

MAÂT AU PLATEAU DE KIRCHBERG

PESER LES FAITS, DIRE LE DROIT, ET ORDONNER LES CHOSES

François-Vivien GUIOT

Maître de Conférences, Université de Pau et des pays de l'Adour

Résumé: La distinction du fait et du droit peut être comprise comme une clef d'explication totale de la juridiction de la Cour de justice de l'Union européenne. Malgré l'absence de tout fondement ontologique vérifiable, la distinction du fait et du droit est utilisée comme un argument pour délimiter les pouvoirs du juge. La pratique contentieuse témoigne de la dimension en réalité déontologique de la distinction, à laquelle le juge de la légalité adhère.

Mots-clés: Office du juge – séparation des pouvoirs – qualification juridique – appréciation des faits

Abstract: *The distinction between fact and law provides an overall explanation of the jurisdiction of the Court of Justice of the European Union. Despite the lack of defensive ontological basis of the distinction between fact and law, its occurrences serve to delimit the judicial powers and functions. Case law thus shows the deontological dimension of the distinction, to which the judges themselves adhere.*

Keywords: *Jurisdictional functions – separation of powers – legal qualification – assessment of the facts*

« La jurisprudence est la philosophie du droit et procède par singularités, prolongement de singularités »¹

La distinction des faits et du droit, qui fut interrogée par la doctrine française durant la première moitié du ^{xx}^e siècle², est certainement un thème classique de la pensée juridique dans la mesure où elle constitue une voie d'entrée dans le difficile exercice de définition de ce qu'est le droit³. La distinction n'est pas, en elle-même, de nature à permettre le dépassement des clivages théoriques face à cette dernière question. Cependant, elle a l'intérêt de mettre en lumière l'importance des acteurs juridiques dans la délimitation des deux sphères qui interagissent dans l'opération de réalisation des normes juridiques. En ce sens, la distinction des faits et du droit peut être comprise comme le fruit d'un exercice positionnel : en définissant la place respective de ces deux champs, les différents acteurs juridiques déterminent aussi respectivement leurs fonctions. Telle est, en tout cas, l'analyse au cœur d'une recherche doctorale entreprise dans le prolongement des enseignements des auteurs français sur la distinction du fait et du droit par la Cour de justice de l'Union européenne⁴.

Ce travail fut le résultat d'une certaine lecture du droit et de la fonction juridictionnelle, influencée par l'école de la théorie réaliste de l'interprétation, ou du moins par la compréhension que l'on en a eu au terme d'un certain nombre de lectures complémentaires⁵. S'il n'est pas possible de justifier dans le cadre de cet article l'ensemble des présupposés de cette approche, il est nécessaire de les expliciter afin de contextualiser les analyses qui vont suivre.

¹ G. DELEUZE, « Sur la philosophie », *Pourparlers*, Éditions de Minuit, 2003, p. 209-210

² Il faut en particulier citer deux auteurs qui ont consacré leurs travaux de doctorat à cette distinction, avec une modernité du propos toujours remarquable : G. MARTY, *La distinction du fait et du droit. Essai sur le pouvoir de contrôle de la Cour de cassation sur les juges du fait*, Paris, Sirey, 1929, 388 p. ; et L. GOLDENBERG, *Le Conseil d'État juge du fait : étude sur l'administration des juges*, Paris, Dalloz, 1932, 423 p. Il convient également de rappeler dans le champ du droit administratif, l'article de J. RIVERO, « La distinction du fait et du droit dans la jurisprudence du Conseil d'État français », *Dialectica*, 1961, Vol. 15, n° 3/4 : « Le fait et le droit », p. 462-480.

³ Pour un panorama des résolutions possibles dans cette quête, voir les deux numéros spéciaux consacrés par la revue *Droits* à ce sujet : « Définir le droit 1/ » et « Définir le droit 2/ », *Droits. Revue française de théorie du droit*, 1989 et 1990, 187 et 183 p.

⁴ F.-V. GUIOT, *La distinction du fait et du droit par la Cour de justice de l'Union européenne. Recherche sur le pouvoir juridictionnel*, Bayonne, Institut universitaire Varenne, 2016, 1007 p.

⁵ À ce titre, il faut mentionner notamment les travaux de Herbert Lionel Adolphus Hart (pour l'importance du mécanisme de reconnaissance), de Chaïm Perelman (soulignant la dimension rhétorique de la fonction juridictionnelle), de Stéphane Rials (qui démontre le pouvoir d'interprétation du juge), ou encore de Guillaume Tusseau (dont le concept de norme d'habilitation paraît pouvoir fonder une approche théorique systémique du droit).

Un truisme pour commencer: la construction européenne est à la fois le fruit d'un héritage, celui des traditions juridiques nationales, et le creuset d'innovations pour la pratique juridique. L'instauration d'une fonction juridictionnelle au cœur de l'intégration européenne n'y échappe pas: à partir du modèle français de la juridiction administrative⁶, elle est à la fois une évolution et une révolution.

Dans ce contexte, il faut toujours se méfier du risque de préjugés dans l'observation des solutions adoptées par un système juridique. L'analyse des transplants doit toujours être entourée de précautions: il faut prendre garde à ne pas considérer comme inévitable une solution simplement habituelle, chercher à libérer les concepts des accoutumances qui peuvent les entourer, et ainsi tenter d'identifier la cause politique véritable des solutions façonnées, puis transposées, conservées ou modifiées⁷. L'observation des transplants est en conséquence un miroir à deux faces qui révèle des choses aussi bien sur le milieu d'origine que sur celui d'accueil.

La distinction du fait et du droit devant la Cour de justice de l'Union européenne est à cet égard une question topique: la simple énonciation de cette distinction emporte avec elle tout un ensemble de significations qui lui sont généralement attachées en droit interne par les juristes. C'est en particulier la place du juge dans le système juridique qui est généralement mise en lumière par les auteurs derrière cet exercice de différenciation. La thèse était donc fondée sur l'hypothèse selon laquelle la déconstruction de cette question de la distinction du fait et du droit était une des manières de décrire de façon épistémologiquement satisfaisante le pouvoir juridictionnel de la Cour de justice de l'Union européenne. Question *a priori* contentieuse, la distinction du fait et du droit serait donc aussi un arrangement institutionnel – autrement dit une question de pouvoir et plus précisément de pouvoir normatif.

C'est le sens de l'invocation dans cette présentation d'une figure de la mythologie égyptienne. Même si le trait est certainement un peu forcé, la déesse Maât est convoquée pour incarner la propension de la distinction du fait et du droit à être un facteur explicatif global de ce qu'est le droit. Après avoir justifié cette métonymie et détaillé ainsi l'hypothèse défendue (I), il conviendra de revenir sur la figure du « juge de la légalité », qui est l'objet du transplant dont a bénéficié la Cour de justice de l'Union européenne (II), pour ensuite essayer de démontrer deux propositions essentielles au regard de l'office du juge: l'absence

⁶ La reconnaissance de cette filiation, bien qu'un peu schématique, est partagée par la doctrine française (voir par exemple, M. LAGRANGE, « La Cour de Justice des Communautés européennes du Plan Schuman à l'Union européenne » in *Mélanges Fernand Debousse*, Paris, Nathan, 1979, Vol. 2, p. 127-135).

⁷ L. GOLDENBERG, *op. cit.*, p. 8-9: « En libérant ses concepts des accoutumances ou des controverses politiques qui ont pu les déformer, [le juriste] permet de livrer sur les choses un point de vue nouveau: en montrant que telle solution devenue habituelle n'était pas, juridiquement, inévitable, il incite à chercher sa cause politique réelle ».

de dimension ontologique de la distinction des faits et du droit (III), qui révèle l'existence de la dimension déontologique de leur différenciation (IV).

I. Maât ou la distinction : d'un principe de justice à une théorie politique

Premier point, l'analogie entre Maât et la distinction.

Maât, nous dit l'égyptologue Bernadette Menu, est un concept total : « Ordre, vie, équilibre cosmique, vital et social, paix par la victoire, prospérité, justice, équité, vérité, maât représente tout cela »⁸. Maât est aussi une incarnation de cette globalité, « sous les traits d'une gracieuse jeune femme à la chevelure ornée d'une plume d'autruche »⁹. Cette représentation donne ainsi corps à l'idée de justice et de jugement dernier, mais elle symbolise aussi la « vie », ou plutôt les conditions qui rendent possibles la vie : la puissance et la domination du pouvoir divin, la stabilité de la royauté, enfin et surtout l'ordre de la société qui nous prémunit du chaos.

Maât est donc à la fois une divinité et le principe divin lui-même en action dans le monde des hommes, autrement dit un principe politique. Grâce à cette dualité, Maât joue un rôle fondamental pour le régime des pharaons, au point qu'elle peut être comprise comme une théorie politique tendue entièrement vers cette idée d'ordre.

Sur ce plan, les égyptologues distinguent la Maât universelle, idéal de justice, et la Maât particulière ou sociale, qui est mise en œuvre dans et par l'acte de justice. Maât universelle et pratique étant les deux faces ou plans d'un même principe d'ordre et d'équilibre.

Dans ce système, la Maât s'impose donc doublement, comme un fondement idéologique et comme une norme de conduite sociale¹⁰. Elle est à la fois une norme universelle, fondatrice et holistique, et une norme individuelle et pratique – dualité qui n'est pas sans rappeler la théorie de la justice d'Aristote¹¹.

Par conséquent, la Maât ne se limite pas à un simple principe de justice, entendu comme une directive permettant la résolution des différends qui opposent des individus, même si elle est aussi cela. Elle est encore un principe plus général d'organisation des choses et de légitimation de cette organisation.

⁸ B. MENU, *Maât. L'ordre juste du monde*, Paris, Michalon, « Le Bien Commun », 2005, p. 9.

⁹ *Ibid.* p. 10-11.

¹⁰ *Ibid.* p. 93 : « Le respect de la maât impose à chacun d'agir de manière juste et, s'il est investi d'une responsabilité dans la pyramide sociale, de prononcer une sentence conforme à la maât, c'est-à-dire selon l'équité. L'organisation juridictionnelle obéit au principe hiérarchique, chaque détenteur de l'autorité exerçant à son niveau le pouvoir de définir les droits de ses administrés et de départager les prétentions respectives ».

¹¹ *Ibid.* p. 12 : « Les anciens Égyptiens avaient déjà fait la différence entre, d'une part, une justice générale, cosmique, du ressort de la morale et d'une conduite subjective conforme à l'Ordre garanti par le roi et, d'autre part, une justice particulière, à la fois individuelle et sociale, du ressort du droit et du juge, pour l'objectivité d'un partage équitable des biens ».

Dans sa dimension particulière, dans sa fonction de régulation inter-individuelle, la Maât sort toutefois de sa seule dimension métaphysique pour se prolonger et devenir une norme de conduite pratique. Elle fait alors l'objet d'usages, de revendications, de standards, de références, d'objectifs comportementaux... mais toujours – évidemment – en lien avec sa dimension universelle. En ce sens, la Maât revêt bien une fonction déontologique, car elle permet d'identifier et de justifier les exigences comportementales des individus au regard de l'impératif d'ordre de la société.

Est-ce à dire – au regard de son caractère transcendantal – que l'autorité qui agit en son nom souverain, possède alors un pouvoir discrétionnaire, voire arbitraire ?

Ce n'est pas la rhétorique qui sera construite dans le régime de l'Égypte antique.

Dans l'exercice de la justice, et dans les décisions qu'il prend pour ce faire, le juge est à l'image du pharaon. Or, comme l'explique encore Bernadette Menu : « Davantage qu'un titulaire du pouvoir, le pharaon en est le servant, en tant que le pouvoir n'est pas un outil à mettre en œuvre, mais la condition de la perpétuation de l'ordre en question, impliquant les hommes comme les dieux »¹². En conséquence, le juge aussi se revendique et doit se revendiquer au service de cet ordre¹³.

Toutefois, cet ordre, il est en pratique également en charge de le définir, de l'instruire... Gardien et instigateur, le juge est donc en partie un demiurge. Il fait advenir l'ordre du droit, sans pouvoir s'en départir toutefois. Sans pouvoir se départir de l'idée d'ordre dans sa dimension universelle.

Il est maintenant possible d'élucider la raison de la référence à la Maât, dans un travail consacré à la distinction du fait et du droit par le juge. Dans la réalisation de cette fonction juridictionnelle, la question de la distinction du fait et du droit est une question centrale (et peut-être même, à l'image de la Maât, une question totale¹⁴).

Comme le montre la pluralité des travaux réunis dans ce volume, cette distinction revêt une pluralité de dimensions. Théoriques, contentieuses, juridiques

¹² L. DE SUTTER, *Après la loi*, Paris, Presses Universitaires de France, 2018, p. 192.

¹³ *Ibid.*, p. 202 : « la maât, dans l'Égypte ancienne, constitua aussi le principe gouvernant la fonction de juger au sens traditionnel du terme : celui de la juridiction. Il était attendu des juges qu'ils se conformassent à elle, au sens où leur travail ne consistait pas à appliquer une règle à un cas, mais à vérifier que le principe de solidarité eût qualifié la situation de fait qu'ils avaient à examiner. Cela ne signifiait pas que leurs jugements n'impliquaient aucune norme ; de même, cela ne signifiait pas qu'ils ne jugeaient que selon ce qu'on pourrait appeler « équité » ; des règles existaient, et la maât impliquait bien davantage que l'équité. Mais il se faisait que, dans leur quête de vérité (plutôt que de justice), les juges écoutaient les parties ».

¹⁴ En effet, la Maât « dont le roi était le garant était un principe à la fois religieux, moral, politique, économique, épistémologique, et ainsi de suite ; dans la maât [...] c'était la totalité des dimensions de ce qui était qui était impliquée. [...] L'ordre ne se limitait pas au gouvernement des corps, ni même à la conduite des âmes ; il incluait jusqu'à la texture du monde, et à la possibilité de s'assurer de sa vérité – le vrai constituant une dimension du juste, et vice versa. [...] en tant que principe de vérité elle est un principe de justice – une justice à la fois cosmique, sociale et individuelle » (*ibid.*, p. 195).

ou métajuridiques, appartenant aussi bien au discours du droit qu'au discours sur le droit, ces dimensions sont *a priori* indépendantes et il conviendrait donc de toujours bien les distinguer. Cependant, il est possible, selon nous, de montrer qu'en réalité des effets de confusion dans la pratique juridique ont produit des liens d'influence ou d'interdépendance entre celles-ci.

En tout cas, telle est l'explication trouvée d'une pratique judiciaire de la distinction qui lui donne une dimension déontologique – ce qui doit être – en invoquant explicitement ou implicitement une dimension ontologique – c'est-à-dire l'existence d'une dichotomie entre l'être et le devoir-être, autrement dit entre le descriptif et le prescriptif, entre l'opportunité et la légalité aussi. Cette liaison, *a priori* proscrite par les enseignements de l'épistémologie, fait en un certain sens écho à la théologico-politique égyptienne. Pour Laurent de Schutter, le « régime [de la Maât] se déployait de deux manières différentes, suivant qu'il concernât la parole ou les gestes : du point de vue du dire, il tendait vers la vérité ; tandis que du point de vue du faire, il tendait plutôt vers la justice »¹⁵. Vérité du monde et action sur les choses de ce monde – action destinée à en assurer la justice, c'est-à-dire la rectitude ou le bon ordre. Vérité et action indissociées dans la Maât, semblent réunies dans la pratique contentieuse contemporaine des juridictions en charge du contrôle de légalité et s'y articulent autour de l'opposition des faits et du droit.

Pour expliciter l'hypothèse poursuivie, paraphrasons Austin : dire la distinction du fait et du droit, c'est aussi la faire¹⁶. Invoquer et incarner dans le même acte cette distinction est l'une des tâches les plus essentielles du juge qui dit le droit. Car, en effet, si le juge dit le droit, il n'est pas censé faire le fait. Distinguer le droit et le fait, c'est donc *a priori* délaissier les faits à d'autres – les parties, l'administration, le législateur¹⁷, voire le constituant.

Pourtant, à partir de ce principe originel l'observation de l'évolution du contentieux montre qu'en raison des liens nécessaires entre le droit et le fait dans l'application de la norme, le juge n'a pu rester totalement étranger aux faits. Bien qu'extérieur au monde du droit, qui appartient à l'ordre du devoir-être, le fait du procès est intégré dans le raisonnement juridictionnel qui produit la norme individuelle. Il faut alors composer avec l'idée universelle de l'ordre et de la fonction du juge, cette théogonie qui associe le juge au droit (et au droit seul), pour faire porter tout de même, dans une situation individuelle, le regard de l'autorité juridictionnelle sur le fait qu'elle vient organiser de différentes manières par et pour son jugement.

¹⁵ *Ibid.*, p. 197. On ne peut manquer le parallèle ici avec l'ouvrage de F. OST : *Dire le droit, faire justice*, Paris, Bruxelles, Bruylant, 2^e éd., 2012, 244 p.

¹⁶ J.-L. AUSTIN, *Quand dire, c'est faire*, Paris, Éditions du Seuil, 1991, 208 p.

¹⁷ Voir en ce sens, au sujet de la jurisprudence constitutionnelle, J.-J. PARDINI, *Le juge constitutionnel et le « fait » en Italie et en France*, Paris, Aix-en-Provence, Economica, PUAM, 2001, 442 p.

II. La figure du juge de la légalité : du Palais Royal au Plateau de Kirchberg, histoire et raison d'un transfuge

En préambule du second point, consacré au transplant du modèle de juridiction qui s'est opéré lors de la création des institutions européennes, il faut reconnaître une limite. Malgré l'universalité et l'intemporalité de la question de la distinction du fait et du droit¹⁸, les analyses produites dans l'étude de la pratique juridictionnelle de la Cour de justice de l'Union européenne ne sont peut-être pas transposables à l'ensemble des modèles juridictionnels. La diversité des pratiques judiciaires impose ici une grande prudence. La théorie réaliste de l'interprétation, complétée de celle des contraintes juridiques¹⁹, appelle effectivement à prendre au sérieux le contexte systémique dans lequel le juge exerce sa fonction. Même en droit français, si le sujet de la distinction du fait et du droit est évidemment pertinent pour le juge judiciaire, comme l'ont montré les travaux du Doyen Marty ou encore ceux de Henri Motulsky²⁰, il ne répond peut-être pas tout à fait aux mêmes enjeux qu'en droit public.

En conséquence, les conclusions qui ont été tirées de l'observation du contentieux européen ne sont peut-être pas toutes généralisables au-delà du modèle auquel il se rattache, à savoir celui du juge de la légalité (les rapprochements possibles, notamment pour des raisons historiques²¹, entre cette figure-là et celle du juge de cassation, expliquent toutefois la transposabilité de certaines observations du champ administratif au champ judiciaire et réciproquement). En raison de l'origine de ce modèle, les propositions qui seront faites ci-dessous sont toutefois tout à fait transférables à la pratique de l'excès de pouvoir devant le juge administratif français puisqu'il s'agit du *spécimen original*²². C'est même de la filiation des solutions adoptées par le traité de Paris en 1951 et le traité de Rome

¹⁸ Pour d'autres exemples de recherches doctorales, voir notamment : H. DESCHENEUX, *La distinction du fait et du droit dans les procédures de recours au Tribunal fédéral : étude critique de la jurisprudence*, Fribourg, Librairie de l'Université, 1948, 94 p. ; D. PINARD, « Le droit et le fait dans l'application des standards et la clause limitative de la Charte canadienne des droits et libertés », *Les Cahiers de droit*, 1989, 30(1), p. 137–187 ; L. MONTAZEL, *Recherches sur les techniques de la cassation au XIX^e siècle : la distinction du fait et du droit dans les arrêts civils de la Cour de cassation 1810-1870*, Thèse Lille, 1992, 126 f. (microfiche) ; L. ZEITER, *La distinction du fait et du droit dans les recours de droit administratif auprès du Tribunal fédéral*, Lausanne, Éditions Bis et Ter, 2005, 340 p. ; N. CORNU-THÉNARD, *La notion de fait dans la jurisprudence classique : étude sur les principes de la distinction entre fait et droit*, Thèse Paris II, 2011 ; D. LOUIS, *La distinction du fait et du droit en droit judiciaire privé*, Thèse Montpellier, 2014, 453 p.

¹⁹ V. CHAMPEIL-DESPLATS, Ch. GRZEGORCZYK, M. TROPER, *Théorie des contraintes juridiques*, Bruxelles/Paris, Bruylant/LGDJ, 2005, 216 p.

²⁰ H. MOTULSKY, *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé. La théorie des éléments générateurs des droits subjectifs*, Paris, Dalloz, 2002 (rééd. de la version de 1948), 183 p.

²¹ Voir pour une explication de ces liens historiques, F.-V. GUIOT, *op. cit.*, p. 68-70 (ainsi que les références citées).

²² En conséquence, la thèse de Léo Goldenberg a été particulièrement utile, dans la mesure où il y est parfaitement démontré la portée politique de cette distinction et la part de choix qui revenait au Conseil d'État en tant que juridiction suprême.

en 1957 avec la pratique qui s'était développée devant le Conseil d'État, que se déduisent un certain nombre d'appréciations portées sur le sujet de la distinction du fait et du droit par la juridiction européenne.

Il faut donc revenir sur ce lien d'engendrement et les conditions historiques de la formation de ce modèle français du juge de la légalité – de toute la légalité, mais rien que de la légalité.

La filiation, et la raison d'être de celle-ci, sont attestées par le déroulement des négociations du traité de Paris. Le « mimétisme »²³ des solutions contentieuses n'implique pas l'absence d'autres influences, allemandes notamment²⁴, mais il est indéniable que le recours pour excès de pouvoir a joué un rôle fondamental dans l'invention d'une juridiction communautaire²⁵.

Il y eut, en effet, au cours de l'été 1950, une différence de point de vue entre les représentants des six États fondateurs sur les modalités et les conséquences de la supranationalité voulue pour la CECA. En particulier sur la question de la garantie juridictionnelle des règles communes à venir²⁶. Aventure politique aux yeux de Jean Monnet, le représentant français craignait d'entraver l'*Europe des petits pas* dans les filets d'un pouvoir juridictionnel trop invasif. C'est en particulier l'autonomie de la Haute autorité qu'il souhaite alors préserver – le même réflexe se retrouvera en 1957 au profit du Conseil des Ministres cette fois-ci.

Afin de limiter l'influence d'un organe judiciaire dans la construction communautaire à venir, il est d'abord proposé par la France de recourir à un mécanisme double, qui imposait un recours préalable devant une chambre de la Haute autorité avant une possible saisine de la Cour internationale justice, voire au fil des propositions, uniquement d'une simple instance arbitrale *ad hoc*. Ce modèle « internationaliste » a toutefois rencontré, pour des motifs différents, l'opposition à la fois des petits États et du représentant allemand Walter Hallstein. La solution est alors venue de la possibilité de dissocier précisément les questions politiques, qui seraient confiées à un comité réunissant les ministres des États membres, et les questions juridiques – strictement juridiques – pouvant être laissées entre les mains d'une véritable juridiction.

²³ D. RILENG, *Le contrôle de la légalité des actes communautaires par la Cour de Justice et le Tribunal de première instance des communautés européennes*, Thèse, Strasbourg, 1998, p. 1.

²⁴ M. FROMONT, « L'influence du droit français et du droit allemand sur les conditions de recevabilité du recours en annulation devant la Cour de Justice des Communautés européennes », *Revue trimestrielle de droit européen*, 1966, Vol. 2, p. 47.

²⁵ J. L'HUILLIER, « Une conquête du droit administratif français : Le contentieux de la Communauté européenne du charbon et de l'acier », *Dalloz*, 1963, Chron., p. 64 : « ce contentieux "supranational" constitue une réplique fidèle de notre contentieux administratif national dont il ne fait que transposer *mutatis mutandis* la plupart des solutions ».

²⁶ Voir pour une présentation exhaustive de cette chronologie : A. BOEGER-DE-SMEDT, « La Cour de justice dans les négociations du traité de Paris instituant la CECA », *Revue d'histoire de l'intégration européenne*, 2008, Vol. 14, n° 2, p. 731.

Encore fallait-il trouver quelques garanties pour que ce juge à venir ne dépasse pas le cadre de ce mandat. Et c'est ici qu'intervient le modèle du contentieux objectif, qui se développait en France depuis le XIX^e siècle.

La marque indiscutable de cette inspiration réside dans l'utilisation pour décrire le recours en annulation prévu par le futur traité des cas d'ouverture du recours pour excès de pouvoir synthétisés par Édouard Laferrière. Dans l'article 33 du traité de Paris, on lit ainsi que la Cour est compétente

« pour se prononcer sur les recours en annulation pour incompétence, violation des formes substantielles, violation du Traité ou de toute règle de droit relative à son application, ou détournement de pouvoir formés contre les décisions et recommandations de la Haute Autorité ».

On observera, qu'était aussi en principe explicitement exclu tout contrôle de « l'appréciation de la situation découlant des faits ou circonstances économiques au vu de laquelle sont intervenues lesdites décisions ou recommandation ». Cette observation est importante, et en réalité assez logique ou en tout cas conforme à la raison d'être de l'utilisation du modèle français et à l'état contemporain de la jurisprudence administrative française.

En effet, il existe un lien originel entre la distinction du fait et du droit, et la classification des moyens d'ouverture du recours pour excès de pouvoir, un lien d'identité. Comme l'on montré les études doctrinales françaises²⁷, ce qui relève du juge dans la pensée du droit administratif classique, c'est le droit, et le droit n'est alors que l'ensemble des questions décrit par la classification des moyens d'ouverture : la légalité externe d'une part, avec les vices de forme et de procédure, et la légalité interne d'autre part, avec la violation de la loi et le détournement de pouvoir.

Pourquoi affirmer que le fait est – originellement – étranger à cette classification ?

Parce que le contrôle des faits n'intervient dans le recours pour excès de pouvoir (au titre de la violation de la loi) qu'au terme d'une longue période de maturation de cette voie de droit apparue au mitan du XIX^e siècle. Pendant longtemps, on a pu considérer « qu'un contrôle de légalité était un contrôle de droit pur et ne pouvait porter sur des questions de fait appréciées discrétionnairement par l'administration »²⁸. Le Conseil d'État lui-même en 1910, dans l'arrêt *Hubersen*,

²⁷ Outre les travaux précités de Léo Goldenberg (dont on peut prendre connaissance grâce à leur présentation par la Professeure Maryse Deguegue : « La distinction du droit et du fait dans la thèse de Léo GOLDENBERG, Le Conseil d'État juge du fait », in P. CHARLOT (dir.), *L'œuvre de Léo Hamon*, Paris, Dalloz, 2012, p. 119-132), on lira avec intérêt la thèse suivante : M. DUBISSON, *La distinction entre la légalité et l'opportunité dans la théorie du recours pour excès de pouvoir*, Paris, LGDJ, 1958, 281 p.

²⁸ R. ODENT, *Contentieux administratif*, Paris, Dalloz, 2007 (rééd. des fascicules I à VI, publiés par Les cours de droit, 1977-1981, 6^e éd.), Tome 2, p. 526.

affirmait que l'erreur de fait, « même à la supposée établie [...] ne saurait constituer un excès de pouvoir ou une violation de la loi »²⁹.

Les étapes de l'évolution de l'excès de pouvoir sont bien connues : les arrêts *Gomel* de 1914³⁰, *Camino* de 1916³¹, *Trépont* de 1922³², puis *Gesbert* de 1960³³ et *Lagrange* de 1961³⁴, vont tour à tour étendre l'office du juge sur ces questions de fait, initialement comprises comme des questions d'opportunité devant relever de la seule autorité administrative, et non comme des questions de légalité relevant de la *juris dictio*. Pourtant, étendant le champ de son office, le Conseil d'État se saisit des opérations de qualification juridique des faits, de leur établissement, puis de leur appréciation en cas d'erreur manifeste.

La classification avait été inventée par Édouard Laferrière pour permettre de bien cerner l'office du juge dans l'excès de pouvoir avant cette irruption des faits dans le recours pour excès de pouvoir. Se cantonnant au droit, la compétence du juge de la légalité devait se situer entre celle de la pleine juridiction qui est la plus étendue, et celle du pourvoi qui était la plus restreinte. Comme on avait tenté de différencier l'office du juge du fond et celui du juge de cassation sur la base de cette distinction du fait et du droit, il y a aussi derrière la classification le souci de distinguer l'office du juge et la fonction de l'administration³⁵ : « la façon dont l'administration s'est emparée des faits pour appliquer la règle doit échapper à son contrôle, sans quoi le juge s'érigerait en administrateur »³⁶.

Certes en 1951, les choses sont déjà en train de changer devant le Conseil d'État, et c'est *a fortiori* le cas en 1957 lors des négociations du Traité de Rome, mais les esprits semblent ne pas avoir (déjà) intégré dans les constructions doctrinales cette transformation de l'office du juge de la légalité, qui sera donc repris au niveau européen en raison même de la limitation qui lui est encore rattachée. En effet, à tort ou à raison, cette classification est restée en droit interne, malgré l'intégration

²⁹ CE, 18 mars 1910, *Hubersen*, Rec. 259.

³⁰ CE, 4 avril 1914, *Gomel*, Rec. 488.

³¹ CE, 14 janvier 1916, *Camino*, Rec. 15.

³² CE, 20 janvier 1922, *Trépont*, Rec. 65.

³³ CE, 2 mars 1960, *Secrétaire d'État à l'Agriculture c. Gesbert*, Rec. 162.

³⁴ CE, Sect., 15 février 1961, *Lagrange*, Rec. 121.

³⁵ Il s'y superpose aussi, comme dans la matière judiciaire, un objectif de différenciation entre la fonction du juge du fond et celle du pourvoi.

³⁶ C. DE BERNARDINIS, « Les nouveaux pouvoirs du juge administratif dans le contrôle de la légalité des décisions individuelles », *La lettre juridique n° 625 du 17 septembre 2015 : Procédure administrative* : « progressivement et contrairement à sa promesse initiale, le juge de l'excès de pouvoir a pris possession des faits, il a examiné leur qualification alors que le Conseil d'État s'emparait de l'examen de la matérialité ou l'exactitude des faits tout en ne s'immisçant pas dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire. Chaque avancée s'est, cependant, opérée très prudemment. Si le juge de cassation contrôle de manière trop pointilleuse les faits, il se transforme en un juge du fond mais reste juge, alors que si le juge de l'excès de pouvoir s'accapare une pleine maîtrise des faits, cela le conduit à sortir de son rôle, à n'être plus juge mais administrateur, le risque est ainsi plus important ».

des questions de faits dans l'office du juge de la légalité, en gardant pour l'essentiel sa signification « légaliste » originelle. Employer les termes de l'excès de pouvoir pour circonscrire l'office du juge communautaire, c'était donc en 1950 l'inviter à se cantonner aux questions de droit relevant du principe de légalité, tout en lui commandant de se restreindre sur les questions de fait incluses dans le champ de l'opportunité. Était ainsi poursuivie par l'emploi du modèle français, une garantie contre le risque de « gouvernement des juges », puisqu'avaient été mises hors de sa portée les questions de fait relevant du périmètre de l'opportunité.

Quel regard poser sur cette intention ?

Sans juger du sens ou du bien-fondé politique ou axiologique de cette démarche, il est possible de s'interroger en tant que juriste sur l'existence d'un fondement objectif à l'assertion d'une distinction du fait et du droit qui s'imposerait au juge de la légalité, et sur le degré de réalisation du projet des auteurs du traité vis-à-vis de la juridiction communautaire.

III. L'absence de dimension ontologique (en droit) de la distinction des faits et du droit

Si les détails de la démonstration peuvent difficilement être exposés de manière exhaustive ici, il faut expliquer pourquoi, selon nous, la distinction n'a pas de fondement ontologique dans la sphère juridique³⁷. Bien qu'une telle dimension soit souvent implicite par les argumentations juridiques, elle n'est pas en réalité une explication satisfaisante de la pratique du droit.

Cela ne revient pas à nier le dualisme kelsénien entre *ce qui est* et *ce qui doit être*, entre la description et la prescription, entre les faits et les valeurs. Même si le tournant sceptique peut induire un certain relativisme vis-à-vis de ces oppositions, on peut considérer qu'il est effectivement possible d'un point de vue épistémologique de faire ces distinctions ou d'en avoir l'intention.

L'interrogation qu'il faut poursuivre est toutefois un peu différente. D'un point de vue positiviste, existe-t-il une distinction ontologique du fait et du droit qui s'impose à la pratique juridique ? Y a-t-il un ensemble de normes qui s'applique à un ensemble de faits, qui seraient deux ensembles de nature différente pour le droit et sa réalisation ?

Pour aborder cette question, l'analyse est très vite confrontée au problème de pluralité des sens possibles des entités de cette opposition et de l'opposition elle-même. Quelques illustrations. Le positivisme nous apprend que les faits sont objectifs, en ce sens qu'on peut dire d'eux qu'ils sont vrais ou faux – ce qui n'est pas le cas d'un jugement de valeur ou de préférence. Pourtant, dans la pratique juridic-

³⁷ Selon Patrick NERHOT, « la distinction du fait et du droit est le produit même de la rationalité juridique » (« Le fait du droit », *APD*, 1986, Tome 31 : « Le système juridique », p. 261, §28). C'est uniquement dans ce cadre, déterminé, qu'il faut donc en faire l'analyse et en vérifier la cohérence.

tionnelle, il est implicitement admis dans le traitement des faits qu'ils soulèvent des questions étrangères à l'office du juge de la légalité « objective ». En ce sens, les faits relèveraient de l'ordre du subjectif et donc de l'administration, ou des parties et des juges du fond dans l'ordre judiciaire, quand la règle de droit et son interprétation seraient, elles, de l'ordre de l'objectif et donc de la compétence du juge, et en particulier des juridictions suprêmes. Pourtant, il est généralement admis aussi rapidement que les jugements sont l'expression d'un certain pouvoir normatif du juge, et même, sur la base de la « loi de Hume »³⁸, le fruit des préférences de celui-ci pour les réalistes. Autrement dit, le jugement et l'interprétation seraient le résultat d'une prescription, d'un acte de volonté et donc d'une nature subjective. Certes, il s'agit en théorie de différents niveaux de langages, différents niveaux d'opposition des faits et du droit, mais en pratique les argumentations développées les confondent souvent et ceci est une donnée fondamentale du problème.

Même si l'on sort du plan épistémologique, pour s'intéresser à la dimension contentieuse et opérationnelle de la distinction, des incertitudes similaires sont constatées face à une distinction qui pourtant s'impose comme pierre angulaire de la définition originelle de l'office du juge de la légalité. Dans ce périmètre, la distinction ne vaut plus comme une antinomie entre le fait et le droit, car les faits sont appelés à recevoir l'application de la réglementation juridique, en particulier à travers l'opération de la qualification juridique. Le « véritable sens consiste à opposer au “fait non-qualifié” le fait auquel, par l'intermédiaire de sa qualification juridique, s'attachent des effets de droit, ce “fait” étant lui-même un état de droit » explique François Rigaux³⁹.

L'observation de l'évolution du contentieux administratif français semble lui donner raison. Le contrôle de légalité intègre bien aujourd'hui ce passage des faits au droit qu'est l'opération de qualification, et il s'étend même à deux autres opérations qui y sont liées fonctionnellement : l'établissement et l'appréciation des faits. Laissons de côté la question de savoir si la qualification est une question de droit ou de fait, question qui n'est d'ailleurs pas si simple, pour se concentrer sur une autre difficulté⁴⁰.

Les opérations mentales opérées par le juge vis-à-vis des faits et vis-à-vis des normes sont-elles d'une part de nature différente et d'autre part dissociables et effectivement dissociées ? Autrement dit, peut-on interpréter de manière abstraite la règle de droit, et faire une application de la norme ainsi produite à des

³⁸ D. HUME, *Traité de la nature humaine*, III, *La morale*, (1740), trad. Ph. Saltel, Paris, GF-Flammarion, 1993, I, 1, p. 65. Pour une formulation dans le champ juridique, voir H. KELSEN, *Théorie générale des normes*, Paris, PUF, 1996, chap. 58, §11-14 : « de même que l'existence d'un fait ne peut découler logiquement de l'existence d'un autre fait [...], de même l'existence d'une norme [...] ne peut pas logiquement découler de l'existence d'une autre norme ».

³⁹ F. RIGAUX, *La nature du contrôle de la Cour de cassation*, Bruylant, Bruxelles, 1966, p. 85.

⁴⁰ Pour une analyse détaillée de l'opération de la qualification dans le contentieux de la légalité, voir Ch. VAUTROT-SCHWARZ, *La qualification juridique en droit administratif*, Paris, LGDJ, 2010, 700 p.

faits objectivement constatés? À cette double question, il semble que tous les auteurs qui ont travaillé sur le syllogisme judiciaire, et pas seulement les tenants de la théorie réaliste, répondent négativement. Pour ne donner qu'un exemple, Jean Rivero écrira qu'il y a en pratique une « compénétration » dans le passage « de l'abstrait au concret, de la règle au fait, au stade de l'application »⁴¹.

Il reste encore possible de s'interroger sur un autre niveau de distinction. Peut-être que les faits et le droit ne s'opposent pas de manière aussi radicale qu'on pouvait le penser au XIX^e siècle, mais peut-être existe-t-il au moins une différence *au sein* des opérations du contrôle juridictionnel qui portent sur les faits? Les faits ne seraient pas tous de la même nature, certains seraient plus objectifs que d'autres, et en conséquence plus facilement à la portée du contrôle juridictionnel. Une telle proposition semble *a priori* confortée par le constat qu'il existe plusieurs niveaux d'intensité du contrôle de légalité sur les questions de fait, et qu'en fonction de cette intensité l'examen des faits paraît plus ou moins rigoureux, plus ou moins complet et étendu.

Dans l'étude des pratiques de la Cour de justice de l'Union européenne, comme cela a été fait précédemment pour les juridictions françaises, il fallait pour investir cette hypothèse identifier ces niveaux de contrôle, les éléments du raisonnement juridique qu'ils impliquent ainsi que les justifications avancées pour expliquer les variations constatées⁴². Au terme de cet examen, il fut difficile de ne pas partager le jugement exprimé par Léo Goldenberg au sujet du Conseil d'État: « Arbitraire dans son principe, la distinction du fait et du droit apparaît comme incertaine dans son application »⁴³. Sans surprise, à quelques détails près, les solutions au Plateau de Kirchberg correspondent en effet à celles qui ont cours au Palais Royal. Elles s'appuient sur une distinction entre des opérations qui revêtiraient une forme d'objectivité, et celles qui ressortiraient davantage d'une appréciation subjective et donc étrangère au droit et au juge de la légalité – les premières pouvant seules faire l'objet d'un contrôle étendu du juge, les secondes ne tombant dans son orbite que lorsqu'elles sont le fruit d'une erreur manifeste traduisant une faute de l'administration.

Bien qu'elles soient communes, ces pratiques et leurs justifications soulèvent de nombreuses questions.

En premier lieu, celle de savoir s'il est vraiment possible d'établir objectivement des faits. L'interrogation doit être envisagée dans un cadre particulier qui est celui de la sphère juridique et plus particulièrement du procès. Les auteurs qui se sont

⁴¹ J. RIVERO, « La distinction du droit et du fait dans la jurisprudence du Conseil d'État français », *op. cit.*, p. 463.

⁴² C'est ainsi plus précisément dans l'observation des modalités de contrôle du pouvoir discrétionnaire des institutions européennes et des États membres par le juge européen qu'a été poursuivi l'examen de l'argument ontologique. Lorsqu'elle reconnaît une marge d'appréciation ou un pouvoir de choix à l'auteur de l'acte attaqué, la Cour de justice va en principe tout de même vérifier l'établissement correct des faits et l'absence d'erreur manifeste d'appréciation dans les motifs de l'acte.

⁴³ L. GOLDENBERG, p. 14.

intéressés au sujet répondent là-aussi de manière négative⁴⁴. Dans son appréhension (et sa compréhension) du monde empirique, le juge opère une mise en ordre, il pèse, trie, et sélectionne les faits qui seront retenus comme établis (et faut-il ajouter le plus souvent à partir d'éléments contradictoirement apportés par les parties, voire par des experts). Il agit alors sous une double influence : non seulement, il est tenu par les règles relatives à la charge de la preuve et ainsi par les éléments de preuve régulièrement exposés devant lui, mais comme l'affirma Henri Motulsky, le juge est aussi amené à chercher les moyens de confirmer une intuition quant à la qualification et *in fine* à la solution adéquate au litige. Le « fait du droit » est un construit⁴⁵.

En deuxième lieu, la perplexité face à l'idée d'« objectivité » des faits resurgit face à la notion d'erreur manifeste d'appréciation qui constitue une sorte de « cas-limite ». Cet être étrange du raisonnement juridique et juridictionnel, dont la doctrine a toujours eu du mal à définir la réalité, ainsi que les mérites⁴⁶, se situerait quelque part entre l'établissement des faits et leur qualification⁴⁷. Quoiqu'il en soit de sa nature exacte, ce qui change fondamentalement avec l'insertion de ce contrôle de l'erreur manifeste au sein du contrôle de légalité, c'est que désormais le pouvoir discrétionnaire est soumis à l'examen du juge⁴⁸. C'est une mutation fondamentale

⁴⁴ Voir notamment, T. IVANIER, *L'interprétation des faits en droit. Essai de mise en perspective cybernétique des « lumières du magistrat »*, Paris, LGDJ, 1988, 361 p.

⁴⁵ V. PETEV, « L'interprétation des faits et l'interprétation du droit », in P. MASELEK (dir.), *Interprétation et Droit*, Bruxelles, Aix-en-Provence, Bruylant, PUAM, 1995, p. 51 : ce fait du droit est le « résultat d'une construction mentale par laquelle on saisit le monde des expériences ».

⁴⁶ B. KORNPBST, « L'erreur manifeste », *Dalloz*, 1965, Chr. XIX, p. 22 : selon les mots de l'auteur, la perception du contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation oscille entre Zoro et Ioga, entre la figure du juge-héro et du juge-lâche.

⁴⁷ Au regard de la pratique contentieuse européenne, il est possible de penser que sous couvert d'un terme unique, en réalité deux opérations du raisonnement juridique, qu'il faudrait distinguer davantage, sont réunies sous l'appellation appréciation des faits. D'une part, certains faits ne sont pas immédiatement établis par des constatations empiriques (ou jugées telles), car ils doivent être le fruit d'analyse ou d'évaluation. Par exemple, en droit des aides d'État, la qualification va dépendre de la rentabilité à court ou moyen terme de l'opération financière réalisée par l'État, qui va conditionner l'application du standard de l'investisseur normal en économie de marché. Cela suppose une analyse économique, qui est extérieure au droit, et qui pourtant en conditionne l'application. D'autre part, certaines opérations d'appréciation des faits constituent une forme de substitut à celle de la qualification juridique des faits, car il s'agit bien de mettre en rapport des constatations avec des dispositions légales. Il s'agit ici de voir si l'administration dans l'application de la règle de droit a agi dans les limites de la marge d'appréciation que lui confère le fondement normatif mobilisé. Par exemple, pour l'application du règlement européen sur les substances chimiques, l'agence européenne est libre d'apprécier, sous réserve d'une erreur manifeste, les effets néfastes plausibles d'une substance. Or, la vérification de tels « effets néfastes » constitue bien la condition légale posée par le règlement pour l'inscription de la substance sur la liste des substances soumises à autorisation. On peut penser que la retenue du juge vis-à-vis de ces deux formes de l'erreur manifeste d'appréciation est inégalement justifiable. D'ailleurs, il n'est pas rare que la seconde forme, par l'effet du temps et de l'expérience acquise disparaisse au profit d'un plein contrôle de la qualification juridique.

⁴⁸ Sergio Neri écrit à propos de l'article 173 du Traité de Rome qu'« [à] défaut d'une disposition explicite autorisant la Cour à porter son examen sur l'appréciation faite par l'administration des

de ce dernier, qui auparavant ne répondait pas du recours pour excès de pouvoir et appartenait donc, en ce sens originel, à la sphère du fait⁴⁹. Désormais, l'opportunité relève dans une certaine mesure de l'office du juge de la légalité.

À nouveau, cela soulève deux interrogations. D'abord, pourquoi la dimension manifeste de l'erreur fait entrer dans la compétence du juge de la légalité, une question qui à l'origine n'en fait pas partie? Qu'est-ce qui dans l'évidence du manifeste, fait passer en ce sens l'erreur du monde des faits à celui du droit? Ce qui interpelle ici, du point de vue de la distinction du fait et du droit, c'est donc la possibilité d'une objectivisation de l'appréciation des faits découlant du caractère manifeste de l'erreur. En soi, ce changement de nature est déjà un indice sérieux de la fragilité de la distinction du fait et du droit. Ensuite, on doit se demander ce qu'il se passe si le juge identifie une erreur qui ne soit pas manifeste. L'erreur simple en matière d'appréciation existe-t-elle et si oui que produit-elle? À la suite de la doctrine administrative qui a étudié la notion d'erreur manifeste, il est tentant de penser qu'à défaut d'erreur manifeste, il y a le plus souvent pas d'erreur « tout court » de la part de l'administration (ou du législateur dans le contrôle de la loi)⁵⁰, ou du moins pas d'erreur identifiée et démontrable au terme de la procédure. Le caractère manifeste pourrait alors se réduire au mieux à un standard de preuve, au pire à pur un argument rhétorique.

En définitive, il ne semble pas qu'il y ait de différence ontologique ou épistémologiquement pertinente entre l'erreur d'appréciation et l'erreur manifeste d'appréciation, ni entre celle-ci et l'établissement des faits ou la qualification juridique. On a pourtant souvent justifié la technique de l'erreur manifeste en invoquant la complexité des faits sur lesquels elle s'applique, complexité qui impliquerait la nécessité d'opérer à leur égard un jugement de valeur. De même, si le juge considère ou si l'on considère qu'il ne doit pas s'autoriser à effectuer lui-même ces appréciations, c'est parce qu'il s'agirait de jugements non-juridiques. Tous ces arguments reposent sur un présupposé: le droit aurait donc une nature particulière, un contenu, un domaine prédéfini dans lequel ne rentreraient pas ces faits complexes, ou du moins les jugements opérés à leur égard⁵¹. Or, cette affirmation ne peut se revendiquer ni

circonstances économiques, vaut le principe général suivant lequel l'exercice du pouvoir discrétionnaire de l'exécutif reste normalement soustrait au contrôle du juge »; avant d'ajouter que « [c]ette conclusion est d'ailleurs suggérée par la notion même de “contrôle de légalité” » (« Le recours en annulation dans les communautés européennes: rôle et limites », *RMC*, 1967, n° 105, p. 454). S'appuyant sur la définition classique de Maurice Hauriou, selon laquelle « une matière n'est contentieuse que dans la mesure où la décision de l'administration n'est pas l'expression de son pouvoir discrétionnaire », celui-ci justifiait donc une continuité des solutions françaises et communautaires.

⁴⁹ Ainsi Michoud disait-il en 1914: il y a pouvoir discrétionnaire toutes « les fois qu'une autorité agit librement sans que la conduite à tenir lui soit dictée à l'avance par une règle de droit » (« Étude sur le pouvoir discrétionnaire de l'administration », *Revue générale d'administration*, 1914, Tome III, p. 9).

⁵⁰ En ce sens, S. RIALS, *Le juge administratif français et la technique du standard*, Paris, LGDJ, 1980, p. 615.

⁵¹ Ainsi, pour Jean Rivero, déterminer si les faits de l'espèce doivent ouvrir au sein du droit une forme de liberté au profit de l'autorité décisionnelle consiste à se demander: « cette qualification juridique

du dualisme ontologique kelsénien, entre l'*être* et le *devoir-être*, ni d'une opposition entre le subjectivisme et l'objectivisme, ce à quoi il faut encore ajouter que conformément à la « loi de Hume »⁵², la subsumption impliquée dans la réalisation du droit n'est jamais le fruit d'une opération logique et objective : qualification juridique ou appréciation des faits, l'opération réalisée est toujours acte de volonté.

Au terme des recherches sur la jurisprudence européenne, et conformément aux résultats de ceux qui avaient ouvert ce sillon en droit interne, n'est ainsi apparu aucun argument péremptoire au soutien d'une explication *a priori* du pouvoir discrétionnaire, mais au contraire la preuve d'un apriorisme sur ce qu'*est* le droit et ce que *devrait être* en conséquence la place du juge.

IV. La dimension déontologique de la distinction du fait et du droit

Dans le dernier temps de notre proposition, il faut donc élucider la raison d'être du maintien de la distinction du fait et du droit dans la pratique du contentieux de la légalité. Le présupposé réaliste utilisé pousse à croire que le seul emploi dans l'actuel article 263 TFUE de la classification des moyens d'annulation héritée du droit français ne suffit pas à cet égard. Autrement dit, le déterminisme voulu par les négociateurs des traités n'est pas seul de nature à expliquer pourquoi cette détermination de l'office du juge par la distinction du fait et du droit se vérifie effectivement dans la pratique juridictionnelle observée.

À la suite des travaux sur l'excès de pouvoir ou la cassation, il fallait donc tenter de dépasser le constat suivant : en toute logique « [t]out juge chargé d'assurer l'application de la loi devrait donc connaître des faits », et donc c'est « arbitrairement par une définition conventionnelle qu'on oppose erreur de fait et violation de la loi »⁵³. Autrement dit, si la distinction n'apparaît plus que comme « une formule commode »⁵⁴, il faut s'interroger, après avoir constaté la disposition réelle du fait et du droit dans le contrôle juridictionnel, sur la signification ou la finalité d'une distinction ainsi (re)construite. C'est, en ce sens, à l'identification des « raisons politiques »⁵⁵ qui président à la détermination du fait et du droit qu'il faut s'intéresser.

Dans le cas français, les travaux de Marty et de Goldenberg montraient clairement que c'est le respect dû à la Loi qui commandait le principe de la distinction et ses modalités de mise en œuvre. Ainsi, pour le Conseil d'État, la raison

des faits constitue-t-elle une opération juridique ou une pure appréciation des faits ? » (*op. cit.*, p. 473). On ne voit toutefois pas ce qui pourrait déterminer cette limite, extérieure à la volonté du juge, et ce d'autant moins que le champ des opérations comprises comme « juridiques » est variable dans le temps.

⁵² Voir pour une analyse de ces conséquences pour le raisonnement juridique : P. BRUNET, « Irrationalisme et anti-formalisme : sur quelques critiques du syllogisme normatif », *Droits. Revue française de théorie juridique*, 2004, n° 39, p. 201.

⁵³ L. GOLDENBERG *op. cit.*, p. 14-15.

⁵⁴ G. MARTY, *op. cit.*, p. 363.

⁵⁵ L. GOLDENBERG, *op. cit.*, p. 16.

d'être de la distinction était d'interdire au juge de reprendre la liberté que le législateur avait concédé, intentionnellement ou non, à l'administration⁵⁶. Même dans la sophistication progressive du contentieux de l'excès de pouvoir, qui permettra de dépasser l'interdit initial du contrôle des motifs de fait des actes administratifs, le juge devra toujours paraître respectueux du dogme. Dans ce contrôle de la « légalité totale », on retrouvera alors au terme d'une nouvelle délimitation le fait – extérieur au domaine de la légalité – dans l'impossibilité « de censurer l'acte pour des motifs extra-juridiques, pour des raisons de pur fait n'ayant eu aucune incidence sur la légalité, c'est-à-dire pour des raisons d'opportunité »⁵⁷. La distinction du fait et du droit finalisée, fonctionnelle, est donc liée à une certaine conception du rôle du pouvoir juridictionnel : ainsi, « devant le juge administratif français, le problème de la distinction du fait et du droit devient celui de la distinction entre légalité et opportunité »⁵⁸. L'opportunité restant toujours la part de l'administration, tant que la Loi n'aura pas vidé sa place dans la réalisation de la règle de droit.

La même pratique et les mêmes raisons se retrouvent devant la Cour de justice de l'Union européenne. La distinction du fait et du droit y est, d'une part, le fruit d'une certaine « idéologie normative »⁵⁹ à laquelle le juge adhère : pour l'essentiel elle se manifeste par l'adhésion au dogme de la séparation des pouvoirs, vis-à-vis des institutions européennes, mais aussi des États membres. La distinction est, d'autre part, l'argument rhétorique qui permet de justifier la retenue du juge, de façon globalement satisfaisante aux yeux des acteurs du monde juridique. La distinction est ainsi un présupposé utile, bien qu'elle ne soit pas en pratique très contraignante pour le juge qui en définit la configuration concrète et le fait de manière variable.

C'est là que réside la force déontologique de la distinction : elle sert à indiquer et à justifier dans le même temps la place des différents acteurs juridiques. Par la distinction, le juge exerce la Maât et définit ainsi l'ordre global du droit, en déterminant dans un cas particulier la solution qu'implique cet ordre.

En ce sens, la distinction du fait et du droit est une notion référentielle. Elle est à la fois dépendante du point de vue depuis lequel l'observateur aborde les choses, mais elle est aussi constitutive à l'intérieur de ce point de vue de l'organisation des choses, elle est une structure. Distincts dans leur principe, et même antagonistes dans la mesure où on les opposerait en termes d'être et de devoir-être, le fait et le droit se révèlent liés dans l'entreprise juridique : extérieurs et pourtant interdépendants. Différenciation sans dichotomie, cette ambivalence

⁵⁶ Ce qui suppose incidemment de reconnaître dans le silence de la loi un principe de liberté d'action à cette administration, contrairement au modèle allemand du droit administratif érigé depuis les fondements du principe de proportionnalité.

⁵⁷ J. RIVERO, *op. cit.*, p. 464.

⁵⁸ *Id.*

⁵⁹ Sur ce concept voir notamment : R. GUASTINI, « Alf Ross : une théorie du droit et de la science juridique », in P. AMSELEK (dir.), *Théorie du droit et science*, Paris, PUF, 1994, p. 249 ; E. MILLARD, *Théorie générale du droit*, Paris, Dalloz, 2006, p. 122.

est la source de tout le jeu que l'on observe dans l'application concrète d'une distinction qui est enjeu d'ordonnement des choses du monde juridique.

Ce relativisme amène ainsi à retenir qu'il n'existe aucune distinction « par nature » du fait et du droit dans la pratique juridique, mais qu'en réalité l'existence – concrète – d'une telle distinction est le résultat d'un processus normatif qui conduit à identifier d'un côté le fait, et de l'autre le droit, et donc qui est responsable de quoi.

Pour conclure, et montrer ainsi sa « dimension totale », il faut dire que cette dimension structurante et systémique de la distinction ne se résume pas au recours en annulation au sein du contentieux européen. Évidemment, comme en droit interne, elle se retrouve également dans la mise en œuvre du pourvoi dans le système juridictionnel européen⁶⁰. Mais, elle se retrouve encore dans le cadre des renvois préjudiciels qui assurent la coopération des juges nationaux autour de la distinction entre l'application et l'interprétation de la règle juridique européenne. Alors que les questions de fait sont en principe du ressort de la compétence des juridictions nationales, les incursions fréquentes de la Cour de justice confirment à nouveau la porosité et la malléabilité d'une distinction au cœur de la *juris dictio*⁶¹. À la vérité, et malgré les précautions que nous avons prises quant aux possibilités de généralisation des propositions ici exposées, l'intuition qui résulte de nos recherches est celle d'une universalisation possible de ces résultats. En ce sens, « l'étude de la différence de la distinction envisagée dans les divers domaines et dans les différents droits », suscitée par les Professeurs Nader Hakim et Mathieu Devinat, semble de nature à « éclairer le fonctionnement réel de l'argumentation juridique »⁶².

⁶⁰ « Pour le Conseil d'État, juge de l'excès de pouvoir et donc de la légalité d'un acte administratif, le légal, c'est le droit ; l'opportun, c'est le fait. Pour le Conseil d'État, juge de cassation en matière d'excès de pouvoir et donc juge de la légalité d'un acte juridictionnel, le droit, c'est ce qu'il contrôle, et le fait, tout le reste. Tant et si bien que la distinction du fait et du droit en matière administrative mue pour rendre compte de l'étendue du contrôle du juge de l'excès de pouvoir ou du juge de cassation » (Ch. VAUTROT-SCHWARZ, *op. cit.*, p. 92).

⁶¹ Sur ce point, nous nous permettons de renvoyer à nos développements sur le renvoi préjudiciel en interprétation : F.-V. GUIOT, *op. cit.*, p. 777.

⁶² T. ASCARELLI, « Le fait et le droit devant la Cour de cassation italienne », *Dialectica*, 1961, Vol. 15, n° 3/4, « Le fait et le droit », p. 445.