

EXISTE-T-IL UN CONCEPT JURIDIQUE DE FAIT?

Frédéric ROUVIÈRE

Professeur à l'Université d'Aix-Marseille, Laboratoire de théorie du droit

Résumé: L'objectif de cette contribution est de montrer que le concept juridique de fait a une double dimension, technique et épistémologique, qu'il est difficile d'unifier. Au plan technique, on observe l'existence d'une véritable qualification juridique de fait qui s'illustre par le régime probatoire et l'appréciation souveraine des juges du fond. Au plan épistémologique, on constate que le fait est toujours moins formalisé que ce qu'on désigne par « le droit » bien que cette opposition soit plus un continuum qu'une distinction aux bords nets. Ses fonctions s'illustrent alors tant par son rôle argumentatif que strictement épistémologique, c'est-à-dire en tant que « cas ».

Mots-clés: Fait juridique – qualification – cas – argumentation

Abstract: The objective of this contribution is to show that the legal concept of fact has a double technical and epistemological dimension that is difficult to unify. On the technical level, we observe the existence of a true legal qualification of fact which is illustrated by the probatory regime and the sovereign appreciation of the judges of the court. At the epistemological level, we note that the fact is always less formalized than what is designated by « the law », although this opposition is more a continuum than a distinction with clear edges. Its functions are then illustrated as much by its argumentative role as by its strictly epistemological one, i.e. as a « case ».

Keywords: Legal fact – qualification – case – argumentation

1. Pour un concept juridique de fait. Le concept juridique de fait paraît reposer sur un paradoxe : s'il est *juridique* il n'est donc pas du fait, en vertu de la distinction du fait et du droit¹. Cette distinction est en effet l'une des données fondamentales de la plupart des systèmes juridiques même si elle n'a pas la même portée ni la même signification en *common law*². Elle existe depuis le droit romain lequel distingue les actions découlant de la loi et de l'édit du prêteur et les faits débattus devant un juge choisi parmi les citoyens³. Cette distinction est sans doute encore plus saillante pour les systèmes reposant sur la cassation comme c'est le cas du droit français. En effet, la Cour de cassation est juge du droit et non du fait⁴.

Cette distinction entre le droit et le fait a pour conséquences de laisser les faits dans l'ombre du droit. Leur caractère contingent les rend négligeables, ils sont alors relégués au rang des événements et des vicissitudes quotidiennes, loin des concepts, des catégories et des qualifications stables qui constituent le droit.

L'objet de cette étude est de renverser cette analyse traditionnelle en essayant de prendre le fait au sérieux. Si le droit s'identifie à ses catégories, il paraît rejeter le fait en dehors des qualifications. Pour preuve, selon le *Vocabulaire juridique* de Gérard Cornu, le fait est l'objet principal de la qualification⁵. Mais se pourrait-il que le fait soit lui-même une qualification⁶ ?

À première vue, cela paraît absurde puisque le fait ne peut qualifier du fait. Pourtant, si une qualification existe en raison d'un régime juridique attaché à une catégorie, alors, force est de reconnaître que le fait a bien un régime. Premièrement, le fait doit être prouvé⁷. Le droit de la preuve constitue alors une pièce essentielle

¹ C. XAVIER, « La qualification des faits est-elle une question de fait ou de droit ? », *La création du droit jurisprudentiel. Mélanges en l'honneur de Jacques Boré*, Dalloz, 2007, p. 518.

² Voir à ce sujet la distinction entre les cours suprêmes qui sont des troisièmes degrés de juridiction et celles qui ne le sont pas : D. LOUIS, *La distinction du fait et du droit en droit judiciaire privé*, thèse dactyl. Montpellier, 2014, n° 67 s., p. 72 s.

³ Si la distinction est susceptible de nuances (F. WALTER, *Histoire de la procédure civile chez les Romains*, traduite de l'allemand par Édouard LABOULAYE, Paris, A. Durand, Paris, Joubert, 1841, p. XIV), elle est désormais considérée comme ayant été constitutive du procès romain : N. CORNU-THÉNARD, *La notion de fait dans la jurisprudence classique : études sur les principes de la distinction entre fait et droit*, thèse dactyl. Paris 2, 2011, p. 94 ; J. VIDALIN, *Le droit et le fait. Remarque sur l'articulation du procès romain*, Bordeaux, Publications de la Faculté de droit, des sciences sociales et politiques, 1975, n° 8.

⁴ COJ art. L. 411-3 ; la même remarque vaut pour le Conseil d'État : « La distinction du droit et du fait dans la jurisprudence du conseil d'État français », *Le Fait et le droit, Étude de logique juridique*, Bruxelles, Bruylant, 1961, p. 131.

⁵ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, PUF, Quadrige, 14^e éd., 2022, V° Fait.

⁶ Nous ne traiterons pas de la distinction sous l'angle théorique de l'opposition de la norme juridique au fait naturel : voir sur ce point H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, Bruylant-LGDJ, 1999, §4.

⁷ H. MOTULSKY « Le rôle respectif du juge et des parties dans l'allégation des faits », *Études de droit contemporain*, 1959, p. 257 et s. reproduit dans *Écrits, études et notes de procédure civile*, Dalloz, 2010, p. 38-59 ; ses écrits ont influencé la rédaction de l'article 9 du CPC sur la charge de la preuve. Comp. C. civ. art. 1353 et l'adage *actori incumbit probatio* (la preuve incombe au demandeur). G. CORNU « L'élaboration du Code de procédure civile », *L'art du droit en quête de sagesse*, PUF, 1998, p. 78.

du régime du fait. Deuxièmement, le fait est laissé à l'appréciation souveraine des juges du fond⁸. Il emporte donc une conséquence importante en termes de pouvoir judiciaire et c'est un autre élément important du régime du fait⁹.

Si toute différence de nature emporte une différence de régime, la réciproque est alors vraie¹⁰. Toute différence de régime suppose une différence de nature qui en rend compte. Si le régime identifie des règles, la nature en détermine le champ d'application. Le domaine du régime est en corrélation directe avec le champ d'application de la catégorie dont il dépend. Aussi, il n'est pas impossible de construire un concept juridique de fait qui rend compte du régime qui lui est associé.

L'enjeu de cette démarche est fondamental. Si le fait est une qualification, il faudrait en élaborer une définition. Or la tâche n'a semble-t-il jamais été entreprise sous cet angle¹¹ tant le fait paraît être une donnée première et intuitive. Mais sans définition comment alors distinguer le fait du droit?

Par ailleurs, une telle approche suppose encore que la distinction entre le fait et le droit soit *interne au droit*. Autrement dit, contrairement à l'idée communément reçue, le fait est déjà une élaboration et une construction juridique¹². Le fait n'existe que déjà construit et qualifié par le droit¹³. Il n'y a donc pas d'équivalence simple entre le fait juridique et le fait historique, social ou scientifique. Dans ces disciplines, le fait désigne précisément ce qui relève de l'objet des modèles et des théories, il est ce qui forme le corps des données à analyser et à exploiter. En droit, rien de tel. Le fait est dès l'origine un élément du raisonnement et de l'argumentation juridique.

Il nous faut donc aller encore plus loin. Si le fait est une qualification technique dotée d'un régime propre, il a encore un statut particulier dans l'argumentation. L'argument de fait est précisément celui qui ne peut être invoqué devant la Cour de cassation. Si les juges de cassation acceptent le contrôle de la dénaturation¹⁴, ce n'est qu'à titre exceptionnel.

Mais le statut argumentatif du fait change selon les systèmes juridiques. Devant la Cour européenne des droits de l'homme son importance est beaucoup plus grande en raison d'une approche plus casuistique¹⁵ et précisément plus centrée

⁸ COJ art. L. 411-3.

⁹ 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, p. 14-15.

¹⁰ F. ROUVIÈRE, « Le revers du principe “différence de nature (égale) différence de régime” », *Mélanges Jean-Louis Bergel*, Bruylant, 2013, p. 427 s.

¹¹ C'est plutôt l'idée de distinction qui fait l'objet des analyses : D. LOUIS, préc., *passim*.

¹² S. BOARINI, « Herméneutique du cas : dire le cas », *La casuistique classique : genèse, formes, devenir*, (dir. S. BOARINI), PU Saint-Étienne, 2004, p. 147 s.

¹³ P. NERHOT, « Le fait du droit », *Archives de philosophie du droit*, 1987, t. 31, p. 269 : « le fait “brut” n'existe pas ».

¹⁴ Cass. 15 avr. 1872, *Bull.* n° 72, *Veuve Foucaud*.

¹⁵ J.-C. K. DUPONT, « Une reviviscence de la casuistique en droit? Le raisonnement *in specie* de la Cour européenne des droits de l'homme », *La casuistique classique : genèse, formes, devenir*, Publications de l'Université de Saint-Étienne, 2009, p. 187-219.

sur les faits. *Mutatis mutandis*, on pourrait en dire autant des cours suprêmes dans les systèmes de *common law* qui jugent en droit et en fait. Toutefois, la distinction demeure et l'argument de fait n'a certainement pas la même portée ni le même poids que l'argument de droit. C'est du moins une hypothèse à considérer.

Il en va de même dans l'argumentation doctrinale. L'argument de fait n'est-il pas trop rapidement ravalé au rang de l'insignifiant, de l'espèce voire de l'anecdotique? Quelle est alors la véritable portée de l'argument de fait, quelle place peut-il avoir dans une analyse censée reposer sur la théorie et non sur les détails d'une affaire? Le fait peut-il demeurer dans les limites où il est enserré, à savoir comme seul objet de la qualification juridique? C'est encore une hypothèse à vérifier et à examiner. Elle a pour enjeu la transformation de notre regard sur la place du fait dans le raisonnement juridique. Rendre conscient son usage, c'est être capable de distinguer des argumentations qui n'ont sans doute pas la même valeur, la même portée, le même usage et donc ne se réfutent pas de la même façon.

On le voit, il existe de puissants indices qui montrent l'existence d'un concept de fait même si celui-ci est la plupart du temps inconscient et non conceptualisé. Il existe dans le système juridique français des conséquences techniques. Il existe de façon plus générale des conséquences argumentatives. La difficulté est de savoir si le concept de fait peut garder son unité ou bien s'il doit y avoir autant de concepts qu'il y a d'usages et ainsi un concept pour la preuve, un autre pour l'argumentation. C'est à cet itinéraire que nous voudrions convier en distinguant la qualification technique de fait (I) de la qualification argumentative de fait (II).

I. Qualification technique de fait

B. Régime du fait

2. **Qualification technique.** La terminologie du fait est présente en législation et en jurisprudence à propos de qualifications spécifiques formant des distinctions alternatives.

Ainsi, le droit positif français caractérise le concubinage comme une union de fait¹⁶ pour le distinguer du mariage et du PACS, l'acte juridique est encore opposé au fait juridique qui relève de la responsabilité délictuelle au sens large¹⁷, le commerçant de fait est celui qui exerce l'activité commerciale sans avoir accompli les formalités nécessaires¹⁸. En réalité, cette dernière remarque est généralisable : sera considérée comme situation de fait, les cas où les circonstances n'ont pas été formalisées par un écrit contractuel ou un enregistrement institutionnel. Dans cette optique, le fait est ainsi ce qui s'oppose à la reconnaissance d'un statut.

¹⁶ C. civ. Art. 515-8.

¹⁷ C. civ. Art. 1100.

¹⁸ Cass. com. 30 janv. 1996, n° 94-10.233.

En dehors de ces hypothèses, la véritable qualification technique de fait est celle qui passe certainement la plus inaperçue. L'évidence du fait en tant que donnée première d'un litige dissimule le traitement dont il fait l'objet à travers le régime de la preuve voire de l'appréciation souveraine des juges du fond. Ces derniers s'inscrivent cette fois dans la distinction fondamentale du fait et du droit. Ces éléments de régime montrent que la distinction n'est pas un mythe¹⁹, même s'il peut exister une difficulté à les distinguer nettement.

3. Régime probatoire. Le fait n'existe pas spontanément devant le juge. Il doit être prouvé comme le dit l'adage : « il revient au même de ne pas être ou de ne pas être prouvé » (*idem est non esset aut non probari*).

La preuve est ainsi le mode d'existence juridique du fait. Allons même plus loin : tous les faits ne se prouvent pas de la même façon et l'appréciation du juge est plus ou moins large à leur égard.

L'acte minimal d'existence du fait est l'allégation. Il faut dire le fait devant le juge pour qu'il existe. En d'autres termes, il est déjà le fruit d'une construction car il suppose une narration. Les cas où le juge constate lui-même les faits demeurent exceptionnels. S'il a la possibilité de se transporter sur les lieux²⁰ par exemple pour constater des empiètements ou des troubles de voisinage, la plupart du temps, le fait est connu par des paroles qui le rapportent.

Le droit français distingue entre les preuves parfaites et imparfaites selon que le mode de preuve s'impose ou non au juge²¹. La distinction repose sur la nature du fait en cause. Lorsque celui-ci n'est pas aisément saisissable, l'écrit est exigé. C'est typiquement le cas des actes juridiques : il faut un écrit qui établisse la volonté des parties de contracter sans doute parce que la volonté possède une dimension psychique et relève pour une large partie du for interne des individus. Le droit allemand prend soin à cet égard d'opposer la volonté interne et la volonté déclarée²² sachant que seule la seconde est réellement connue.

La difficulté de la preuve de l'intention s'illustre particulièrement en droit pénal. Bien souvent, elle est indissociable du comportement et s'évince de la matérialité des faits. Pourtant, le droit français exige, outre l'élément matériel, un élément intentionnel distinct²³. C'est sans doute la raison pour laquelle l'aveu a toujours eu une place prépondérante en droit pénal : seul un être conscient peut déclarer qu'il avait bien l'intention d'agir comme il l'a fait. Le procès-verbal de l'officier de police judiciaire ou du juge sera donc la trace écrite d'un fait déclaré comme avéré.

¹⁹ R. J. ALLEN, M. S. PARDO, « The Myth of Law-Fact Distinction », *Northwestern University Law Review*, 2002, vol. 97, p. 1769 s.

²⁰ CPC art. 56 et 179.

²¹ C. civ. art. 1358 s.

²² A. RIEG, *Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit civil français et allemand*, LGDJ, Bibl. de dr. privé, t.19, 1961.

²³ C. Pén. art. L. 121-3.

Il accède à une objectivité établissant l'infraction. L'écrit a ici pour conséquence de rendre le fait objectif et non contestable. Au besoin, le juge pourra interpréter l'écrit mais il ne pourra pas nier l'évidence sous peine de dénaturation.

En dehors de l'écrit, la preuve du fait est soumise à une appréciation plus libre de la part du juge. C'est le domaine du témoignage voire des présomptions qui reposent sur l'idée d'un fait probable. À strictement parler, il serait impensable d'appliquer la technique de la présomption ou du témoignage aux règles de droit sans conduire à une violation de la distinction.

Pourtant, cette nuance existe. D'abord en droit international privé où la preuve du droit étranger est requise et même nécessaire. Ensuite, historiquement où la preuve de la coutume était administrée par témoins notamment avec la fameuse enquête par turbe. Toutefois, la coutume est précisément un cas où le droit est inscrit dans le fait et une telle preuve a disparu lorsque les coutumes ont été recueillies dans des coutumiers.

Il est donc intéressant de noter que le fait est l'objet d'une opération de qualification. Ceci accrédite pleinement l'idée qu'il est un concept juridique. L'acte authentique qui ne respecte pas les formes requises ou la compétence de l'officier public sera requalifié en acte sous seing privé²⁴. L'acte sous seing privé ne comportant pas certaines mentions, sera requalifié en commencement de preuve par écrit²⁵. Il y a donc une gradation et une échelle dans la force probante du fait, une hiérarchie par degrés qui montre que le fait est véritablement conceptualisé.

Si le droit et le fait peuvent présenter une certaine porosité comme on l'a vu avec l'exemple de la coutume, il demeure que le fait appelle la preuve. Cette relation entre le fait et la preuve paraît invariante et constante. Elle fonde à elle seule l'idée d'un régime juridique du fait.

4. Régime tenant à l'appréciation des juges du fond. Les systèmes de cassation reposent sur la distinction du droit et du fait. C'est un autre élément possible du régime juridique de fait. Le fait n'est pas contrôlé par la Cour de cassation, il relève en conséquence de l'appréciation souveraine des juges du fond, autrement appelés de façon évocatrice « les juges du fait ». Cette appréciation ne fait l'objet en droit français que d'un contrôle léger voire d'un contrôle restreint à l'existence d'une motivation²⁶ : la Cour de cassation s'assure que le juge a motivé sa décision car la réponse aurait pu être différente selon l'appréciation du fait. Par exemple, le juge a une latitude importante pour dire si l'occupation d'un local est suffisante, si la personne est sous l'empire d'un trouble psychique, si le prix d'une vente est sérieux, si un vice est caché ou apparent, si la partie était de bonne foi, s'il existe un *affectio societatis* ou un *animus donandi*.

²⁴ C. civ. art. 1370.

²⁵ C. civ. art. 1362.

²⁶ J.-F. WEBER, « Comprendre un arrêt de la Cour de cassation rendu en matière civile », *Bulletin d'information de la Cour de cassation*, n° 702, 15 mai 2009, p. 10.

En somme, les appréciations psychologiques, quantitatives ou techniques paraissent relever de l'appréciation des juges du fond précisément parce qu'elles sont du fait. C'est ici que la distinction du fait et du droit est techniquement prépondérante. Existe-t-il un critère permettant de délimiter le pouvoir des juges du fond et celui de la Cour de cassation? La différence de régime appelle en effet à élaborer une différence de nature et donc de qualification. Elle suppose la possibilité de définir de façon unifiée le fait afin de le soumettre à un régime propre.

C. Définition du fait

5. Est-il possible de définir le fait? Si le concept juridique de fait a du mal à exister c'est sans doute parce que sa définition paraît de prime abord impossible et relève plus de l'intuition que de la construction.

La première difficulté est de savoir s'il faut commencer par définir ce qui est le droit pour fixer de façon négative le champ du fait ou bien procéder de façon inverse. Si le droit s'identifie à ses concepts, alors, le concept de fait est déjà du droit²⁷.

Il y a ici un paradoxe. Cela veut donc dire qu'*au sein du droit*, il existerait une qualification *de droit* qui serait purement technique²⁸. Mieux vaut alors raisonner de façon inverse en cherchant ce que pourrait être la définition technique du fait. C'est donc d'elle qu'il faut partir : est du fait ce qui est l'objet d'une preuve. À cet égard, le Code de procédure civile et la jurisprudence prennent soin de bien distinguer les missions qui peuvent être confiées à un expert : elles ne peuvent relever que du fait et non du droit²⁹. Il pourra par exemple évaluer un bien mais non calculer des récompenses dans la liquidation d'un régime matrimonial.

Comme un auteur l'a perçu³⁰ : le fait est bien un concept constitué d'éléments minimaux, à savoir l'espace et le temps, un lieu et une date. À l'extrême, les faits psychologiques ne sont pas inscrits dans l'espace mais seulement dans le temps. Ce serait donc le temps qui définirait le fait ainsi que l'a déjà suggéré la philosophie, notamment par la théorie d'Emmanuel Kant qui fait de l'espace et du temps les conditions *a priori* de toute intuition sensible³¹ et donc de tout accès à la factualité en tant que telle.

²⁷ F. COLONNA D'ISTRIA, *Temps et concepts en droit des obligations*, thèse dactyl., Aix-en-Provence, 2009, n° 220.

²⁸ Ch. ATIAS, *Épistémologie juridique*, Paris, Dalloz, Précis, 2002, n° 173-182, p. 102-106.

²⁹ CPC art. 238. L'expert ne peut se prononcer sur des questions de propriété (Cass. civ. 1^{re} 21 avr. 1958, *D.* 1958, p. 532) ni fixer les droits des parties (CA Montpellier 15 déc. 1999 *Gaz. Pal.* 2000. 2. p. 2195) ou préciser les conditions juridiques d'une succession de société (CA Dijon 24 avr. 1996, *Gaz. Pal.* 20-21 mars 1998. P. 14) voire la commune intention des parties dans un contrat (CA Versailles 2 juin 1988, *D.* 1989, somm. 275).

³⁰ F. COLONNA D'ISTRIA, préc., n° 115, n° 257, n° 260.

³¹ E. KANT, *Critique de la raison Pure*, Gallimard, Folio, 1980, p. 91 et p. 97, AK, III, 53 et 58.

Cette approche est certainement séduisante : il y aurait du droit du moment que nous sommes en dehors de l'espace et du temps, autrement dit dans le pur domaine des idées. Le droit serait dans des règles idéales (au sens de règles pensées et construites par l'esprit) tandis que le fait serait dans l'espace et le temps. Dans cette vision, prouver une règle serait l'inscrire dans l'espace et le temps.

Bien que très élégante et rigoureuse, cette construction du concept de fait est malheureusement mise à mal par la pratique de la distinction. Il n'est guère besoin de longues investigations pour s'apercevoir que la distinction du fait et du droit est utilisée par la Cour de cassation de façon stratégique. Ce qui hier était du droit peut devenir le lendemain du fait. Le caractère aléatoire des contrats d'assurance est ainsi passé du droit au fait³². Inversement, la faute civile qui est définie comme un fait dans la lettre de la loi (« tout fait quelconque » selon l'art. 1240 du Code civil) fait l'objet d'un contrôle de la part de la Cour de cassation tandis que les troubles anormaux de voisinage sont laissés à l'appréciation souveraine des juges du fond³³.

Il est bien possible de définir le fait, cependant, cette définition ne résiste pas à l'usage qui en est fait. N'est-ce pas alors plutôt le signe d'un manque de rigueur des juges ?

6. Définir le fait : de la politique au droit. Si le fait est dans la pratique de la Cour de cassation une variable d'ajustement de son contrôle, c'est qu'elle le conçoit comme lieu d'exercice d'une authentique politique jurisprudentielle. Mais cette liberté est peut-être rendue possible par l'absence de théorisation explicite du fait ce qui neutralise à la base la critique doctrinale.

Il est vrai que les auteurs ayant réfléchi sur la technique de cassation ont relevé la très grande difficulté à identifier un critère objectif de répartition du fait et du droit³⁴.

Pour exercer le contrôle, peu importe que la notion soit définie ou ne le soit pas, peu importe aussi que le concept ait une connotation matérielle ou morale³⁵. À tout prendre, n'importe quelle qualification semble pouvoir être rangée sous la catégorie du fait. Pire : c'est la Cour de cassation qui est souveraine pour dire ce qui relève du fait et du droit. Qui peut donc contrôler son contrôle ? La Cour EDH a commencé à le faire en lui demandant d'entrer plus finement dans le détail de certaines qualifications³⁶.

³² L'appréciation de l'aléa, dans le contrat d'assurance, relève du pouvoir souverain des juges du fond. Cass. civ. 1^{re}, 20 juin 2000, n° 97-22.681 mais d'un autre côté la Cour de cassation a statué sur l'existence d'un aléa dans le contrat d'assurance-vie : Cass. ch. mixte, 23 nov. 2004, n° 01-13.592.

³³ Sur cette hésitation, comp. Cass. civ. 3^e 31 mai 2000, n° 98-17532 ; Cass. civ. 2^e 16 juill. 1953, *JCP* 1953, II, 7792, note R. RODIÈRE ; Cass. civ. 3^e 6 juill. 1988, n° 86-18626.

³⁴ J. et L. BORÉ, *La cassation en matière civile*, Dalloz action, 5^e éd., 2015/2016, n° 60.04.

³⁵ J. et L. BORÉ, préc., n° 65.101 s.

³⁶ CEDH 21 mars 2000, *Dulaurans c/ France*, req. n° 34553/97.

Mais en l'absence de définition du fait, le pouvoir de la Cour est strictement politique: elle décide de ce qu'elle contrôle et de ce qu'elle ne contrôle pas. Le filtrage purement subjectif des demandes, en fonction de l'importance juridique ou sociale des problèmes, paraît finalement plus honnête que celle du fait et du droit. Elle l'est d'autant plus que la possibilité de rejeter désormais les pourvois sans motivation³⁷ accentue l'œuvre politique dans le choix des affaires jugées.

Le paradoxe du fait est donc le suivant: en disposant d'un régime, le fait appelle à une distinction rationnelle pour savoir s'il doit ou non déclencher l'application de ce régime. Mais en étant le fer de lance d'une politique de filtrage des pourvois qui ne dit pas son nom, il sombre dans le pouvoir politique et s'éloigne du savoir juridique. Il n'en demeure pas moins que la possibilité de poser le problème montre déjà une voie possible pour la critique doctrinale dans l'usage que la Cour de cassation fait de son pouvoir. La prévisibilité de ce qui peut être contrôlé appelle à une réflexion sur l'unité et le contenu du concept de fait. Aujourd'hui, c'est plutôt le critère du contentieux de masse qui paraît décider de ce qui est contrôlé ou bien le critère de la moindre violation par les juges du fond des règles, ce qui permet à la Cour de cassation de les laisser appliquer le droit et le fait de façon plus libre.

À défaut d'élaborer une définition technique du fait qui commande l'application d'un régime juridique identifié, le fait joue de façon plus générale un rôle méthodologique dans l'argumentation. Cet aspect-là paraît en revanche indépassable en tant qu'il est à la base de la conception même du raisonnement juridique.

IV. Qualification argumentative de fait

E. Le fait comme réalité

7. **Argument de fait, argument de droit.** Emmanuel Kant a distingué le *quid facti* du *quid juris*³⁸. En cela, il n'a pas innové mais pointe combien cette distinction a une portée sans doute encore sous-estimée dans l'argumentation. Le raisonnement juridique ne devrait-il pas être purement formel et n'avoir les faits que pour objet sans que ces derniers ne puissent servir d'arguments?

La pratique est beaucoup plus nuancée. Le fait ne cesse de s'inviter dans le raisonnement juridique à différents degrés. La réalité concrète faite d'événements et de phénomènes a un rôle indéniable dans l'argumentation.

Certes, de façon hégémonique, on peut considérer que la rhétorique englobe l'ensemble de l'argumentation, en fait et en droit³⁹. Mais ce serait pourtant oublier

³⁷ V. VIGNEAU, « Le régime de la non-admission des pourvois devant la Cour de cassation », *D.* 2010, p. 102.

³⁸ E. KANT, *Critique de la raison Pure*, Gallimard, Folio, 1980, p. 148, AK, III, 99.

³⁹ Ch. PERELMAN, *L'empire rhétorique. Rhétorique et argumentation*, Vrin, 2000.

que l'argumentation juridique se caractérise précisément par un poids spécialement accordé aux textes et à la fidélité à leur lettre⁴⁰.

Aussi, il paraît plus pertinent de voir dans la rhétorique le règne de l'argument de fait. La souffrance de la victime, le caractère moralement déplacé mais licite des actes d'une partie, la dissymétrie entre le pauvre et le riche, l'appât du gain, peuvent notablement influencer l'appréciation du juge.

Ces éléments sont connus dans le droit de la responsabilité où les petites filles font les grands arrêts. De l'arrêt *Blanco* sur l'autonomie de la responsabilité administrative suite au fait que la jeune Agnès est renversée par un train⁴¹ en passant par l'accident de la circulation de Lise *Jand'heur* ouvrant la responsabilité du fait des choses⁴² jusqu'à l'affaire du cerceau brisé crevant l'œil d'une fillette de quatre ans et débouchant sur l'obligation de sécurité dans le contrat⁴³, la souffrance des victimes est indéniablement un argument. Elle l'est encore plus en droit des personnes où elle est explicitement invoquée pour faciliter les changements de sexe⁴⁴. Elle est même un ressort essentiel de la plaidoirie en droit pénal, à n'en pas douter.

Plus récemment, la décision de la Cour de cassation d'écarter la nullité du mariage du beau-père avec sa belle-fille⁴⁵, s'explique sans doute grandement par le fait que l'ex-mari n'a trouvé rien à redire pendant vingt-deux ans mais s'est pour ainsi dire « réveillé » lorsqu'il a compris que son ex-épouse revenait le concurrencer dans la succession de son père. La vénalité du motif a rendu son action suspecte et la vie privée l'a emporté devant la prohibition légalement consacrée ce qui n'a pas manqué de faire réagir les auteurs devant le poids bien trop grand accordé aux considérations de fait⁴⁶.

8. Argument d'opportunité. De façon plus générale, un travail d'étude sur les travaux préparatoires des arrêts montre qu'une part non négligeable s'appuie sur des arguments de faits, qualifiés d'arguments d'opportunité au sens où ils consistent à apprécier les conséquences en fait de la solution retenue.

Ces arguments, non fondés sur un texte, sont présents dans 25 % des cas (dans un échantillon de 364 dossiers)⁴⁷. Selon la présentation, on peut y voir une

⁴⁰ F. SCHAUER, *Penser en juriste*, Dalloz, Rivages du droit, 2018, p. 18 et p. 156; I. MACLEAN, *Interprétation et signification à la Renaissance. Le cas du droit*, Libraire Droz, 2016, p. 93 s.; F. ROUVIÈRE, « Le formalisme comme essence du raisonnement juridique », *Cahiers Méth. Jur. RRJ* 2019-5, p. 1905 s.

⁴¹ Trib. Conflits 8 févr. 1873, n° 00012, publié au *recueil Lebon*.

⁴² Cass. ch. réunies, 13 février 1930, publié au *Bulletin*.

⁴³ Cass. civ. 1^{re} 17 janv. 1995, n° 93-13.075.

⁴⁴ M. GOBERT, « Le sexe neutre ou de la difficulté d'exister », *JCP G* 2017, p. 922.

⁴⁵ Cass. civ. 1^{re} 4 déc. 2013, n° 12-26.066.

⁴⁶ Voir surtout, F. CHÉNÉDÉ, « Contre-révolution tranquille à la Cour de cassation ? », *D.* 2016, p. 796 s.; « Deux leçons du droit naturel classique pour le contrôle de proportionnalité *in concreto* », *D.* 2021, p. 1142 s.

⁴⁷ E. RUBI-CAVAGNA, « Les arguments d'opportunité », *Le raisonnement juridique. Recherche sur les travaux préparatoires des arrêts*, Dalloz, Méthodes du droit, 2013, p. 11 s.

remarquable percée du fait ou au contraire l'idée que le fait soit trois fois sur quatre passé sous silence. Il reste qu'il n'est pas possible de nier sa présence dans le raisonnement.

Toujours de façon générale, les analyses socio-économiques accordent dans l'argumentation une place plus importante au fait qu'au droit. Les catégories juridiques sont perçues sous l'angle des faits. Ainsi, le contrat sera envisagé comme une opération économique, le mariage sera considéré comme un couple fondé dans les faits, la propriété sera perçue en fonction de ses usages économiques et sociaux et ainsi de suite.

Les analyses socio-économiques ont été mises en valeur par le mouvement des études critiques du droit qui provient des États-Unis (*Critical Legal Studies*: CLS ou « *crits* »). Cette façon de penser transforme assez profondément l'argumentation juridique qui devient alors une argumentation sociologique ou économique. Autrement dit, la prise en compte des conséquences sociales ou économiques⁴⁸ des décisions prime le fait de savoir si elles sont conformes ou non aux précédents et aux textes en général. Bref, les analyses socio-économiques sont tournées vers l'avenir tandis que l'argumentation juridique est tournée vers le passé. Les analyses conséquentialistes sont forcément évolutives si le contexte social et économique est sans cesse changeant. De plus, l'argumentation est forgée contre la lettre des textes et vise ainsi à rompre la stabilité de l'interprétation.

9. Argument d'équité. L'équité est typiquement la justice du cas particulier et donc le domaine le fait. Cette opposition entre la justice générale (illustrée par la règle) et la justice particulière (illustrée par le cas) est celle que nous a légué Aristote⁴⁹.

Parfois, la loi elle-même invite le juge à raisonner de cette façon⁵⁰. Elle invite le juge à statuer selon les faits de l'espèce plus que selon des critères prédéterminés. Sa logique est indiciare, il s'enquiert donc de l'histoire concrète des parties ou du contexte du conflit.

À cet égard, il est important de noter le lien avec l'appréciation souveraine des juges du fond. Les juges peuvent distinguer des situations de fait sans encourir de reproche de la part de la Cour de cassation. À cet égard, il s'agit d'une forme d'équité institutionnalisée. Les qualifications relevant du fait n'étant pas contrôlées elle se décide de façon variable même pour des affaires proches.

⁴⁸ De façon générale, un argument conséquentialiste qui prend en compte les conséquences positives ou négatives d'une décision: F. CARBONELL, « Reasoning by Consequences: Applying different Argumentation Structures to the Analysis of Consequentialist Reasoning in Judicial Decisions », *Cogency* 2011, vol. 3, p. 81 s.

⁴⁹ *Éthique à Nicomaque*, V, 10, 1137 a. 31 - 1138a 3.

⁵⁰ C. civ. art. 1194 (obligations contractuelles); art. 565 (accession); art. 815-13 (indemnité dans l'indivision); C. civ. art. 270 (prestation compensatoire).

Toutefois, le droit pénal français a connu un recul de cet aspect dans le domaine de la fixation de la peine en matière correctionnelle. Les juges ont désormais une obligation de motivation⁵¹. Cette exigence produit ainsi la possibilité d'argumenter selon des précédents puisque si les mêmes éléments de fait sont présents la peine devra alors en principe être la même. Motiver conduit à créer un précédent.

Inversement, l'absence de motivation ne crée que des précédents volatiles. Ainsi, dans certaines hypothèses de comparution immédiate⁵², le juge ne motive pas le placement en détention. Il n'a alors pour référence que les cas qu'il traite dans la journée. Chaque nouvelle journée efface les précédents de la veille. On mesure ici *a contrario* à quel point l'exigence d'une motivation écrite stabilise et cristallise la pratique du précédent.

Le fait apparaît alors, à la différence du droit, comme ce qui ne peut pas produire de précédent. C'est sans doute là l'aspect le plus décisif dans la prise en compte de son rayonnement épistémologique en tant que cas.

F. Le fait comme cas

10. Cas comme ensemble de faits. La notion de cas est strictement construite sur l'idée de fait. À tel point qu'on peut définir le cas comme une situation de fait stylisée c'est-à-dire dont la complexité a été évacuée. Le cas simplifie une situation réduite pour les besoins de la cause à ses caractères les plus typiques ou schématiques. Le cas résulte d'un processus d'abstraction qui n'extrait des faits que les traits jugés les plus pertinents.

Le cas est la fois un objet épistémique et un argument. Il se distingue de l'espèce.

En tant qu'*objet épistémique*, le cas fournit l'unité fondamentale de tout raisonnement juridique savant. À cet égard, il se distingue de l'espèce qui porte sur l'ensemble des faits prouvés. Certes, le cas est construit à partir d'une espèce, d'une situation de fait unique dans l'espace et dans le temps et en raison des personnes impliquées, mais cette espèce va être généralisée. L'arrêt *Coquerel c. Bayard*⁵³ a transformé une situation de fait unique (une clôture érigée de piques pour crever les ballons dirigeables du voisin) en un cas général d'abus de droit applicable à d'autres espèces semblables. L'espèce n'est pas un argument, seul le cas l'est.

C'est donc parce qu'il a été préalablement conçu comme objet de connaissance que le cas devient un *argument propre*. Il est une construction qui fournit l'hypothèse d'application d'un texte. Pour cette raison, il peut être indifféremment d'origine jurisprudentielle ou légale. Le juge détermine si le cas est semblable à un autre déjà jugé et le législateur peut fixer les cas qui tombent dans le champ

⁵¹ C. pén., art. L. 132-1 ; C. proc. pén., art. 485 et 485-1 ; Cass. crim. 1^{er} févr. 2017, n° 15-83.98.

⁵² Application de C. proc. pén. art. 397 ; Cass. crim. 5 févr. 2019, n° 18-86.405.

⁵³ Cass. req. 3 août 1915, n° 00-02.378.

d'application d'un texte⁵⁴. Le cas est abstrait s'il est issu d'une définition, concret s'il est issu d'un exemple.

En toute hypothèse, l'expression concise du cas permet de se centrer sur ses aspects essentiels et lui conférer une certaine universalité qui permettra de l'invoquer une nouvelle fois même pour des faits légèrement différents. Par exemple, l'adultère est un cas qui se caractérise par une relation extra-conjugale : les juges l'ont immédiatement identifié comme une hypothèse de divorce pour faute bien que la loi ne le prévoyait pas explicitement.

À la lumière de ce qui précède, on comprend que l'espèce est une situation de fait singulière qui ne se reproduira jamais à l'identique. Si l'espèce sert d'exception, elle constitue alors un argument d'équité qui écarte la règle générale. Ce type d'équité est imprévisible. Aussi, le travail d'abstraction de l'argumentation juridique consiste précisément à évacuer certains traits considérés comme contingents pour transformer la singularité de l'espèce en cas réitérable par l'argumentation et éviter que le droit soit pulvérisé en exceptions. En d'autres termes, le cas est la généralisation d'une espèce afin qu'elle soit réitérable dans l'argumentation.

11. Cas et précédent. Quelle différence existe-t-il alors entre le cas et le précédent ? À un certain degré de généralité, il n'y en a pas puisque le précédent consiste à traiter les cas semblables de façon identique. C'est l'expression de la règle formelle de justice⁵⁵. Le précédent est un principe d'argumentation qui consiste à se fonder sur ce qui a été précédemment décidé.

Néanmoins, à un degré de généralité moins élevé, les modalités de l'argumentation diffèrent. Il ne revient pas au même de se fonder sur une définition ou sur un cas. L'argumentation par cas est factuelle et concrète quand l'argumentation par les définitions et logique et abstraite⁵⁶. Le cas fait primer le particulier, la définition fait primer le général. Le cas est la source d'une conception jurisprudentielle du droit, la définition est plutôt l'office du législateur. Le cas s'expose sous forme d'exemples quand la définition s'exprime comme une règle. Le cas peut plus facilement être réfuté par une distinction factuelle tandis que les conditions posées par une définition doivent toutes être satisfaites. Le cas a pour avantage l'adaptation aux situations futures quand la définition, plus rigide, véhicule une plus grande certitude.

⁵⁴ K. C. DAVIS, « An Approach to Problems of Evidence in the Administrative Process », *Harvard Law Review*, 1942, vol. 55, p. 402 : les *legislative facts* se distinguent des *adjudicative facts* en raison de leur degré de généralité plus élevé.

⁵⁵ F. ROUVIÈRE, « Traiter les cas semblables de façon identique : un aspect méthodologique de l'idée de justice », *Jurisprudence. Revue critique*, 2012, p. 89 s. ; « Qu'est-ce qu'une recherche juridique ? », *L'évaluation de la recherche en droit : enjeux et méthodes*, Bruxelles, Bruylant, 2015, p. 117 s. ; « Le fondement du savoir juridique », *RTD civ.* 2016, p. 279 s.

⁵⁶ F. ROUVIÈRE, « La méthode casuistique : l'apport des cas critiques pour la construction des catégories juridiques », *RRJ : Cahiers de Méthodologie Juridique*, 2018, p. 1981-1995

Le cas est donc un modèle de justification à part entière. Il justifie sans doute à cet égard la distinction entre les systèmes de *common law* et de *civil law*. Il ne s'agit pas seulement d'un problème de source mais aussi de style d'argumentation. Le concept juridique de fait pèse différemment dans la compréhension épistémologique de l'opposition de ces systèmes juridiques.

12. Cas et jurisprudence. En définitive, le cas apparaît comme un fait généralisable, c'est-à-dire un fait qui peut être réutilisé dans une argumentation future. À ce titre, le cas est un élément fondamental de la construction jurisprudentielle.

À cet égard, la distinction entre les arrêts de principe (ou « grands arrêts ») et les arrêts d'espèce est déterminée par la généralité donnée au cas.

Dans la doctrine française, la distinction renvoie à l'idée que les arrêts d'espèces seraient négligeables (ne valant que pour le cas jugé) tandis que les arrêts de principe auraient une portée générale (au-delà du cas jugé). En réalité cette distinction illustre l'ambiguïté dans l'usage du précédent⁵⁷. Il peut aussi bien désigner un cas (situation factuelle précise) que l'affirmation d'une définition ou d'une formule de portée générale. Dans cette dernière hypothèse, on parlera alors de jurisprudence prétorienne, c'est-à-dire créatrice à l'instar du prêtre romain, créant de nouvelles actions.

Pourtant, à y regarder de plus près, les arrêts d'espèce sont bien réitérables car ils peuvent être pleinement mobilisés pour donner corps à la règle formelle de justice. C'est seulement leur aspect particulier qui rend leur mobilisation peu évidente car, par hypothèse, il faut des faits suffisamment proches pour argumenter une similarité entre les cas. Autrement dit, aucun arrêt n'est « de principe » ou « d'espèce » en soi, il s'agit d'une volonté de le considérer comme tel c'est-à-dire de le généraliser pour des applications futures⁵⁸.

Les grands arrêts en droit français sont porteurs de cette ambivalence : la Cour de cassation donne des formulations générales mais l'éloignement entre les faits et le principe dans des espèces futures rend la transposition future délicate. Cela se vérifie par exemple dans l'arrêt *Cesareo* qui a posé le principe de concentration des moyens dans une hypothèse particulière de concurrence de créance de salaire différée et d'enrichissement sans cause. Le contentieux ultérieur a donné à nombre de variations casuistiques⁵⁹.

Inversement l'affaire *Baby Loup* à propos du licenciement d'un personnel portant le foulard islamique dans une crèche malgré une interdiction du règlement intérieur⁶⁰ aurait pu être vu comme un cas isolé. La doctrine l'a pourtant analysé de façon à le généraliser sans le limiter aux cas des crèches.

⁵⁷ Ch. ATIAS, « L'ambiguïté des arrêts dits de principe en droit privé », *JCP* 1984, I, doct. 3145.

⁵⁸ B. FRANÇOIS, « Du juridictionnel au juridique. Travail juridique, construction jurisprudentielle du droit et montée en généralité », *Droit et politique*, PUF, 1993, p. 201 s.

⁵⁹ X. LAGARDE, « Abandonner la jurisprudence *Cesareo* ? », *D.* 2019, p. 1462 s. suivi de notre analyse : F. ROUVIÈRE, « La concentration des moyens dans la tourmente », *RTD civ.* 2019, p. 985 s.

⁶⁰ Cass. ass. plén. 25 juin 2014, n° 13-28.369.

Dans l'affaire *Coquerel c. Bayard*, déjà citée, qui reconnaît la possibilité d'un abus de droit de la propriété, l'analyse peut aussi bien se tourner vers l'idée d'abus que sur les données de fait (il s'agit de ballons dirigeables, pendant la première guerre mondiale, aux débuts de l'aviation, la clôture érigée par le voisin fait seize mètres de hauteur sur une bande de terrain inconstructible).

On peut encore citer l'arrêt *Myr'bo* qui a admis qu'un tiers puisse se prévaloir d'une inexécution du contrat comme faute délictuelle sans avoir à rapporter d'autre preuve. Les faits concernaient l'entretien d'un monte-charge, équipement commun d'une copropriété. Le point déterminant n'est pas aisé à établir : est-ce le principe proclamé par la Cour de cassation qui identifie l'inexécution à une faute délictuelle envers les tiers ? L'existence d'une chaîne de contrats incluant le contrat d'entretien de l'ascenseur ? Ou bien plus trivialement l'existence d'un équipement commun ? Les applications ultérieures de cette jurisprudence ont montré que la généralité de la formule ne pouvait parfaitement couvrir toutes les hypothèses d'application et les juges ont été contraints de tenir compte de la spécificité des cas. Le contentieux s'est développé une nouvelle fois sur la base d'une casuistique⁶¹.

Très clairement, la fonction du cas est alors ici de servir d'exception face à la généralité du principe. On retrouve nettement l'inspiration de l'équité. Mais on voit aussi le rôle de la doctrine dans le choix de généraliser des cas pour faire de certains arrêts, des « grands arrêts ».

13. Cas et doctrine. En définitive, le cas joue un rôle important dans l'argumentation doctrinale. Si le *summum* de la construction doctrinale reste en France la théorie générale⁶², le cas représente pourtant le premier degré de cette généralisation.

En réalité, les catégories pour parler des faits révèlent une prise de position sur l'argumentation qu'ils permettent de développer. L'espèce renvoie à l'ensemble des faits singuliers. Les circonstances de l'affaire seront tenues pour négligeables⁶³ tandis que le cas est déjà une généralisation permettant une réitération.

Cette distinction est importante pour savoir si le cas est une exception générale (*in casu*) ou tellement spécifique qu'elle ne peut se réitérer (*in specie*)⁶⁴. Le cas est donc à la fois au carrefour des catégories du précédent, de l'équité et de l'exception. Cette malléabilité fait son succès mais également son ambiguïté.

⁶¹ F. ROUVIÈRE, « Le tiers, le contrat, le manquement : résoudre l'équation », *RTD civ.* 2020, p. 487 s.

⁶² Ph. JESTAZ, Ch. JAMIN, *La doctrine*, Dalloz, Méthodes du droit, 2004, p. 172.

⁶³ W. DROSS, « L'extinction des servitudes de surplomb et de passage : entre impossibilité d'usage, défaut d'usage et changement de destination », *RTD civ.* 2018, p. 696 qui insiste sur le fait que le bâtiment est classé monument historique pour relativiser la portée de l'arrêt.

⁶⁴ F. CHÉNÉDÉ, « Deux leçons du droit naturel classique pour le contrôle de conventionalité *in concreto* », préc.

14. Conclusion: quelle unité pour le concept de fait? Le fait est indéniablement un concept sur le plan technique (comme qualification) et épistémologique (comme argument). Toutefois, son unité est douteuse. Tout semble se passer comme s'il y avait autant de concepts de faits qu'il y a d'usages ou de fonctions associées. L'existence de catégories propres (commerçant de fait, erreur de fait, union de fait etc.) renforce cette impression.

Aussi, la conclusion à tirer est peut-être que le fait est toujours inséré dans une alternative: il s'oppose à des situations formalisées, il s'oppose au droit, il s'oppose à la règle. Le fait est toujours moins formel que l'élément auquel il s'oppose sans toutefois échapper lui-même à un degré minimal d'élaboration et de construction. En somme, cela voudrait dire que la distinction du fait et du droit est moins une question de nature que de degré. L'abstraction croissante efface les caractères intuitifs du fait (concrétude, singularité). Tout ceci montre que la théorie du fait reste à construire afin de déconstruire les fausses évidences dont il peut faire l'objet.

TABLEAU RÉCAPITULATIF

	Droit	Fait
<i>Type d'énonciation</i>	Exposition	Narration
<i>Élément caractéristique</i>	Forme	Fond
<i>Statut théorique</i>	Devoir-être	Être
<i>Fonction</i>	Fondement nécessaire de la décision	Objet de preuve
<i>Forme type</i>	Règle	Espèce
<i>Portée</i>	Certitude	Probabilité
<i>Organe concerné</i>	Exclusivité du juge	Délégable à un expert
<i>Nature</i>	Stabilité	Variabilité