles sur les preuves.
- IV. Charge de la preuve :
 - a) notion
 - b) fonctions.
- V. Objet de la preuve :
 - a) nature
 - b) faits reconnus (matériels), faits déjà prouvés, faits invraisemblables
 - c) faits notoires et règles d'expérience
 - d) le principe *iura novit curia* et ses limites (droit étranger, coutume, règlements)
- VI. La preuve dans le procès devant le Conseil d'Etat.
- VII. La charge de la preuve dans le procès devant le Conseil d'Etat : étendue et effets.
- VIII. La preuve dans la compétence de légalité (giurisdizione di legittimità) et dans celle étendue au fond (al merito) :
 - a) nature
 - b) admission des moyens d'enquête .
- IX. Les divers moyens de preuve dans le procès devant le Conseil d'Etat :
 - a) principe général
 - b) documents, éclaircissements et vérifications
 - c) les moyens de preuve dans le procès sur le fond ; en particulier, inadmissibilité de l'aveu et du serment.
- X. Modifications de la discipline des preuves dans le procès devant le Conseil d'Etat :
 - a) projets de réforme
 - b) loi du 6 décembre 1971, n. 1034, sur l'institution des tribunaux administratifs régionaux.

I. PREAMBULE

Le thème de la preuve est de la plus haute importance dans tous les types de procédure juridictionnelle. Il est, en effet, bien rare qu'un jugement puisse être rendu sans une vérification préalable des faits, établie par des moyens probatoires expédients.

Dans la présente étude ce thème de la preuve sera traité uniquement par rapport à la procédure juridictionnelle devant le Conseil d'Etat, sur laquelle se règlent celles devant les autres organes juridictionnels administratifs.

Etant donné le caractère spécifique du sujet il convient, avant de l'aborder, d'exposer quelques notions générales sur la nature des normes réglant les preuves, sur la charge de la preuve et sur ses fonctions principales comme sur son objet.

En nous en tenant au procès devant le Conseil d'Etat, nous traiterons ensuite —d'après la réglementation en la matière— de l'application et des limites de la charge de la preuve par rapport à la nature du procès ; du fondement des pouvoirs d'enquête du juge et de leur extension dans la juridiction de légalité et dans celle étendue au fond ; des divers moyens de preuve et de leur efficacité ; des modifications de la discipline actuelle de l'administration de la preuve.

II. L'ADMINISTRATION DE LA PREUVE DANS LE PROCES DEVANT LE CONSEIL D'ETAT

Le texte unique du 2 juin 1889, n. 6166, qui rétablit les fonctions juridictionnelles du Conseil d'Etat abolies par la loi du 20 mars 1865, n. 2248, ann. E, a réglementé la matière des preuves à l'article 37 : "Si la section estime que l'instruction de la cause est incomplète, ou que les faits affirmés dans l'acte ou dans la mesure attaqués sont en contradiction avec les pièces fournies, elle peut, avant de décider sur le fond, demander à l'administration intéressée de nouveaux éclaircissements ou d'autres pièces, ou lui donner ordre de procéder elle-même à de nouvelles vérifications, autorisant les parties, le cas échéant, à y assister, et aussi à produire des pièces déterminées".

Des dispositions particulières furent ensuite stipulées dans le règlement de procédure approuvé par R.D. (Regio Decreto) le 17 octobre 1889, n. 6516.

Par le texte unique du 17 août 1907, n. 638, la juridiction du Conseil d'Etat fut répartie entre la Section IV, qui se prononce sur la légalité, et la Section V, qui se prononce sur le fond. Regardant l'administration de la preuve, l'article 36 du texte unique de 1907 reprend la disposition de l'article 37 du texte unique de 1889, mais ajoute : "La Section V a, en outre, faculté d'ordonner tout autre moyen d'enquête, selon les modes qui seront déterminés par le règlement de procédure".

Le texte unique des lois sur le Conseil d'Etat approuvé par R.D. le 26 juin 1924, n. 1054, toujours en vigueur, a introduit le principe du jumelage des juridictions sur la légalité et sur le fond dans les sections juridictionnelles, sans pour autant modifier substantiellement le système de l'instruction probatoire.

Les règles qui gouvernent aujourd'hui l'administration de la preuve sont donc celles énoncées par l'article 44 du texte unique cité et par les articles 26-35 du règlement de procédure devant les sections juridictionnelles du Conseil d'Etat approuvé par R.D. le 17 août 1907, n. 642.

Ces règles disposent comme suit :

TEXTE UNIQUE

Article 44

Si la section, qui a reçu le recours, estime que l'instruction de la cause est incomplète, ou que les faits affirmés dans l'acte ou dans la mesure attaqués sont en contradiction avec les pièces fournies, elle peut demander à l'administration intéressée de nouveaux éclaircissements ou d'autres pièces ; ou bien ordonner à ladite administration de procéder elle-même à de nouvelles vérifications, autorisant les parties à y assister et aussi à produire des pièces déterminées.

Dans les jugements sur le fond le Conseil d'Etat peut en outre ordonner tout autre moyen d'enquête, selon les modes déterminés par le règlement de procédure.

Les mesures d'enquête préliminaires à la discussion du recours dont fait état cet article, pourront être décidées aussi par le président de la section, selon les normes établies par le règlement (alinéa ajouté par R.D.L. le 23 octobre 1924, n. 1672, introduit avec des modifications dans la loi du 8 février 1925, n.

REGLEMENT DE PROCEDURE

Article 26

Les sections juridictionnelles peuvent demander à l'administration et ordonner aux parties de leur fournir les actes et pièces qu'elles estiment nécessaires pour décider de la controverse.

Elles peuvent également demander que l'administration procède elle-même à de nouvelles vérifications, en fixant le délai dans lequel le rapport devra être déposé.

Les parties seront avisées, par l'administration, au moins cinq jours avant, des lieu, jour et heure où s'effectueront les vérifications.

Article 27

Dans les procès sur le fond, les sections peuvent entendre des témoins, procéder à des inspections, ordonner des expertises et faire toutes les autres investigations susceptibles de conduire à la découverte de la vérité, ayant les pouvoirs attribués au magistrat par le code de procédure civile, avec les sanctions relatives.

Article 28

Si l'une des parties demande le recours à un moyen d'enquête et que les autres l'agrément, le Président, s'il le juge opportun, notifie aux parties qu'il prend acte de la demande et avise pour son exécution.

Dans les contestations électorales, indépendamment de l'accord des parties, sur simple demande du Président de la section les préfetures doivent transmettre les procès-verbaux des élections, les bulletins contestés et les autres pièces qui peuvent servir au procès.

Article 29

Le Président ou la section, en admettant les moyens d'enquête, en fixe les délais et les modes d'application, suivant en cela, autant que possible, les dispositions du code de procédure civile.

Article 30

Pour satisfaire aux moyens d'enquête mentionnés au début de l'article 44 du texte unique, est délégué un des membres de la section, lequel sera assisté d'un secrétaire, qui rédigera les procès-verbaux relatifs.

Si le lieu de l'enquête est en dehors de la capitale, la section peut déléguer un des conseillers de préfecture ou un magistrat, qui sera assisté d'un secrétaire de ce service.

Si l'enquête doit se faire hors des frontières de l'Etat, la requête doit être faite par voie diplomatique.

Article 31

Pour procéder aux expertises, la section fait appel à un ou plusieurs fonctionnaires techniques de l'Etat.

Article 32

Le conseiller qui est commis aux moyens d'enquête doit faire aviser les parties, cinq jours avant, des jour, heure et lieu des opérations.

Article 33

La subrogation du conseiller délégué, ou la nomination d'un autre conseiller pour le substituer dans un acte relatif à l'exécution de la preuve, se fait par disposition du Président, même si la délégation est ordonnée par décision.

Article 34

Quand les moyens d'enquête ordonnés d'office impliquent des frais, ceux-ci doivent être anticipés par la partie requérante. Auquel cas, la section enjoint à l'appelant de verser en dépôt la somme approximativement nécessaire.

Si les moyens d'enquête sont au contraire ordonnés sur instance d'une des parties, la partie requérante est tenue au versement du dépôt.

Le dépôt doit toujours être versé au secrétariat.

Que si la somme versée ne devait pas suffire, le recours ne sera pas poursuivi tant que les parties intéressées n'auront pas effectué intégralement le versement de la somme nécessaire.

Que si la partie à laquelle il appartient de faire le dépôt ne l'avait pas versé ou l'avait versé incomplètement, la partie adverse est en droit, au cas où elle ne préférerait pas anticiper elle-même les frais, de faire préfixer un terme, à l'échéance duquel la section jugera en l'état.

Article 35

Après la notification faite aux parties et à l'administration, par le secrétaire, que l'enquête ordonnée a été faite et que les pièces relatives sont à leur disposition au secrétariat, il revient aux parties ou à l'administration de présenter une demande de fixation d'audience pour la discussion du recours.

III . NATURE DES REGLES SUR LES PREUVES.

Dans le système juridique italien est encore débattue la question de la nature substantielle ou "procédurale" des règles concernant les preuves.

Le législateur de 1942 a cru opportun d'insérer la discipline relative dans le livre six du Code civil, consacré à la protection des droits. Il l'a fait en considérant que les preuves servent à faire valoir ou à défendre les situations juridiques subjectives non seulement dans le procès, mais également en dehors et avant, puisque l'évidence et l'assurance virtuelle d'en obtenir la reconnaissance est déjà en soi une condition normalement suffisante pour la considération de ces situations juridiques, pour la tranquillité dans leur jouissance, pour la sécurité dans les rapports qui les concernent.

De là furent introduites dans le Code de droit fondamental les règles relatives à la pré-constitution des preuves, pour en établir et en assurer légalement l'efficacité et prévenir, par différents critères d'admissibilité ou de non-admissibilité légale, les dangers de certains moyens de preuve qui sont parfois suspects.

Dans le Code de procédure civile se trouvent, au contraire, les règles relatives à la déduction des moyens de preuve singuliers, à leur reconnaissance par le juge et aux modalités de leur adoption.

D'après ces dispositions et vu les divers sièges où elles sont contenues, on peut dire que le Code civil s'occupe des preuves en tant que moyens destinés à prouver le fondement d'un fait juridiquement établi, à savoir, la situation de fait. Ces preuves peuvent exister avant le procès et indépendamment de lui ; mais celui-ci est le cadre nécessaire pour que le juge, une fois ces moyens soumis à son appréciation, accorde valeur aux faits avancés par les parties pour soutenir leurs prétentions juridiques respectives.

Cette discipline exhaustive de la matière en vigueur dans le système de droit privé, ne trouve pas son parallèle dans le droit administratif, où le caractère fragmentaire et incomplet de la réglementation positive pénètre aussi le système des preuves.

Quoi qu'il en soit, les considérations qui précèdent peuvent être considérées valables aussi dans le champ qui nous intéresse particulièrement, où nous trouvons également le partage entre système fondamental et système formel ou "procédural" des preuves, par rapport à la double fonction des moyens de preuve : instruments pour attester le fondement d'un fait par celui qui l'allègue, d'abord, éléments aptes à fonder la conviction du magistrat sur le fond du litige, ensuite.

IV . CHARGE DE LA PREUVE

a) **Notion**

La réglementation de la charge de la preuve est contenue dans l'article 2697 du Code civil, qui consacre les principes du droit romain s'inspirant des fameux aphorismes *onus probandi incumbit ei qui dicit, negativa non sunt probanda* et *reus in excipiendo fit actor*.

Ces principes ont trouvé un large accueil dans l'élaboration de notre jurisprudence : quiconque en appelle à l'application de la loi, au sujet d'un droit (ou, d'une manière plus générale, de n'importe quelle situation juridique subjective) qu'il fait valoir par voie d'action ou d'exception, a la charge de prouver le fait juridique dont il fait découler son prétendu droit. Et concomitamment tous les éléments ou les motifs qui engendrent ce droit et qui, comme tels, constituent les conditions positives de la prétention. Mais ne lui incombe pas l'obligation de prouver aussi l'inexistence des conditions négatives, c'est-à-dire des faits qui pourraient empêcher la naissance ou la conservation de son prétendu droit ; cette preuve est à la charge du sujet passif de la prétention. Seul celui-ci a intérêt à démontrer que le droit avancé dans le procès en réalité n'existe pas ou, s'il est né d'un rapport juridique valide, s'est éteint.

b) Fonctions

La charge de la preuve a pour fonction, immédiate et directe, de stimuler la partie intéressée à faire valoir son droit —et par le fait, le faire reconnaître dans le procès— et à en fournir une démonstration adéquate. Cette finalité —qu'on qualifiera impulsive— se fonde sur la considération que la preuve constitue, techniquement parlant, une charge, en tant qu'imposition d'un comportement que doit observer celui à qui elle incombe, pour obtenir un certain résultat à son avantage.

Cette fonction marque, logiquement en plus de chronologiquement, le passage de la phase communément appelée dispositive, parce que dominée par la libre initiative des parties, à la phase en laquelle le juge arbitre de la situation et qui est dite plus proprement appréciative.

Par rapport à cette fonction, la règle de la charge de la preuve se rattache intimement au principe dispositif, entendu dans le sens que l'initiative de la proposition et de l'acquisition au procès des moyens de preuve appartient aux parties, évidemment dans la mesure où le juge les estime admissibles, pertinents et importants pour certifier la véracité des faits affirmés par les parties en litige.

La charge de la preuve a également une autre fonction, de nature exclusivement "procédurale", qui permet au juge, quand il n'est pas possible de vérifier le bien-fondé des prétentions avancées par les parties adverses —par insuffisance de matériel probatoire ou parce qu'en quelque manière il n'offre pas la garantie voulue—, de décider le conflit en rejetant la demande ou l'exception vu la répartition du risque de la preuve non fournie à charge de l'une ou de l'autre des parties à qui elle incombait. Ainsi éviterait-il de rendre un jugement en l'état, tout à fait inconnu au système italien en matière de procès.

La même règle est également suivie dans les systèmes où la fonction impulsive de la charge de la preuve est atténuée du fait que revient au juge, outre qu'aux parties, le pouvoir d'individualiser les faits importants pour la décision et de rechercher les moyens les plus probants pour les certifier. A vrai dire, il ne fait pas de doute que, même dans les procès susdits, quand le juge se trouve dans l'impossibilité de considérer comme prouvée la prétention de l'une ou l'autre des parties adverses, il lui faut recourir à la répartition entre elles du risque de la preuve non fournie, afin d'éviter une décision de *non liquet* en l'état.

V . OBJET DE LA PREUVE

a) Nature

Ce qui doit être prouvé, c'est-à-dire le *thema probandi*, ce n'est pas la situation juridique subjective que l'on fait valoir, mais bien le fait ou l'acte dont elle tire origine.

Donc, et selon les circonstances, les parties auront la charge de prouver un fait matériel, un cas d'espèce, un rapport juridique, eu égard à la fin spécifique visée dans chaque cas séparément par les demandes et exceptions respectives, et au résultat pratique qu'on en attend.

b) Faits reconnus, faits déjà prouvés, faits invraisemblables

Le champ d'application de la charge de la preuve est purement celui des faits controversés. En effet, étant donné qu'elle présuppose la contestation des faits posés comme fondement de la demande ou de l'exception, les faits non controversés ou implicitement admis par les parties doivent être considérés comme faits reconnus et n'ont pas besoin d'être prouvés.

Notons ici que les faits allégués par une des parties peuvent être considérés faits reconnus (ou non controversés), soit quand ils sont explicitement admis par l'autre partie, soit quand celle-ci met à la base de son propre système de défense des arguments logiquement incompatibles avec le désaveu de ces faits, ou tout au moins, non incompatibles avec leur reconnaissance.

On admet unanimement le principe que le juge n'est pas tenu à autoriser de nouveaux moyens de preuve quand, d'après les éléments déjà fournis par les pièces du dossier, les faits contraires à ceux que l'on voudrait démontrer sont déjà prouvés à suffisance.

En revanche, la simple invraisemblance des faits allégués comme preuve ne constitue pas un motif valable pour refuser un moyen d'enquête dûment présenté, potentiellement utile aux fins de la décision. Car l'invraisemblance du fait allégué ne peut jamais constituer une raison valable pour exclure une preuve : elle représente seulement un critère *a posteriori* des résultats de la preuve.

c) Faits notoires et règles d'expérience

La nécessité de la preuve est exclue pour les faits notoires et pour les règles d'expérience, c'est-à-dire pour les circonstances de commune renommée ou dont la notoriété objective est précisément affirmée par la plupart des gens de moyenne culture dans le temps et le lieu de la décision.

Pour qu'un fait soit notoire, du point de vue du droit, il faut avant tout qu'il ait une identité historique et que celle-ci s'impose à l'observation ou à la prescription de la collectivité ; qui en fait, quant à elle, l'appréciation critique, en sorte que le juge n'a plus qu'à en constater les effets et à les évaluer du seul point de vue du droit, autrement dit, de leurs conséquences juridiques.

En second lieu, il faut que ce fait soit de commune renommée, même si c'est seulement dans le lieu où il est invoqué à des fins juridiques. Il est tel, ou bien parce qu'il fait partie de la culture moyenne de la collectivité où il se situe, ou bien parce que ses répercussions sont si larges et immédiates que la collectivité en a une connaissance commune (en sorte qu'il n'échappe à personne si ce n'est pour des raisons exceptionnelles qui ex-

cluent les effets du notoire). Son incidence sur l'intérêt public (sociologiquement parlant) pousse à sa connaissance chacun des membres de la collectivité qui vit dans le lieu où il se vérifie.

Que si ces présupposés se présentent, alors le juge peut se dispenser des preuves, en se prévalant de la connaissance du fait qu'il a acquise en dehors du procès par suite de sa notoriété.

En ce qui concerne les règles d'expérience, entendues comme jugements hypothétiques de contenu général déduits de l'expérience, la doctrine et la jurisprudence n'ont en général pas jugé utile de faire une distinction nette et précise, quant à l'application concrète, d'avec les faits notoires ; et elles en ont toujours uniformisé la discipline du point de vue formel comme du point de vue substantiel. Par suite, les considérations précédentes sur les faits notoires peuvent également s'appliquer aux règles d'expérience.

d) Le principe *iura novit curia* et ses limites (droit étranger, coutume, règlements)

D'après le principe *iura novit curia*, le juge a l'obligation de connaître et d'appliquer le droit objectif, indépendamment des preuves que les parties en donnent dans le procès. Même si aucune règle ne le sanctionne expressément, ce principe est certainement applicable dans le procès civil, comme il appert sans équivoque possible de l'article 113 du Code de procédure civile, comme dans le procès administratif. Au sujet de ce dernier, remarquons que s'il est exact que l'article 6 du règlement de procédure devant le Conseil d'Etat prescrit que le recours doit faire état des articles de loi ou de règlement considérés comme violés, l'article 17 du même règlement ne prescrit pas cette disposition sous peine de nullité, ce qui confirme que la preuve à charge des parties ne s'étend pas aux règles juridiques.

L'applicabilité du principe *iura novit curia* est au contraire douteuse relativement au droit étranger, aux règles de droit coutumier et aux règlements afférents.

En ce qui concerne le droit étranger, il s'agit de voir si ce droit, quand le juge est appelé à l'appliquer en vertu de tel ou tel critère de rattachement faisant l'objet de conventions ou de traités internationaux, peut être assimilé à la loi nationale sous le double aspect : obligation de connaître, du côté du juge, et non-subsistance de la charge de la preuve, du côté de l'appelant. Ou bien le droit étranger constitue-t-il une *res facti*, à laquelle nulle obligation de connaissance du côté du juge ne peut être assimilée, mais qui reste soumise aux règles normales sur la charge de la preuve ?

Certains, il est vrai, considèrent les questions relatives à l'appréciation de la loi étrangère comme des *quaestiones facti*, impliquant en conséquence, par voie d'assimilation, une véritable et authentique charge de la preuve de ladite loi, revenant à la partie qui l'allègue à l'appui de sa demande ou exception.

C'est là une opinion qui ne paraît pas acceptable. Bien au contraire, il faut admettre que la règle étrangère à appliquer est une règle juridique, même si elle appartient à un autre système, et qu'à elle aussi s'applique, par conséquent, le principe *iura novit curia*.

A vrai dire la détermination et l'appréciation des règles de droit qu'il convient d'appliquer au cas d'espèce concret sont inhérentes à la charge du juge. En vertu de cette obligation —en quelque sorte la prémisse majeure du syllogisme de la sentence—, le juge ne peut pas se considérer délié à l'égard de la règle étrangère, par le fait que la connaissance de cette règle ne fait pas partie de son savoir officiel.

En effet, le principe *iura novit curia* pose l'obligation de procéder *ex officio* à la recherche de la règle à appliquer, même s'il n'impose pas pour cette recherche une procédure déterminée. En conséquence le juge peut et doit recourir à tous les moyens idoines pour accomplir sa tâche, et peut donc se servir directement des éléments déjà acquis au procès, et faire appel à la collaboration des parties. Celle-ci constitue alors une activité subsidiaire par rapport à celle du juge ; ce n'est pas l'activité inhérente à l'*onus probandi* qui incombe aux parties pour prouver les faits allégués dans le procès.

Toutefois cela n'exclut pas que le devoir du juge d'émettre le prononcé en application des règles de droit, se définit diversement en regard de la règle intérieure ou de la règle étrangère. En ce qui concerne la règle intérieure, sa force exécutoire s'exprime directement pour le juge dans l'obligation de l'appliquer au cas concret ; il doit donc en prendre connaissance à travers les moyens légaux, formellement fixés par la loi. En ce qui concerne la règle étrangère, le juge peut remplir l'obligation qui lui incombe en se servant de tous les moyens probatoires à sa disposition, aptes à lui procurer la connaissance de ladite règle.

Quant à la coutume, et bien qu'elle soit source de droit, le juge ne peut la faire valoir d'office comme règle que lorsqu'il en connaît l'existence. Que si l'existence d'un usage est mise en doute ou contestée, la partie qui l'allègue doit en fournir la preuve par les textes ou par des attestations délivrées par les organes ou les associations autorisés.

C'est chose aisée à comprendre quand on considère que la loi se concrétise dans un acte unique, connu par la publication, tandis que la coutume est un usage qui se forme peu à peu avec le temps, et que la norme qui en résulte ne se présente pas avec toute la netteté, toute la clarté voulue pour ne pas donner lieu à des équivoques. On ne peut donc pas exiger du juge qu'il ait de la coutume une connaissance aussi exacte et complète que celle qu'il doit avoir de la loi ; et la partie ne peut pas prétendre que le juge applique *ex officio* une règle de droit coutumier qu'éventuellement il ne connaît pas.

Enfin, en ce qui concerne les règlements non gouvernementaux, il faut exclure que subsiste pour le juge l'obligation de les connaître. Il s'agit d'actes formellement administratifs, dont la publication est prévue d'une manière autre et de moindre portée que la publication des lois et des règlements gouvernementaux.

C'est pourquoi —encore que subsiste pour le juge le devoir de les appliquer puisqu'ils ont un contenu normatif— la charge d'en donner la preuve incombe aux parties, dans les limites, comme on le verra, où cette charge s'intègre dans le procès administratif.

VI. LA PREUVE DANS LE PROCES DEVANT LE CONSEIL D'ETAT

a) Caractère général

En ce qui concerne le système probatoire prévu par la loi, on considère généralement que le procès devant le Conseil d'Etat occupe une position intermédiaire entre le procès civil et le procès pénal, surtout parce que le juge y a faculté de disposer de preuves non requises par les parties. Cette disposition est conforme à la nature spéciale du procès administratif, qui ne connaît pas seulement d'une question entre privés, mais juge de la légitimité ou non du comportement de l'Administration. Elle introduit un système probatoire mixte : le juge a le pouvoir de disposer d'office de preuves déterminées, mais ce pouvoir ne va pas jusqu'à annuler la charge de la preuve qui incombe à l'appelant.

De fait, l'article 44 du texte unique sur le Conseil d'Etat prévoit que la Section peut ordonner d'office de recourir à des moyens d'enquête fixés par elle, ce qui démontre que la simple affirmation d'une thèse est sans valeur pour le juge et ne donne pas obligatoirement lieu à l'ouverture d'une instruction dont pourrait sourdre la preuve. C'est au contraire à l'intéressé qu'incombe la charge de fournir au moins un commencement de preuve, qui rende ses affirmations abstraitement vraisemblables, si ce n'est indiscutables.

b) La nature du procès par rapport aux pouvoirs d'enquête du juge

Pour mieux cerner le système du procès devant le Conseil d'Etat, il convient d'en relever deux caractères. D'une part, l'autonomie des parties dans le champ "extraprocédu-ral" a été sauvegardée ; en conséquence toute liberté leur est donnée de rechercher et d'affirmer les faits qu'elles estiment nécessaires pour démontrer au juge le bien-fondé de leurs prétentions respectives. D'autre part, il est interdit au juge d'introduire dans le procès des faits dont il a eu connaissance par une autre voie que la déclaration des parties, sauf, comme on l'a vu, s'il s'agit de faits notoires et de règles d'expérience.

Sous cet aspect le procès administratif s'articule sur les mêmes présupposés que le procès civil. L'un et l'autre appartiennent à une même catégorie, le procès des parties, ainsi appelé parce qu'il réserve aux parties non seulement l'initiative de l'engager et son déroulement, mais encore l'indication et la délimitation de son objet et l'introduction du matériel d'enquête afférent.

Ce type de procès s'oppose à celui qui refuse aux parties l'autonomie "extraprocédu-rale", tandis qu'il concède au juge la faculté de rechercher et d'introduire *ex officio* dans le procès des faits dont il a eu connaissance à titre personnel (c'est à ce type qu'appar-tient le procès pénal).

Quoi qu'il en soit, le procès administratif se différencie du procès civil par sa méthode d'enquête.

A vrai dire, dans le procès civil également les parties reçoivent, quant aux faits proba-toires, une autonomie "procédurale", dans le sens qu'elles y jouissent en règle généra-

le de la faculté de disposer du matériel probatoire qu'elles y ont introduit. D'où la méthode d'enquête adoptée porte le nom, étant donné cette caractéristique, de méthode dispositive.

En d'autres termes, dans le jugement civil l'initiative des parties quant à la vérification des faits est une règle exclusive, et le juge —sauf en des cas exceptionnels— reste passif devant l'activité des parties ; il n'intervient que pour mettre fin aux controverses sur l'admissibilité et l'importance des moyens de preuve.

VII . LA CHARGE DE LA PREUVE DANS LE PROCES DEVANT LE CONSEIL D'ETAT : ETENDUE ET EFFETS

Le procès devant le Conseil d'Etat est, avons-nous dit, un procès de parties. On trouvera donc en lui, tout comme dans le procès civil, le fondement de la charge de la preuve ; mais cette charge y assume une extension tout autre à cause de la particularité, ci-dessus relevée, que la méthode d'enquête présente dans ce procès.

Comme nous l'avons vu, dans le procès civil le juge ne peut en règle générale ni pourvoir à la recherche de la vérité dans le champ "extraprocédural", ni même disposer de la réalité déjà introduite dans le procès, pour établir sur elle sa décision, si cette réalité n'a pas été, une fois affirmée par les parties, démontrée par elles dans le procès.

Dans le procès civil, par conséquent, le contenu de la charge de la preuve qui incombe aux parties n'est pas limité à l'affirmation. Il s'étend aussi à la démonstration ; en sorte que la charge proprement dite n'est pas satisfaite (et la situation n'est pas obtenue davantage) tant que le fait favorable n'aura pas été affirmé et démontré dans le procès.

Dans le procès administratif, étant donné le pouvoir du juge de disposer des faits introduits dans le procès, la charge de la preuve est au contraire limitée à l'introduction, tandis que la charge de la démonstration peut être imposée par le juge à la partie opposée à celle qui a rempli la charge de l'introduction ; auquel cas la non-exécution de la charge peut ne pas peser sur cette dernière partie.

Ces concepts sont généralement acceptés par la jurisprudence du Conseil d'Etat. Dans le procès administratif aussi elle s'en tiendrait en principe à la règle générale de procédure qui impose la charge de la preuve à la partie qui émet l'affirmation dont elle prétend tirer avantage. Toutefois, elle apporte à cette règle d'importantes atténuations, en affirmant que l'adoption de la méthode acquisitive dans l'instruction permet de considérer que la charge est remplie dès qu'un commencement de preuve est fourni. Cela, parce que le juge a, avec l'attribution des pouvoirs nécessaires, la charge de suppléer à ce qui manque à l'activité inquisitoriale des parties et de l'intégrer.

De ce point de vue on peut dire que le procès administratif se distingue du procès civil ordinaire beaucoup plus sous l'aspect quantitatif que sous l'aspect qualificatif, dans le

sens que la charge de la preuve qui incombe aux parties, n'est pas, dans le procès administratif, aussi étendue et intégrale que dans le procès civil. Il suffit en effet que les parties fournissent un simple commencement de preuve à l'appui des faits qu'elles ont fait valoir pour fonder leurs prétentions.

Du reste, dans le procès civil aussi, le juge détient certains pouvoirs inquisitoriaux, bien qu'il soit lié par le principe dispositif. Ces pouvoirs —par exemple les pouvoirs relatifs à l'interrogatoire libre, à l'inspection personnelle et sérieuse, à la consultation technique et au serment supplétoire— lui permettent parfois de sortir de l'incertitude où l'ont laissé les preuves fournies par les parties. En vertu de l'initiative plus ou moins étendue dont il dispose en la matière, le juge ne peut entailler, si légèrement que ce soit, le contenu du principe de la charge de la preuve, sanctionné en ligne générale par l'article 2697 du Code civil.

Il est plus difficile de fixer l'étendue du commencement de preuve que les parties doivent fournir. A ce sujet, on peut dire que la charge de la preuve pèse sur elles tant que celle-ci n'apparaît pas suffisante à mettre en mouvement les pouvoirs d'instance du juge, dont l'exercice est —comme on le verra— subordonné à une instruction de l'affaire considérée incomplète, ou à la contradiction entre les faits allégués dans la mesure attaquée en les pièces fournies.

Une fois démontré que l'instruction est incomplète ou que les faits sont contradictoires, cesse la charge des parties et surgit le pouvoir inquisitorial du juge. Il a un caractère de pouvoir-devoir, du fait qu'il n'est pas attribué dans le seul but de protéger les parties, mais, en outre et indépendamment des intérêts de celles-ci, en vue de la finalité supérieure de parvenir non pas à la vérité formelle, mais à la vérité substantielle.

Ce qu'il faut bien souligner, c'est que la question de l'existence ou non d'un commencement de preuve (qui se convertit en cette autre question : l'instruction fait-elle défaut ou est-elle seulement incomplète ?) n'est pas résolue cas par cas. Elle correspond, en effet, à une condition objective précise : l'introduction dans le procès d'un fait nécessaire pour fonder la décision.

Déjà nous avons fait allusion aux raisons qui ont induit le législateur à adopter des méthodes inquisitoriales différentes pour le procès civil et pour le procès administratif. Ces raisons tiennent à la nature spéciale du procès administratif, ainsi qu'à la nature des intérêts qu'il fait valoir et des mesures sur lesquelles s'exerce la juridiction.

On peut ajouter que le système adopté tend à assurer l'égalité des parties sous un double aspect. Avant tout, parce que le procès en examen, une fois ouvert, va nécessairement vers sa conclusion ; si le contradictoire venait à faire défaut, l'intervention du juge y suppléerait. Ensuite —et surtout— parce que dans le procès administratif, à l'inverse de ce qui a lieu d'ordinaire dans le procès civil, les parties ne se trouvent pas sur un plan de parité pratique à l'effet de la recherche de la vérité.

Dans le procès administratif, les parties se trouvent dans une position d'inégalité de fait par rapport à l'administration publique, auteur de la mesure attaquée. Cette inégalité de fait relève soit de ce qu'on appelle la présomption de légalité qui assiste l'acte

attaqué tant qu'il n'est pas déclaré illégal, soit des difficultés souvent insurmontables que rencontrent les parties pour se procurer le matériel probatoire qui est le plus souvent aux mains de l'administration. Il semblerait donc justifié de ne pas charger les parties du rassemblement des pièces (*dimostrazione di fatti*), ce que souvent elles ne pourraient faire en aucune manière. Cet état de disparité des parties motive l'adoption de la méthode acquisitive dans le procès administratif : pouvoir donné au juge de renverser ou de modifier la charge de la preuve afin d'en rendre l'exécution d'égale facilité à l'une et à l'autre.

Cette possibilité de renversement de la charge de la preuve est un nouveau point de contact entre le procès civil et le procès administratif. Toutefois subsiste entre eux cette différence : tandis que dans le premier, les parties peuvent conventionnellement faire passer la charge d'un sujet à un autre (article 2698 du Code civil), dans le procès administratif, le déplacement doit être opéré par le juge, les parties ne pouvant en aucun cas modifier la répartition de la charge ; un accord éventuel dans ce sens ne lierait absolument pas le juge puisqu'il est doté de pouvoir acquisitif.

On reconnaîtra donc dans le procès administratif, même si c'est dans les limites propres à la nature de ce procès, la fonction dite impulsive, qui appartient exclusivement à la charge de la preuve et qui est liée à la nécessité d'introduire et, tout au moins partiellement, de rassembler les pièces du procès.

Mais on peut également reconnaître dans le procès administratif l'autre fonction de la charge de la preuve —que nous avons précédemment soulignée— entendue comme critère de répartition entre les parties du risque de la preuve non établie, lorsque le juge se trouve dans une situation d'incertitude objective quant à la décision.

Que si l'on veut admettre que l'article 2697 du Code civil énonce un principe de caractère "procédural" fondamental, aux termes duquel le contenu de la décision, dans l'hypothèse d'incertitude objective devant le cas d'espèce présenté, dépend de la situation des parties quant à l'exécution de la charge de la preuve qui leur incombe respectivement, alors il faut admettre que, dans le procès administratif, la décision sur le fait douteux doit être réglée par l'accomplissement de la charge du commencement de preuve.

Il en résulte que la partie succombante sera celle qui aura omis d'introduire et de démontrer dans le procès un fait important, ou qui, sans l'avoir introduit, aurait reçu du juge la charge de le prouver, mais n'y aurait pas obtempéré.

En conséquence : à la partie qui a introduit le fait important, mais qui a été dispensée de la charge de le démontrer, on ne peut faire endosser l'incertitude objective du cas d'espèce affirmé, qui est l'objet de la décision du juge. Et cela contrairement à ce qui se fait dans le procès civil où, comme il a été dit, la charge de la preuve comporte la double activité de l'introduction des faits et du rassemblement des preuves.

VIII . LA PREUVE DANS LA COMPETENCE DE LEGALITE ET DANS CELLE ETENDUE AU FOND

Dans la phase d'instance du procès administratif, déjà nous avons vu que la disponibilité de l'objet de preuve est attribuée uniquement aux parties, en ce sens qu'elles reçoivent seulement la charge d'introduire dans le procès, en les tirant de la réalité "extra-procédurale", les pièces justificatives du bien-fondé des prétentions qui constituent l'objet du procès.

Par suite, le juge ne peut pas admettre des moyens probatoires qui concernent des faits que les parties n'ont pas introduits dans le procès.

Mais il peut, en revanche, acquérir même d'office les moyens de preuve relatifs aux faits introduits par les parties. A cet égard, l'article 44 du texte unique sur le Conseil d'Etat dispose que le juge peut pourvoir à de nouveaux moyens d'enquête quand l'instruction de l'affaire est incomplète ou quand les faits affirmés dans la mesure attaquée sont en contradiction avec les pièces fournies.

Aux termes de cette disposition, le juge peut pourvoir d'office au perfectionnement de l'instruction dans deux cas : s'il a relevé une contradiction dans les pièces déjà acquises au procès, ou bien si l'instruction de l'affaire est incomplète —instruction qui s'élabore automatiquement dans la phase "procédurale" au moyen des affirmations contradictoires des parties et des productions probatoires qu'elles présentent à l'appui de leurs affirmations respectives.

Dans cette hypothèse, l'instruction est incomplète quand, d'une part, insuffisante est l'évidence ou la certitude d'éléments, importants pour la décision, qui émergent du matériel acquis par les parties mais qui ne sont pas encore acquis eux-mêmes, et, d'autre part, insuffisants pour fonder la décision, les éléments déjà acquis.

Telles sont les conditions nécessaires pour le recours aux moyens d'enquête. Autrement dit, là où elles se vérifient, le juge ne peut pas ne pas procéder à l'admission de la preuve ; et par ailleurs, si elles n'existent pas, le moyen de preuve ne peut pas être admis, pas même avec l'accord des parties.

Cela étant, il reste que l'extension des pouvoirs inquisitoriaux du juge n'est pas la même dans la juridiction de légalité et dans celle étendue au fond.

Dans les matières où la juridiction porte seulement sur la légalité, le juge administratif doit contrôler la mesure attaquée du point de vue de la qualification juridique des faits. Vices d'incompétence, violation de la loi et excès ou détournement de pouvoir lèsent les règles juridiques.

Toutefois, cette juridiction n'exclut pas la possibilité d'une enquête quant au fait lui-même. En conséquence n'est pas exclu le recours aux preuves, encore qu'il ait pour seul but de vérifier si la version du fait sur laquelle est basée la mesure prise, justifie ou non la légitimité de celle-ci.

Dans le procès de légalité, la nécessité de recourir à des moyens probatoires s'impose quand le fait qui a motivé la mesure attaquée paraît douteux ou incomplet, ou quand il faut établir si les présupposés prévus par la loi pour l'exercice du pouvoir dont l'administration a concrètement fait usage en décidant de la mesure attaquée, ont bien été pris en compte. En particulier, l'établissement d'un fait est, dans le procès de légalité, on ne peut plus nécessaire en vue de l'examen du vice de détournement de pouvoir, sous toutes les formes que peut prendre ce vice, entre autres et notamment celle relative à la contradiction entre l'acte attaqué et la réalité des faits, un des cas typiques de détournement de pouvoir.

Dans les matières où s'exerce la juridiction étendue au fond, le juge administratif examine la régularité de la mesure administrative sous tous ses aspects susceptibles de contrôle, donc du point de vue de sa légalité comme de celui de son opportunité et de sa convenance. Dans ces matières, le juge a en outre le pouvoir de régulariser —quand c'est nécessaire et possible— le rapport concerné par la mesure, en décidant d'une nouvelle mesure qu'il substituera à celle jugée illégale et inopportune.

La distinction entre juridiction de légalité et juridiction de fond, que nous venons de tracer, se répercute sur l'étendue des pouvoirs inquisitoriaux du juge. L'article 44 du texte unique stipule, en effet, que le Conseil, dans les cas où il a juridiction de seule légalité, peut demander à l'administration intéressée de nouveaux éclaircissements ou d'autres pièces ou encore lui ordonner de procéder elle-même à de nouvelles vérifications, tandis que dans les procès sur le fond il peut en outre exiger tout autre moyen d'enquête à sa convenance.

Cette différence de procédure dans les travaux préparatoires s'explique en faisant valoir qu'un collège investi de la juridiction étendue au fond doit être à même de pouvoir recueillir directement les preuves nécessaires pour l'instruction complète de la cause, comme c'est le cas pour les organes de l'ordre judiciaire.

On peut d'ailleurs partager cette considération vu qu'il n'est pas possible de concevoir pour la juridiction au fond aucune limitation des pouvoirs d'enquête du juge, en tant qu'il n'est pas admissible qu'un juge, appelé à se prononcer aussi sur l'opportunité et sur la convenance d'une mesure, se trouve empêché de fixer par tout moyen l'état de fait de ladite mesure.

De surcroît, l'ampleur des moyens d'enquête prévus dans la juridiction au fond a l'avantage de placer le juge le plus près possible de la situation de l'agent de l'administration, puisqu'il doit être à même de substituer son prononcé à l'acte administratif attaqué.

De toute façon, s'il est incontestable qu'il y a une différence entre la juridiction de légalité et la juridiction sur le fond, on peut douter qu'elle soit telle à justifier une si large diversité dans la discipline en la matière, surtout si l'on tient compte que la plénitude de la juridiction, en ce qui concerne l'établissement du fait et du droit, a place aussi bien dans la juridiction de légalité que dans la juridiction sur le fond.

Admission des moyens d'enquête

Aux termes de l'article 44 du texte unique, le sujet actif du pouvoir inquisitorial est la section qui a reçu le recours, exception faite pour les mesures d'enquête préliminaires à la discussion du recours. Celles-ci peuvent être disposées aussi par le président de la section.

Le pouvoir inquisitorial du président est réglé par l'article 28 du règlement de procédure. Au sujet de la disposition stipulée par cet article, il y a eu controverse entre ceux qui tenaient que le président était habilité à ordonner des mesures d'enquête avant l'audience, même *inaudita altera parte*, et ceux qui considéraient que l'exercice du pouvoir inquisitorial du président était conditionné par le consentement des parties.

Cette dernière opinion, fondée sur la lettre de l'article 28 déjà cité, a prévalu. Les mesures inquisitoriales décidées par le président (qui ont forme d'ordonnance) sont adoptées soit dans une audience préliminaire à cet effet, soit à l'audience fixée pour la discussion du recours avant que celle-ci ait lieu, avec le consentement —qui peut d'ailleurs être tacite— des parties et dans le strict respect du principe du contradictoire.

Ces principes ne sont pas appliqués en matière de contestations électorales. Etant donné le caractère d'urgence qu'ont de tels recours, il est prévu que, indépendamment de l'accord des parties, le président peut, avant l'audience, demander aux préfetures les procès-verbaux des élections, les bulletins contestés et les autres pièces nécessaires pour la décision.

En dehors de ces cas particuliers, le pouvoir inquisitorial appartient à la section chargée de la cause, puis à la plaidoirie. Si les conditions prescrites pour un supplément d'information sont retenues (instruction incomplète, contradiction entre les faits et les pièces), par décision interlocutoire la plaidoirie signifie sa volonté de prendre en considération les faits en question.

IX . LES DIVERS MOYENS DE PREUVE DANS LE PROCES DEVANT LE CONSEIL D'ETAT

a) Principe général

L'article 44 du texte unique sur le Conseil d'Etat dispose, avons-nous vu, que dans le procès sur la légalité de nouveaux éclaircissements ou d'autres pièces peuvent être demandés à l'administration, et que de nouvelles vérifications peuvent lui être imposées. Dans les procès sur le fond, peut être admis de surcroît tout autre moyen d'enquête.

Pour bien situer les dispositions susmentionnées, il faut observer que, dans le procès sur la légalité, est en vigueur le principe de la spécificité des moyens de preuve, entendu dans le sens que les instruments qui permettent de porter faits et circonstances

à la connaissance du juge sont uniquement ceux expressément prévus par la loi.

Cette conformation appert de l'opposition entre le procès sur la légalité et le procès sur le fond que nous trouvons dans les deux premiers alinéas de l'article 44. Du premier ressort, amplement démontrée, l'applicabilité du principe *inclusio unius exclusio alterius*, d'après lequel fut toujours exclue la faculté d'admettre dans le procès des instruments probatoires autres que ceux expressément prévus comme, par exemple, celui de la preuve testimoniale .

Cependant, cela n'exclut pas que, dans le procès sur la légalité (et —a fortiori— dans celui étendu au fond), puissent être utilisés certains instruments qui, même s'ils sont traditionnellement inclus dans la catégorie des moyens de preuve, relèvent plus spécifiquement d'une procédure particulière dont le juge peut se prévaloir pour apprécier le matériel probatoire déjà acquis au procès et pour former sa conviction à cet égard.

C'est le cas des présomptions. On doit admettre que, pour former sa conviction, le juge administratif puisse légitimement procéder par induction logique et que, en partant de faits connus, certains et univoques acquis à la cause, il remonte au fait à prouver, celui-ci étant déduit de ceux-là comme conséquence logique, et fondé sur l'expérience commune. Ici l'objet de l'enquête est de prouver l'existence du fait inconnu.

La jurisprudence a donc fréquemment admis qu'en présence d'éléments graves, précis et concordants, il soit légitime de recourir à la *praesumptio hominis*, moyen de preuve prévu par l'article 2729 du Code civil.

b) Documents, éclaircissements et vérifications

Le premier des moyens d'enquête prévus pour le procès de légalité consiste à fournir les actes et les pièces nécessaires pour décider de la controverse. Le juge peut les demander à l'administration et aux parties.

Notons ici que, dans le procès administratif, les preuves sont généralement fournies par les pièces que les parties ont la charge de verser au procès, comme il est stipulé par les articles 36 et 37 du texte unique sur le Conseil d'Etat, qui visent respectivement l'appelant et les autres parties.

L'accomplissement de cette charge, qui concerne avant tout la mesure attaquée, est pour les parties le moyen d'offrir au juge un instrument rapide et sûr pour établir l'existence ou la non-existence des vices dénoncés, évitant la nécessité de recourir à des moyens de preuve plus complexes qui retarderaient le prononcé de la décision définitive.

Dans l'exercice du pouvoir acquisitif que lui confère la loi eu égard à la nature du procès administratif, le juge peut, comme il a été dit, faire peser la charge de produire d'autres actes et pièces sur la partie qui pourra les obtenir plus facilement, en général l'administration. Ce faisant, il opère un véritable renversement de la charge de la preuve, d'où peut éventuellement résulter la perte du procès pour la partie qui, sans motif justifié, n'obtempérerait pas à la charge qui lui incombe.

Par ailleurs, la jurisprudence ne suit pas une orientation constante vis-à-vis des conséquences qu'entraîne la non-exécution de la production des pièces.

En effet, parfois il a été décidé que, dans le cas de non-collaboration de l'administration à l'activité d'instance, *seront considérés comme prouvés* les faits et les circonstances exposés par l'appelant. D'autres fois, on a posé au contraire que, lorsque l'administration omet d'obtempérer à la requête de consigner des pièces relatives à des faits exposés dans la voie de recours, faits que l'appelant n'a pas la possibilité de prouver si ce n'est en produisant des pièces aux mains de l'administration, *le juge peut considérer comme prouvés* les faits exposés par l'intéressé.

Cette dernière opinion semble préférable. De par la nature du procès administratif et vu le principe de libre conviction qu'il applique, en considération aussi de l'étendue des pouvoirs inquisitoriaux du juge, l'appréciation globale des constatations de l'enquête s'impose. Peut alors valoir comme élément de preuve, non pas tant le refus de présenter des pièces que la non-crédibilité des argumentations avancées pour justifier l'inexécution, voire la non-motivation du refus.

Quoi qu'il en soit, le principe selon lequel peuvent être considérés comme prouvés les faits affirmés par l'appelant lorsque l'administration n'obtempère pas à l'ordre d'avoir à présenter certaines pièces déterminées, est sans valeur dans le cas où des éléments d'appréciation concrets de la matière sont fournis par d'autres pièces déjà acquises au procès.

Il faut enfin rappeler que, pour remédier à l'inertie de l'administration à produire les pièces requises, le juge ordonne souvent à un organe hiérarchiquement supérieur ou à un organe de contrôle de satisfaire à la disposition afférente.

Le juge peut également demander à l'administration intéressée de nouveaux éclaircissements ou des précisions sur des faits particuliers introduits dans le procès par les parties. Il s'agit en bref de déclarations de connaissance, qu'on peut assimiler à celles que font les parties dans le procès civil lors de l'interrogatoire non formel —qui ne porte pas sur faits et articles— disposé par l'article 117 du code de procédure civile, et qui de même sont à la libre appréciation du juge.

Les éclaircissements sont d'ordinaire fournis par écrit. Mais il n'est pas exclu que l'autorité administrative les expose verbalement en déléguant un représentant.

Que si la demande d'éclaircissements demeure sans réponse, les suites sont analogues à celles indiquées ci-dessus pour le refus de présentation de pièces.

Enfin, le juge peut ordonner à l'administration intéressée de procéder elle-même à de nouvelles vérifications. Il s'agit d'opérations en constatation de droit que le juge estime nécessaire pour compléter la connaissance des faits introduits par les parties dans le procès. Elles peuvent consister en inspections, interrogations, examens techniques, recherches de documents ou de pièces à conviction, traductions d'actes en italien, auditions, expertises, transport sur les lieux, dépositions (qui ne constituent pourtant pas une preuve testimoniale), etc.

Les parties sont autorisées par le juge à assister aux vérifications et aussi à produire des pièces déterminées ; au besoin elles sont avisées par l'administration, au moins cinq jours avant, des jour et lieu où se feront ces vérifications ; la non-observance de cette disposition entraîne l'invalidité du moyen d'enquête, qui devra par conséquent être renouvelé.

Ce moyen d'enquête a la particularité d'être exécuté directement par l'autorité administrative, qui d'ordinaire est précisément celle qui a pris la mesure attaquée, au lieu de l'être par le juge devant lequel se déroule le procès ou par un organe juridictionnel qu'il aurait délégué à cet effet. Dès lors il est évident que de semblables modalités d'exécution de la vérification peuvent porter atteinte à la régularité du procès. Toutefois, celle-ci peut être garantie de deux manières : par des dispositions détaillées réglant le déroulement de la vérification que le juge ordonne à l'administration ; par la présence des parties à l'exercice du moyen d'enquête afin d'assurer la fidèle observance du principe du contradictoire.

Les opérations de vérification sont consignées dans un rapport, qui doit être déposé au secrétariat de la section dans le délai fixé dans la disposition ordonnant la preuve. Toutefois l'inobservation de ce délai n'implique aucun vice *in procedendo* puisqu'il s'agit d'un délai purement de méthode.

La non-exécution de la vérification ordonnée peut faire présumer l'existence des faits affirmés par la partie adverse. Mais souvent est adopté le système de confier la tâche de la vérification omise à un organe hiérarchiquement supérieur.

c) Les moyens de preuve dans le procès sur le fond, en particulier inadmissibilité de l'aveu et du serment

Dans les procès où la compétence est étendue au fond, les moyens d'enquête dont le juge peut se prévaloir sont, avons-nous vu, plus larges. En plus de ceux du procès sur la légalité, le juge sur le fond dispose de tout moyen d'enquête qu'il estime utile, et en particulier il peut appeler des témoins, procéder à des inspections, ordonner des expertises et engager toutes les autres investigations susceptibles de le conduire à la vérité, dont la comparution des parties, avec interrogatoire libre, expertises d'écriture, présentation de pièces possédées par des tiers, audition d'organes techniques. Le juge a, ici, tous les pouvoirs attribués au magistrat ordinaire dans le code de procédure civile, avec les sanctions relatives.

Un membre du collège est délégué à l'exécution de ces moyens d'enquête ; il peut être substitué par disposition du président. Les parties doivent être avisées des jour et lieu des opérations, au moins cinq jours avant.

Parmi les moyens de preuve qui peuvent être admis dans le procès au fond, sont à exclure, malgré l'ampleur de la formule législative, l'aveu et le serment.

A vrai dire l'efficacité de preuve légale qui appartient à ces moyens de preuve ne peut pas être admise dans un procès tel que le procès administratif, qui s'articule sur la méthode acquisitive, laquelle confie surtout au juge la formation du matériel de fait du

litige. Cette méthode veut, par conséquent, que le juge ne se heurte à aucune limite dans son investigation pour rassembler les faits et s'assurer de leur véracité.

En particulier, en ce qui concerne l'aveu, remarquons que, puisqu'il ne peut avoir l'efficacité de preuve légale que pour autant que le juge ne peut étendre sa connaissance des faits au-delà de ceux présentés par les parties, dans le procès administratif, en face des larges pouvoirs d'initiative inquisitoriale du juge, il ne peut assumer qu'une valeur de preuve, soumise à la libre appréciation du juge. C'est ce qui se produit, d'une manière identique, lors de l'interrogatoire dit non formel (article 117 du code de procédure civile).

A propos du serment (aussi bien décisoire que supplétoire), vu qu'il implique une limitation absolue au pouvoir du juge dans la recherche de la vérité du fait, par suite de l'impossibilité de mettre en doute la vérité de la déclaration faite sous serment par la partie, et du lien que constitue cette déclaration, ce moyen de preuve ne peut en aucune façon être introduit dans le procès administratif. Les pouvoirs inquisitoriaux du juge autant que le principe général de la libre appréciation des preuves, sont en conflit irréductible avec le système de la preuve légale.

X . MODIFICATIONS DE LA DISCIPLINE DES PREUVES DANS LE PROCES DEVANT LE CONSEIL D'ETAT

a) Projets de réforme

On ne peut pas révoquer en doute que l'instruction dans le procès administratif telle qu'elle est actuellement réglée, présente des côtés peu satisfaisants.

Il est certain qu'une instruction conduite aujourd'hui par la section qui connaît de l'affaire ne peut être que lente et sommaire et se résoudre dans l'ordre donné à l'administration ou au particulier de produire des pièces ou de vérifier la situation de fait sur laquelle repose l'acte attaqué. Dans ce système, il n'y a pas de contact direct entre les parties et le juge, et par suite le principe d'instantanéité dont devrait s'inspirer le procès administratif n'est pas appliqué.

En particulier on a constaté que les règles relatives à l'instruction probatoire, contenues dans l'article 44 du texte unique sur le Conseil d'Etat, et dans les articles 26—35 du règlement de procédure relatif, sont insuffisantes sous un double aspect. D'une part, elles ne sont pas toujours pour le juge et pour les parties des instruments aptes à permettre une convenable et satisfaisante vérification des faits et, d'autre part, le manque de formes et de moyens inquisitoriaux qui permettraient d'acquérir les preuves avant et en dehors de l'audience collégiale, est souvent cause d'un retard de la décision parce qu'il a fallu consacrer une audience, si ce n'est plusieurs, exclusivement à l'adoption de mesures d'enquête. A ce propos notamment on a suggéré la création d'une phase inquisitoriale spéciale, qui se déroulerait devant le président ou, le cas échéant, un ma-

gistrat désigné, analogiquement à ce qui est prévu par les articles 172 et suivants du code de procédure civile.

La question a été examinée par la commission d'étude pour la réforme du procès devant le Conseil d'Etat, constituée en 1963 par le Ministre chargé de la réforme de l'administration. Cette commission n'a pas conclu à la nécessité, en principe, d'une phase inquisitoriale avant l'audience de décision. Bien souvent, en effet, le recours juridictionnel porte uniquement sur des questions de droit et n'exige pas, par conséquent, de particulières vérifications du fait ; et par ailleurs il est fréquent que les parties présentent spontanément les pièces nécessaires au prononcé et qui s'avèrent suffisantes. En de tels cas une phase inquisitoriale obligatoire pourrait se résoudre en un retard du procès déjà mûr pour le prononcé, au lieu de l'accélérer.

Aussi a-t-on prévu, comme simple faculté des parties, l'instance adressée au président du collège pour la nomination du magistrat instructeur et le prononcé sur ladite instance, comme mesure discrétionnaire du président.

La procédure devant le magistrat instructeur doit être d'une extrême simplicité de forme et viser avant tout à garantir le principe du contradictoire. Les pouvoirs de l'instructeur concernent l'admission des moyens de preuve, l'intégration du contradictoire, l'autorisation de recourir aux notifications par voie d'affichage ; ses dispositions se concrétisent en ordonnances prononcées en audience, qui sont ensuite communiquées par le secrétariat aux parties non présentes ; l'instruction terminée, le magistrat en remet les actes au président pour la conduite ultérieure du procès, et le secrétariat en avise les parties.

Etant donné que la phase inquisitoriale devant le magistrat instructeur est purement facultative, celui-ci ne peut ordonner d'autres moyens de preuve que ceux demandés par les parties. D'autre part, les pouvoirs inquisitoriaux du collège ne sont en aucune façon limités par les mesures éventuellement prises dans cette phase.

Parmi les moyens de preuve prévus, certains sont admis dans tous les cas ; par exemple: production d'actes et de pièces, informations, éclaircissements et vérifications, contrôle et inspection en affaires meubles et immeubles. D'autres, telles la preuve testimoniale et la consultation technique, ne sont autorisés (article 44, second alinéa, du texte unique) que dans les matières pour lesquelles la juridiction est étendue au fond.

Le principe de la libre conviction du collège dans l'appréciation soit des résultats des preuves soit de l'inexécution de l'ordre de les produire, est expressément prévu. Dans le second cas, c'est pour donner un fondement législatif à la jurisprudence qui, comme il a été vu, a parfois considéré comme prouvés les faits affirmés par une partie quand celle qui les conteste n'obtempère pas à la charge de la preuve qui pèse sur elle.

Est, en outre, prévue une réglementation spécifique pour l'ordre de présenter des pièces et pour leur consignation volontaire ; pour la demande d'informations, d'éclaircissements et de vérifications sur des faits importants, adressée par le juge à l'autorité directement responsable de l'acte attaqué ou à toute autre autorité administrative ; pour les vérifications et inspections en affaires meubles et immeubles ; pour la preuve testi-

moniale et la consultation technique, qui ne peuvent être ordonnées que par le collège, la première uniquement sur instance des parties, la seconde également d'office ; pour la commission rogatoire chargée de l'exécution des moyens d'enquête en dehors de Rome et hors du territoire national ; pour la subrogation du magistrat instructeur et pour l'anticipation des frais occasionnés par les moyens d'enquête.

Bien qu'il ait été très favorablement accueilli par les juristes et par tous ceux qui s'intéressent à la question, du fait que, d'une part, il contient des innovations qui répondent à des exigences particulièrement perçues, et que de l'autre il sanctionne positivement certaines solutions que la jurisprudence a adoptées *praeter legem*, ce projet de réforme n'est pas encore entré en application.

b) La loi du 6 décembre 1971 n. 1034 sur l'institution des tribunaux administratifs régionaux

La promulgation de la loi du 6 décembre 1971, n.1034, sur l'institution des tribunaux administratifs régionaux n'a pas davantage permis d'introduire de valables modifications dans la réglementation en vigueur relative aux preuves dans le procès administratif.

Cette loi attribue au juge le pouvoir d'ordonner soit à l'administration intimée, soit à des particuliers, la production d'actes et de pièces considérées nécessaires à la décision (article 21). Elle prévoit, en outre, le pouvoir du président de décider des moyens d'enquête (articles 21 et 23). A propos de cette disposition, si nous ne pouvons pas nous étendre ici sur l'administration de la preuve, il convient de remarquer que les pouvoirs inquisitoriaux du président ne peuvent être exercés qu'avant l'audience ou tout au moins en dehors de l'audience ; que, abstraction faite du cas de l'ordre de produire des pièces, le président exerce lesdits pouvoirs sur demande de l'une des parties (et non pas d'office) ; que toutes les parties constituées doivent être entendues avant la disposition de la mesure d'enquête ; que l'administration de la preuve a forme contradictoire.

Dans quelles limites ces dispositions, qui concernent spécifiquement le procès devant les tribunaux administratifs régionaux, peuvent s'appliquer aussi au procès devant le Conseil d'Etat, ce sera à la doctrine et à la jurisprudence de le préciser par la suite. Il leur faudra tenir compte de la disposition de l'article 28, dernier alinéa, de cette même loi, qui statue que le Conseil d'Etat, en compétence d'appel, exerce les mêmes pouvoirs juridictionnels de connaissance et de décision que le juge du tribunal d'instance (di primo grado).