



THESE DE DOCTORAT

## **L'ordinaire du contentieux administratif**

Analyse du processus décisionnel au Conseil d'État belge francophone

Présentée par

**Julie COLEMANS**

en vue de l'obtention du grade de

Docteur en Sciences Politiques et Sociales de l'Université de Liège

Thèse présentée et soutenue à Liège, le 4 avril 2014 devant le jury composé de :

Baudouin DUPRET	Directeur de recherche CNRS, CJB Maroc
Olgierd KUTY	Professeur Emérite, Université de Liège (CRIS)
Paul MARTENS	Président Emérite de la Cour Constitutionnelle Professeur Emérite, Université de Liège, Université Libre de Bruxelles, Université Paris XII
Michel PAQUES	Conseiller d'État Professeur Extraordinaire, Université de Liège
Frédéric SCHOENAERS	Professeur Ordinaire, Université de Liège (CRIS)
Barbara TRUFFIN	Chargée de cours, Université Libre de Bruxelles (LAMC)

Université de Liège – Centre de Recherche et d'Interventions Sociologiques (CRIS)

## Remerciements

Une recherche doctorale est réputée être un processus solitaire et de longue haleine. A l'issue de ces années de travail, rien ne m'apparaît moins vrai.

Cette entreprise n'aurait été possible sans la collaboration et l'aide précieuse des nombreuses personnes qui ont, chacune, contribué à façonner ce travail. Qu'elles trouvent ici l'expression de toute ma gratitude.

Mes remerciements vont d'abord à Frédéric Schoenaers qui a dirigé cette thèse avec l'humanité qui le caractérise, qui m'a accompagnée dans mes choix avec le plus grand respect, tout en me prodiguant de judicieux conseils.

J'ai une dette particulière envers Olgierd Kutý qui a fait naître en moi la *libido sciendi* sociologique. Merci pour ses enseignements, ses questions et réflexions qui ont continué d'attiser ma curiosité.

Paul Martens et Michel Pâques dont les remarques et commentaires stimulants tout au long du processus doctoral m'ont permis de maintenir le cap épistémologique que je m'étais fixée : ne pas trahir le droit en travestissant le phénomène juridique. Je les remercie d'avoir accepté l'aventure, parfois périlleuse, de l'interdisciplinarité.

Merci à Baudouin Dupret et Barbara Truffin qui me font l'honneur de leur présence au sein de ce jury de thèse.

Les auditeurs et les conseillers du Conseil d'État qui m'ont consacré quelques heures – comptées – de leur temps et qui m'ont livré avec sincérité leurs expériences professionnelles, leurs états d'âmes, leurs interrogations. Sans eux, cette thèse n'aurait tout simplement pas été possible.

Je tiens à remercier l'ensemble de mes collègues du Centre de Recherche et d'Interventions Sociologiques. Chacun, à leur manière et avec leur personnalité, ont contribué à faire de ce travail une expérience humaine riche et intellectuellement féconde. Je tiens à remercier tout particulièrement Rachel Brahy, David Delvaux, Baptiste Dethier, Christophe Dubois, Aude Lejeune, Salim Megherbi, Céline Remy, Cynthia Slomian d'avoir consacré beaucoup de temps à relire tout ou partie de ma thèse.

Je les remercie sincèrement pour leurs corrections, commentaires et critiques salutaires. Merci aussi à Jean-François Oriante, Christophe Lejeune et Sophie Thunus pour les discussions que nous avons eues.

Je tiens également à remercier Fernand Fontaine, Michèle Simons et Thomas Vangeebergen. Ils ont accepté de relire ma thèse avec une spontanéité et un entrain qui m'ont beaucoup touchée.

Sans notre famille, je n'aurais pu achever ce travail. Merci tout particulièrement à Eveline pour son aide quotidienne inconditionnelle et bienveillante ainsi qu'à Mélanie et Capucine pour tous ces mercredis après-midi passés avec mes trois enfants.

Et enfin, mon dernier remerciement – et non des moindres – va tout naturellement à mon époux, Thibaut. Merci pour son soutien indéfectible et son infinie patience. Merci d'avoir cru, depuis si longtemps, que c'était possible.

**A Madeleine, Hortense et Hector**

# Introduction générale

Ce travail doctoral entend étudier le droit et particulièrement son déploiement à travers le raisonnement juridique concret. En sciences juridiques continentales, où le positivisme a majoritairement dominé les enseignements (Garcia Villegas, 2009), il est communément admis<sup>1</sup> comme il est largement critiqué que l'application du droit s'apparente à un syllogisme, le fameux syllogisme judiciaire. Les décisions juridictionnelles<sup>2</sup>, parangons du raisonnement juridique, sont rédigées de façon à maintenir cette représentation de l'application du droit. Les arrêts de la plus haute juridiction administrative, dans le rôle francophone en tous cas, adhèrent à ce modèle de formalisation de la pensée juridictionnelle. La motivation des arrêts rappelle la règle de droit applicable – la majeure du raisonnement – ainsi que les faits – la mineure du raisonnement – et le dispositif de l'arrêt fournit la conclusion du raisonnement. Dans cette perspective, le cheminement de la pensée des magistrats est guidé par la logique formelle.

Le raisonnement juridique implique-t-il uniquement et nécessairement l'opération logique de subsumption<sup>3</sup> du cas sous la règle ? Pour répondre à cette question, nous avons choisi de saisir le raisonnement juridique par une approche contentieuse<sup>4</sup>, partant du principe que les magistrats sont des experts en application du droit. Parmi les juridictions belges, le Conseil d'État, par la compétence qui lui a été confiée, apparaît, *a priori*, comme la juridiction censée appliquer le droit de manière rigoureusement formelle.

---

<sup>1</sup> La conception syllogistique de l'application du droit fait partie des lieux communs de la pensée juridique. Celle-ci est toutefois largement critiquée par la théorie du droit qui juge le schéma du juge logicien périmé (Frydman, 2000). Voir également Perelman et Olbrechts-Tyteca (1979), Lenoble et Ost (1980), Brunet (2004), Ost (2009), Papaux (2003), Delmas-Marty (2004).

<sup>2</sup> Les décisions juridictionnelles, particulièrement les décisions des juridictions supérieures, qu'elles soient nationales ou internationales, ont fait l'objet de beaucoup d'attentions dans le débat francophone autour du droit ces dernières années. Voir Corten (1997), Dupret (2006), Joxe (2010) Latour (2004), Schnapper (2010), Troper (2008), Van Drooghenbroeck (2001).

<sup>3</sup> La subsumption est une opération logique qui consiste à lier une règle à une donnée qui renvoie à une opération de classement – « classer sous », sub-sumer – de l'espèce sous le genre. Cette logique de classement caractérise la théorie classique de la catégorisation qui définit l'appartenance à une catégorie selon que l'occurrence à classer présente l'ensemble des propriétés jugées nécessaires et suffisantes pour définir intensionnellement la catégorie (Quéré, 1994).

<sup>4</sup> Si l'approche contentieuse du droit n'épuise pas le phénomène juridique, elle offre cependant un cadre stabilisé et institutionnalisé pour l'étudier.

La loi du 23 décembre 1946<sup>5</sup> porte création du Conseil d'État. Celui-ci fut installé deux ans plus tard, le 9 octobre 1948<sup>6</sup>. Le Conseil d'État est une institution fédérale qui s'est vue dotée de missions consultatives et juridictionnelles<sup>7</sup>. Ses missions contentieuses en font la plus haute juridiction administrative du Royaume et à ce titre, compte parmi les trois juridictions supérieures du pays. Il connaît, entre autres, du contentieux administratif, c'est-à-dire des litiges qui découlent de l'activité des autorités publiques. Le législateur a tenu à offrir aux personnes – physiques ou morales – un recours juridictionnel contre les actes administratifs irréguliers. Les lois coordonnées sur le Conseil d'État du 12 janvier 1973 limitent sa compétence juridictionnelle au **contentieux objectif**. Le Conseil d'État est compétent pour connaître du recours contre les actes administratifs ; il est le juge de leur légalité. Le caractère objectif du recours entraîne un certain nombre de contraintes qui fondent le raisonnement juridique : un acte administratif est ou n'est pas conforme à l'ordre juridique belge. C'est une démarche qui, sur papier, est très kelsénienne<sup>8</sup> : les juges comparent l'acte administratif aux normes qui lui sont supérieures (lois, arrêtés, constitution, droit international directement applicable, etc.). En cas d'illégalité, l'acte sera annulé. La compétence dévolue à la plus haute juridiction administrative devrait, par conséquent, renforcer la « force du droit » (Bourdieu, 1986), celui-ci se révélant plus « pur<sup>9</sup> » (Kelsen, 1999 [1960]) par la nature hiérarchique du raisonnement qui est censé y être tenu.

## 1. L'objet de recherche : comment se construit le processus décisionnel ?

« Comment décident les juges » (Troper, 2008) au Conseil d'État ? La présente recherche doctorale s'inscrit dans une double démarche théorique et empirique. La visée théorique consiste à **rendre**

---

<sup>5</sup> Loi du 23 décembre 1946 portant création du Conseil d'État, *M.B.*, 7 janvier 1947, p.190.

<sup>6</sup> Le Conseil d'État, bien qu'il soit entré en fonction en 1948, n'a été consacré par la Constitution qu'en 1993. Le premier alinéa de l'article 160 de la Constitution dispose qu'« *il y a pour toute la Belgique un Conseil d'État, dont la composition, la compétence et le fonctionnement sont déterminés par la loi. Toutefois, la loi peut attribuer au Roi le pouvoir de régler la procédure conformément aux principes qu'elle fixe.* »

<sup>7</sup> Ces compétences figurent dans la Constitution. L'article 160 al. 2 expose que « *le Conseil d'État statue par voie d'arrêt en tant que juridiction administrative et donne des avis dans les cas déterminés par la loi.* »

<sup>8</sup> Kelsen constitue une des figures emblématiques du positivisme juridique. Ce courant distingue radicalement le droit de la morale, le droit pouvant seul être considéré comme une source de droit valide. Brunet (2012) définit le positivisme juridique comme la théorie qui fait du droit « *un système clos et cohérent de règles posées par la loi, toutes imputables à un législateur et qu'il suffit d'appliquer selon un processus déductif.* » (Brunet, 2012, p.3) Cette théorie implique que « *puisque'il n'y a de sources du droit que dans la loi, on « doit » résoudre tous les litiges à l'aide du seul droit positif et donc de la loi* » (*ibid.*).

<sup>9</sup> Dans la théorie kelsénienne, la pureté du droit découle de la distinction ontologique qu'il pose entre, d'une part, les normes qui sont des actes de volition et qui relèvent du *devoir-être* et, d'autre part, les faits, qui sont des phénomènes naturels qui ressortissent de *l'être*. Dès lors, le droit est un système de normes qui ne peut dériver des faits, mais découle d'autres normes juridiques selon un principe d'imputation (Dupret, 2006b).

**compte de l'activité juridictionnelle**, en prenant le « droit au sérieux » (Dworkin, 1995), tout en ne déniait pas l'autonomie<sup>10</sup> décisionnelle des acteurs<sup>11</sup>. La visée empirique consiste à apporter des éléments de compréhension de notre plus haute juridiction administrative.

L'arrêt, décision juridictionnelle du Conseil d'État, transcrit l'activité juridique du magistrat. Mais cette transcription est-elle fidèle ? L'arrêt, partie visible de l'iceberg juridictionnel, constitue l'aboutissement du processus décisionnel (Felstiner, Abel et Sarat, 1991), sa formalisation, qui répond à certaines contraintes procédurales, formelles et institutionnelles. Ainsi, la motivation de la décision juridictionnelle ne contient pas l'explicitation de sa genèse, les ressorts pratiques de sa propre constitution (Dupret, 2006a). La motivation tient d'ailleurs plus d'une rationalisation<sup>12</sup> (Brunet, 2004) *a posteriori* de la décision que d'une transcription du raisonnement réellement suivi par le magistrat<sup>13</sup>. Pour Troper (2008), la motivation de l'arrêt ne reflète pas nécessairement les motifs réels qui ont poussé les juges à agir mais il considère que les vraies raisons sont indifférentes à la science du droit et qu'elles relèvent de phénomènes psychiques. La motivation de l'arrêt ne permet donc pas de saisir la manière dont il se construit. « *On ne pourra jamais connaître complètement les mécanismes internes de pensées à l'œuvre dans la conscience du juge qui seraient la traduction « vraie » de la motivation<sup>14</sup> par la connaissance du raisonnement effectivement poursuivi par le juge* » (Jouannet, 2008, p.257). Autrement dit, étudier uniquement la rationalisation syllogistique<sup>15</sup> qui figure dans l'arrêt ne permet

---

<sup>10</sup> Le rôle croissant du juge dans la régulation juridique a fait couler beaucoup d'encre dans la littérature. Voyez notamment Ost (2007), Garapon (1996), Frison-Roche et Haenel (1998), Raynaud (2008). Il est difficile de soutenir l'asservissement inconditionnel du juge à la loi (Dieux, 1992). Cependant, plane sur la littérature la peur du pouvoir créateur du juge.

<sup>11</sup> Le syllogisme judiciaire, au contraire, réduit l'application du droit à une opération logique par lequel le juge subsume le cas particulier qui lui est soumis sous une loi générale, sans pouvoir d'appréciation. Le juge est réduit à un exécutant mécanique de la formule légale (Frydman, 2000).

<sup>12</sup> Le régime d'énonciation du droit est très formalisé, solennelle diront certains (Latour, 2004, p.32), ce qui rend sa compréhension relativement peu intuitive.

<sup>13</sup> S'agissant de la motivation des décisions juridictionnelles, Emmanuelle Jouannet constatait qu'« *on n'a guère de possibilité de préciser les mécanismes sous-jacents au raisonnement conduisant à la motivation et tant que l'on ne sera pas assuré de cela, les explications de la motivation ressemblent seulement à des explications mais elles n'en sont pas au sens strict du terme. Ce sont des explications d'explications* » (Jouannet, 2008, p.253).

<sup>14</sup> Perelman distinguait déjà en 1984 deux acceptions liées à la motivation de la décision judiciaire. Celle-ci peut en effet s'entendre « *tantôt comme l'indication des raisons qui motivent le jugement, [...] tantôt comme l'indication des mobiles psychologiques d'une décision* » (Perelman, 1984, p.112). Il s'agit dans ce dernier cas du fondement de la décision, de sa genèse, de la *ratio decidendi* de la décision juridictionnelle. Ce travail ambitionne de saisir la motivation de l'arrêt dans cette dernière acception. Comprendre la manière dont se construisent les décisions, son processus d'adoption, sa genèse nous intéresse plus que la motivation formelle de l'arrêt, que le résultat juridique.

<sup>15</sup> Pierre Brunet (2004, p.197) souligne d'ailleurs l'implication politique d'une telle conception du travail juridictionnel. La conclusion à laquelle parviennent les juges relève d'un acte de connaissance rationnelle et objective et n'est pas le fruit d'une création volontaire et subjective, ce qui place le travail juridictionnel en dehors de la sphère politique.

pas d'ouvrir la boîte noire du raisonnement. Nous avons donc privilégié une approche de la décision juridictionnelle qui englobe le processus pratique de construction de l'arrêt et de sa motivation.

L'activité juridictionnelle ne se réduit pas, loin s'en faut, au raisonnement juridique formalisé dans l'arrêt. Nous avons, par conséquent, décidé de rencontrer les magistrats du Conseil d'État. Comprendre le raisonnement juridique qui sous-tend l'arrêt, c'est-à-dire la boîte noire décisionnelle, implique d'étudier l'ensemble du processus<sup>16</sup>. Nous rendrons compte des activités juridictionnelles concrètes et situées<sup>17</sup>, ce qui nous permettra de mettre en lumière les opérations locales qui composent la décision du magistrat et qui disparaissent par manque d'inscription dans des objets publiés.

Afin d'opérationnaliser cette ambition théorique, nous avons initialement choisi d'étudier empiriquement la manière dont le Conseil d'État se saisit du principe de proportionnalité<sup>18</sup>. Ce principe général de droit administratif nous semblait aux antipodes du raisonnement juridique censément être tenu par une juridiction se prononçant sur un contentieux objectif. De prime abord, le raisonnement sous-tendu par une logique hiérarchique s'annonçait relativement mécanique. Comment dès lors, dans ce contexte procédural objectivant, sont appréhendés et utilisés des principes généraux de droit, et particulièrement des principes de « droit doux » (Zagrebelsky, 2010) tels que le principe de proportionnalité ou l'erreur manifeste d'appréciation ? Comment les magistrats gèrent-ils pratiquement le contraste entre une organisation rigoureusement objective du recours au Conseil d'État et le flou qui entoure – nécessairement – ces principes généraux ? Autrement dit, le Conseil d'État connaît-il une « application du droit par principes<sup>19</sup> » (Zagrebelsky, 2010) qui amène à relativiser la théorie dominante de l'application – syllogistique – du droit ?

---

<sup>16</sup> Cette manière d'envisager la décision juridictionnelle est courante dans la littérature anglo-saxonne. Les auteurs qui traitent de la "dispute" (la perception d'une injustice, le dépôt d'une plainte, la traduction d'une injustice en termes de droits, la mobilisation d'un professionnel du droit, la mobilisation de l'arène judiciaire, etc.) mettent l'accent sur les processus. La décision judiciaire est alors le résultat d'un processus de construction sociale qui fait intervenir subjectivités, incertitude, choix, sélections, etc. Cette manière d'appréhender la décision a évolué. Alors qu'au départ, les disputes étaient envisagées comme des faits, cette vision positive a été progressivement écartée au profit d'une analyse de la construction sociale, de la perception, de la subjectivité.

<sup>17</sup> Pour ce faire, nous avons dû contourner un problème méthodologique de taille sur lequel nous reviendrons dans le point 3.3. En effet, le travail du juge est difficilement observable, d'autant plus lorsqu'il décide seul. Les cas où le juge ne délibère qu'avec lui-même sont de plus en plus fréquents au Conseil d'État étant donné le nombre de procédures mises en place et visant à une prise en charge plus rapide des affaires. La seule manière de pouvoir aborder l'amont de la décision juridictionnelle est d'en parler avec le juge et d'en faire parler le juge.

<sup>18</sup> L'intérêt initial pour ces moyens de droit a permis de récolter un matériau empirique sur la manière dont les magistrats résolvent les cas difficiles.

<sup>19</sup> Gustavo Zagrebelsky distingue règles et principes, notamment dans la manière dont le juge les applique. Selon lui, seules « les règles peuvent être observées et appliquées mécaniquement et passivement. Si le droit n'était composé que de règles, il ne serait pas insensé de penser à la « machinisation » de son application, au moyen d'automates pensants, auxquels on donne le fait et qui nous donnent la réponse. Ceux-ci pourraient être en



La lecture des travaux de C. Perelman nous a permis d'élaborer une première hypothèse de travail. Le fondateur de l'école de Bruxelles relativise le rôle joué dans le raisonnement juridique par la logique formelle. Il propose plutôt d'appréhender l'opération juridictionnelle sous le prisme de l'argumentation. Le bien-fondé de la décision, son caractère raisonnable et ses conséquences admissibles guident le raisonnement pratique du juge. Ainsi, les magistrats du Conseil d'État, confrontés à des moyens de droit se référant à des principes généraux de droit qui contiennent souvent une certaine charge éthique<sup>20</sup>, opèrent-ils un travail argumentatif ? Ainsi, pour décider, les magistrats ont-ils une idée préalable de l'issue acceptable du litige qui les guide dans leurs opérations interprétatives et qualificatives ? Jugent-ils « en faits », « en justice » ou « en morale » pour trouver ensuite les arguments de légalité qui permettront de placer le litige dans la sphère juridictionnelle ? Il est vite apparu que cette question stimulante s'avérait insuffisante pour comprendre les pratiques relatées par les juges. La plupart du temps, les magistrats disent ne pas « savoir dans quel sens aller ». Dès lors, appréhender le jugement comme une entreprise d'argumentation *a posteriori* paraissait insuffisant pour rendre fidèlement compte de la réalité de terrain.

Une nouvelle question de recherche émergea alors du terrain. Comment rendre compte du caractère contingent et processuel<sup>21</sup> de l'activité de juger ? Notre approche sera située.

## **2. Se saisir de la décision juridictionnelle : du choix rationnel à l'action située**

En sciences sociales, la théorie du choix rationnel<sup>22</sup> (TCR) a longtemps dominé la littérature en matière de décision. Nous reviendrons sur les acquis, postulats et limites de cette théorie dans une première

---

*mesure d'user des deux principaux schémas logiques de l'application des règles normatives : le syllogisme judiciaire et la confrontation d'hypothèse concrète à l'hypothèse abstraite. Mais une idée pareille, typiquement positiviste, est totalement insensée dans la mesure où dans le droit, il y a des principes. Ceux-ci ne peuvent avoir comme « application » qu'une démarche toute différente, qui demande qu'on « prenne position » conformément à eux face à la réalité, quand elle exige de nous une « réaction » (Zagrebelsky, 2010, p.105).*

<sup>20</sup> « Il y a, à la racine de tout système de droit, une conception de l'homme et du monde, qui implique un certain nombre de postulats. C'est à ce fond éthique que se rattachent les principes généraux » (Rivero, 1971, p.75).

<sup>21</sup> En 1997, Garapon proposait déjà une vision processuelle de l'action de juger. « Juger est un processus : plus que l'application d'un sens déposé dans une norme, il s'agit d'une co-construction de sens. La décision finale n'est que le produit d'une multitude de petites décisions prises par des acteurs très divers » (Garapon, 1997, p.312).

<sup>22</sup> Signalons les affinités de ce modèle rationaliste avec la « conception sociologique du droit » (Frydman, 2000) qui place l'office du juge dans l'examen des textes de lois ainsi que dans une logique d'évaluation concrète et de mise en balance des intérêts en conflits (*Ibid.*). Cette conception du travail judiciaire s'appuie sur le « spectateur impartial » de la philosophie utilitariste. Voir également Frydman (1999) et Gérard (1996).

section. Dans une deuxième section, nous poserons quelques jalons théoriques empruntés au paradigme de l'action située, problématique qui sous-tendra les développements tout au long de ce travail.

## 2.1. Le paradigme rationaliste de l'action

Classiquement, la sociologie de la décision envisage la décision comme l'expression d'un choix libre et rationnel d'un acteur<sup>23</sup> en vue d'accomplir une action. Décider, c'est, dans cette optique, choisir rationnellement la bonne, voire originellement, la meilleure option<sup>24</sup>. Décision et rationalité semblaient inséparables, au point que les principales théories de la décision (Graham et Philipp, 2000 ; March et Cyert, 1963 ; Le Moigne, 1974 et 1990 ; Weil, 2000 ; Sfez, 1974 ; Kast, 2002) ont, jusqu'il y a peu, été apparentées aux théories du choix rationnel.

Celles-ci ont connu des évolutions dont la plus remarquable et la plus influente a été le caractère limité de la rationalité. Simon (1991 [1957]), qui est le père de ce modèle, s'est intéressé au comportement procédural du décideur. Sa thèse vise à affirmer la rationalité de l'acteur, tout en précisant qu'il s'agit d'une **rationalité limitée** par ses capacités cognitives et par les informations dont il dispose<sup>25</sup>. Ainsi, en situation d'incertitude, l'acteur cherche moins à étudier l'ensemble des possibilités afin d'optimiser son choix qu'à trouver une solution satisfaisante. Ce faisant, Simon déconstruit et relativise le mythe de la décision parfaite, c'est-à-dire omnisciente. Par sa critique de la rationalité absolue, Simon permet le développement d'un modèle de rationalité procédurale<sup>26</sup>. « *L'examen des solutions est séquentiel, et non pas synoptique*<sup>27</sup> » (Kuty, 1998, p.212).

---

<sup>23</sup> A l'inverse, certaines théories de la décision privilégient les effets de disposition aux effets de position (Boudon), dans l'explication du comportement. La personne ne peut être détachée de ses déterminants biographiques et sociaux, rendant la notion d'habitus (Bourdieu) incontournable pour comprendre les décisions effectives prises par les juges (Cam, 1987).

<sup>24</sup> Encore récemment, Morel (2002) décortiquait les décisions absurdes.

<sup>25</sup> Schütz distingue d'ailleurs la **rationalité de la connaissance** qui implique que tous les éléments parmi lesquels l'acteur peut choisir soient clairement et distinctement appréhendés de la **rationalité du choix** posé par l'acteur qui « *choisit parmi tous les moyens à sa portée celui qui est le plus approprié pour réaliser la fin intentionnée* (Schütz, 2010, p.53).

<sup>26</sup> Ce modèle cherche moins à évaluer la décision concrète à partir d'un optimum idéal que de proposer un modèle alternatif de la rationalité. Il s'intéresse aux critères de satisfaction employés par les acteurs ainsi qu'à la manière dont ces critères ont été établis (Crozier et Friedberg, 2004 [1977]).

<sup>27</sup> Le modèle synoptique apparaît en sciences politiques, dans l'ouvrage de Lindblom (1965). Ce dernier met en doute la clarté et l'univocité de la rationalité de la décision politique *a priori*. « *Le modèle synoptique serait, bien sûr, supérieur si l'on avait toutes les informations, s'il n'y avait pas d'ambiguïté dans les objectifs, si tous les participants partageaient les mêmes valeurs, si les ressources étaient également disponibles. Mais tel n'est pas et ne peut jamais être le cas* » (Crozier et Friedberg, 2004 [1977], p.311).

March et Olsen apportent un autre bémol de taille à la théorie du choix rationnel en proposant leur « **modèle de la poubelle** » (Cohen, March et Olsen, 1991). Ce modèle a été proposé suite à l'observation des mécanismes décisionnels au sein des institutions académiques. La thèse principale de ce modèle est que les choix ne sont pas toujours liés à l'identification préalable d'un problème. « *Dans une anarchie organisée, les décisions et les manières dont elles sont prises dépendent avant tout de l'interaction entre les flux de problèmes, de solutions, d'opportunité de choix et de personnes désireuses de participer aux décisions, d'exprimer leurs problèmes ou de promouvoir leurs choix* » (Weil, 2000, p.42). L'acteur découvre ses objectifs dans l'action. Friedberg (1997) analyse ce modèle comme une critique de la lecture intentionnaliste de l'action, une déconstruction du modèle de **préférences** qui ne sont pas antérieures à l'action, mais découvertes après coup.

Ces modèles alternatifs de la rationalité pratique sont inséparables d'un modèle de l'acteur rationnel décideur. Analyser les décisions revenait à analyser les choix – stratégies ou préférences<sup>28</sup> – des décideurs rationnels, insérés dans une situation lui offrant ressources et contraintes (Friedberg, 2000). C'est le point de vue de l'acteur que le chercheur prend en considération (Kuty, 1994). Les ressorts explicatifs de l'action sont donc **internes à chaque individu**<sup>29</sup>, ce qui appelle comme ressort méthodologique un individualisme méthodologique (Boudon, 2004). L'action collective est d'ailleurs appréhendée à travers l'agrégation des actions individuelles (Schelling, 1980) ou par la régulation des stratégies individuelles<sup>30</sup> interdépendantes, que Crozier et Friedberg (1977) appellent « système d'action concret ».

S'agissant de comprendre les phénomènes normatifs, routiniers ou cognitifs, la théorie du choix rationnel révèle ses limites. Les choix rationnels ne se résument pas aux préférences des acteurs.

Sous l'impulsion de Raymond Boudon, la rationalité de l'acteur devient **multidimensionnelle** et s'affranchit de son axiomatic instrumentale<sup>31</sup>. L'acteur peut également être rationnel cognitivement

---

<sup>28</sup> Cette logique du choix ne se résume pas aux préférences strictement utilitaristes des acteurs. March a recensé sept types de rationalisations possibles de l'action, parmi lesquelles la rationalité limitée, la rationalité contextuelle, la rationalité de la théorie des jeux, la rationalité procédurale (Weil, 2000, pp.56-57). Cette typologie ne remet cependant pas en cause le postulat de choix émanant du décideur.

<sup>29</sup> Ainsi la préservation de l'autonomie organisationnelle (Crozier, 1964, Crozier et Friedberg, 1977), le besoin de sécurité, d'appartenance ou d'estime (Maslow, 1970), la poursuite de son intérêt particulier (Bentham) sont considérés comme des ressorts internes à l'individu qui permettent d'expliquer son comportement.

<sup>30</sup> Notons que l'analyse stratégique étudie les acteurs individuels et collectifs. Cependant, l'acteur collectif se forme autour du problème concret à résoudre, en mettant en place des coalitions gagnantes.

<sup>31</sup> La sociologie de la décision incarnée par la théorie du choix rationnel s'est développée durant la deuxième moitié du XXème siècle pour connaître une baisse d'intérêt ces 25 dernières années (Urfalino, 2005, p.2) Les décisions se sont peu à peu avérées moins rationnelles et moins modélisables selon des critères de rationalité analytique.

et axiologiquement. Héritier revendiqué de Weber qui mettait les raisons d'agir<sup>32</sup> au cœur de l'explication sociologique, Boudon propose une conception cognitiviste ou rationaliste de l'action. Il tente de définir le comportement rationnel par l'adéquation des raisons d'agir des individus avec leurs actions (Coenen-Huther, 2010). Boudon accorde alors beaucoup d'importance aux motivations à agir – les raisons des acteurs – qui peuvent résider dans la poursuite d'intérêt (rationalité instrumentale) ou dans le respect d'une valeur (rationalité axiologique). Les raisons constituent les variables indépendantes qui permettent d'expliquer le comportement des acteurs.

Dans le sillage de Jon Elster<sup>33</sup> et de Raymond Boudon, Philippe Urfalino introduit l'élément délibératif dans une axiomatique instrumentale<sup>34</sup>. « Préférences » et « intentions » sont les outils conceptuels permettant de penser un être rationnel, c'est-à-dire un être pensant et planificateur. La décision, dans son appréhension cognitive, est assimilée à une opération intellectuelle par laquelle l'acteur construit ou plus exactement reconstruit son action à partir de ses « bonnes raisons » (Boudon, 2003). Actes et motifs de l'acte sont imbriqués de manière non contradictoire, les seconds expliquant les premiers. Le modèle de l'action rationnelle se penche sur les intentions ou les raisons d'agir des acteurs qui sont premières et permettent de comprendre l'action. « *La décision est l'arrêt d'une intention d'agir. Pour qu'il y ait décision, il faut bel et bien que cet arrêt de l'intention précède l'action. Cette décision est aussi la terminaison d'une activité de délibération (individuelle ou collective) au sujet de ce qu'il convient de faire. Cette délibération peut exiger la comparaison entre plusieurs options alternatives et la sélection d'entre eux (le choix), mais elle peut également exiger une réflexion sur les fins ou les objectifs qu'on souhaite se donner* » (Anscombe citée par Urfalino (2005, p.13)). L'objectif que s'est fixé l'acteur reste premier en ce qu'il guide l'action, mais les acteurs ont la faculté d'en débattre. La délibération peut être collective mais est le plus souvent individuelle : l'acteur délibère avec lui-même.

Plusieurs auteurs se sont intéressés aux modèles et postulats sous-tendant la théorie du choix rationnel<sup>35</sup>. Les fondements intellectuels de l'action sont ramenés par ces auteurs à la **planification** qui

---

<sup>32</sup> La théorie wébérienne de la rationalité distingue quatre formes d'activités (rationnelle en valeur, rationnelle en finalité, traditionnelle et affective) (Coutu, 1995).

<sup>33</sup> Un article au titre largement évocateur – « l'usage stratégique de l'argumentation » (Elster, 2005) – appréhende l'argumentation à partir des postulats stratégiques qui fondent l'action, y compris l'action d'argumenter.

<sup>34</sup> Jon Elster (1987) apporte une autre limitation aux ambitions généralisantes de la TCR. Il s'est intéressé aux comportements irrationnels, particulièrement aux motivations et aux biais cognitifs, qui permettent de nuancer la théorie sans toutefois aller jusqu'au rejet du modèle.

<sup>35</sup> Joas (1995) propose, par exemple, un modèle non téléologique de l'agir humain qu'il intitule « modèle créatif ». Il en profite pour souligner les postulats de la TCR. « *Toutes les théories de l'action qui partent d'un type d'agir rationnel présupposent au moins trois choses – et ce, quelle que soit la manière dont elles conçoivent la rationalité, de manière plus ou moins étroite, dans une perspective utilitariste ou normativiste. Elles présupposent premièrement que le sujet est capable d'agir en fonction d'un but, deuxièmement qu'il maîtrise son corps,*

constitue le noyau dur de la théorie du choix rationnel. La conception intellectualiste de l'action met l'accent sur la planification en rendant celle-ci première<sup>36</sup>. Le réseau conceptuel lié à l'action marque l'antériorité de la pensée planificatrice : intentions, volontés, désirs, motifs, objectifs... (Pharo et Quéré, 1990, p.8) orientent l'action.

Pour agir, l'acteur, dans cette perspective, doit mettre en place des procédures computationnelles (Le Moigne, 1994) ou rationnelles préalables (Ogien, 2007, p.105). Dans le même sens, Jean De Munck (1999) modélise la cognition sous-jacente à la théorie du choix rationnel. Ce modèle – qu'il appelle le « *modèle de la règle* » – assimile la cognition à une manipulation de symboles formels, ou encore à un centre de calcul faisant apparaître les pratiques cognitives comme une « *compétence décontextualisée, régie par un corps de règles formelles* » (De Munck, 1999, p.7). La décision apparaît comme la mise à plat d'une connaissance, le résultat d'une opération mentale, à un moment précis qui traduit la rationalité<sup>37</sup> de l'acteur.

Ainsi, la conception de l'action rationnelle, que l'on retrouve notamment dans la TCR, renvoie à une action planificatrice qui trouve son origine dans l'intention de l'acteur. Envisager l'action comme un corrélat de l'intention première du décideur ne permet cependant pas de rendre compte de toute la réalité observable. Imputer une intention première au décideur ne nous paraît pas suffisant pour comprendre l'action qui se crée en contexte. Dès lors, nous soutenons que la planification ne permet pas de rendre compte de l'incertitude inhérente à l'action. La prise de décision ne consiste pas en un processus prévisible et linéaire au terme duquel une solution juridique sera choisie parmi d'autres mais comme une activité pratique dont le déroulement est par définition incertain et contingent. L'incertitude liée à la décision tient à son caractère processuel.

---

*troisièmement qu'il est autonome relativement à ses semblables et à son environnement.* » (Joas 1995, p.28). Ces trois postulats des théories de l'action sont donc « *le caractère intentionnel de l'agir humain, la corporéité spécifique et la socialité première de la faculté humaine d'agir* » (Joas, 1995, p.29) Lorsque l'acteur n'accordera pas suffisamment d'attention aux buts poursuivis, lorsqu'il abandonnera son autonomie individuelle, lorsqu'il ne maîtrisera plus son corps, il sera catégorisé comme peu ou pas rationnel. De Munck s'est également penché sur le modèle cognitif sous-jacent à la TCR. Dans ce modèle, l'action peut être réduite à trois dimensions (De Munck, 1999, p.17) : les préférences des individus et les plans d'action qui en découlent, les contraintes liées à la situation d'action et enfin les croyances qui fondent les représentations du monde. « *En fonction donc de ses préférences et de ses croyances à propos d'une situation contraignante, l'individu choisit un comportement, censé réaliser « au mieux » ses préférences* » (De Munck, 1999, p.17-18).

<sup>36</sup> La genèse métaphysique de la vision intentionnaliste de l'action se situe dans la dualité cartésienne « corps » – « esprit ». « *Nous postulons deux sortes d'entités distinctes, « mentales » et « physiques », et nous attribuons à la première des pouvoirs causaux qu'elle exerce sur la seconde* » (Sharrock et Coulter, 2001, p.78).

<sup>37</sup> « *Les spécialistes des sciences de la computation et de la cognition [...] postulent en général une théorie du raisonnement qui, selon le mot d'E. Morin, réduit la rationalité au rationalisme : il n'est pour eux de bon usage de la raison qu'analytique (la méthode scientifique est la méthode analytique, assurent-ils) ; autrement dit, seules les propositions produites par déduction mettant en œuvre les règles acquises de la logique formelle sont scientifiques, donc légitimes* » (Le Moigne, 1994, p.18).

**L'incertitude** inhérente aux cours d'action est, en outre, renforcée dans la sphère juridictionnelle où la prudence<sup>38</sup> (Champy, 2009) définit la fonction de juger et est érigée en vertu (Garapon, 2007). Comme le rappelle Jean-Godefroid Bidima (2002, p.182), *« l'acte de juger ne peut faire l'économie du doute ; c'est parce qu'on doute qu'on juge »*. Dans les cas qui nous occupent, les magistrats hésitent parfois jusqu'au dernier moment lorsqu'ils examinent certains dossiers. Dans son analyse des juges de proximité, Jean-Marc Weller (2011) montre que les juges ont d'ailleurs un *« devoir d'hésitation »* difficilement conciliable avec une anthropologie rationnelle planificatrice qu'ont d'ailleurs remis en question la théorie de l'action organisée. *« L'action humaine dispose d'une flexibilité et d'une marge d'ambiguïté qui sont des caractéristiques radicales des conditions de possibilité de toute stratégie interactionnelle – sinon il y a une application mécanique des procédures »* (Theureau, 2004, p.14).

La décision ne peut donc être ramenée de manière générale et systématique à un choix rationnel de l'acteur. L'acteur est-il d'ailleurs toujours rationnel<sup>39</sup> au sens de la TCR<sup>40</sup> ? Les choix posés par les acteurs relèvent à la fois de la *« création et de la réflexion, de l'innovation et de la routine répétitive »* (Becker, 1988 [1982], p.217). La rationalité n'apparaît, alors, qu'après coup, comme un *« choix exprès entre des alternatives, dans le cadre de la justification du résultat obtenu. A partir de ce résultat l'agent peut reconstituer, en termes de phases et de décisions rationnellement motivées, s'accordant avec les attentes et exigences institutionnelles attachées au genre d'activité impliquée (énoncer un verdict), le parcours qui y a abouti »* (Barthélemy et Quéré, 2007, p.31). Autrement dit, soutenir qu'une *« pratique organisée démontre son organisation rationnelle (c'est-à-dire qu'elle est ordonnée selon des règles pertinentes) [...] ne signifie pas que la rationalité gouverne les pratiques, ou que l'on peut expliquer la pratique en invoquant un ensemble de règles* (Lynch, 2001, p.28).

Dans la lignée de Max Weber, l'approche rationaliste tente d'expliquer le social à partir des raisons des acteurs, ce qui renvoie à la question de l'intentionnalité et de la motivation des actions. Celles-ci

---

<sup>38</sup> Champy (2009) caractérise l'activité prudentielle – dont relève, selon lui, l'activité juridictionnelle – par les traits suivants : la *singularité* des cas que les professionnels doivent résoudre, la *complexité* des situations de travail et l'*incertitude* générée par ces deux caractéristiques. Le contenu du travail et les savoirs professionnels qui y sont liés sont spécifiques aux activités prudentielles. Le travail n'est pas réductible à l'application mécanique de savoirs scientifiques. La résolution de problèmes singuliers et complexes nécessite un travail *délibératif* qui comprend une dimension *conjecturale*.

<sup>39</sup> Nous renvoyons à la rationalité limitée de Simon et à l'intérêt contextualisé par les règles du jeu de Crozier et Friedberg (1977).

<sup>40</sup> Bien que nous n'ayons pas opté pour une problématique rationaliste, nous ne nions pas l'existence de la rationalité comme horizon pratique. L'objectivité, la validité, l'universalité sont des standards communément associés à la rationalité. Ces standards peuvent intervenir dans l'action à différents niveaux, que ce soit pour interpréter l'action, pour l'orienter ou pour l'évaluer. Ils apparaissent alors comme des procédures cognitives *« indexicalisées »* (Garfinkel, 2007 [1967]) qui ne peuvent toutefois être généralisées hors du contexte de leur exercice.

précèdent ou se développent dans l'action, mais sont toujours liées à la rationalité interne de l'acteur. Pour le paradigme de l'action située, la rationalité de l'action est inhérente aux savoirs disponibles dans le cours d'action, la cognition étant publique et processuelle. Cognition et action sont inextricablement liées et indissociables du contexte. Ces savoirs sont sociaux, et non individuels, en ce sens qu'ils émergent dans l'action.

Envisageons à présent les postulats qui fondent le paradigme de l'action située.

## 2.2. Le paradigme de l'action située pour saisir le phénomène juridictionnel.

L'action, et pour ce qui nous intéresse l'action de décider, a été pensée originellement grâce aux postulats de la théorie du choix rationnel, ramenant la décision à **un choix interne de l'acteur rationnel**. Contrairement à une approche compréhensive classique qui fait du sens subjectif des conduites le fondement de l'action sociale, où comprendre le sens est un mécanisme interne et mental, propre à chaque individu (Travers, 2001), le paradigme de l'action située appréhende les pratiques cognitives de manière non uniquement mentaliste. La conception externaliste de l'action et de la cognition se préoccupe de l'environnement de l'action et non de la seule pensée de l'acteur, censée être le moteur de l'action. Cette manière d'envisager l'action de manière pragmatique, processuelle et située nous paraît pouvoir rendre fidèlement compte de l'action de décider au Conseil d'Etat.

Depuis 25 ans<sup>41</sup>, la question de **l'action** est devenue centrale<sup>42</sup> en sciences humaines et sociales. L'émergence de ce paradigme était initialement interprétée comme le symptôme d'une crise, celle des modèles déterministes qui relèguent l'action comme paravent de structures objectives. L'interrogation autour de l'action poursuit l'ambition initiée par la philosophie, de dépasser une théorie de la connaissance positiviste pour mettre en avant les compétences ordinaires des acteurs dans leurs actions et interactions (Allard, Chaniel et Relieu, 1990, p.106).

---

<sup>41</sup> La collection « Raisons pratiques » éditée par l'EHESS consacrait son premier numéro paru en 1990 aux formes de l'action.

<sup>42</sup> La centralité de la sociologie de l'action est sans doute liée au déclin des sociologies structuralistes. Le champ académique français s'est d'ailleurs structuré sur base de cette opposition paradigmatique entre sociologues interactionnistes et sociologues déterministes (Kuty, 1994) qui s'opposaient, notamment, quant à leur vision du statut de l'acteur et de la coordination dans le phénomène social.

Le paradigme de l'action située doit beaucoup à l'ethnométhodologie. Ce courant « radicalement » sociologique<sup>43</sup>, fondé par Harold Garfinkel dans les années 1960 aux Etats-Unis, veut rendre compte de façon détaillée des procédures qui constituent l'**action en train de se faire**. L'attention se porte moins sur les états mentaux des acteurs rationnels<sup>44</sup> que sur les activités pratiques, sur la matérialité du raisonnement qui s'inscrit dans des procédés, des pratiques, des routines ou des artefacts. L'accent n'est donc pas mis sur les seuls décideurs mais sur leurs pratiques en contexte<sup>45</sup>. L'ethnométhodologie recherche empiriquement les méthodes que les acteurs utilisent pour donner du sens et concomitamment accomplir leurs actions quotidiennement (Coulon, 2007 [1987]).

L'attention portée à la matérialité de l'action permet d'appréhender la décision juridictionnelle autrement que par la qualification des faits, l'interprétation des normes ou la logique syllogistique. Plutôt que de partir du droit en tant qu'il est « appliqué<sup>46</sup> », nous sommes partie des pratiques concrètes qui mobilisent le droit. « *Ce qui échappe très largement à l'analyse faite habituellement du droit, c'est que celui-ci est avant tout une action, une performance, une réalisation, une pratique* » (Dupret, 2010, p.319). Ces pratiques ne sont pas étudiées comme des occurrences de « *concepts transcendants de l'action* » (Kuty, 2001, p.133) par rapport auxquels le sociologue se positionne, mais elles permettent d'interroger le fonctionnement concret et situé de l'action de décider.

Ce travail entretient une dette particulière à l'égard des travaux de Baudouin Dupret. Dans son étude du jugement de moralité en action dans les tribunaux égyptiens, il propose de « respécifier » l'objet des études juridiques en montrant comment s'organise pratiquement l'activité de juger. Le jugement judiciaire apparaît comme un jugement de normalité, focalisant son analyse sur la dimension morale du jugement. S'appuyant notamment sur les travaux de Sudnow, il propose une pragmatique de l'opération de qualification. Prenant acte de l'incapacité de la règle à fournir des critères pratiques de qualification, il se penche sur les opérations de catégorisation. Pour comprendre la qualification juridique, la référence aux catégories juridiques présentes dans les règles ou la jurisprudence ne suffisent pas. La qualification juridique ne peut être comprise que par la catégorisation elle-même (Dupret 2006-b, p.180). La qualification des faits pertinents, c'est-à-dire le passage des faits au droit, s'opère par l'intermédiaire des « crimes normaux » qui correspondent aux façons qu'ont les gens de « *qualifier de manière typique les crimes, délits et infractions qu'ils rencontrent dans l'accomplissement*

---

<sup>43</sup> De Fornel M., Ogien A. et Quéré L., L'ethnométhodologie. Une sociologie radicale, Paris, La découverte, 2001.

<sup>44</sup> Qu'il s'agisse d'une rationalité stratégique, axiologique ou cognitive (Boudon, 2003).

<sup>45</sup> Pour Cantelli (2009) sont au cœur de la sensibilité pragmatique, une démarche ethnographique, le souci de la matérialité des dispositifs de coordination et l'attention prêtée au pluralisme. Voir Cantelli (2009, p.15 et s.).

<sup>46</sup> Nous verrons dans le chapitre 4 que le droit n'a pas vocation à s'appliquer, ce qui renvoie à une épistémologie positiviste, mais constitue un référent auquel les gens de loi se réfèrent.



*de leurs activités routinières* » (Dupret, 2006a, p.184). La qualification est avant tout une qualification de sens commun et renvoie au crime tel qu'il est habituellement commis par certaines catégories de personnes typiques, dans un contexte habituel, concernant des victimes généralement visées... Ce qu'il appelle la pertinence juridique renvoie au processus de qualification juridique qui est « *totallement soutenu par le processus social de normalisation, c'est-à-dire par cet ensemble d'opérations par lesquelles le juge sélectionne de manière routinière certaines des caractéristiques d'un cas qui ressemble à un type de cas commun, normal, usuel* » (Dupret, 2006, p.187). La qualification juridique est donc tributaire d'une catégorisation de sens commun, ce qu'il observe dans les témoignages, les interrogatoires et les rapports. La dimension proprement juridique du procès y occupe une place relativement restreinte, se focalisant essentiellement sur le processus de catégorisation des faits.

Cette démarche praxéologique permet de saisir la pratique<sup>47</sup> du droit, le « droit tel qu'il se fait » et non tel qu'il se pense (Latour, 2004), le droit en action plutôt que le droit des livres (Dupret, 2006-b). Le phénomène juridique apparaît comme un phénomène situé, un accomplissement social (Lynch, 2001). Le droit n'est donc pas expliqué par des variables sociales, mais est décrit comme un phénomène social. Il s'agit « *saisir le droit tel qu'en lui-même, dans son déploiement contextuel, ses interactions, son activité de production de sens, ses pratiques. Le droit en action (Travers et Manzo, 1997), c'est-à-dire le droit en tant qu'activité pratique en contexte* » (Dupret 2006-b, p.11).

Par ailleurs, la règle ne peut être saisie en dehors de sa pratique. L'activité juridique est une activité située et contextuelle qui ne peut se comprendre *in abstracto*. Le droit est appréhendé en tant que phénomène en train de se faire (Latour, 1989) non en tant qu'objet social déjà là. « *Au lieu de faire l'hypothèse que les acteurs suivent des règles, l'intérêt de l'ethnométhodologie est de mettre à jour les méthodes par lesquelles les acteurs « actualisent » ces règles* » (Coulon, 2007 [1987], p.25). Cette perspective rend les règles observables et descriptibles à travers les pratiques qui les révèlent. « *Le droit en tant que phénomène social, ne peut être réduit aux seules dispositions d'un code juridique* » (Dupret, 2010, p.325) mais doit être étudié dans ses pratiques d'interprétation, de mobilisation, de référencement. La lecture isolée du texte juridique, *a priori* « clair », pose rarement des difficultés aux juristes, contrairement aux notions floues et indéterminées, tels que les standards juridiques ou les principes généraux de droit dont l'indétermination leur est consubstantielle. C'est en contexte que le texte légal dévoile son lot d'interprétations, d'hésitations et d'arbitrages. Confronté à un cas hors du

---

<sup>47</sup> La posture pragmatique qui, selon Dodier, s'est développée en sociologie « *aux carrefours du pragmatisme, de l'interactionnisme, de l'ethnométhodologie, de l'ethnographie des sciences et des approches cognitives de l'action située.* » (Dodier, 1993, p.67).

commun ou posant des difficultés pratiques<sup>48</sup>, les juges sont parfois démunis devant les textes les moins équivoques sur papier. Il importe de se pencher sur la pratique du droit pour qu'émergent les problèmes d'interprétation qui forment le terreau du raisonnement juridique pratique<sup>49</sup>, ce que la seule lecture de la loi ne permet pas de saisir. Ancrer la recherche dans cette perspective pragmatique rend le chercheur « sensible » (Cantelli et al., 2009) aux détails et aux méandres de l'action juridictionnelle.

Quelles sont ces activités pratiques qui font exister le droit, qui l'incarnent ? L'activité juridictionnelle au Conseil d'Etat ne repose pas sur le seul acte de décider lié à une intention d'agir (Le Moigne, 1994) mais se déploie à travers plusieurs actions : comprendre les faits, sélectionner les faits pertinents, catégoriser les moyens de droit, interpréter le droit applicable, lire les pièces de procédure et les comparer.

Les pratiques décisionnelles sont, pour l'essentiel, des opérations cognitives. Nous suivons Cyril Lemieux qui, dans une perspective ethnométhodologique, refuse de dissocier les opérations cognitives et les actions. « *Raisonnements, jugements et connaissances ne peuvent se manifester qu'à travers des actions – y compris l'action de les énoncer ou de les écrire* » (Lemieux, 2011, p.260). La décision juridictionnelle est donc un processus pratique qui rassemble un certain nombre d'opérations cognitives en interaction avec l'environnement. Il s'agit d'étudier le droit tel qu'il se fait plutôt que tel qu'il se pense. « *La localisation de l'esprit « dans la tête » des sujets n'est jamais suffisante pour rendre compte de nos significations, de nos apprentissages, de nos raisonnements* » (De Munck 1999, p.10). Dans le même sens, Michael Lynch (1987) défend l'idée que les phénomènes sociaux telle qu'une conversation ne peuvent être réduits à une conscience individuelle ou à une personne unique. Les activités sont organisées séquentiellement et sont compréhensibles processuellement.

Pour rendre compte du travail décisionnel en train de se faire, nous avons été particulièrement attentive à la dimension processuelle de l'action (section 2.2.1.) ainsi qu'à sa dimension matérielle (section 2.2.2.).

---

<sup>48</sup> Reprenons à l'exemple développé par C. Perelman à propos de la pancarte interdisant aux chiens d'accéder à l'espace public. La lecture de la loi ne pose pas de problème et n'engendre pas un raisonnement interprétatif. C'est quand l'homme de loi est confronté à la venue d'un rat domestiqué, d'un chien d'aveugle ou d'un chimpanzé que la règle pose des problèmes d'interprétation. L'interprétation littérale de la pancarte mène à une conclusion logiquement irréprochable si on accepte des ours, rats et chimpanzé mais pratiquement invraisemblable, bref déraisonnable.

<sup>49</sup> Papaux (2007) a amorcé un tournant pragmatique en théorie du droit. Il a élaboré une théorie de la pratique du droit qu'il oppose à la théorie de l'idée du droit.

## 2.2.1. La dimension processuelle de l'action

L'action juridictionnelle devient pleinement intelligible lorsqu'elle est saisie comme un **processus**<sup>50</sup>, un **cours d'actions**, au cours duquel « *une certaine conception de la réalité s'élabore et se stabilise de façon provisoire* » (Ogien et Quéré, 2005, p.66).

Appréhender la décision dans son versant processuel renvoie à une vision de l'action qui s'inscrit dans la durée. Le temps<sup>51</sup> qui passe est inhérent au travail juridictionnel. Nous analyserons dès lors la manière dont la décision est construite<sup>52</sup> au fil du temps, plutôt que l'arrêt qui en constitue l'aboutissement. Se pencher sur le processus permet de faire apparaître ce qui se fait, au cœur même de l'action de décider. Le résultat – l'arrêt du Conseil d'Etat – importe alors moins, pour l'analyse, que le processus qui l'a créé.

La focale est mise sur l'action juridictionnelle en train de se faire. Comprendre le processus décisionnel implique de s'intéresser à la manière dont le dossier évolue, se transforme, se construit depuis l'introduction de la requête jusqu'au prononcé de l'arrêt. Il s'agit de comprendre le chemin de la décision<sup>53</sup>, en décrivant<sup>54</sup> les différentes étapes et séquences de ce processus, les boucles de rétroactions et le contexte pertinent.

Bruno Latour, dans *La fabrique du droit* au Conseil d'Etat français, décrit le processus de constitution textuelle et intertextuelle (Latour, 2004, p.105) du droit. Les opérations pratiques se succèdent, permettant le passage du droit qui ne peut être réduit à un acte cognitif.

La posture méthodologique initialement adoptée s'est donc beaucoup inspirée de celle adoptée par Bruno Latour (2004) dans son ethnographie du Conseil d'Etat français. Comme lui, nous avons suivi le chemin du dossier afin de réinterroger les fondements classiques du raisonnement juridique qui

---

<sup>50</sup> « En introduisant l'idée de **processus**, on replace au cœur de la théorie de la raison la considération du temps de l'opération, contestant ainsi l'« illusion synoptique » propre au rationalisme formaliste » (De Munck, 1999, p.6).

<sup>51</sup> Le temps est d'ailleurs devenu une donnée qui pose problème dans le monde juridictionnel. Ce problème est généralement problématisé par l'arriéré. Les auditeurs du Conseil d'Etat parlent de pression statistique qui matérialise la pression liée au temps qui s'écoule entre le moment de l'introduction de la requête et le moment où l'affaire subit un traitement procédural et n'est plus en attente dans une pile de dossiers.

<sup>52</sup> Fixmer et Brassac (2004) opposent la *prise de décision* ponctuelle à la *construction de la décision* processuelle.

<sup>53</sup> Latour (2004) parle de passage du droit. L'idée de mouvement est consubstantielle à la vision processuelle du travail juridictionnel.

<sup>54</sup> En adoptant ce point de vue méthodologique, on ne peut donc faire l'économie d'une description la plus subtile possible des mécanismes décisionnels. Nous assumons le parti pris de l'empirisme qu'induit une perspective résolument processuelle. Cette posture empiriste refuse le formalisme et le rationalisme des modèles théoriques désincarnés et accorde une attention particulière au contexte pour comprendre l'action.

dépassent largement la simple subsumption. En effet, comme l'indique Latour, au Conseil d'Etat, « *il existe un traceur qui organise toute l'activité du conseil, qui fait l'objet de tous les soins, de toutes les conversations [...] c'est le dossier. Toute affaire, du moins dans nos pays de droit écrit, a pour enveloppe corporelle une chemise cartonnée* » (Latour, 2004, p.83). Le dossier forme la charpente, l'unité de base qui structure le processus décisionnel singulier et concret. Processus et procédures se rejoignent et s'articulent autour du dossier. Celui-ci offre donc une porte d'entrée pour tenter de saisir la matérialité du raisonnement puisqu'il constitue un objet d'analyses, de lectures, de catégorisation, de réflexion, de compréhension, de jugement, de discussion, bref, de décisions.

L'unité d'analyse sera l'affaire telle qu'elle évolue depuis l'introduction de la requête jusqu'au prononcé de l'arrêt. Entre ces deux événements qui ouvrent le recours et le clôturent, le processus décisionnel se déploie. Comment comprendre concrètement ce déploiement ?

L'entrée par le dossier, l'importance accordées aux pièces, mémoires et rédactions des magistrats, révèlent des pratiques parfois insoupçonnées et permet de décrire et de cartographier le processus décisionnel. L'attention portée aux objets intermédiaires permet de saisir le raisonnement juridictionnel par le biais, non pas des rationalisations, mais par les pratiques. En situation, ils constituent des repères pour l'action décisionnelle au sens large.

## 2.2.2. La dimension matérielle de l'action

Les magistrats sont les principaux artisans<sup>55</sup> de cette construction. Etudier le processus décisionnel, c'est-à-dire le travail des magistrats depuis l'introduction de la requête jusqu'à la signature de l'arrêt, implique de s'intéresser davantage au **travail juridique en situation** – ce que le magistrat **fait** concrètement – qu'à la **fonction de juger** – ce que le magistrat **est** fondamentalement. Être attentif à la matérialité du droit permet d'ancrer la recherche dans la concrétude de son accomplissement pratique

Une manière de désintellectualiser l'action cognitive tout en la désolidarisant de toutes les dispositions individuelles qui sont autant de déterminants à l'action, consiste à se pencher sur les pratiques décisionnelles des magistrats en tant qu'elles s'insèrent dans des dispositifs sociotechniques (Akrich, 1993). L'action juridictionnelle, *a fortiori* lorsque la procédure est écrite, ne peut être séparée

---

<sup>55</sup> Pour autant, ils ne sont pas seuls. La décision se construit en contexte et en interactions. Une approche processuelle permet de décrire la manière dont les acteurs s'engagent publiquement de manière intelligible et reconnaissable dans des activités socialement structurées.

des objets (requête, rapport, dossier, arrêt, mémoires) et des dispositifs techniques qui la constituent. Les magistrats mobilisent des savoirs, des objets et des artefacts qui représentent des appuis indispensables à l'accomplissement de leurs actions (Dodier, 1993). Ces appuis situationnels orientent l'activité et soutiennent l'action, permettant d'alléger « l'esprit » de l'acteur en déposant dans la situation d'action plutôt que « dans la tête » du décideur les repères cognitifs et moraux de l'action. « *Ce déplacement anti-mentaliste permet de transférer une partie des tâches cognitives habituellement attribuées à l'esprit individuel sur la situation sociale* » (Kaufmann et Clément, 2011, p.27).

Nous mobiliserons une approche cognitivement située de l'action<sup>56</sup> (Norman, 1993) portant une attention particulière aux *objets intermédiaires* de la décision qui s'appuie sur les acquis du paradigme de la cognition située, et particulièrement aux objets intermédiaires de la conception (Vinck, 1999 ; Jeantet, 1998 ).

Pour pouvoir saisir les pratiques des magistrats en contexte, nous avons pris appui sur les **objets intermédiaires** que sont les documents de procédure du dossier. Ils sont centraux dans l'activité des magistrats et nous informent sur trois dimensions pratiques de l'action.

Premièrement, ils forment la situation de travail du magistrat, la **composante contextuelle** de l'action décisionnelle, puisque l'affaire soumise au jugement du magistrat est formalisée sous forme d'écrits, de procédures qui constituent l'environnement contraignant qu'est le cas à juger. Ainsi, les magistrats ne peuvent se prononcer que sur les moyens présents dans la requête, sauf à soulever d'office des moyens d'ordre public relativement rares. De même, les pièces du dossier sont fournies par les parties, sauf si le magistrat décide de mesures d'instruction, ce qui est loin d'être systématique.

Deuxièmement, ils permettent de tracer – de pister – les pratiques des magistrats tout au long du **processus**. A ce titre, ils constituent des marqueurs de la progression des activités juridictionnelles.

Troisièmement, ils cristallisent, à certains moments du processus, un état de la relation qui unit le cas à trancher et le droit applicable. Ainsi, le requérant, dans sa requête, agence d'une certaine manière les faits de la cause et le droit prétendument violé. L'administration, dans son mémoire en réponse,

---

<sup>56</sup> L'action située renvoie au programme de recherche sociologique tandis que la cognition située renvoie davantage au programme de recherche psychologique. Concernant le caractère situé de l'action ou de la cognition, il renvoie au rôle qu'occupent les objets dans la situation d'action alors que le caractère distribué de la cognition renvoie à sa dimension dialogique.

aménage cette relation autrement. Dans son rapport, l'auditeur ordonnance les faits pertinents et les moyens qu'il estime fondés d'une certaine manière, qui ne sera peut être pas celle de l'arrêt.

Chaque étape du processus est le lieu de microdécisions contingentes et l'occasion de manipuler des objets intermédiaires<sup>57</sup>, d'effectuer de opérations cognitives tout en étant relié à d'autres acteurs. Chaque dossier prend une configuration particulière parce qu'il agence ces trois unités d'analyse de manière renouvelée.

### 3. La méthodologie de recherche

Les méthodes habituellement utilisées pour saisir les pratiques en contexte sont l'observation et les entretiens.

L'observation n'a pas été envisagée ici – était-elle seulement envisageable ? – comme une méthode de récolte de matériaux adaptée au Conseil d'État. En effet, les deux lieux propices aux interactions entre acteurs, indispensables à la pratique de l'observation, sont les audiences et les délibérations<sup>58</sup>. Les délibérations sont secrètes, il n'est donc pas possible d'y assister. Le délibéré est une sphère formellement impénétrable. Quant aux audiences, elles permettent de saisir une petite partie du travail, mais pas l'ensemble du processus décisionnel. Ce sont deux moments – symboliquement – importants du parcours d'une affaire, mais l'essentiel du travail se fait en amont : à l'auditorat et dans le cabinet du conseiller rapporteur. Or, ces deux magistrats travaillent seuls, indépendamment du nombre croissant de recours où un conseiller est amené à siéger seul.

Comment observer un travail solitaire et intellectuel dès lors que les activités sont situées dans la tête de l'acteur ? Ces activités ne constituent pas des « phénomènes publiquement disponibles<sup>59</sup> » (Dupret, 2006, p.189). Nous n'aurions donc pu observer que peu d'interactions et d'activités directement significatives, les magistrats étant seuls dans leur bureau, face à leur ordinateur, à leurs codes ou à

---

<sup>57</sup> Rares sont les décisions qui ne sont que dites. Elles sont souvent pérennisées dans des documents. Refaire le chemin de la décision nécessite un traçage de l'environnement matériel.

<sup>58</sup> Des travaux sociologiques se basent sur du matériau recueilli lors des délibérations et permettent de comprendre les interactions et les logiques d'actions qui président à la prise de décision judiciaire. Parmi ceux-ci, le travail de Frédéric Schoenaers (2005) distingue clairement trois modes délibératifs dans les juridictions du travail : l'argumentation, le marchandage et le vote.

<sup>59</sup> L'accountability est le caractère observable, dicible, rapportable des activités. C'est une propriété fondamentale de l'action qui permet aux acteurs d'accomplir leur travail et de se coordonner (Weller, 2011, p.352). « *Par descriptible (accountable), j'entends observable et rapportable, au sens où les membres disposent de leurs activités et situations à travers ces pratiques situées que sont voir et dire* » (Garfinkel, 2007 [1967], p.51).

leur dossier. En outre, si nous avons observé les magistrats en train de travailler, qu'aurions-nous appris sur la manière dont ils raisonnent pratiquement ? Nous avons donc récolté peu d'observations directes, au hasard d'entretiens ou de déambulations dans l'institution. Ayant groupé les entretiens – deux ou trois par jour –, nous passons donc toute la journée au Conseil d'État. Nous ne prétendons dès lors pas à une ethnographie du Conseil d'État, ne disposant pas d'observations directes des pratiques juridictionnelles en train de se faire.

Face à la difficulté de saisir le travail intellectuel et solitaire des magistrats, nous avons développé une approche méthodologique particulière. Afin de capturer ces pratiques matérielles et cognitives, nous avons réalisé des entretiens approfondis afin que les magistrats rendent compte de leurs pratiques matérielles et cognitives.

### 3.1. La méthode de récolte du matériau empirique : les entretiens approfondis

Notre méthodologie a essentiellement consisté en des « entretiens ethnographiques » (Beaud, 1996). Ce terme renvoie à des entretiens approfondis<sup>60</sup> qui doivent être ouverts, longs et enregistrés.

La situation d'entretien a amené les magistrats à opérer un retour réflexif sur leurs pratiques, telles qu'ils les accomplissent habituellement (et non telles qu'elles sont en train de se faire). L'entretien a, de cette manière, transformé un « *savoir non propositionnel* » (Ogien, 2007, p.148), c'est-à-dire un savoir que les individus détiennent sans le savoir ou sans le formuler explicitement, mais qui est central dans l'organisation de leurs pratiques, en un « *savoir propositionnel* » (ibid.), autrement dit, ce que les magistrats disent à propos de ce qu'ils font. Les entretiens permettent de saisir l'action par les descriptions et les justifications qu'en font les acteurs. Nous avons donc demandé aux magistrats de rendre compte de leurs pratiques quotidiennes, de les décrire et de les expliciter.

Pour tenter de réduire l'écart entre les activités « en train de se faire » observables et leur compte rendu *a posteriori*, nous avons évité de poser des questions qui amenaient le magistrat à livrer des « réflexions abstraites » (Barthélemy et Quéré, 2001, p.17). Les questions visaient à recueillir des accomplissements situés : opérations pratiques, méthodes, cas concrets, etc. L'ambition scientifique était d'étudier le raisonnement pratique pour lui-même, de comprendre son fonctionnement, plutôt

---

<sup>60</sup> « *L'entretien approfondi en enquête ethnographique est le plus souvent utilisé comme un pis-aller, une manière d'obtenir des informations et de points de vue sur un objet que l'on ne peut pas matériellement recueillir in situ par observation directe* » (Beaud, 1996, p.236).

que de tester la validité ou l'efficacité du raisonnement au regard de théories formelles ou de standards rationalisant.

Afin que les magistrats livrent des données et des récits pratiques, nous les avons interrogés sur leurs pratiques professionnelles les plus banales, les plus routinières, les plus anecdotiques. Pour saisir les opérations matérielles, les questions étaient essentiellement les suivantes : « Que faites-vous quand un nouveau dossier arrive sur votre bureau ? » ; « Qu'est-ce que vous lisez en premier ? » ; « Qu'est-ce que vous faites concrètement face à tel problème ? ». Toutes les questions sont basées sur les opérations concrètes, sur la concrétude des activités les plus banales, l'idée étant d'envisager tous les documents et de les faire parler.

Pour faire émerger discursivement les **opérations cognitives**, nous avons mis au point une méthodologie spécifique. Cette opération requiert, de la part du magistrat, un haut niveau de réflexivité et un franc parler qui autorise le récit de quelques cas déjà tranchés, sans crainte de trahir le secret du délibéré<sup>61</sup> ou son devoir de réserve. Afin d'aborder le raisonnement concret, nous avons tâché de recueillir les questionnements que les magistrats se posent en situation : « Qu'est-ce qui vous pose problème ? », « Qu'est-ce qui vous paraît difficile ? ». Rendre explicite les questionnements, c'est-à-dire les processus de raisonnement et particulièrement ce qui n'est pas évacué de manière routinière, permet de mettre le doigt sur certains points nodaux du raisonnement juridictionnel.

Ces entretiens devaient donc permettre d'explicitier l'implicite. Nous avons dès lors invité les auditeurs et conseillers à exposer et expliquer leurs pratiques professionnelles. Nous avons cherché à décrire comment les magistrats comprennent leurs propres activités. Pour ce faire, nous avons amené nos interlocuteurs à relater leurs pratiques afin qu'ils expliquent ce qu'ils font dans la quotidienneté de leurs tâches. Quels sont leurs routines de travaux, quels objets matériels « quelconques » mobilisent-ils pour catégoriser les dossiers (post-it, classements dans une pile, fluo,...) ? Quels outils de recherche de jurisprudence utilisent-ils ? Selon quelles pratiques cognitives sélectionnent-ils des précédents ? Comment lisent-ils les requêtes ? Quel style rédactionnel affectionnent-ils ?

La difficulté consistait donc de saisir discursivement les pratiques ordinaires qui, par définition, paraissent peu réfléchies aux yeux des magistrats et font partie des routines dont les magistrats n'ont

---

<sup>61</sup> L'obligation de maintenir le secret du délibéré est une obligation déontologique dont la violation peut entraîner des sanctions. Voir l'article de Paul Martens (2013) paru dans le Journal des Tribunaux qui met en balance l'organisation individualiste du travail juridictionnel et l'impératif de cohérence du droit atteint grâce à une éthique de la discussion.



pas nécessairement conscience. Un des leviers les plus intéressants de l'entretien ethnographique est **l'anecdote** (Beaud, 1996, p.242). Celle-ci permet de recueillir un certain nombre de pratiques sociales contextualisées. Cette manière de cadrer l'entretien a permis d'éviter l'écueil d'un matériau désincarné et des considérations abstraites, bien que celles-ci soient livrées spontanément par les magistrats en début d'entretien. Certaines assertions reviennent spontanément dans le premier quart d'heure de l'entretien. Ainsi, « je n'aime pas les principes généraux de droit », « on exerce un contrôle de légalité, pas d'opportunité », « on ne peut se substituer à l'autorité administrative », etc., permettent souvent aux magistrats de cadrer préalablement leur discours dans leur contexte institutionnel et professionnel.

Dès lors, raconter une simple anecdote permet à l'interviewé d'aborder des sujets plus sensibles sans devoir présenter un récit généralisable, ce qui réduit fortement l'autocensure et les cas typiques consensuels<sup>62</sup> qui laissent peu de place pour l'hésitation ou le particularisme. Dans le matériau recueilli, les anecdotes prenaient la forme de cas, de dossiers tranchés ou en cours d'examen<sup>63</sup>. Ces cas étaient présentés comme atypiques, difficiles, révélateurs ou suscitant questionnements ou hésitations. C'est à travers le récit de ces cas anecdotiques que la thèse a pu se construire. Les cas jugés délicats sont particulièrement intéressants pour l'observateur extérieur, car ils permettent de rendre explicites des éléments du raisonnement, qui sont par ailleurs indiscernables dans le récit rationalisant des pratiques. C'est la raison pour laquelle le matériau n'a pas subi de rationalisation *a posteriori*, afin qu'il puisse rendre compte des catégories indigènes qui sont celles-là même qui orientent les pratiques.

Cette manière d'envisager l'entretien n'était pas sans désarçonner certains magistrats décontenancés par la platitude de certaines questions. Spontanément, ils tendaient à évoquer des questions intellectuelles, mobilisaient des catégories juridiques structurant le droit administratif et des concepts de théorie du droit<sup>64</sup>. Si, au départ, relater leurs activités quotidiennes leur paraissait peu pertinent, ils ont manifesté très rapidement un intérêt pour la démarche sociologique qui rendait saillantes les zones grises du raisonnement juridique. A première vue, la discussion engagée ne correspondait pas à

---

<sup>62</sup> Nous verrons que les magistrats, dès qu'ils abordent la question du principe de proportionnalité, prennent comme exemple typique l'arrivée tardive sanctionnée par une révocation.

<sup>63</sup> Nous avons tenu à maintenir la confidentialité des propos recueillis. Ainsi, nous avons modifié les noms propres des magistrats ou des parties, certains termes qui permettaient d'identifier une affaire jugée, les dates ou tout élément du contexte qui permettrait de retracer le dossier concerné.

<sup>64</sup> Les magistrats nous ont permis de pénétrer les coulisses (Goffman, 1973) du Conseil d'Etat. Dans l'ambiance cossue des bureaux, pas de ton solennel, de propos fins et onctueux, de costume d'apparat, pas de formalisme discursif. L'échange est volontairement – dans le chef du sociologue, en tous cas – informel, quelques fois intime. Il consiste à expliquer le fonctionnement de l'institution, à partir d'expériences professionnelles et des sentiments éprouvés à propos de certaines affaires.

l'idée qu'ils se faisaient d'une thèse de doctorat en sociologie du droit. Quel était en effet l'intérêt pour le sociologue de savoir quels documents étaient lus en premier, comment les dossiers étaient hiérarchisés, comment les arrêts de jurisprudence étaient concrètement recherchés... La situation d'entretien était au départ assimilée à une discussion entre praticiens du droit – comme se présentaient la plupart des magistrats – et une juriste sociologue quelque peu excentrique. Une fois la surprise passée, lorsque les magistrats acceptaient de prendre un recul réflexif par rapport à leurs pratiques, ils paraissaient le plus souvent satisfaits de la tournure que prenait l'interaction d'entretien. Devant mettre en mots des pratiques routinières, les magistrats ont parfois pris conscience de leurs propres compétences, de la complexité des opérations qu'ils résolvent ordinairement, sans que ce savoir soit formalisé.

La méthode de récolte de données mise en œuvre s'écarte du projet ethnométhodologique qui fonde pourtant les postulats de la problématique convoquée. Les études ethnométhodologiques ont montré la marge qui existe entre la manière dont un acteur agit et la description qu'il donne de son action<sup>65</sup>. Toutefois, l'observation des interactions juridictionnelles, d'audiences ou de délibérations n'a pas été privilégiée pour les raisons expliquées plus haut. Le travail intellectuel ne peut être saisi qu'à travers sa formalisation, son inscription dans des supports écrits – difficilement accessibles de manière systématique<sup>66</sup>. Souhaitant rendre compte du processus décisionnel, nous avons souhaité embrasser l'ensemble des opérations, y compris les opérations cognitives inobservables.

Malgré toutes les précautions prises, le matériau recueilli a subi le passage narratif. Il est donc reconstruit par les magistrats et par le sociologue qui veut en rendre compte.

### 3.2. Le matériau recueilli

Notre matériau est essentiellement constitué d'entretiens et de documents écrits (arrêts et rapports de l'auditorat).

---

<sup>65</sup> Selon Barthélemy et Quéré (2007, p.14) qui introduisent les études en ethnométhodologie de Garfinkel (2007 [1967]), les descriptions des activités ne sont pas des comptes-rendus fidèles. Par conséquent, les comptes rendus *ex post* de l'activité ne peuvent servir de base pour reproduire les activités.

<sup>66</sup> Notre incursion dans la plus haute juridiction administrative a été diversement appréciée. Lorsque nous souhaitions prendre connaissance des documents intermédiaires que constituaient les rapports des auditeurs, les requêtes des parties ou les dossiers administratifs, nous étions confrontés aux réticences des magistrats qui souhaitaient que nous recueillions les autorisations formelles préalables des différentes parties au litige. Devant l'ampleur des démarches procédurales que nécessitait l'analyse intertextuelle des écrits de procédures, comme l'a fait Baudouin Dupret dans sa thèse, nous avons opté pour des entretiens approfondis.

Nous avons rencontré quelques auditeurs de la « section législation », ainsi que la plupart des auditeurs et des conseillers de la section du « contentieux administratif ».

Par conséquent, de 2007 à 2012, nous avons rencontré trente-six auditeurs (trente-deux de la section contentieux et quatre de la section législation), dix-neuf conseillers francophones et un conseiller néerlandophone, ainsi que deux attachés juristes. Au total nous avons effectué cinquante-sept entretiens approfondis.

La durée des entretiens était variable. Les entretiens les plus courts duraient une heure trente et les plus longs trois heures. Ils se sont déroulés, en grande majorité, dans le bureau du magistrat qui nous accueillait. Ils ont été intégralement retranscrits pour être par la suite interprétés.

A l'occasion de ces entretiens, certains magistrats nous ont remis des documents. Il s'agissait le plus souvent d'arrêts du Conseil d'État, mais également d'articles de doctrine, de quelques rapports, ce qui nous a permis « d'objectiver<sup>67</sup> » certaines informations données à cette occasion.

### 3.3. La posture méthodologique et épistémologique adoptée

L'ethnométhodologie est présente de manière diffuse dans le travail car elle est à l'origine des paradigmes que nous mobilisons (principalement, la sociologie de l'action située et la praxéologie du droit). La méthodologie ne peut toutefois se prétendre d'une ethnométhodologie ; mais cette posture de recherche a largement inspiré tant nos réflexions que notre épistémologie.

#### **Prendre la parole de l'acteur au sérieux : l'idiote culturel<sup>68</sup>**

La réhabilitation du point de vue de l'acteur n'est pas l'apanage de l'ethnométhodologie. Au contraire du positivisme sociologique<sup>69</sup> qui prétend offrir une compréhension du fait social supérieure à celle des membres de la société, la sociologie compréhensive webérienne accordait déjà le primat méthodologique aux actions, choix, décisions, motivations, attitudes et croyances des acteurs qui constituent les causes réelles des phénomènes sociaux (Bourricaud, 1975). Héritier de Weber, Boudon,

---

<sup>67</sup> L'objectivation se rapporte non pas à la triangulation d'informations visant à valider le discours des acteurs, mais permet de percevoir comment les pratiques décrites s'inscrivent dans des objets, comment elles sont formalisées dans des documents.

<sup>68</sup> Pour un résumé critique de cette figure de l'acteur, voir R. Ogien (2001).

<sup>69</sup> Les sociologues positivistes que Travers (2001) oppose aux sociologues interprétativistes proposent un savoir scientifique qui est en rivalité avec le « *savoir de sens commun, sur lequel ils jettent un regard ironique* » (Travers, 2001, p.351).

en développant le paradigme de l'individualisme méthodologique, postule également que les phénomènes sociaux ne peuvent être compris qu'à partir du sens que les acteurs donnent à leurs actions (Boudon, 2003). Boltanski et Thévenot (1991) sont également attentifs au point de vue de l'acteur appréhendé comme un individu compétent engagé dans des procédures de justification.

Ces approches accordent une attention particulière à la parole de l'acteur – à leurs raisons, à leurs justifications – mais celle-ci n'est toutefois pas suffisante pour rendre le phénomène social intelligible. Les descriptions des acteurs sur ce qu'ils font sont prises au sérieux. La conceptualisation sociologique constitue alors un adjuvant nécessaire pour comprendre les descriptions produites par les acteurs<sup>70</sup>. Ainsi, les idéaux-types, les types de rationalité, les régimes de justification permettent au sociologue d'apporter les clés de compréhension et d'objectivation du phénomène observé qui, sans cela, serait incapable de produire une vérité scientifique. La restitution de leur discours sert à illustrer une explication qui émane du chercheur lui-même.

L'ethnométhodologie ne se préoccupe pas d'interpréter des signes observables des pratiques. « *Les pratiques locales accomplies ne sont pas des textes symbolisant des « significations » ou des événements. Considérées dans leurs détails, elles sont identiques à elles-mêmes et ne représentent rien d'autre* » (Garfinkel, 2001 [1996], p.36). Dans ce sens, la posture ethnométhodologique réhabilite « radicalement<sup>71</sup> » le point de vue de l'acteur, non pas seulement à des fins méthodologiques de récolte de données mais également à des fins épistémologiques de production du savoir. Cette approche plus radicale consiste à prendre le discours des acteurs comme catégories structurantes de leurs activités pratiques. Le sociologue abandonne alors sa position de surplomb censée lui conférer un accès privilégié à la vérité par la critique ou la déconstruction des descriptions du phénomène, faites par les acteurs concernés. Dans cette perspective, le savoir sociologique est le résultat d'un travail de co-construction entre les acteurs et le sociologue. Dès lors, le rôle de ce dernier évolue sensiblement. « *Il n'est plus là pour répondre magistralement aux attentes suscitées par ses analyses mais pour entrer dans un débat avec des acteurs dont on parie à présent sur la capacité d'argumenter et de produire des connaissances* » (Vrancken, 2001, p.254). C'est le parti soutenu dans ce travail.

---

<sup>70</sup> C'est en ce sens que Garfinkel parle de l'« idiot culturel ». Il désigne sous ce terme « *l'homme-dans-la-société-des-sociologues : il produit les traits stables de la société en se conformant à des alternatives d'action préétablies et légitimes, fournies par la culture commune* » (Garfinkel, 1976 [2007], p.137).

<sup>71</sup> Voir De Fornel M., Ogien A. et Quéré L., *L'ethnométhodologie. Une sociologie radicale. La découverte*, 2001.

Afin d'être au plus près des descriptions des acteurs, il paraissait évident de faire figurer massivement les extraits d'entretiens<sup>72</sup>. De la même manière, nous avons tenu à conserver les termes utilisés par les magistrats pour rendre compte de leurs activités. « *Le retour du point de vue indigène se traduit par le refus d'une correction des catégories sociales courantes. [...] l'accès au monde social se fait au moyen des catégories présentes dans le langage quotidien des indigènes, aussi bien en contexte ordinaire qu'en contexte institutionnel* » (Conein, 2005, p.71). Ainsi les expressions qui désignent les phénomènes observés, les opérations accomplies, les catégories pratiques sont des catégories qui émanent du terrain.

Les magistrats connaissent mieux le Conseil d'Etat que n'importe quel chercheur. L'objectif de cette contribution scientifique réside dans la mise en lumière de la manière dont les magistrats comprennent leurs propres pratiques décisionnelles. Le défi intellectuel est de rendre compte de la réalité observée le plus fidèlement possible tout en rendant le processus intelligible pour les personnes qui n'appartiennent pas à l'institution. Afin d'amoindrir le fossé entre les théorisations académiques et les expériences pratiques du terrain, nous avons tenté de défendre une approche pragmatique.

Quel est dès lors l'apport d'un tel travail pour les magistrats du Conseil d'Etat ? Bien que le point de vue de l'acteur est premier et est la base de la compréhension du phénomène étudié, les magistrats et le chercheur n'entretiennent pas le même rapport à l'égard du processus décisionnel. Les magistrats sont directement engagés dans l'action et sont conscients de leur point de vue contextualisé. Le chercheur a un rapport d'extériorité à l'égard de l'action étudiée. En outre, en multipliant les observations et entretiens, le chercheur diversifie les contextes d'action, afin de proposer une analyse qui reprend, sous les traits d'un processus et des manières typiques de fonctionner, les pratiques qui ont cours au Conseil d'Etat.

---

<sup>72</sup> La place que prennent ces extraits est conséquente ; c'est pourquoi, afin de faciliter la lecture en les identifiant précisément, les extraits apparaissent en retrait du corps de texte, dans une taille de police plus petite.

## 4. Le plan de thèse

Entre la vision du travail juridictionnel mécanique, imprégnée de catégories juridiques binaires et de faits objectifs, et celle portée, entre autres, par le réalisme juridique<sup>73</sup>, nous empruntons la voie médiane qui consiste à prendre acte du **contexte** réel de l'action juridictionnelle et à décrire la manière dont les magistrats s'orientent pratiquement vers les catégories juridiques qu'ils considèrent comme objectives<sup>74</sup>, vers le respect de la procédure, vers la conception qu'ils se font du travail administratif raisonnable, vers les routines d'action qui leur permettent de résoudre les problèmes quotidiens. En d'autres termes, l'activité juridictionnelle n'est ni une entreprise mécanique opérée par un juge, bouche de la loi, ni une opération guidée par l'arbitraire du juge créateur.

L'objet d'étude est donc bien la décision mais la décision **pratique**, telle qu'elle se déploie dans des cours d'action. La décision ne porte pas tant sur des perceptions, des intentions ou des significations que sur des pratiques concrètes consistant en autant d'opérations pratiques qui s'enchaînent (Ogien et Quéré, 2005, p.101).

Comment les décisions se forment-elles dans l'enceinte de la plus haute juridiction administrative ? Comment se déploie l'activité juridictionnelle au Conseil d'Etat, activité qui se clôture par la rédaction de l'arrêt ? Telles sont les questions qui nous accompagneront tout au long de ce travail. La décision se trouve au cœur du travail de thèse et ce, à deux niveaux. Premièrement, nous étudions le processus décisionnel à l'œuvre au Conseil d'Etat. Deuxièmement, ce processus décisionnel se construit autour de la validation de l'acte administratif, objet du recours administratif, qui constitue la formalisation du processus décisionnel émanant de l'administration. La décision prise par l'autorité administrative constitue l'objet du jugement de droit, celui-ci se prononçant sur la légalité de l'acte administratif. La

---

<sup>73</sup> Selon Aude Lejeune, « *Les réalistes proposent d'appréhender les rapports entre droit et société d'une manière tout à fait inédite. Avec eux, le droit cesse d'être un savoir scientifique autonome pour devenir le produit d'actions humaines, guidées par la poursuite d'intérêts ou de valeurs. Suivant cette idée, le réalisme s'attache à mettre en avant le caractère politique des décisions judiciaires (Miller, 2009). Par ailleurs, le modèle traditionnel de l'autonomie du droit prôné par les formalistes est ainsi mis en cause au profit d'une vision instrumentale du droit qui renvoie à une intégration des aspirations juridiques et politiques afin que le droit réponde aux besoins sociaux (modèle de la Sociological jurisprudence, appelé plus tard Responsive law) (Nonet et Selznick, 2001, p. 51 ; Shamir, 1995, p. 135-149). Le droit est alors envisagé comme un outil de transformation du social et du politique* » (Lejeune, 2011, p.219).

<sup>74</sup> La perspective adoptée est toujours celle de l'acteur. Comment ce dernier comprend-il et décrit-il ses propres actions ? L'objectivité des catégories juridiques n'est ni postulée, ni décrétée par l'observateur mais est relayée par le chercheur parce qu'elle a été décrite comme telle par les acteurs.

décision est donc omniprésente dans ce travail, qu'il s'agisse de la décision du Conseil d'Etat, ou de la décision contestée de l'autorité administrative.

Pour comprendre comment l'arrêt du Conseil d'Etat se forme, nous adopterons successivement deux problématiques qui se veulent complémentaires. Nous envisagerons la décision en train de se construire via l'étude du processus décisionnel à l'œuvre au Conseil d'Etat dans le deuxième chapitre. Nous déroulerons le processus décisionnel du moment où la requête arrive sur le bureau de l'auditeur jusqu'au moment où l'arrêt est prononcé. Le processus décrit a été élaboré sur base des événements répétitifs et des activités qui constituent les routines des magistrats (Coulon, 2007 [1987]).

Ensuite, dans le troisième chapitre, nous tenterons d'analyser les ressorts de l'action selon une approche praxéologique en explicitant un moment nodal du processus décisionnel : l'interprétation de la décision administrative litigieuse selon la référence au raisonnable.

Enfin, le dernier chapitre synthétisera les apports de la thèse à la problématique du raisonnement juridictionnel. Nous verrons que les savoirs juridiques (Atias, 1994) et les savoirs professionnels (Freidson, 1984) permettent de rendre compte de la dimension collective du jugement de droit. Sera interrogé le lien qu'entretiennent savoirs experts et savoirs profanes dans le monde juridictionnel.

Avant d'aborder la question du processus décisionnel, nous brosserons à grands traits le contexte dans lequel s'élabore l'arrêt dans un premier chapitre consacré à la contextualité de l'action juridictionnelle.





## CHAPITRE 1 – LE CONSEIL D’ÉTAT. QUELQUES ÉLÉMENTS DE CONTEXTUALISATION

---

Le travail juridictionnel se déploie dans un contexte institutionnel et procédural qui le façonne. Ce contexte institutionnel définit un certain nombre de contraintes et d’objectifs dont doivent tenir compte les acteurs du recours administratif.

Cette section vise à présenter<sup>75</sup> la plus haute juridiction administrative afin que le lecteur puisse situer les développements ultérieurs. Comprendre le processus décisionnel d’une juridiction nécessite d’avoir une vision claire de la procédure qui organise ce dernier.

L’article 160 de la Constitution stipule qu’« *Il y a pour toute la Belgique un Conseil d’État, dont la composition, la compétence et le fonctionnement sont déterminés par la loi. Toutefois, la loi peut attribuer au Roi le pouvoir de régler la procédure conformément aux principes qu’elle fixe.*

*Le Conseil d’État statue par voie d’arrêt en tant que juridiction administrative et donne des avis dans les cas déterminés par la loi. »*

Une double mission a été confiée au Conseil d’État, organisé en deux sections<sup>76</sup> : la section de législation est le conseiller juridique des assemblées législatives et des gouvernements ; elle donne des avis juridiques sur les divers projets de textes législatifs et réglementaires que ceux-ci lui soumettent. La section du contentieux administratif – anciennement appelée section d’administration – est une juridiction administrative. Notre objet porte sur cette mission contentieuse dont voici quelques éléments structurants.

---

<sup>75</sup> Cette présentation se base sur les témoignages des magistrats ainsi que sur les informations disponibles sur le site officiel du Conseil d’État.

<sup>76</sup> Article 1 des Lois coordonnées sur le Conseil d’État du 12 janvier 1973, M.B., 21.03.1973, p. 3461.

# 1. Présentation de la section du contentieux du Conseil d'État comme objet d'étude

Le Conseil d'État est la plus haute juridiction administrative de notre pays. Elle connaît principalement des recours en suspension et en annulation des actes administratifs, ainsi que des recours en cassation des décisions des juridictions administratives.

C'est une institution fédérale unique et donc bilingue. Le présent travail s'appuie uniquement sur les descriptions recueillies auprès des conseillers et auditeurs francophones.

## 1.1. Le contentieux administratif : compétences

Le Conseil d'État a pour principale mission juridictionnelle de suspendre<sup>77</sup> et d'annuler<sup>78</sup> les actes administratifs, individuels ou réglementaires, contraires au droit en vigueur. L'article 14 des Lois Coordonnées sur le Conseil d'État du 12 janvier 1973 dote ce dernier de la mission de contrôler la légalité des actes administratifs. Il doit répondre à la question de savoir si un acte administratif est – ou non – conforme aux normes qui lui sont supérieures. La compétence du Conseil d'État est donc limitée au « contentieux objectif<sup>79 80</sup> ». « *Le législateur voulait surtout créer une nouvelle catégorie de litiges : un contentieux, dit "objectif", dirigé contre les actes administratifs, fondé non pas sur la lésion*

---

<sup>77</sup> Selon le premier paragraphe de l'article 17 des lois coordonnées sur le Conseil d'État du 12 janvier 1973, « lorsqu'un acte ou un règlement d'une autorité administrative est susceptible d'être annulé en vertu de l'article 14, §§ 1 et 3, le Conseil d'État est seul compétent pour ordonner la suspension de son exécution. » Le deuxième paragraphe du même article dispose que « la suspension de l'exécution ne peut être ordonnée que si des moyens sérieux susceptibles de justifier l'annulation de l'acte ou du règlement attaqué sont invoqués et à condition que l'exécution immédiate de l'acte ou du règlement risque de causer un préjudice grave difficilement réparable. »

<sup>78</sup> Au terme de l'article 14 des lois coordonnées sur le Conseil d'État, la section du contentieux statue par voie d'arrêts sur les recours en annulation pour violation des formes soit substantielles, soit prescrites à peine de nullité, excès ou détournement de pouvoir, formés contre les actes et règlements des autorités administratives.

<sup>79</sup> Notons que la distinction qu'a faite la doctrine entre le contentieux objectif et le contentieux subjectif a été établie au moment de la création du Conseil d'État afin de contourner la contrariété aux articles 144 et 145 de la Constitution, qui prescrivent que les contestations relatives aux droits civils et politiques sont uniquement de la compétence des Cours et tribunaux. En distinguant contentieux subjectif et contentieux objectif, la doctrine évitait l'inconstitutionnalité du Conseil d'État puisqu'il ne connaissait pas des litiges relatifs aux droits civils et politiques, mais bien des conflits sur l'acte administratif en lui-même. Ce partage de compétences entre les juridictions judiciaires et la juridiction administrative paraît un peu artificiel. On comprend dès lors qu'elle s'adapte mal aux évolutions que connaît le contentieux administratif. Cette dichotomie entre contentieux objectif et contentieux subjectif sera encore moins nette suite à la réforme du Conseil d'État, qui, selon la Libre Belgique du 13 septembre 2013, consacrera la possibilité pour la plus haute juridiction administrative d'octroyer des « indemnités réparatrices tenant compte des intérêts publics et privés ».

<sup>80</sup> « *Le recours en annulation se situe sur le plan du droit objectif, locution qui désigne globalement l'ensemble des règles de droit applicables dans un territoire ou à un ensemble de situations déterminés. La question que tranche le juge, c'est de savoir si un acte administratif ou un règlement est ou n'est pas compatible avec l'ensemble des règles qui se trouvent dans cet arsenal juridique* » (Leroy, 2004, p.89).

*d'un droit "subjectif", mais bien sur l'existence d'un simple intérêt à voir restaurer la légalité »* (Pâques et Donnay, 2008, p.14). Au contentieux de l'excès de pouvoir, la pratique juridictionnelle est formellement circonscrite au contrôle de la légalité. Il s'agit d'un procès fait à un acte et non pas d'un procès fait à une partie (Leroy, 2004). Le Conseil d'État ne peut se prononcer sur des litiges portant sur des droits civils.

Notons enfin que le Conseil d'État est également le juge de cassation et connaît par conséquent des recours contre les décisions des juridictions administratives inférieures. Celles-ci, pouvant se prononcer sur des contestations qui portent sur des droits civils et politiques, le Conseil d'État, se prononce sur ces droits (Leroy, 2004).

## 1.2. L'organisation (conseillers, auditeurs et attachés juristes)

Deux corps de magistrats composent le Conseil d'État : les auditeurs qui instruisent les dossiers et rendent un avis et les conseillers qui, dans le cadre du contentieux administratif, tranchent le litige. Ils sont aidés par les attachés juristes. Enfin, le greffe réceptionne les documents relatifs aux procédures en cours ou à venir, y appose date certaine et distribue les documents aux magistrats compétents.

### 1.2.1. Les auditeurs

L'auditorat est composé d'un auditeur général, d'un auditeur général adjoint, de quatorze premiers auditeurs « chef de section » et de soixante-quatre premiers auditeurs, auditeurs ou auditeurs adjoints. La carrière de magistrat à l'auditorat commence par une nomination en qualité d'auditeur adjoint, après avoir réussi le concours.

#### 1.2.1.1. Les compétences

À la section du contentieux administratif, les membres de l'auditorat sont chargés d'instruire la demande. Ils rédigent un rapport sur l'affaire et rendent un avis en séance publique, à la fin des débats. L'avis de l'auditeur n'est pas contraignant. Il permet d'éclairer la chambre dans son délibéré.

Les conseillers se positionnent par rapport à cet avis. Le caractère conforme ou contraire de l'avis est uniquement tributaire du dispositif. En effet, trois cas de figure peuvent se présenter :

1) la solution adoptée par les conseillers change radicalement. L'**avis** est alors dit « **contraire** ». La chambre n'est pas du tout d'accord avec la solution que l'auditeur propose. Les avis contraires sont largement minoritaires. Les arrêts rendus sur avis contraires sont généralement liés à des questions juridiques avec une marge d'appréciation importante (concepts à contenus variables, questions de légalité interne, etc.). Les auditeurs affirment généralement qu'ils s'attendaient à voir prononcer un arrêt sur avis contraire, n'étant pas eux-mêmes certains de la solution proposée.

« Un avis contraire parce que le dossier n'est pas blanc, n'est pas noir, est vraiment gris, qu'on peut aller dans les deux sens, qu'on peut penser deux choses et qu'à un moment il faut bien trancher et qu'on le fait par rapport à sa sensibilité, ça m'est arrivé, je me suis pris un **avis contraire**. Quelque part, je m'y attendais parce que j'ai peut-être été un peu moins légaliste. » (Auditeur 9, p.21)

2) la solution proposée par le conseiller rapporteur est la même que celle proposée par l'auditeur. Le résultat est le même, mais le raisonnement pour y parvenir est différent. L'**avis** est **conforme**, mais le chemin intellectuel n'est pas identique.

« Je me souviens d'un cas où j'avais estimé que le Conseil d'État était **compétent** pour en connaître, les moyens je les avais tous rejetés, le Conseil d'État s'est déclaré **incompétent**, l'avis est **conforme**. Ici on va encore plus loin parce que nous sommes d'accord pour dire que le moyen est infondé, mais nous n'avons pas tenu le même raisonnement pour y arriver. » (Auditeur 11, p.9)

3) la chambre est d'accord avec la solution et avec le raisonnement proposé par l'auditeur (« vrais » **avis conformes**). Il peut y avoir un travail de réécriture, mais cela consiste en un exercice de style afin d'atteindre les qualités de concision et de cohérence recherchées par les conseillers.

### *1.2.1.2. L'organisation des sections<sup>81</sup>*

Les auditeurs sont répartis au sein de l'auditorat dans des sections spécialisées par matières<sup>82</sup>. Il y a une section « urbanisme et environnement », une section « étrangers et autres matières », une section « affaires générales » et deux sections « fonction publique ». Les matières attribuées à chacune de ces sections sont les suivantes.

---

<sup>81</sup> L'organisation des sections de l'auditeur et des chambres du Conseil sont tributaires des entretiens réalisés de 2007 à 2012. Il se peut que des matières aient été transférées et que l'organisation ait changé depuis lors.

<sup>82</sup> L'institution tente de trouver un équilibre toujours fragile entre, d'une part, la spécialisation des magistrats permettant une certaine efficacité dans le traitement des dossiers par l'expertise accumulée au fil des années d'expérience et, d'autre part, l'attrait pour les nouvelles matières qui permettent au magistrat d'éviter la routinisation du travail et « l'abattage » des dossiers qu'elle peut entraîner.

La première section est chargée de rendre des avis dans le cadre la mission « législation » du Conseil d'État. Elle n'est pas étudiée dans le cadre du présent travail.

La **deuxième section** de l'auditorat, intitulée la section des affaires générales, a une compétence supplétive. Elle s'occupe des matières qui ne sont pas spécifiquement attribuées aux autres sections. Ces matières sont très variées : sécurité sociale, marchés publics, port d'armes, police économique (régulation dans le secteur de la distribution d'énergie, de la téléphonie, etc.), professions réglementées (accès à certaines professions, retrait d'autorisations, etc.), radiodiffusion, etc. Généralement, lorsqu'une nouvelle législation apparaît , elle est d'abord attribuée à la deuxième section. Les compétences n'étant pas immuables, les matières peuvent être ventilées différemment entre les différentes sections au fil du temps.

La **troisième section** connaît du contentieux de l'urbanisme et de l'environnement en Régions wallonne et bruxelloise. Suivant la Région, le contentieux diffère puisque les textes applicables ne sont pas les mêmes. Il y a, par exemple, deux codes d'aménagement du territoire (CWATUP pour la Région wallonne et COBAT pour la Région bruxelloise). Ce contentieux est relativement mouvant : les prescriptions légales ne sont pas figées. Au gré des modifications législatives, qui sont nombreuses, de nouveaux contentieux apparaissent et d'autres disparaissent. En urbanisme, peut-être plus que dans les autres sections, une étape incontournable et qui prend parfois beaucoup de temps est celle de l'état de la législation : les auditeurs doivent rechercher quel était le droit applicable au moment où l'acte a été adopté. Pour ce faire, le bureau de coordination a créé une banque de données reprenant les évolutions des textes légaux.

D'un point de vue procédural, le contentieux de l'urbanisme et de l'environnement connaît beaucoup de recours en suspension (référés classiques ou en extrême urgence) vu la nature du contentieux. C'est globalement un contentieux d'autorisation préalable : l'administration délivre des permis (permis d'urbanisme, permis de lotir, permis d'exploiter, permis de démolition de maisons classées, permis d'abattage, permis d'environnement, etc.). Lorsque le permis commence à être exécuté, il faut agir vite. Par conséquent, le traitement des dossiers du contentieux ordinaire est ralenti puisque les suspensions ont la priorité.

Les **quatrième** et **cinquième sections** sont chargées du contentieux de la fonction publique : locale et communale (pouvoirs locaux) pour la quatrième et État fédéral et entités fédérées pour la cinquième qui est également chargée des statuts spéciaux (enseignement communauté française), de la police (fédérale et locale) et de l'armée. Dans cette section, chaque auditeur est spécialisé.

En fonction publique, le contentieux est typiquement composé des sanctions administratives (contrôle de l'adéquation de la sanction par rapport aux faits commis par l'agent), des promotions (comparaison des titres et mérites), du signalement et des nominations (comparaison des titres et mérites). Le pouvoir normatif du Conseil d'État est particulièrement visible dans la quatrième section.

« On a par exemple en fonction publique une jurisprudence qui est très exigeante à cet égard, en matière de respect des principes, on va dire des droits de la défense mais voilà... Et des jalons qui se sont posés clairement au fur et à mesure, pour déterminer notamment en matière disciplinaire, la manière dont les procédures devaient se dérouler, et on est très exigeant, là où les textes finalement étaient eux plutôt silencieux. » (Auditeur 2, p.5)

La **sixième section** connaît du contentieux des étrangers et « autres matières ». Cette section s'est historiquement occupée du contentieux des étrangers (demandes d'asiles, etc.). Depuis 2007, une juridiction indépendante, le Conseil du Contentieux des Etrangers, a été créée et est chargée de traiter ce contentieux. Le Conseil d'État demeure compétent pour connaître des recours en cassation administrative des décisions du Conseil du Contentieux des Etrangers. Depuis fin 2011, l'arriéré en matière d'étranger a été apuré. La 6<sup>ème</sup> section disposait alors de ressources humaines non entièrement exploitées, ce qui a occasionné quelques transferts de matières entre sections. Les auditeurs concernés sont désormais compétents pour connaître, outre des recours en cassation et des actes réglementaires en matière de droit des étrangers, du contentieux pénitentiaire, de l'enseignement, de la fonction publique « justice » – nomination des magistrats, greffiers, personnel de justice, huissiers – et des changements de noms.

## 1.2.2. Les conseillers d'État

Les conseillers d'État sont au nombre de quarante-quatre membres, nommés à vie. Il y a un Premier Président, un Président, quatorze Présidents de chambre et vingt-huit conseillers.

La moitié des conseillers vient de l'auditorat, tandis que l'autre moitié est composée de personnes extérieures au Conseil d'État (avocats, membres du personnel académique, fonctionnaires, etc.), qui, contrairement aux auditeurs, n'ont pas présenté d'examen. Les conseillers sont en outre étiquetés politiquement. Cette double mixité est vécue comme une richesse au sein du Conseil d'État.

Institution unique, le Conseil d'État est organisé en deux rôles linguistiques : un rôle francophone et un rôle néerlandophone. Il existe également une chambre bilingue, la 5<sup>ème</sup> chambre. Le rôle

francophone<sup>83</sup> compte six conseillers dans la section de législation et seize conseillers dans la section du contentieux.

Les matières attribuées à chacune des cinq chambres francophones sont les suivantes.

La **6<sup>ème</sup> chambre** s'occupe principalement de la sécurité sociale et de la santé publique, des marchés publics, des ordres professionnels, de la police administrative générale (c'est-à-dire essentiellement les pouvoirs des bourgmestres). C'est une chambre « fourre-tout » en ce sens qu'elle connaît des matières qui ne sont pas spécifiquement attribuées aux autres chambres. Cela peut être par exemple l'énergie, le tourisme, le logement ou encore l'expropriation. Les conseillers, qui la composent, sont spécialisés.

La **8<sup>ème</sup> chambre** est compétente pour le contentieux de la fonction publique<sup>84</sup>.

La **11<sup>ème</sup> chambre** connaît des recours en cassation à l'encontre des décisions du Conseil du Contentieux des Etrangers, ainsi que des décisions dans le domaine de la justice et du contentieux scolaire. Ce dernier est constitué des recours des élèves et des étudiants contre les décisions des établissements scolaires les concernant. Les recours des enseignants relèvent par contre du contentieux de la fonction publique. Enfin, le contentieux « justice » traite des recours dirigés contre les arrêtés d'extradition ainsi que des recours qui sont formés contre les sanctions disciplinaires prises à l'égard des détenus.

La **13<sup>ème</sup> chambre** s'occupe du contentieux d'urbanisme et d'environnement en Région wallonne.

La **15<sup>ème</sup> chambre** est compétente pour les questions d'urbanisme et d'environnement en Région bruxelloise ainsi que pour les matières économiques (contrôle des assurances, distribution d'énergie, mutuelles, taxis, etc.). Elle a également dans ses attributions, la matière de la fiscalité (c'est-à-dire

---

<sup>83</sup> Il y a également une chambre bilingue et une chambre de langue allemande.

<sup>84</sup> En 1997, a eu lieu une restructuration du Conseil d'État avec une augmentation du cadre et des conseillers sont venus renforcer l'équipe existante. Le premier président a chargé Jean-Claude Geus, alors conseiller, de réorganiser les chambres, leur composition, et leurs compétences. À cette époque, le contentieux de la fonction publique était réparti entre les différentes chambres, ce qui induisait des divergences de jurisprudence. Jean-Claude Geus a donc proposé que la 8<sup>ème</sup> chambre soit chargée des affaires concernant la fonction publique. Il est d'ailleurs devenu président de cette section. La chambre a connu une dynamique novatrice. Les conseillers ont fait l'inventaire de la jurisprudence qu'ils estimaient inadéquate. À force de réunions préparatoires, cette jeune chambre a fixé les lignes directrices d'une jurisprudence beaucoup plus protectrice des droits des fonctionnaires.

principalement les recours contre les règlements locaux en matière de taxes), la détention d'armes et l'audio-visuel.

### 1.2.3. Les attachés juristes

Les attachés juristes ont été engagés pour faire face à l'arriéré considérable causé par le contentieux des étrangers. Ils travaillaient avec les auditeurs de la section étrangers et rédigeaient des projets de rapports que les auditeurs avalisaient. Cet arriéré résorbé, les attachés juristes ont été affectés à d'autres sections de l'auditorat et assistent également certains conseillers.

## 2. Les procédures contentieuses au Conseil d'État

La requête est l'acte par lequel un recours est introduit devant le Conseil d'État. La voie procédurale suivie par un recours dépend de celle-ci.

Il existe trois types de requêtes : la **requête** « classique » en **annulation**, la **requête unique** – en suspension et en annulation, la première ne pouvant être envisagée sans la seconde – laquelle contient des considérations relatives au risque de préjudice grave difficilement réparable et, enfin, la **requête en extrême urgence**.

Dans une première section, nous envisagerons chacune de ces différentes procédures. Ensuite, nous examinerons particulièrement le rôle de l'article 93 du règlement de procédure qui permet de raccourcir, voire d'évincer, certaines procédures. Enfin, nous aborderons les manières de clore une procédure.

### 2.1. Les différentes voies procédurales

Les dossiers au Conseil d'État peuvent emprunter trois chemins procéduraux : la voie de l'annulation, celle de la suspension et celle de la cassation. Au sein de ces procédures, l'article 93 permet des raccourcis procéduraux.



## 2.1.1. Le recours en annulation

La procédure au Conseil d'État est écrite. L'audience y occupe originellement<sup>85</sup> une place relativement réduite. Dès lors, les documents sur lesquels les magistrats travaillent s'avèrent très importants.

Nous examinerons, dans un premier temps, les documents qui fondent et permettent le recours en annulation. Nous nous pencherons ensuite sur les différentes règles qui organisent le recours en annulation au Conseil d'État, celles-ci ayant de nombreuses interactions avec la procédure en suspension.

Les différents documents qui sont liés à une affaire particulière sont la requête, le dossier administratif, le mémoire en réponse de l'autorité administrative dont la décision est attaquée, le mémoire en réplique du requérant, le rapport de l'auditeur, les derniers mémoires, le projet d'arrêt et l'arrêt.

Ces documents ont divers degrés de publicité. Certains d'entre eux sont des documents de travail internes au Conseil d'État, tel que le projet d'arrêt. D'autres documents ont une publicité restreinte. Ils seront lus par les parties à la cause et par les magistrats en charge du dossier. Il s'agit de la requête, des mémoires des parties, des dossiers de pièces – dossier administratif ou dossier de la partie requérante –, et du rapport de l'auditeur<sup>86</sup>. Enfin, l'arrêt rendu par le Conseil d'État est public<sup>87</sup>. Toute personne peut, se rendant sur le site du Conseil d'État, prendre connaissance des arrêts rendus par celui-ci.

Examinons chacun des documents qui constituent les objets de travail du magistrat au cours de l'affaire traitée.

---

<sup>85</sup> Nous verrons qu'en fonction de la procédure suivie, l'audience occupera une place plus ou moins importante. C'est particulièrement le cas dans la récente procédure en extrême urgence.

<sup>86</sup> Il peut arriver que certains rapports soient publiés dans des revues juridiques, avec ou sans l'accord de l'auditeur. Ce derniers cas de figure, s'il existe, demeure cependant marginal.

<sup>87</sup> Les régimes d'action liés à ces documents diffèrent. Si les régimes d'actions qui accompagnent les documents internes et à publicité restreinte sont « dyadiques » (Cardon *et al.*, 1995-a, p.6) en ce sens qu'ils renvoient à des situations où les acteurs se coordonnent sans faire référence à un Tiers, les documents publics renvoient à un régime d'action « triadique » puisque, outre la présence des interactants, ils réclament la présence d'un Tiers autre que les acteurs impliqués dans le régime d'action. Seules les situations triadiques peuvent, selon les auteurs, être appelées situations publiques.

### **a) La requête**

La requête est rédigée par la partie requérante, c'est-à-dire la partie qui met en cause la légalité de l'acte administratif.

Il n'y a pas de formalisme à respecter, mais, pour être recevable, une requête doit rencontrer un certain nombre de conditions strictes. Elle doit être signée par le requérant ou son avocat, elle doit contenir un certain nombre de mentions et doit indiquer :

- l'identité du requérant et de la partie adverse (l'administration mise en cause) ;
- l'objet de la demande, c'est-à-dire l'acte dont le requérant demande l'annulation.

Elle doit également contenir un exposé des faits et des moyens, c'est-à-dire indiquer les règles de droit qui ont été enfreintes et la manière dont elles l'ont été. « *Quand une même disposition ou un même groupe de dispositions est, selon le requérant, violée à plusieurs titres, un moyen se divise en « branches »* » (Leroy, 2004, p. 538). Il existe trois types de moyens : les moyens de recevabilité, les moyens d'annulation<sup>88</sup> et les moyens de cassation. Un moyen est un argument de droit.

Le Conseil d'État peut uniquement statuer sur les moyens soulevés dans la requête, hormis les moyens d'ordre public qui peuvent être soulevés d'office par les magistrats. Les moyens invoqués par le requérant balisent dès lors fortement le travail juridictionnel.

Certains moyens sont spécifiques à un contentieux particulier alors que d'autres sont communs à tous les types de contentieux. Des moyens spécifiques et récurrents en urbanisme et environnement sont la violation des plans de secteur ou le respect du bon aménagement des lieux. Des moyens spécifiques en fonction publique sont relatifs à la comparaison des titres et mérites ou au contrôle de proportionnalité des sanctions disciplinaires. En matière de marché public, un moyen récurrent est pris de la comparaison des offres. Les moyens communs à tous les types de contentieux sont, par exemple, le respect de l'emploi des langues ou la compétence de l'auteur de l'acte qui sont tous deux des moyens d'ordre public. De même, le respect du délai raisonnable, la motivation formelle des actes administratifs, la motivation adéquate ou l'erreur manifeste d'appréciation sont également des moyens dont connaissent toutes les sections du contentieux.

---

<sup>88</sup> « *Les moyens d'annulation, ou les ouvertures du recours pour excès de pouvoir, sont constitués par les irrégularités que peut présenter un acte administratif unilatéral, et qui sont de nature à fonder un recours en annulation porté au Conseil d'État.* » (Lewalle, 2002, p.854)

### ***b) Le dossier de pièces de la partie requérante***

La partie requérante joint à sa requête un dossier de pièces, qui permet de soutenir ses allégations.

### ***c) Le mémoire en réponse***

Le mémoire en réponse est rédigé par l'autorité administrative dont l'acte est attaqué, soit la partie adverse. Il constitue une réponse aux arguments soulevés par le requérant et doit être adressé au greffe dans les soixante jours de la notification de la requête à l'autorité par ce même greffe.

### ***d) Le dossier administratif***

Le dossier administratif émane de l'auteur de l'acte et contient toutes les pièces qui sont relatives à l'affaire : l'acte administratif, ainsi que l'ensemble des documents qui ont servi de soutien à la prise de décision administrative et les documents qui pourraient être utiles à l'appréciation des faits.

Le dossier administratif est censé être objectif. Toutefois, il arrive que l'administration omette d'y adjoindre certaines pièces (cf. *infra*).

Le dossier administratif est joint au mémoire en réponse.

### ***e) Le mémoire en réplique***

Lorsque l'autorité administrative a adressé son mémoire en réponse, la partie requérante dispose d'un délai de 60 jours pour envoyer un mémoire en réplique. Celui-ci permet au requérant de fournir des explications complémentaires par rapport aux moyens que la requête en annulation contenait déjà et de répondre aux arguments soulevés par le mémoire en réponse de la partie adverse.

L'envoi du mémoire en réplique est indispensable pour que le requérant puisse poursuivre la procédure.

### ***f) Le rapport de l'auditeur***

Le rapport contient :

- l'exposé des faits,
- la synthèse des moyens,
- l'analyse des moyens.

Le rapport est rédigé par l'auditeur. Il consiste en une analyse des mémoires échangés et des pièces versées aux dossiers. L'auditeur y étudie les problèmes de recevabilité, et examine et se prononce, par voie d'avis sur les moyens débattus par les parties à la cause. Sa conclusion constitue une première appréciation du bien-fondé du recours.

Le rapport de l'auditeur est transmis aux parties et à la chambre compétente. Généralement, l'avis rendu à l'audience par l'auditeur est une synthèse orale du rapport. Toutefois, il arrive que l'auditeur, suite aux derniers mémoires et aux plaidoiries des parties, modalise ou modifie son avis, parfois du tout au tout.

### ***g) Les derniers mémoires***

Dans la procédure en annulation, lorsque les parties se sont vues notifier le rapport de l'auditeur par le greffe, elles peuvent transmettre un dernier mémoire accompagné, le cas échéant, d'une demande de poursuite de la procédure. Les derniers mémoires permettent aux parties de réagir à la solution proposée par l'auditeur dans son rapport. C'est généralement sur base des derniers mémoires que les avocats organisent leurs plaidoiries et l'auditeur son avis, tel que donné à l'audience.

### ***h) Le projet d'arrêt***

Le projet d'arrêt est rédigé avant ou après l'audience par le conseiller rapporteur. À tour de rôle, un conseiller sera chargé d'étudier plus en profondeur le dossier et de dresser le projet d'arrêt qu'il soumettra à ses codécideurs lors du délibéré.

### ***i) L'arrêt***

L'arrêt est généralement synonyme de décision juridictionnelle. Or, il n'en est que l'aboutissement. Il est rédigé par le conseiller rapporteur, suite à la délibération. Rendu sur avis conforme ou sur avis contraire de l'auditeur, l'arrêt se positionne donc formellement par rapport à la solution préconisée dans le rapport de l'auditeur.

## **2.1.2. Le recours en suspension**

L'introduction d'un recours en annulation n'a pas d'effet suspensif sur l'acte entrepris. Une décision, bien qu'attaquée devant le Conseil d'État, demeure valable et peut donc produire ses effets.

Cependant, le requérant peut, en sus de l'annulation, poursuivre la suspension de l'acte qu'il estime irrégulier. Dans ce cas, la requête en annulation devient une **requête unique**. Le Conseil d'État est seul compétent pour suspendre l'exécution de l'acte attaqué. Le souci du législateur était d'éviter des situations matériellement et juridiquement incompatibles. Il ne fallait pas que l'exécution de l'acte attaqué, arrive finalement à une situation irréversible au moment où le Conseil d'État se prononce sur l'annulation. Les exemples les plus fréquemment cités concernent les constructions en urbanisme : au moment de l'annulation, la maison est construite. Grâce à la suspension, les travaux peuvent être interrompus. Cette procédure permet d'apporter un bémol au privilège de l'exécution d'office qui dote l'acte administratif de l'attribut d'être exécutoire immédiatement.

En suspension, les magistrats travaillent sur base de trois pièces de procédure : la requête unique accompagnée du dossier du requérant, la note d'observation – équivalant au mémoire en réponse – et le dossier administratif.

#### ***a) La requête unique***

La requête unique contient un recours en annulation auquel le requérant a adjoint une demande de suspension. Outre les moyens d'annulation, le requérant doit faire la démonstration du fait que l'application immédiate de la décision pourrait lui causer un préjudice grave, difficilement réparable. L'article 17 des LCCE prévoit que le requérant doit établir que l'exécution immédiate de l'acte attaqué risque de lui causer un préjudice grave difficilement réparable. Cette condition propre à la demande en suspension constitue une intrusion d'un critère subjectif dans un contentieux qui est, lui, objectif.

#### ***b) Le dossier administratif***

La partie adverse, soit l'autorité administrative, dispose de quinze jours à partir de la notification de la requête unique pour communiquer et déposer son dossier. Elle peut en outre rédiger une *note d'observation* qui répondra notamment aux questions relatives au risque de préjudice grave et difficilement réparable.

### 2.1.3. Le recours en suspension d'extrême urgence

Lorsque l'exécution de l'acte est imminente<sup>89</sup>, le requérant peut introduire une demande de suspension sous bénéfice de l'extrême urgence. La requête en suspension d'extrême urgence peut être introduite seule et sera intitulée « requête en suspension d'extrême urgence » ou dans une requête unique à condition de l'intituler « recours en annulation et demande en suspension d'extrême urgence ». Les référés d'extrême urgence concernent des contentieux relativement circonscrits et sont exceptionnels.

L'auditeur ne remet pas un rapport écrit mais un avis oral, à l'audience. Il dispose de peu de temps pour construire son argumentation : l'avis est généralement rendu le lendemain du jour où il reçoit la requête. Les conseillers sont saisis de la requête. Ils disposent du dossier et l'instruction se fait au cours de l'audience. Les arrêts sont rendus très rapidement, en fonction du degré d'urgence.

### 2.1.4. Le recours en cassation

Le Conseil d'État connaît, depuis peu, du recours en cassation contre les décisions contentieuses rendues par les juridictions administratives.

Un tel recours fait l'objet d'une procédure préalable de recevabilité, servant de filtre et qui ne requiert aucune instruction de l'auditorat. Au vu de la requête et du dossier, le Conseiller saisi se prononce sur l'admissibilité de la requête. Il examine si le recours en cassation administrative introduit n'est pas manifestement non fondé ou manifestement non recevable<sup>90</sup>, et ce, sans avoir entendu les parties. Il n'y a donc pas d'audience. Le conseiller examine la requête ainsi que le dossier de procédure transmis par la juridiction administrative, et rend une ordonnance qui refuse ou qui accepte l'admission de la procédure en cassation.

Si le conseiller rend une ordonnance de non-admission, le dossier est définitivement clôturé. Si, par contre, le conseiller a rendu une ordonnance d'admission<sup>91</sup>, autrement dit, lorsqu'à première vue il n'y a pas de raisons de refuser la poursuite de la procédure, un débat complet avec un mémoire en

---

<sup>89</sup> Le site Internet du Conseil d'État indique le laps de temps de quarante-cinq jours, voir [http://www.raadvst-consÉtat.be/?lang=fr&page=proc\\_admin\\_susp\\_page4](http://www.raadvst-consÉtat.be/?lang=fr&page=proc_admin_susp_page4) (Consulté le 15/3/2013).

<sup>90</sup> Un moyen qui mélange du fait et du droit est jugé irrecevable. C'est le cas d'un moyen pris sur la base de l'article 149 de la Constitution qui invite le Conseil d'État à contrôler le caractère pertinent d'un motif.

<sup>91</sup> Les ordonnances sont rendues dans les huit jours de la réception du dossier.

réponse, un avis de l'auditeur et d'éventuels derniers mémoires ou demandes de poursuite de la procédure, a lieu.

Cette nouvelle procédure a engendré un rapprochement des jurisprudences de la cour de cassation et du Conseil d'État.

## 2.2. La procédure en débats succincts

Un « *bypass* » procédural est organisé par l'article 93 de l'arrêté du Régent<sup>92</sup>. Cet article dispose que « *Lorsqu'il apparaît que le recours en annulation est sans objet ou qu'il n'appelle que des débats succincts, le membre de l'auditorat désigné fait immédiatement rapport au président de la chambre saisie de l'affaire.*

*Le président convoque la partie requérante, la partie adverse et la partie intervenante à comparaître devant lui à bref délai ; le rapport est joint à la convocation.*

*Si le président partage les conclusions du rapport, l'affaire est définitivement tranchée.*

*S'il estime que l'affaire n'est pas en état d'être tranchée définitivement, il renvoie celle-ci à la procédure ordinaire. »*

La procédure en débats succincts est orchestrée par l'auditorat : c'est l'auditeur qui propose que l'affaire soit traitée en débats succincts. Le cas échéant, ce dernier choisit, parmi les moyens développés, celui qui permettra de fonder l'annulation. Le conseiller peut entériner ou non le choix de l'auditeur, mais ne peut pas fonder son raisonnement sur un autre moyen. S'il souhaite fonder l'arrêt sur un moyen qui n'a pas été examiné par l'auditeur, il doit rouvrir les débats et renvoyer à la procédure ordinaire.

Les effets procéduraux de l'article 93 varient selon qu'il est usité dans le cadre d'un recours en annulation ou dans le cadre d'un recours en suspension.

### 2.2.1. Les requêtes en annulation

Plus la procédure progresse, plus il y a de documents de travail, puisque les parties échangent leurs mémoires au fur et à mesure de l'avancement de l'instruction du dossier. L'application de « l'article

---

<sup>92</sup> Arrêté du Régent du 23 août 1948 déterminant la procédure devant [la section du contentieux administratif] du Conseil d'État, M.B., 23-24/08/1948.

93 » permet de traiter le recours sur base des écrits de procédure dont dispose l'auditeur sans attendre l'échange complet des mémoires. Le traitement rapide des affaires introduit un raccourcissement de la procédure et un gain en rapidité dans le traitement des dossiers.

« Si vous voyez tout de suite qu'il y a un moyen qui est fondé. Bon là il est plus prudent d'attendre le dossier administratif, mais, dès qu'il y a le dossier, dans ces cas-là, moi j'identifie au moment où je reçois la requête celles pour lesquelles je pourrai mettre en œuvre cette procédure [de débats succincts], et dès que le mémoire en réponse est arrivé, je demande au greffe de me l'envoyer, donc j'ai le mémoire en réponse, j'ai le dossier administratif, et je fais rapport immédiatement, le rapport est immédiatement déposé et l'affaire est appelée à l'audience avant même que le requérant n'ait eu la possibilité de déposer son mémoire en réplique. » (Auditeur 2, p.9)

L'article 93 permet donc d'accélérer la procédure en annulation en n'attendant pas l'échange complet des mémoires mais en rédigeant le rapport dès que le dossier est mis en état, c'est-à-dire lorsque l'auditeur reçoit le dossier administratif et le mémoire en réponse. Cela a pour conséquence de court-circuiter le mémoire en réplique. L'auditeur attend que la partie adverse envoie le dossier administratif et le mémoire en réponse puis il rédige son rapport.

Cette faculté laissée à l'auditeur est activée lorsque celui-ci estime que le cas est facile et que l'affaire pourra être traitée rapidement. C'est le cas lorsque la requête est irrecevable ou lorsqu'un moyen paraît d'emblée fondé.

## 2.2.2. Les requêtes uniques : l'impasse sur le préjudice

Le préjudice grave et difficilement réparable est une condition nécessaire de la demande en suspension. Lorsque le magistrat découvre que l'acte ne cause aucun préjudice, l'auditeur propose le rejet de la demande de suspension. Le dossier attend alors quelques mois la poursuite de la procédure en annulation.

Ainsi, les débats succincts permettent de court-circuiter la procédure en suspension. Les affaires peuvent être traitées plus vite, sans que la question du préjudice n'entrave ou ne retarde la résolution de l'affaire puisque ce débat peut être éludé par le traitement procédural accéléré.

« Les auditeurs ont recours à l'article 93 quand ils estiment qu'il y a un **moyen fondé** mais que le **risque de préjudice grave difficilement réparable n'est pas établi**. Et donc pour éviter cet écueil, ils se disent : « Bon on va perdre du temps, pour moi ce moyen-là est fondé, même si, bon, il est un peu compliqué » et ils y vont, débats succincts. Et je comprends parfaitement. » (Conseiller 16, p.29)

« Si je vois qu'il n'y a pas de préjudice, voilà, je vais faire mon rapport pas de préjudice, je vais pas analyser les moyens, je vais me limiter à ça. Par contre, si je vois que dans les moyens, là, il y a un **moyen flagrant** vraiment, ça me paraît **fondé**, parce qu'il y a une grosse erreur, un gros vice de procédure, etc., là, même s'il n'y a pas de préjudice **à la limite**, je vais quand même analyser le fond, donc, les moyens, pour dire, voilà c'est, c'est fondé, voilà, il faut annuler parce qu'il y a tel moyen qui est manifestement



fondé. À ce moment-là, moi, je fais **l'impasse sur le préjudice**. Même si je suis bien conscient des fois qu'il n'y a pas de préjudice. Je fais directement l'analyse au fond pour, par économie de procédure et gain de temps aussi. Je sais que si c'est un moyen qui est flagrant et que je vais être suivi, voilà, l'acte doit être annulé. Pour moi, ça ne sert à rien d'attendre deux ans, par exemple, pour annuler l'acte alors qu'il peut être annulé dans les six mois. » (Auditeur 30, p.8)

Dans cet extrait, l'auditeur fait la balance entre l'absence de préjudice et l'annulation directe lorsque le moyen est flagrant, c'est-à-dire manifestement fondé. Il fait « l'impasse sur le préjudice », mais il souligne lui-même qu'il s'agit d'un cas « limite », car c'est une attitude peu orthodoxe qui sacrifie la rigueur des principes au nom de l'efficacité du recours et de la réduction de l'arriéré. Lorsque l'auditeur décide de « faire un article 93 », le dossier progressera beaucoup plus rapidement et l'arrêt sera rendu dans les six mois du dépôt de la requête, alors que le dossier qui suivrait la voie procédurale classique aurait mis peut-être deux ans au plus avant de connaître la décision du Conseil d'État.

« Le risque de préjudice grave difficilement réparable peut éventuellement être escamoté si on passe en procédure de débats succincts : on considère que ça va aller plus vite d'examiner directement l'annulation que de s'interroger sur la question de savoir s'il y a un préjudice grave difficilement réparable. Ça veut dire que la **solution paraît évidente** et que c'est pas la peine de passer par la suspension, on peut aller directement à l'annulation. Dans ces cas là, soit le Conseil d'État considère que ça apparaît **manifeste**, soit il considère qu'il faut une instruction plus approfondie et alors il rouvre les débats pour qu'on examine plus à fond. » (Auditeur 28, p.17)

Si l'emploi de l'article 93 offre aux auditeurs la possibilité de mettre en place des stratégies de résorption de l'arriéré et de gestion des dossiers au sein de leur cabinet ; la procédure en débats succincts est également l'objet de stratégies de la part des avocats.

Certains avocats qui connaissent les arcanes du Conseil d'État, essaient d'éviter le rythme lent de la procédure ordinaire en introduisant une demande en suspension. Ils espèrent ainsi que l'auditeur fera usage de l'article 93, ce qui écourtera la procédure. Certains auditeurs, sensibles à cette tentative d'instrumentalisation de la procédure, prennent le contrepied et recourent à la procédure classique. C'est généralement le cas lorsque la demande en suspension ne paraît pas naturelle<sup>93</sup> au vu des éléments du litige et lorsque le moyen n'est pas manifestement fondé. Les deux critères sont rapprochés pour évaluer la situation.

« On a beaucoup de requêtes uniques parce qu'aussi, les avocats savent que le traitement peut être beaucoup plus rapide si l'auditeur choisit de faire la procédure « article 93 ». Donc parfois, les avocats, stratégiquement, préfèrent faire une requête en suspension et en annulation pour essayer d'avoir un traitement plus rapide. Mais, on se rend compte qu'il n'y a pas de préjudice en fait, généralement et que c'est un peu une tactique pour essayer que le dossier soit traité plus rapidement et qu'on analyse directement les moyens avec l'article 93. Parfois, il n'y a pas du tout de préjudice, on invoque un préjudice, voilà, un petit peu pour la forme, en réalité, il n'y en a pas. Donc, ce qu'on fait pour un petit peu

---

<sup>93</sup> Nous verrons tout au long de ce travail la place qu'occupe la naturalité perçue dans la compréhension des comportements d'autrui.

**court-circuiter** ça, c'est qu'on fait un rapport, uniquement, on ne traite que la suspension, alors, il y a un arrêt qui est rendu, il retourne dans la file des annulations. » (Auditeur 30, p.8)

À l'inverse, certaines parties ne souhaitent pas voir leur dossier traité en débats succincts. C'est généralement le cas des parties intervenantes qui ont obtenu une promotion, une nomination ou un permis d'urbanisme. Ces parties ont tout intérêt à ce que la procédure s'éternise. Dès lors, les avocats mettent en doute le choix de l'auditeur de proposer les débats succincts en plaidant longuement ou en remettant des notes d'audience extensives.

« Avec le 93, l'effet pervers du système, c'est qu'il y a au moins une, voire deux parties qui arrivent à l'audience, avec une note d'audience de plusieurs dizaines de pages et qui plaident longuement. De sorte à dire ainsi qu'il n'y a pas de débats succincts, puisqu'on plaide pendant des heures sur un dossier, on dépose à l'audience des pièces nouvelles, ... Donc, ça, ça trouble le conseiller qui siège et qui là, peut trouver un argument pour renvoyer à la procédure ordinaire. Parce que le bénéficiaire du permis, qui peut commencer à construire, il va le faire en espérant qu'un arrêt d'annulation, si arrêt d'annulation il y a, intervienne plusieurs années après et que la décision sera rendue impossible. On n'a jamais vu depuis des décennies, une démolition d'immeuble, jamais. Même quand il y a un jugement judiciaire qui le dit, avec un rejet d'un pourvoi en cassation, c'est rare de voir une démolition volontaire. Donc beaucoup de bénéficiaires de permis comptent là-dessus. Ils jouent là-dessus. » (Auditeur 22, p.3)

En résumé, lorsqu'il s'agit d'une requête unique, les débats succincts permettent à l'auditeur de « bypasser » la suspension : ils n'analysent pas le préjudice mais se penchent directement sur les moyens de fond pour se prononcer sur l'annulation de l'acte. D'une certaine manière, la suspension va être absorbée dans l'annulation. Le but de cette mesure est d'accélérer la procédure et de réduire l'arriéré. Par ailleurs certaines parties tentent également d'infléchir le cours de la procédure en instrumentalisant le recours aux débats succincts, ce qui n'est généralement pas apprécié par les auditeurs.

La prochaine section mettra en évidence les critères qui permettent aux auditeurs de catégoriser les dossiers qu'ils reçoivent et de leur administrer un traitement procédural raccourci.

### 2.2.3. Les critères de classement procédural des dossiers

Comment les auditeurs repèrent-ils les dossiers qui ne « paraissent n'appeler que des débats succincts » ?

Les recours qui peuvent suivre ce chemin procédural sont typiquement ceux dont la requête est irrecevable ou dont les moyens apparaissent directement fondés.

« Si, au vu de la **requête** quand elle entre, vous voyez tout de suite qu'elle est **irrecevable** et que, certes, c'est pas manifeste au sens des anciennes dispositions, mais que il y a 90 % de chances que vous allez être suivi par le Conseil, et bien vous pouvez faire le rapport directement. Sans même attendre l'échange des mémoires. Il en va évidemment de même, ça m'est arrivé aussi, si vous voyez tout de suite qu'il y a un

**moyen qui est fondé.** Bon là il est plus prudent d'attendre le dossier administratif, mais, dès qu'il y a le dossier, dans ces cas-là, moi j'identifie au moment où je reçois la requête celles pour lesquelles je pourrais mettre en œuvre cette procédure. » (Auditeur 2, p.9)

Comment les auditeurs repèrent-ils les moyens fondés ou plus exactement les moyens qui seront déclarés fondés par le conseiller ? Un moyen simplement sérieux – lequel est indispensable, en plus du risque de préjudice grave difficilement réparable, pour fonder une demande en suspension – ne suffit pas.

« Il y a parfois des dossiers où le moyen est sérieux sans être fondé mais ça nécessite des débats plus approfondis que des débats succincts. » (Auditeur 18, p.29)

Il faut un moyen flagrant, évident, qui ne fait pas débat. Les « moyens flagrants » sont ceux « qui ne nécessitent pas un examen approfondi » ou qui n'entraînent pas d'hésitation. C'est le cas lorsque des règles fondamentales n'ont pas été respectées – est généralement cité comme exemple le non respect d'une étude d'incidence en matière d'urbanisme – ou lorsque le moyen est d'ordre public, ce qui est le cas lorsqu'il soulève un problème de compétence ou d'emploi des langues.

Il s'agit alors souvent d'examiner un moyen fondamental qui convoque un raisonnement juridique, laissant peu de place à l'appréciation du magistrat.

« Il faut que ce soit relativement évident, pour soulever et s'arrêter à l'examen d'un seul moyen. Un moyen pris de l'erreur manifeste d'appréciation, c'est très rare qu'on le soulève et qu'on l'examine uniquement et qu'on fasse un 93, par exemple, sur cette base-là. » (Auditeur 30, p.7)

S'agissant du fondement du recours, le critère n'est plus celui du caractère manifeste de l'illégalité. L'auditeur évalue les chances d'être suivi par le siège, c'est-à-dire la probabilité que le moyen examiné puisse fonder l'annulation, que l'illégalité soit manifeste ou non. Cela permet d'élargir les cas dans lesquels la procédure de l'article 93 peut être utilisée, même si la probabilité d'être suivi par le conseiller est plus grande si l'irrégularité est manifeste. Le critère de fondement – hautement probable – demande une analyse plus poussée.

L'absence d'hésitation fait souvent pencher la balance. En effet, opter pour une procédure raccourcie revient à peser les bénéfices et les risques encourus. Les bénéfices escomptés sont, d'une part, la rédaction d'un seul rapport lorsqu'une requête est introduite – alors que les procédures classiques, en suspension et en annulation, en exigent deux – et, d'autre part, le traitement rapide du dossier. Le principal risque de cette procédure est la réouverture des débats. Dans un tel cas, l'auditeur voit augmenter considérablement le nombre de rapports qu'il doit finalement rédiger. D'un seul rapport sur base de l'article 93, l'auditeur en aura finalement trois à rédiger. S'il y a réouverture des débats, la procédure ordinaire reprend, cela signifie que l'auditeur qui a déjà rédigé un premier rapport en vue des débats succincts devra, pour les requêtes uniques, rédiger un deuxième rapport dans lequel il se

prononcera sur le préjudice et le caractère sérieux des moyens en suspension. Enfin, il rédigera un troisième rapport dans le cadre de la demande en annulation.

Le risque que le dossier revienne à l'auditorat suite à une réouverture des débats existe et dépend de la manière dont le conseiller va envisager le recours. Face à une procédure en débats succincts, le conseiller peut choisir de résorber l'arriéré et d'avaliser le moyen choisi par l'auditeur, même s'il estime que ce n'est pas le moyen le plus approprié. Le conseiller peut également décider de rouvrir les débats pour pouvoir prononcer un arrêt qu'il estime plus cohérent ou plus pertinent au regard de la jurisprudence.

« Il y a des moyens où c'est plus **délicat**. Donc, à ce moment-là, parfois, on prend le **risque** de le soulever, et puis de ne pas être suivi par après. Donc, il y a une réouverture des débats. Donc, ça, c'est des questions un peu **stratégiquement**, qui doivent se jouer, est-ce que vraiment on est sûr ? Ou voilà, il faut que ce soit relativement évident, pour soulever et s'arrêter à l'examen d'un seul moyen. » (Auditeur 30, p.7)

Il arrive que des réouvertures des débats soient négociées entre l'auditorat et certaines chambres. Le travail du conseiller dépend fortement du travail effectué par l'auditeur. Plus l'examen de l'auditeur est poussé, plus le travail du conseiller est facile et rapide. Les conseillers doivent dès lors « ménager » les auditeurs pour qui la réouverture des débats provoque une charge de travail supplémentaire<sup>94</sup>.

## 2.3. Des différentes manières de clore les procédures

Il existe différentes manières de clore les procédures au Conseil d'État. Soit le recours va jusqu'au terme de la procédure et s'achève par le prononcé de l'arrêt, soit la procédure est interrompue. Nous examinerons successivement les différents cas de figure envisageables.

### 2.3.1. L'aboutissement de la procédure : l'arrêt est rendu

Lorsque la procédure va jusqu'à son terme, le recours donne lieu à un arrêt de rejet, soit pour irrecevabilité, soit pour non-fondement de la demande ou lorsqu'il est accueilli, par un arrêt d'annulation ou de suspension de l'acte, en fonction du type de requête introduite.

### 2.3.2. L'interruption de la procédure

La procédure peut être interrompue de différentes manières. L'interruption peut être imputable à la partie adverse ou au requérant.

---

<sup>94</sup> D'après les auditeurs qui pratiquent régulièrement cette procédure, les réouvertures des débats concernent 20% des dossiers traités en débats succincts.

### *2.3.2.1. Le retrait d'acte*

Lorsque l'autorité administrative décide de retirer l'acte qui fait l'objet de la procédure, le recours n'a plus d'objet et la procédure s'achève.

### *2.3.2.2. Le défaut d'envoi du mémoire en réplique*

Afin de pouvoir poursuivre la procédure, le requérant dispose de soixante jours à compter de la notification du mémoire en réponse pour envoyer son mémoire en réplique. À défaut de l'envoyer, il sera présumé ne plus avoir d'intérêt au recours.

### *2.3.2.3. Le désistement d'instance*

Dans le cadre de la procédure en annulation, lorsque l'auditeur rend un avis de rejet de la demande ou l'estime irrecevable, le requérant doit solliciter la poursuite de la procédure. S'il ne le fait pas, son silence équivaut à un désistement d'instance qui met un terme à la procédure. Dans cette configuration procédurale, le pouvoir de décision glisse des conseillers aux auditeurs puisque le recours s'arrête sans avoir dépassé le stade de l'avis de l'auditorat.

La procédure en suspension dispose d'un mécanisme similaire. Lorsque l'arrêt rejette la demande de suspension, le requérant doit demander la poursuite de la procédure dans un délai de trente jours pour pouvoir poursuivre la procédure en annulation, dont la demande a été préalablement introduite dans le cadre de la requête unique. Si le requérant ne demande pas la poursuite de la procédure, il sera présumé se désister de son recours en annulation.

## **2.4. Processus et procédures : quels choix pour la thèse ?**

Le travail des magistrats est cadré par différents types de procédures. Les contextes procéduraux inhérents à celles-ci varient : les délais, les documents de travail, l'objet du recours ne sont pas les mêmes.

Retracer le processus décisionnel implique donc de se pencher sur le cheminement du dossier depuis l'introduction de la requête jusqu'à la signature de l'arrêt. Il s'agit de décrire et de comprendre comment celui-ci avance : quels chemins procéduraux emprunte-t-il ? Comment est-il impacté par les pratiques contingentes, par les choix typiques de certains magistrats ? Comment est-il contraint par les données de départ que sont la requête et les mémoires des parties ?

« Un processus est un phénomène temporel complexe dont le déroulement n'est pas réductible à la somme ou à la succession des séquences qui le constituent. Chacune d'entre elles ne prend sens que par rapport au processus dans son ensemble » (Mendez, 2010, p.81). Processus et procédure ont la même étymologie. Alors que les procédures sont fixées *a priori* et comprennent une série d'étapes chronologiquement obligatoires, le processus est plus mouvant, indéfinissable *a priori*. Il est descriptible *a posteriori*, lorsqu'ont été identifiés les acteurs, les objets intermédiaires, les séquences et les logiques d'action qui le constituent. Il n'est pas linéaire, mais contient des boucles de rétroaction. Processus et procédures ne coïncident pas mais se croisent et s'entrecroisent.

Les procédures contraignent le travail du magistrat, mais constituent également des ressources mobilisables, ce qui est typiquement le cas de la procédure en débats succincts. La procédure est d'abord une contrainte, car un des critères fondamentaux de validité des décisions juridictionnelles est sa correction procédurale (Dupret, 2006, p. 151). Parler en termes de contraintes laisse toutefois une marge de liberté aux acteurs qui jouent dans le jeu. Si les procédures tracent le lit dans lequel le recours va suivre son cours, elles ne déterminent pas le cours du processus. Les procédures permettent de cadrer le processus, sans le déterminer. La décision est le résultat d'un processus de construction sociale qui fait intervenir subjectivités, incertitudes, choix, sélections, interprétations, toutes composantes qui façonnent le processus décisionnel.

Ce chapitre visait à situer le processus décisionnel dans un contexte institutionnel et procédural plus large. Nous avons examiné comment les magistrats sont organisés et quelles sont les procédures envisageables dans la section du contentieux.

Le chapitre suivant sera consacré au compte rendu des processus décisionnels au Conseil d'État. Les processus qui seront décrits se déroulent essentiellement lors du recours en annulation, qui est le contentieux ordinaire. La complexité du recours en annulation et le fait que cette procédure touche à l'essence du contentieux administratif ont pour conséquence que les témoignages recueillis concernent essentiellement cette procédure emblématique du Conseil d'État. En outre, la procédure en annulation incarne le recours administratif dans ce qu'il a de plus objectif, de plus légaliste. Le risque de préjudice grave difficilement réparable a d'ailleurs été dénoncé par certains comme une intrusion d'éléments subjectifs dans le contentieux objectif. A présent que nous avons grossièrement brossé le contexte procédural dans lequel se déroulent les cours d'actions décisionnelles au Conseil d'État, nous pouvons entamer l'étude du processus décisionnel proprement dit.

## CHAPITRE 2. LES PROCESSUS DECISIONNELS AU CONSEIL D'ÉTAT

---

### Introduction

Parler de « la décision » au Conseil d'État comme si, à chaque cas soumis, correspondait une décision unique nous paraît rendre maladroitement compte de la réalité. Cette perspective est sans doute liée à la représentation de la décision juridictionnelle dont l'essence est ramenée au dispositif de l'arrêt.

Appréhender la décision dans son versant processuel renvoie à une vision de l'action qui s'inscrit dans la durée. Le temps qui passe est inhérent au travail juridictionnel qui se construit à travers les échanges d'arguments des parties et se clôture par la rédaction de l'arrêt. L'objet de ce chapitre vise à étudier la manière dont la décision juridictionnelle se forme progressivement, au fil des opérations qui la constituent plutôt que de se focaliser sur le résultat final, c'est-à-dire l'arrêt.

L'ambition de ce chapitre est d'offrir une compréhension<sup>95</sup> des opérations qui mènent à l'arrêt. Comment l'arrêt se construit-il ? L'hypothèse que nous développerons consiste à appréhender l'arrêt comme la formalisation d'un long processus qui contient une multiplicité de pratiques matérielles et cognitives. Ce que l'on désigne comme la décision juridictionnelle est alors cette unité qui se crée autour d'un recours et qui relie les activités pratiques – cognitives, matérielles et interactionnelles – autour d'une finalité : la décision juridiquement valide. Entre le moment où une requête est introduite au Conseil d'État et le moment où l'arrêt est signé, se déroulent nombre d'opérations matérielles et cognitives, d'interactions, de pratiques routinières qui, se cumulant, aboutissent, au terme du processus, à la décision du Conseil d'État. Décrire l'étendue des opérations que les magistrats accomplissent quotidiennement constitue l'enjeu de ce chapitre. Si l'action décisionnelle au Conseil d'État renvoie communément à certaines actions telles que la participation aux audiences et aux délibérations, nous serons également attentive aux opérations apparemment les plus anodines telles que la lecture, le classement, la recherche de jurisprudence, etc.

---

<sup>95</sup> Cette démarche s'inscrit dans une perspective de sociologie compréhensive qui prend le droit au sérieux et est attentive à rendre compte des activités des praticiens du droit qui s'en saisissent (Lascoumes et Serverin, 1998).

Avant de rendre compte de l'action juridictionnelle telle qu'elle se déroule, le titre 1 explicite la problématique qui sous-tend la démarche sociologique de ce chapitre. Le processus décisionnel est appréhendé grâce au paradigme de l'action située dont nous exposerons certains de ses enseignements. Ensuite, le titre 2 présente le processus décisionnel tel qu'il se déploie au sein de l'auditorat. Le titre 3 finit de dérouler le processus lorsque le dossier passe dans les mains des conseillers. Enfin, le titre 4 conclut ce chapitre en revenant sur les mouvements à l'œuvre dans la procédure contentieuse.



# Titre 1- Le processus décisionnel au Conseil d'État : une approche située de l'action juridictionnelle

## Introduction

Comment saisir le processus décisionnel au Conseil d'État ? Comment décrire les pratiques de décision des magistrats qui travaillent seuls, dans leur bureau, face à leurs dossiers ? Autrement dit, « Comment décrire ce qu'on ne voit pas »<sup>96</sup> ?

Pour comprendre l'activité décisionnelle au Conseil d'État, il est nécessaire de se départir de quelques postulats qui fondent certaines conceptions de l'action. Pour rappel, la décision formalisée par la TCR apparaît comme un choix interne au décideur, choix censé permettre la compréhension du processus décisionnel et des actions qui en découlent. Parmi ceux-ci, le **postulat mentaliste**, qui situe les opérations cognitives dans le cerveau de l'acteur ne nous paraît pas un outil heuristique pertinent pour saisir les pratiques décisionnelles.

Notre approche est résolument pragmatique en ce sens qu'elle consiste à décrire le travail des magistrats en donnant le primat aux pratiques concrètes et situées. Cette posture méthodologique et théorique s'inscrit dans une tradition de recherche qui est redevable à l'ethnométhodologie d'avoir posé la question du social en termes de pratiques situées. La sociologie des sciences – particulièrement l'approche développée par Bruno Latour qui se réclame d'ailleurs de cette école de pensée – a enrichi la problématique de l'action située grâce à l'attention portée aux appuis socio-techniques. Enfin, le courant de recherche sur la cognition distribuée a permis d'externaliser la pensée en rendant observables et analysables les opérations cognitives.

Quelle est la théorie de l'action qui sous-tend notre démarche ? Le paradigme de l'action située offre un socle théorique, épistémologique et méthodologique intéressant pour appréhender le travail visiblement solitaire du juge. Bien que le juge travaille seul, il agit en contexte, son action est située. Nous verrons comment ce paradigme permet de saisir des pratiques en adoptant une posture qui prend en compte l'environnement matériel et artéfactuel de l'action.

---

<sup>96</sup> Nous faisons référence à l'article de Jean-Marc Weller, « Comment décrire ce qu'on ne voit pas ? Le devoir d'hésitation des juges de proximité au travail » in *Sociologie du travail*, n°53, 2011, pp.349-368.

Dans une première section, nous verrons que l'action ne peut être étudiée indépendamment de son contexte. Ensuite, nous nous arrêterons sur le contexte décisionnel des magistrats. La situation de décision est surtout équipée d'éléments matériels, plus précisément d'éléments artéfactuels. Enfin, dans la troisième section, nous préciserons la théorie de l'action qui sous-tend l'ensemble des analyses.

## 1. L'action située : action et situation se conditionnent mutuellement

On situe la naissance de l'hypothèse de l'action (ou cognition) située<sup>97</sup> dans les travaux de Lucy Suchman (1987), particulièrement « *Plans and situated actions* » qui relativisait la prégnance des plans dans l'explication de l'action. Cet ouvrage, qui s'inscrit dans la tradition ethnométhodologique, tente de répondre à la question suivante : « qu'est ce qui permet de rendre compte de l'action ? » Le modèle classique de la planification conçoit l'action humaine comme l'exécution d'un plan préalablement établi. Cette conception de l'action fait fi du caractère dynamique, incertain et complexe des situations d'action. Le plan n'épuise donc pas la compréhension de l'action et, par conséquent, ne doit pas être considéré comme une contrainte prescriptive à l'action, mais comme une ressource qui l'oriente (Suchman, 1990).

Ce qui caractérise les approches de l'action située est l'interdépendance des **activités** et du **contexte**. « *« L'action » et « le contexte » sont des éléments qui s'élaborent et se déterminent mutuellement dans une équation simultanée que les acteurs passent leur temps à résoudre afin de définir la nature des événements dans lesquels ils se trouvent* » (Heritage et al., 1991, p105).

Pour comprendre l'action, il faut donc comprendre la situation d'action qui la constitue. L'activité a nécessairement un caractère situé (Dupret, 2010, p.326). « *L'action est guidée et inscrite dans les circonstances locales ; la situation est construite par l'action en stabilisant l'environnement* » (Conein et Jacopin, 1993, p.488). « *Pour Suchman, dire que l'action émerge des circonstances signifie donc deux*

---

<sup>97</sup> Notons que, au sein de cette mouvance intellectuelle qui remet en cause les postulats internalistes de l'action et de la cognition, on retrouve aux États-Unis, des auteurs tels que Resnik, Lave et Hutchins. En France, Conein Thévenot et Livet, notamment, ont également développé un point de vue hétérodoxe de la cognition (Paveau, 2012).

choses : d'une part que l'action est dépendante des circonstances (c'est l'indexicalité<sup>98</sup>), et que, d'autre part le fait d'agir définit le contexte de l'action (c'est la réflexivité<sup>99</sup>). Reste que la dynamique des interactions est essentiellement langagière. C'est l'énonciation qui permet l'ancrage dans la situation, c'est également l'énonciation qui définit le cadre de l'action » (Beguin et Clot, 2004, p.38). L'action est ancrée dans l'environnement et le contexte est construit en retour par l'action et les interactions.

L'action et l'environnement se définissent mutuellement. « *Tout cours d'action dépend de façon essentielle de ses circonstances matérielles et sociales. Plutôt que d'essayer d'abstraire l'action de ses circonstances et de la représenter comme un plan rationnel, mieux vaut étudier comment les gens utilisent les circonstances pour effectuer une action intelligente* » (Suchman, 1987, p.50).

Examinons à présent les éléments théoriques qui permettent d'appréhender l'environnement décisionnel des magistrats.

## 2. Le contexte d'action

Comment définir et circonscrire la situation d'action<sup>100</sup> ? Qu'est ce qui constitue le **contexte** décisionnel au Conseil d'État ? Comment circonscrire l'environnement pertinent pour étudier les pratiques décisionnelles ?

Partons d'une observation triviale : le monde du droit est monde d'écritures. Les cabinets des avocats et des magistrats sont envahis<sup>101</sup> par des textes<sup>102</sup> : textes légaux et réglementaires, précis de droit,

---

<sup>98</sup> L'indexicalité, selon Coulon(2007 [1987], p.27), désigne « *l'incomplétude naturelle des mots, qui ne prennent leur sens « complet » que dans leur contexte de production, que s'ils sont « indexés » à une situation d'échange linguistique.* »

<sup>99</sup> Pour Amiel (2010, p.23), « *la notion de réflexivité renvoie au fait que notre sens de l'ordre des choses est le résultat d'un processus de conversation : il est créé en parlant. Nous avons l'habitude de nous penser comme décrivant un ordre des choses existant préalablement autour de nous. Mais pour les ethnométhodologues, décrire une situation, c'est en même temps la créer.* »

<sup>100</sup> Pour l'interactionnisme symbolique, c'est l'interaction qui définit la situation. Certains objets d'étude, parmi lesquels celui traité dans ce travail, ne constituent cependant pas des situations interactionnelles classiques, observables. Le paradigme de l'action située offre des ouvertures théoriques fertiles pour analyser ces actions apparemment isolées.

<sup>101</sup> On assiste à une prolifération de textes législatifs et réglementaires ainsi qu'à une augmentation des recours juridictionnels dans un mouvement de judiciarisation et, par conséquent, du corpus de jurisprudence.

<sup>102</sup> Si les textes constituent la majeure partie des documents utilisés par les magistrats, ils ne sont pas les seuls. Parmi les objets manipulés, certaines pièces, telles que des plans – particulièrement en urbanisme – ou des photos, sont également mobilisés par les magistrats dans leur jugement.

revues doctrinales, corpus de jurisprudence, documents servant de preuve, pièces du dossier administratif tels les procès verbaux ou les avis recueillis, etc. Le texte est omniprésent dans le travail des magistrats. Les textes de lois sont consultés dans des codes, la jurisprudence est stockée dans des recueils, des sommaires ou sur l'arborescence, les requêtes et autres mémoires sont consignés dans le dossier aux côtés du dossier administratif qui réunit toute une collection de documents écrits.

Tous ces documents sont lus, interprétés, comparés, annotés, surlignés, classés, catégorisés, sélectionnés, synthétisés. Sur base de ces documents, les magistrats rédigeront de nouveaux textes (rapport, projet d'arrêt et arrêt). Comme l'a remarqué Bruno Latour au Conseil d'État français, « *nous n'avons dans la pratique jamais affaire à des **règles** mais toujours à des **textes**, plus ou moins forts, sur lesquels la dynamique du raisonnement peut ou non s'appuyer* » (Latour, 2004, p.170). Dès lors, l'environnement du magistrat – sa situation d'action – est équipé d'objets parmi lesquels les objets textuels occupent une place prédominante.

Dans un premier point (section 2.1.), nous clarifierons notre posture de recherche à l'égard des documents en explicitant le statut que nous leur conférons dans la compréhension du processus décisionnel. Dans un second point (section 2.2.), nous verrons comment les documents équipent l'action et configurent les interactions pendant la durée du recours.

## 2.1. Notre posture de recherche face aux documents

Il paraît difficile de comprendre l'activité décisionnelle sans faire « parler<sup>103</sup> » (Cooren, 2010) les objets (Latour, 1994) que sont les documents. Ceux-ci constituent matériellement le cas à trancher. Ils sont centraux pour les acteurs car ils structurent le processus juridictionnel : ils apparaissent suivant des séquences définies procéduralement, incarnent des acteurs particuliers, ont une fonction de coordination. Se focaliser<sup>104</sup> sur ces objets permet de dessiner l'ossature du processus décisionnel.

Depuis une trentaine d'années, des travaux ont mis en évidence la place des objets dans l'action.<sup>105</sup> « Objets intermédiaires de conception » (Jeantet, 1998), « artéfacts cognitifs » (Norman, 1993), « objets représentationnels et informationnels » (Suchman, 1990) témoignent d'un foisonnement

---

<sup>103</sup> Latour (1994) attire l'attention sur la place que devraient occuper les objets dans l'analyse sociologique. Il en fait d'ailleurs un principe épistémologique général.

<sup>104</sup> Attribuer une telle place aux documents peut paraître excentrique. Toutefois, la longueur de la requête, la complétude du dossier administratif, le ton du mémoire en réponse, ont un impact sur le processus décisionnel, comme nous le verrons dans la section suivante.

<sup>105</sup> Originellement, l'action industrielle et scientifique.

conceptuel qui rend visible la prise en compte de la matérialité des phénomènes sociaux dans certains programmes de recherche.

Revenons particulièrement sur le concept d'objet intermédiaire qui permet de problématiser la place des documents de travail dans le processus juridictionnel.

### 2.1.1. Les documents sont des objets intermédiaires

Jeantet (1998) a étudié la place des objets intermédiaires dans le processus de conception. Sa définition des objets intermédiaires dans les activités de conception offre quelques balises théoriques pour appréhender la place des objets dans les activités cognitives. Dans une perspective très proche, nous proposons d'étudier les objets intermédiaires de la décision comme des objets produits ou utilisés au cours du processus décisionnel. Les objets intermédiaires permettent de suivre les traces et supports de l'action de décider, en relation avec les outils, les procédures et les acteurs (Jeantet, 1998, p.243). Le suivi des objets intermédiaires (requête, dossiers, mémoires, rapport, projet d'arrêt, etc.) permet d'analyser autrement les pratiques juridiques et de dégonfler des questions traditionnellement posées sur le terrain de la théorie du droit<sup>106</sup> (Vinck, 2009). Bref, l'attention portée aux objets intermédiaires permet de mettre en lumière les activités cognitives et les pratiques qui n'apparaissent pas toujours dans les procédures légales et réglementaires ainsi que dans la rhétorique professionnelle<sup>107</sup> des acteurs. Cette approche permet, par exemple, de rendre compte de la centralité du dossier<sup>108</sup> administratif dans le processus décisionnel.

---

<sup>106</sup> Nous transposons les propos de D. Vinck (2009, p.57) au monde du droit. « *Le suivi des inscriptions (tracés issus des instruments d'analyse, tableaux de chiffres, diagrammes et textes) permet d'analyser autrement les pratiques scientifiques et de dégonfler des questions abusivement posées sur le terrain de l'épistémologie.* »

<sup>107</sup> La place du dossier administratif, qui joue un rôle prépondérant dans le processus décisionnel, figure de manière presque anecdotique dans le précis de contentieux administratif de P. Lewalle (2002). Le dossier administratif y apparaît comme un accessoire du mémoire en réponse. M. Leroy (2004) y consacre spécifiquement quelques pages (6 pages sur les 1000 pages que compte son manuel de contentieux administratif).

<sup>108</sup> Lorsqu'on parle de « dossier » au Conseil d'État, il peut s'agir de deux choses différentes. Le dossier renvoie souvent au **dossier administratif** qui regroupe l'ensemble des pièces communiquées par l'autorité administratives versées au **dossier** de l'affaire, ce dernier étant entendu dans une acception plus large et qui désigne l'affaire comme unité d'analyse.

## 2.1.2. Les trois dimensions des objets intermédiaires

Les objets intermédiaires remplissent diverses fonctions dans l'action<sup>109</sup>. Les trois dimensions qui paraissent pertinentes pour rendre compte de l'action décisionnelle au conseil d'État sont la dimension cognitive, la dimension processuelle et la dimension représentationnelle<sup>110</sup>.

### 2.1.2.1. La dimension cognitive des objets intermédiaires

Les documents consignent une série d'informations. La dimension cognitive des objets intermédiaires renvoie à la littérature sur les **artéfacts cognitifs**<sup>111</sup>. Ils sont définis par Norman (1993) comme des outils, instruments ou dispositifs « *conçus pour conserver, exposer et traiter l'information dans le but de satisfaire une fonction représentationnelle*<sup>112</sup> » (Norman, 1993, p.18). Ces outils permettent de mémoriser, de traiter et de diffuser l'information. Ils constituent un support informationnel à l'action. Ils permettent une externalisation de nos ressources cognitives, lesquelles sont déposées dans l'environnement sous forme de dispositifs techniques, aménagements matériels, objets, documents de travail, etc.

Les pratiques ne peuvent donc être étudiées séparément de l'environnement, notamment matériel, dans lequel elles s'inscrivent et qu'elles contribuent à façonner. De la sorte, le contexte est matérialisé sans être « réifié » (Hester, 1994, p.230), ce qui entraînerait une surdétermination du poids des structures de l'action. Actions et contextes s'élaborent mutuellement. Cependant, l'objet n'a de sens qu'en acte. L'objet devient artéfact cognitif s'il contraint les actions, devient une ressource pour l'action, est le support d'interprétation, etc. Il n'a pas de valeur heuristique intrinsèque, mais acquiert un sens dans l'interaction avec son destinataire ou son auteur. « *Dans l'action, l'objet n'existe pas plus sans acteur, que l'acteur sans objet. [...] ce sont des objets construits, parlés manipulés, interprétés, etc... par des acteurs. [...] C'est l'interaction dans laquelle ils sont engagés qui leur donne force, sens et réalité effective. Il s'ensuit que la réalité la plus élémentaire de l'analyse n'est constituée ni des acteurs ni des objets mais du dispositif d'action que forment leurs interactions* » (Jeantet, 1998, p.297).

---

<sup>109</sup> La tridimensionalité des objets intermédiaires apparaît chez Jeantet (1998) qui attribue aux objets un triple rôle de traduction, de médiation et de représentation. Vinck (2009), pour sa part, relève seulement les fonctions de représentation et de traduction.

<sup>110</sup> Les dimensions cognitives, représentationnelle et processuelles sont toujours étroitement imbriquées puisqu'elles sont présentes dans chacun des documents mobilisés.

<sup>111</sup> « *Autour des artefacts s'expriment « deux caractéristiques propres à l'espèce humaine : son aptitude singulière à modifier l'environnement dans lequel elle vit à travers la création d'artefacts ; l'aptitude correspondante à transmettre les modifications accumulées aux générations futures à travers des prescriptions et des procédures encodées dans le langage humain* » (Cole, 1990, p.1) cité par Norman (1993, p.19).

<sup>112</sup> Nous reviendrons en détail sur la dimension représentationnelle.

**Les artéfacts cognitifs juridiques** obéissent à une contrainte *sui generis* : ils doivent intégrer les formes du droit. Comme le montre Latour (2004), le droit nécessite un passage<sup>113</sup>, une traduction. Les faits ne sont pas appréhendables directement, mais subissent le passage du droit. Ainsi, la réalité empirique – les faits – doit rentrer dans les formes du droit. L’objet intermédiaire juridique est le témoin et l’instrument de ces traductions, de ces formatages. Le passage d’un registre à l’autre ne se fait pas sans transformation (Vinck, 2009). Les « faits » ne sont plus des événements de la vie réelle mais sont sélectionnés, travaillés, rédigés de manière à entrer en résonance avec les catégories juridiques. De même, les dispositions légales sont interprétées en vue de convenir au cas concret. Le pont entre les deux mondes est élaboré par les acteurs grâce aux et par les documents qui véhiculent les agencements des faits et du droit, les raisonnements juridiques.

### 2.1.2.2. *La dimension représentationnelle des objets intermédiaires*

Les objets intermédiaires représentent<sup>114</sup> ceux qui les ont conçus. Les documents formalisent des intentions, des visions du monde, des connaissances, des procédures produites par les acteurs. En tant qu’il traduit et consigne la pensée de son auteur, le document n’est pas neutre<sup>115</sup> : il contient une prétention. Examinons chaque document intervenant dans le cours d’action, ainsi que les personnes qu’ils représentent.

- La *requête* et le *mémoire en réplique* représentent le requérant et son conseil. La distinction mérite d’être soulignée. En effet, derrière la requête, il y a une cause, un justiciable. L’avocat les représente et peut lui-même avoir un impact sur la manière dont le litige est appréhendé par le magistrat ;
- La *requête en intervention* représente la partie intervenante. Lorsque l’affaire implique une partie tierce, généralement le bénéficiaire de l’acte administratif à qui l’acte attaqué octroie des droits (candidat retenu pour un concours, propriétaire ayant obtenu un permis d’urbanisme, attributaire d’un marché public, etc.), celle-ci peut intervenir pour faire valoir son point de vue ;

---

<sup>113</sup> Latour (2004 ; 2012) ne tente pas de saisir l’essence du droit, mais de décrire les passages du droit, c’est-à-dire la mise en relation d’une espèce avec un corpus de textes. Latour consacre la fabrique du droit au lien particulier qui unit le fait et le droit de manière concrète et pragmatique. Le fait et le droit ne sont pas théorisés ou formalisés, mais sont constitués de textes, de dossiers, de papiers, sur lesquels les magistrats travaillent pour créer ce lien, ce passage du droit. Le droit est activé par la pratique.

<sup>114</sup> Tel l’acteur de théâtre qui représente un personnage, les mémoires représentent les parties.

<sup>115</sup> Nous renvoyons notamment aux développements autour de l’interprétation de l’exposé des faits (voir le point 2.2.3.1.2)

- Le *mémoire en réponse* représente la partie adverse, c'est-à-dire l'autorité administrative qui a adopté l'acte contesté, et son conseil ;
- Le *rapport* de l'auditeur incarne la vision de ce dernier ;
- Le *projet d'arrêt* traduit le raisonnement du conseiller rapporteur, voire de l'attaché juriste<sup>116</sup> ;
- L'*arrêt* formalise le résultat de la délibération entre les trois conseillers ou avalise le raisonnement du conseiller rapporteur ;
- Le *dossier administratif* a un statut particulier. Il est constitué par la partie adverse et contient les pièces qui attestent du processus décisionnel au sein de l'administration. S'il émane de l'administration, il ne la « représente » donc pas véritablement puisqu'il est censé être le témoin « objectif<sup>117</sup> » d'une procédure. Il paraît donc neutre, relativement aux mémoires des parties qui comportent des prétentions.

Ces acteurs sont représentés dans leurs prétentions et arguments par les documents qu'ils produisent. Les intervenants au recours interagissent à travers les documents qu'ils se transmettent mutuellement durant la procédure. Ces différents documents permettent donc de relier les acteurs autour d'une même affaire et de les faire dialoguer. Le document est dans un rapport d'intermédiation entre les différents protagonistes de l'affaire. C'est grâce aux documents qui circulent entre les parties et les magistrats que se crée la coordination dans l'action juridictionnelle.

### 2.1.2.3. La dimension processuelle des objets intermédiaires

Les écrits de procédure circulent entre les acteurs<sup>118</sup>. La requête, le mémoire en réponse et le dossier administratif sont les premiers documents disponibles. Ils tracent les contours de l'affaire et contraignent en partie le travail de l'auditeur. Ce dernier peut toutefois, lors de l'instruction, modifier l'environnement décisionnel constitué par ces documents en demandant des pièces complémentaires.

---

<sup>116</sup> À propos du rôle des attachés juristes au sein de chambres du conseil, un auditeur affirme: « Les conseillers n'ont pas tous des attachés juristes. Cela varie fort d'une chambre à l'autre. Il y en a qui n'ont pas d'attaché juriste, qui n'ont que des greffiers. Il y en a qui ont des greffiers et des attachés juristes... Donc cela varie fort d'une chambre à l'autre. Et le travail qu'on leur demande dépend aussi en fait du juge. Il y a certains juges qui leur donnent vraiment des projets d'arrêts à rédiger, ce qui moi ne me gêne pas du tout. Enfin, jusqu'à un certain point. Il y en a d'autres, on ne leur donne que du travail administratif, mais il y en a quand même quelques uns qui font du pré-mâchage, encore plus je dirais, du pré-mâchage de l'arrêt. » (Auditeur 16, p. 6)

<sup>117</sup> Nous reviendrons sur le concept d'objectivité dans le deuxième titre de ce chapitre.

<sup>118</sup> À l'origine, la notion « *d'objet intermédiaire fut [...] utilisée pour qualifier ces choses qui circulaient entre les membres d'un réseau. La notion avait une visée descriptive et ne véhiculait initialement aucune charge conceptuelle.* » (Vinck 2009 p.53) Les objets intermédiaires liaient les acteurs. Nous faisons un pas plus loin en attribuant aux objets intermédiaires une « charge représentative ».



De même, lorsqu'il rédige son rapport,<sup>119</sup> l'auditeur transforme le paysage juridique de l'affaire en ajoutant une strate supplémentaire au dossier. L'ensemble des écrits qui résument les échanges entre les parties et le Conseil d'État constitueront d'ailleurs la nouvelle situation d'action des conseillers qui devront, à leur tour, se prononcer sur l'affaire. L'action de l'auditeur modifie donc la situation qui, elle-même, détermine ensuite l'action du conseiller. L'acteur, par son activité, participe à la production de la situation<sup>120</sup> ; la situation étant composée des strates d'actions successives précédentes.

Du point de vue des temporalités, l'objet intermédiaire fixe provisoirement à un temps *T* les positions d'un protagoniste. Ces positions prennent la forme d'un certain agencement juridique : faits et droit sont articulés et interprétés d'une manière particulière par l'un des acteurs. Les positions formalisées dans le document voyagent entre les acteurs et servent de base de travail durant l'étape suivante du processus. L'artéfact produit devient un document de travail. C'est le cas, par exemple, des requêtes rédigées par le requérant ou son avocat et qui deviennent un objet de travail pour l'auditeur ; tout comme le rapport produit par ce dernier devient un document de travail qui équipe l'action des conseillers.

La dimension processuelle des objets intermédiaires permet de mettre en avant la dynamique de l'action. Les documents liés à l'affaire constituent la situation d'action, ils contextualisent les pratiques décisionnelles. Cependant, le travail du magistrat modifie cette situation en y intégrant des interprétations, des explications, des propositions. Les objets intermédiaires jouent un rôle de contextualisation des pratiques : ils situent l'action, la rendent possible, la transforme et sont transformés par elle. D'après Conein et Jacopin, « *Pour que l'activité soit située, il faut un accès mutuel au contexte, mais de plus, que ce contexte ne soit jamais donné d'avance et soit le résultat de l'interaction. La communication verbale est un des rares cas où le fait d'agir constitue immédiatement un environnement qui soit simultanément le produit et le cadre de cet agir* » (Conein et Jacopin, 1993, p.480).

---

<sup>119</sup> « L'idée de médiation permet de garder de l'action les deux seuls traits qui importent – l'émergence de la nouveauté d'une part, l'impossibilité de la création *ex nihilo* d'autre part. » (Latour, 1994, p.600)

<sup>120</sup> « Au cours de l'action, les acteurs produisent et mobilisent plusieurs objets. Ils passent de l'un à l'autre, les reconstruisent pour en engendrer de nouveaux. Au cours de chacun de ces passages, les acteurs déplacent et déforment l'idée initiale. La matérialité spécifique du passage agit comme une forme de médiation au cours de laquelle le mouvement échappe partiellement à ses auteurs. » (Vinck 2009 p.59)

## 2.2. Les interactions différées et intermédiées par les documents

La procédure étant essentiellement écrite, les interactions directes sont peu présentes pendant la procédure, mis à part lors des audiences qui, nous le verrons, ne sont pas toujours déterminantes, une grosse partie du travail ayant été fait en amont par les auditeurs. Doit-on conclure que les magistrats n'interagissent pas ?

L'approche par les objets intermédiaires permet de situer l'acteur dans un réseau de relations qui se nouent, le temps de la procédure, autour d'une affaire. L'attention<sup>121</sup> portée aux objets<sup>122</sup> qui constituent l'action permet d'avoir accès à des relations et activités pratiques qui n'apparaissent pas toujours dans les présentations officielles et spontanées des acteurs (Vinck, 2009, p.55).

Les parties au litige, l'auditeur et le(s) conseiller(s) qui sont provisoirement reliés par l'affaire ne sont pas isolés. Comme nous l'avons vu, chaque document représente un acteur : la requête (et éventuellement le mémoire en réplique) représente les positions du requérant et de son avocat, le mémoire en réponse représente les positions de l'autorité administrative et de son avocat, le rapport représente l'auditeur et le projet d'arrêt représente le conseiller rapporteur.

Les documents échangés permettent de relier les acteurs. Ils constituent le support du dialogue diachronique procéduralement organisé entre les parties. Ces échanges peuvent dès lors être apparentés à une configuration particulière d'interactions, des interactions différées et intermédiées par les écrits de procédure.

Bien entendu, il s'agit d'une conception élargie de l'interaction<sup>123</sup> qui inclut les objets et les dispositifs techniques<sup>124</sup>. Ces interactions ont une double spécificité.

---

<sup>121</sup> Pour une présentation détaillée des origines de cette préoccupation en sciences sociales, voir D. Vinck, De l'objet intermédiaire à l'objet frontière. Vers la prise en compte du travail d'équipement in revue d'anthropologie des connaissances, 2009/1 vol. 3 n°1, pp.51-54.

<sup>122</sup> Les objets sont heuristiquement riches en ce qu'ils constituent le contexte de l'interaction, mais également en ce qu'ils permettent au chercheur de tracer ces interactions.

<sup>123</sup> Représentation vaut-elle interaction ? Qu'est-ce qui permet d'affirmer qu'il y a interaction ? La présence en face à face des acteurs ne semble pas le critère déterminant, les conversations téléphoniques pouvant être considérées comme des interactions. Suchman définit l'interaction en l'assimilant à la communication humaine. Dans la communication, deux acteurs sont « engagés dans la compréhension du sens des actions de l'autre, rendant leurs propres actions intelligibles, établissant les significations produites et cherchant tous les indices d'un malentendu possible. Seul ce processus réciproque et hautement contingent peut être qualifié « d'interaction » ». (Suchman, 1990 p.155)

<sup>124</sup> C'est traditionnellement la machine qui est utilisée comme interactant. L'exemple paradigmatique concerne les interactions enregistrées par Suchman autour de la photocopieuse informatisée.

D'une part, les interactions sont **diachroniques**<sup>125</sup>. « En déhanchant l'interaction pour nous associer à des non-humains [des objets], nous pouvons durer au-delà du temps présent, dans une autre matière que celle de notre corps et interagir à distance [...] A chaque fois qu'une interaction dure dans le temps et s'allonge dans l'espace, c'est qu'on l'a partagée avec des non-humains » (Latour, 1994, pp.604-605).

D'autre part, ces interactions ne se font pas en face à face, mais se déroulent par le biais de ces objets intermédiaires. Ces sont des interactions **intermédiées** par les écrits de procédure qui représentent leurs auteurs.

Cette posture de recherche s'inscrit dans le paradigme de l'action située qui insiste sur les interactions entre l'acteur et la situation. Selon Nicolas Dodier, « l'interaction avec l'environnement n'est pas seulement une interaction avec des personnes. Elle suppose aussi une harmonisation hic et nunc des liens avec les objets, qui fournissent en même temps des appuis précieux au guidage des conduites » (Dodier, 1993, p.69).

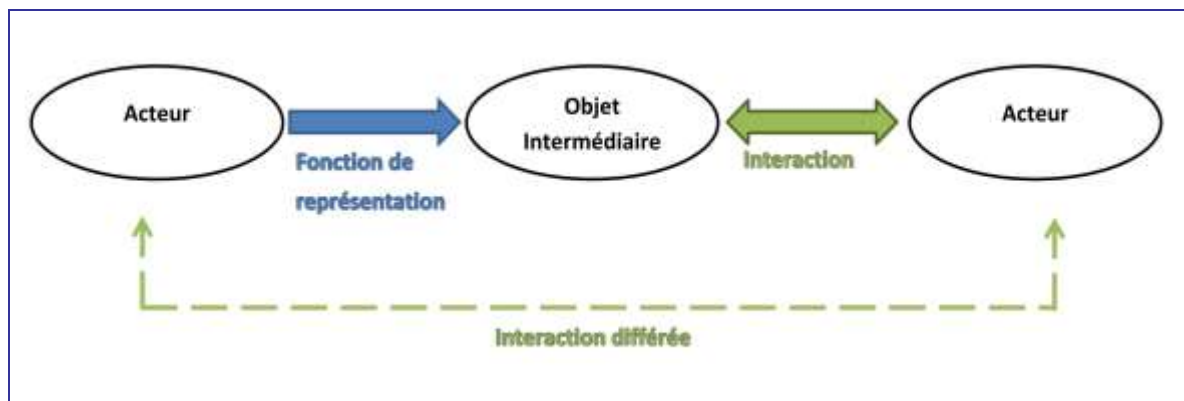


Figure 1

Le caractère différé et intermédié des interactions a des impacts colossaux sur les pratiques des magistrats. Une des caractéristiques de la compréhension réside son caractère rétrospectif-prospectif (Cicourel, 1979). « Dans les conversations de routine les interlocuteurs et les auditeurs attendent des propos ultérieurs qui leurs permettent de décider ce qui était signifié précédemment. Interlocuteurs et auditeurs assument que ce que chacun dit à l'autre pourra, à un moment donné, éclaircir un discours ou une description ambigu dans l'immédiat » (Cicourel, 1979, pp.69-70). Par conséquent, l'ambiguïté de certaines informations présentes dans les documents ne trouve parfois pas d'éclaircissements

<sup>125</sup> Cette manière d'envisager les interactions de manière diachronique est étroitement liée au parti pris d'étudier le processus judiciaire.

ultérieurs, ce qui rend la **mécompréhension**<sup>126</sup> d'un document **difficilement réparable**. En effet, lors d'interactions directes, les troubles de la conversation sont généralement auto-réparés. Les acteurs, en temps réel, détectent et réparent les ruptures de compréhension sur base de l'analyse du comportement de leur interlocuteur. Lorsque les interlocuteurs s'engagent dans la réparation, « *ils se contentent de repérer le problème, en laissant à son « auteur » le soin de le réparer dans le tour de parole suivant* » (Mondada, 2000, p.12). Or, dans le cadre du recours organisé au Conseil d'État les magistrats sont face à des documents qui, certes, représentent les différentes positions juridiques des interactants, mais n'interagissent pas de manière synchronique. Le tour « de parole » suivant, qui pourrait permettre une réparation conversationnelle consiste soit en un dernier mémoire, soit en une plaidoirie. Or, pour que la réparation soit possible, encore faut-il que le magistrat ait communiqué sa mécompréhension. C'est le cas, par exemple, lorsque l'auditeur prend des mesures d'instruction et réclame certaines pièces ou lorsque le conseiller pose des questions à l'audience. Mais s'il la tait, cette mécompréhension fondera alors souvent sa décision d'annuler, sans avoir été explicitée (cf. chapitre 3 – La grammaire du raisonnable). Les ruptures de compréhension, qui sont banales dans la discussion, s'avèrent fatales dans les interactions différées par les documents.

### 3. L'action

Comment comprendre l'action de décider au Conseil d'État ? Partons de la définition de l'action d'Ogien et Quéré : « **Agir**, c'est s'engager dans des cours d'action qu'il faut gérer et organiser dans leur séquentialité, dans une confrontation constante aux circonstances et aux contingences. Interviennent alors toutes sortes d'opérations (dont bien sûr des raisonnements et des décisions pratiques) et de médiations dont la prise en compte manifeste que ce n'est qu'en participant à des « agencements », qu'ils ne contrôlent que partiellement, que les agents parviennent à réaliser les transformations d'états de choses que leurs initiatives visent. Ces agencements comportent des personnes mais aussi des objets, des outils, des artefacts, et l'action est à proprement parler distribuée sur ces différentes composantes » (Ogien et Quéré, 2005, p.61).

---

<sup>126</sup> « La compréhension n'est pas un processus ou un état cognitif intérieur du sujet mais un accomplissement collectif, publiquement exhibé dans le déploiement de la séquentialité de l'interaction. Chaque tour de parole, en effet, projette sur le tour successif des attentes normatives et exhibe en même temps une compréhension à toutes fins pratiques du tour précédent en y enchaînant d'une certaine façon : la séquentialité s'établit ainsi par des liens à la fois prospectifs et rétrospectifs au fur et à mesure que se déroule la conversation » (Mondada et Pekarek Doehler, 2000, p.11).

Comme le soulignent Ogien et Quéré, l'action a certains attributs. Elle est envisagée dans sa dimension processuelle – l'action est un engagement dans des cours d'action – et elle est matériellement située. Ces propriétés renvoient aux objets intermédiaires précédemment envisagés.

Nous voudrions envisager à présent deux caractéristiques de l'action non encore spécifiées : sa dimension pratique et sa dimension intersubjective.

### 3.1. La dimension intersubjective et le statut de l'acteur

Une caractéristique de l'action qui est loin d'être anodine, bien qu'elle ne soit pas directement observable est la dimension intersubjective de la décision.

L'auditeur prend connaissance de l'affaire puis rédige son rapport. Celui-ci est transmis au conseiller rapporteur qui, à son tour, prend connaissance des pièces et du rapport et rédige un projet d'arrêt. La dimension collective n'apparaît qu'au stade de la délibération, et encore lorsque la procédure ordinaire est suivie, c'est-à-dire lorsqu'il s'agit d'une procédure en annulation « classique » – ce qui exclut le référé administratif<sup>127</sup>, les extrêmes urgences et les débats succincts. Le délibéré à trois juges devient, en termes statistiques, le mode de délibération d'exception<sup>128</sup>. Comment se saisir de la dimension intersubjective de l'action lorsque les interactions directes sont peu structurantes ?

Nous avons vu que les objets intermédiaires<sup>129</sup> permettaient aux interactions de s'étendre sur un temps long qui n'est pas celui de l'interaction directe. L'acteur en interprétant les documents y attribue un sens rétrospectif. La dimension intersubjective de l'action intervient en outre de manière prospective et oriente les opérations concrètes des acteurs. Les interactions se tissent à travers un réseau de **réactions projetées**. Comme le décrit Becker dans les mondes de l'art, les artistes créent des œuvres d'art en prenant en compte les réactions anticipées des autres. « *Une multitude de petites décisions sont prises dans un dialogue permanent avec le réseau de coopération où s'élabore l'œuvre d'art* » (Becker, 1988 [1982], p.214).

---

<sup>127</sup> Notons que pour certaines affaires particulièrement sensibles ou importantes, le recours en suspension sera examiné collégalement par trois juges.

<sup>128</sup> D'après les conseillers, seul un tiers des affaires plaidées sont jugées collégalement.

<sup>129</sup> Les objets intermédiaires équipent l'action et constituent une partie du contexte qui permettra à l'acteur d'accomplir les opérations pratiques, raisonnements et choix.

Ogien reprend cette idée lorsqu'il explore les caractéristiques du savoir ordinaire. Pour lui, « *le facteur déterminant de l'action individuelle n'est ni la volonté d'un sujet, ni la décision rationnelle d'un agent, ni le déclenchement de mécanismes cognitifs imposant des conduites adaptatives, mais plutôt cette activité d'identification et d'anticipation (cette **connaissance ordinaire**, en somme) que les individus déploient **dans et pour** l'action en commun, en la mettant en relation directe avec les réactions probables qu'autrui manifesterait aux gestes et paroles qu'ils y expriment. On peut pousser cette proposition à ses extrémités : ce qu'un individu fait et dit est guidé (contrôlé) par ce qu'il croit être l'idée que son interlocuteur devrait avoir au sujet de ce que lui-même ferait et dirait en raison d'identiques considérations à propos de la situation dans laquelle tous deux se trouvent engagés. L'extériorité du social se trouve dans cette projection de la normativité sur autrui (...) Lorsqu'on adopte cette position analytique, on fait une sociologie à la seconde personne (le Tu impersonnel), pas à la première (le Je de l'acteur rationnel ou du narrateur) ou à la troisième (le Il du positiviste). Qu'est-ce donc que ce point de vue du « Tu impersonnel » ? C'est celui de l'individu qui, en agissant, ouvre à ses partenaires le droit d'exercer un pouvoir potentiel de sanctionner (positivement ou négativement) un « coup » (énoncé ou action) qui serait incorrectement joué dans le cours de l'interaction qui les réunit et qui, pour prévenir cette sanction, cherche à agir d'une façon qu'il tient pour acceptable » (Ogien, 2009, p.506).*

Ces anticipations font l'objet d'épreuves et de révisions constantes dans les échanges. L'anticipation de la réaction d'autrui permet de contrôler et de guider l'action selon que la projection paraît, dans le déroulement de l'action, pertinente ou non (Ogien, 2007). Or, dans une procédure largement écrite où les interactions sont différées, les projections des magistrats trouvent peu d'appuis évaluatifs. Les parties réagissent au rapport de l'auditeur, mais celui-ci ne peut qu'infléchir sa position lors des audiences. Quant aux réactions prospectives des conseillers<sup>130</sup>, elles guident l'action sans être révisables.

On voit le fossé qui existe entre **l'individualisme méthodologique** et le paradigme de l'action située<sup>131</sup>. Si dans le premier courant de pensée, l'individu est méthodologiquement premier et permet de saisir le social par l'agrégation des rationalités individuelles, le second courant met l'accent sur l'action en train de se faire. L'individu participe aux cours d'action sans y occuper une place exclusive. Cela ne

---

<sup>130</sup> Ces anticipations sont matérialisées dans les décisions de jurisprudences adoptées par les conseillers

<sup>131</sup> « *Ce positionnement se démarque des descriptions de l'action qui la conçoivent comme étant organisée à travers l'intériorisation par ses acteurs d'un ensemble de normes, de règles, de dispositions socio-cognitives qui la régulent voire la déterminent. [...] Au contraire, l'action est considérée comme organisée de façon localement située et endogène, par les acteurs se coordonnant entre eux dans l'interaction, ajustant de façon reconnaissable leurs conduites à leurs partenaires et au contexte* » (Mondada et Pekarek Doelher, 2000, p.9).

signifie pas que l'acteur ne fait plus de choix, mais ces choix ne constituent pas les seuls ressorts de l'action.

### 3.2. La dimension pratique et cognitive de l'action

S'intéresser à la décision juridictionnelle situe d'emblée l'action dans une dimension cognitive. Dans une approche mentaliste de la décision, décision et décideur se confondent, la décision étant la matérialisation d'une intention située dans la tête du décideur.

Le positionnement théorique de ce travail est tout autre. Il s'inscrit dans une tradition sociologique qui s'affirme héritière de la démarche ethnométhodologique en mettant l'accent sur l'indissociabilité des opérations cognitives et des actions pratiques. Il s'agit de penser les **activités cognitives** en tant qu'activités pratiques situées. Dans cette optique, les raisonnements, jugements, connaissances ne peuvent se manifester qu'à travers des actions, en ce compris l'action de les énoncer, de les lire, de surligner, de classer ou de les écrire (Lemieux, 2011). Dans le cas des magistrats du Conseil d'État, il s'agit de comprendre comment les magistrats lisent, interprètent, comprennent, catégorisent, comparent, sélectionnent, synthétisent, vérifient les contenus des différents documents de travail.

Nous avons vu à quel point le document en tant qu'objet intermédiaire ou artefact cognitif est central dans l'analyse du processus décisionnel. Il l'est particulièrement d'un point de vue cognitif. En effet le document est toujours la traduction, la mise en forme d'une prétention juridique, d'un raisonnement juridique. Il constitue la formalisation d'actions cognitives antérieures. En outre, si le document matérialise un savoir stabilisé à un temps  $T$ , il appelle toujours une explicitation ou du moins une interprétation à un temps ultérieur. Ces interprétations (interprétation des pièces du dossier administratif, interprétation des dispositions légales et réglementaires citées, interprétation des moyens, interprétation des arrêts de jurisprudence cités, etc.) constituent une partie des actions cognitives non formalisées comme telles dans le document.

À titre exemplatif, l'exposé des faits rédigé par les parties fait l'objet d'une interprétation et d'une évaluation<sup>132</sup> par l'auditeur. L'exposé des faits doit répondre à une exigence chronologique. Lorsque celui-ci ne respecte pas ce mode de structuration, l'auditeur interprétera cette anomalie comme suspecte et tentera de comprendre les raisons qui ont poussé le requérant à rédiger un tel exposé des faits ainsi que les motifs cachés d'une telle pratique.

---

<sup>132</sup> Nous verrons dans le troisième chapitre que les deux opérations épistémiques sont étroitement liées.

En outre, d'autres opérations sont également effectuées dans le cours d'action. Ainsi, la recherche de jurisprudence, la sélection des faits pertinents, la catégorisation des faits ou encore la mise en avant du problème juridique constituent autant d'activités matérielles et cognitives qui participent à la formation de la décision juridictionnelle.

Par conséquent, pour être intelligible, l'action de décider doit être déployée dans ce qui la constitue pratiquement. En effet, prendre une décision au Conseil d'État ne se réduit pas à effectuer un syllogisme. Si juger en droit permet de rapprocher un cas concret d'une norme applicable, ce rapprochement présuppose un nombre d'opérations pratiques et cognitives qui contribuent à la décision finale. Lire une requête ; chercher le problème juridique ; lire, interpréter et reconstruire l'exposé des faits ; hiérarchiser les moyens et sélectionner le moyen pertinent ; choisir le mot adéquat lors de la rédaction ; demander l'avis d'un collègue ; se projeter dans un quartier pour s'imaginer l'ampleur d'un préjudice, etc. constituent autant d'opérations qui ne peuvent être individuellement désignées comme des « décisions » mais qui, mises bout à bout, composent et structurent le processus décisionnel. La question n'est donc pas de cerner l'action ponctuelle de décider au Conseil d'État, mais de décrire les opérations matérielles et cognitives qui constituent le cours d'action, autrement dit le processus décisionnel au Conseil d'État. C'est à cette tâche que nous nous attèlerons dans les pages qui suivent.



## Titre 2 – le cheminement du dossier à l’auditorat. Compte rendu des processus décisionnels

### Introduction

À présent que la problématique qui sous-tend l’analyse a été précisée, il est temps de rendre compte du processus décisionnel.

Entre l’acte administratif qui a amené le requérant à faire un recours au Conseil d’État et l’arrêt qui constate la légalité ou l’illégalité de l’acte, il existe une série de séquences qui permettent au juge de construire sa décision. Il existe un fossé entre, d’une part, le formalisme de l’arrêt et, d’autre part, les faits et le droit qui y sont évoqués. Le jugement occulte les aspects pratiques de sa propre élaboration. Pour combler en partie ce fossé, nous tenterons de décrire et de comprendre chaque étape qui contribue à l’élaboration du processus décisionnel au contentieux de l’excès de pouvoir<sup>133</sup>.

La question suivante guidera notre recherche durant tout ce chapitre : « *Quelles sont les **opérations matérielles et cognitives** que les magistrats effectuent pour juger l’affaire ?* » Ces opérations peuvent se dérouler lors de moments ritualisés et emblématiques de la procédure juridictionnelle telles que les audiences ou les délibérations, mais elles consistent surtout dans des activités quotidiennes plus anodines (lectures des différentes pièces de procédures, classification des dossiers, recherche de jurisprudence, rédaction, etc.). Ces pratiques sont généralement routinières et s’appuient sur un savoir-faire qui se constitue par l’expérience<sup>134</sup>. Pour ces raisons, les pratiques routinières occasionnent des obstacles méthodologiques non négligeables : elles sont difficilement observables – dans l’intimité d’un bureau peu accessible – et ne s’appuient pas sur un savoir formalisé qui offrirait des cadres cognitifs facilement mobilisables pour décrire les opérations qui constituent pourtant le cœur du travail juridique. La question méthodologique (et épistémologique) qui se pose est dès lors de savoir comment rendre visible et dicible les opérations « trop naturelles » ?

---

<sup>133</sup> C’est la raison pour laquelle nous ne nous contentons pas d’étudier la jurisprudence. Nous renvoyons à la distinction opérée par B. Dupret (2006a) entre le droit des livres et le droit en action.

<sup>134</sup> Il est notable d’observer qu’un jeune auditeur ne travaille pas comme un chef de section, qu’un conseiller fraîchement nommé n’a pas les mêmes automatismes qu’un président de chambre.

Ce chapitre sera consacré au compte rendu des pratiques qui mènent à la décision depuis le classement du nouveau dossier jusqu'à la rédaction finale de l'arrêt. L'affaire au Conseil d'État passe entre les mains de l'auditeur qui doit instruire le dossier, rédiger un rapport et donner un avis oral à l'audience, avant d'arriver dans les chambres du Conseil qui devront délibérer à propos du cas sur base du projet d'arrêt.

L'arrêt apparaît comme un véritable palimpseste, le processus de prise de décision étant éminemment cumulatif. L'auditeur, en fonction du contexte légal, jurisprudentiel et factuel de l'affaire pose un certain nombre de choix et propose finalement une solution dans son rapport. Les parties se positionnent également par rapport à l'avis de l'auditeur dans leur dernier mémoire. Le rapport ainsi que les derniers mémoires servent ensuite de base de travail au conseiller rapporteur chargé de rédiger le projet d'arrêt. Celui-ci ne part donc pas de rien. Les faits ont déjà été reconstruits, les moyens discutés, la jurisprudence sélectionnée. Le rapport n'est qu'un avis, mais le conseiller oriente son examen en fonction du rapport de l'auditeur qui se transformera, évoluera et sera imprimé du sceau particulier du conseiller rapporteur. Enfin, lorsque l'affaire est portée devant une chambre à trois juges, le projet d'arrêt peut être amendé par les deux autres conseillers lors de la délibération.

Nous retracerons le parcours de ces documents, leurs modifications successives afin de mettre en lumière les points d'achoppement de l'affaire dans le chapitre consacré à l'étude du raisonnement. Il ne faut pas se méprendre sur l'apparente linéarité du processus présenté. L'ordre des activités est en partie contraint par la procédure telle qu'elle est légalement organisée, bien qu'il existe des boucles de rétroaction entre les différentes étapes du processus. Nous insisterons particulièrement sur les embranchements du processus qui révèlent des cas typiques. En outre, au sein du processus, les pratiques divergent et nous ne manquerons pas de souligner ces divergences.

Dans un premier sous-titre, nous décrirons les tâches préalables à l'instruction et à la rédaction du rapport qui influencent grandement ceux-ci. Il s'agit de la gestion des requêtes et du classement des nouveaux dossiers. Un deuxième sous-titre permettra de découvrir comment un nouveau dossier est géré depuis le moment où l'auditeur décide de le sortir de son armoire jusqu'à l'audience, moment de l'avis oral qui clôt le travail de l'auditeur.

# 1. La gestion du flux des requêtes et l'ouverture des nouveaux dossiers

## 1.1. La répartition des requêtes au sein de l'auditorat

Lorsqu'une requête arrive au Conseil d'État, elle est réceptionnée par le greffe. Celui-ci effectue un premier tri des requêtes, en fonction des matières attribuées à chaque section. Les dossiers sont alors envoyés aux chefs de section qui distribueront les dossiers à chaque auditeur.

Les chefs de section connaissent, lorsqu'ils attribuent les dossiers aux auditeurs, le type de dossiers qu'ils ont traité, les sphères de compétence des auditeurs ainsi que leurs préférences et leur charge de travail du moment (par exemple, le nombre de référés ou d'extrêmes urgences qu'ils ont eu à traiter récemment).

Par ailleurs, pour gérer le flux de nouveaux dossiers, des réunions bisannuelles sont prévues dans chaque section. Ces réunions permettent de faire le bilan sur le fonctionnement de celle-ci. C'est également lors de ces réunions que les auditeurs (auditeurs de la section, chef de section et auditeur général) décident des changements organisationnels, qu'il s'agisse de permuter une matière d'une section à l'autre ou de changer l'affectation d'un auditeur.

## 1.2. La désignation des parties et la mise en état du dossier

Lorsque les auditeurs reçoivent les requêtes, ils ne peuvent immédiatement commencer à résoudre le cas qui leur est soumis. Une série de formalités procédurales doit préalablement être réglée. Pour que le dossier puisse être jugé, les parties doivent d'abord être désignées et le dossier mis en état. Les auditeurs profitent toutefois de ces formalités pour jeter un premier coup d'œil aux nouvelles requêtes qui leur sont soumises.

### 1.2.1. L'auditeur désigne les parties

Lorsque les auditeurs reçoivent la requête, ils la lisent afin de désigner les parties : la partie adverse, et le cas échéant, la ou les partie(s) intervenante(s) (bénéficiaire du permis d'urbanisme, bénéficiaire d'une promotion ou d'une nomination, entreprise qui a obtenu le marché public, etc.).

« Je jette un œil dessus pour voir un peu quelles sont les questions qui se posent, je détermine quelles sont les parties qui doivent être appelées à la cour, donc partie adverse, éventuellement partie

intéressée. Et puis, j'envoie le dossier au greffe en fait. Et là, j'attends que le dossier soit en état. » (Auditeur 15, p.2)

Une fois les parties à la cause désignées, l'auditeur renvoie la requête au secrétariat, qui la transmet au greffe. C'est le greffe qui est chargé d'informer les parties du délai dont elles disposent pour réagir à la requête.

« Quand on nous amène des nouveaux dossiers, on les encode dans l'ordinateur et on les renvoie à l'auditorat qui en fait un véritable dossier, qui nous le renvoie et là, on les met dans l'armoire le temps qu'ils soient mis en état. Les parties échangent leurs écrits de procédure et une fois que le dossier est en état, on reçoit le dossier du greffe, je prends le dossier vert qui est un dossier du greffe, et le dossier rose c'est le dossier auditorat... Une fois qu'on a les deux dossiers, on peut commencer à travailler parce que tous les écrits de procédure ont été échangés. Les parties ont eu l'occasion de faire valoir leur point de vue et à partir de là, on peut rédiger un rapport. » (Auditeur 33, p.2)

## 1.2.2. Le pré-classement des dossiers en fonction des problèmes juridiques soulevés

Au moment de la désignation des parties, certains auditeurs classent déjà le dossier à l'aide des moyens soulevés dans la requête selon une échelle de facilité de résolution du cas : le dossier paraît-il « facile » à résoudre car le requérant avance des « moyens en béton » ? Le dossier est-il d'une difficulté normale ? Le dossier paraît-il particulièrement « difficile » à résoudre ?

Pour être estimé « facile », le moyen doit entraîner une application de la règle de droit qui ne nécessite pas un gros effort de compréhension des faits et d'interprétation de la règle applicable. Trois éléments interviennent dans la perception qu'ont les magistrats du degré de difficulté du cas.

Premièrement, la nature du moyen soulevé influence le magistrat. Lorsque le moyen se réfère à une règle de droit facilement applicable qui ne nécessite pas un effort d'interprétation de la part du magistrat, le moyen est qualifié de « **facile** » ou d'« évident » ; il ne touche pas directement ou de trop près à l'appréciation qu'a faite l'administration. Par conséquent, ce type de moyen ne demande pas une analyse poussée du dossier afin de comprendre les faits qui ont amené l'autorité à adopter l'acte contesté. Sont ainsi considérés comme des cas faciles, l'examen qui porte sur la véracité des faits, sur le respect de procédures et des compétences, toutes choses qui paraissent objectivables au magistrat. Par contre, est jugé « **difficile** » le moyen qui oblige l'auditeur à s'aventurer dans la sphère du pouvoir d'appréciation de l'administration, fût-ce de manière marginale.

Deuxièmement, la jurisprudence intervient également dans le classement des moyens faciles ou difficiles. Une jurisprudence claire, constante et abondante sur des questions techniques et

objectivables permet de classer le cas soumis au Conseil d'État dans les dossiers facilement résolubles, ce qui n'est pas le cas de dossiers soulevant des questions de droit dont le Conseil d'État n'a jamais été saisi.

Enfin, le troisième élément qui permet de comprendre la catégorisation que font les auditeurs des moyens est leur propre expérience. L'ancienneté de l'auditeur au sein de l'institution et dans la section, son expertise dans certaines matières juridiques, sa maîtrise de la jurisprudence influencent également la perception qu'il a du dossier.

Certains auditeurs inscrivent déjà ce type d'information sur la requête avant même que le dossier soit constitué. Ces derniers jugent que ces indications seront utiles lorsqu'ils devront choisir un nouveau dossier à instruire. Cet auditeur appose, par exemple, des *post it* sur les dossiers qu'il estime faciles à résoudre.

« Je lis toujours la requête au moment de la désignation. À ce moment-là, je vois si ça a l'air d'être du sérieux ou si ça a l'air déjà mal emmanché, ou un dossier classique ou un dossier très **facile** dans le sens de l'annulation, car un moyen a l'air... par exemple, il n'y a pas eu d'enquête publique alors qu'il fallait une enquête publique, ça c'est un moyen vraiment en **béton**, donc là, je vais mettre une sorte de petit post-it. » (Auditeur 18, p.6)

Lorsqu'il s'agit d'une requête en annulation, l'auditeur jouit d'une certaine latitude pour choisir la procédure qui lui semble la plus opportune : procédure ordinaire ou procédure accélérée. Lors de la lecture de la requête, certains auditeurs orientent déjà le dossier vers une certaine voie procédurale. Soit ils laissent la procédure normale suivre son cours et attendent que le dossier soit en état pour pouvoir le traiter. Soit ils optent pour une procédure accélérée, la procédure en débats succincts, ce qui les oblige à suivre le parcours du dossier sur l'outil informatique centralisant l'ensemble des dossiers et leur progression au sein du Conseil d'État. Dès qu'ils constatent que l'autorité a envoyé le dossier administratif et son mémoire en réponse, ils demandent le dossier au greffe et le traitent immédiatement, ce qui leur évite de devoir attendre le mémoire en réplique.

« Je lis l'ensemble de la requête, et une fois que ma lecture est terminée, je désigne les parties, si j'estime que la procédure doit se dérouler normalement, voilà elle se déroule normalement, on est parti alors pour un échange de mémoires et puis le dossier vient en état et alors on le met dans l'armoire jusqu'au moment où c'est son tour de le traiter, soit ce que j'essaie le plus souvent de faire, c'est de voir s'il n'y a pas moyen de traiter le dossier en débats succincts. Auquel cas j'identifie le dossier, je le classe d'une manière différente, et je suis alors plus son parcours avec nos programmes internes pour savoir où se trouve le dossier, notamment, dès que le mémoire en réponse et les dossiers administratifs sont entrés, à ce moment-là, je me fais parvenir le dossier et j'essaie de faire rapport, donc pour court-circuiter l'échange des mémoires. Donc voilà. Si c'est un référé, à ce moment-là on n'a pas besoin parce que le dossier on l'a complet après 15 jours, donc à ce moment-là, on peut voir après 15 jours [...] » (Auditeur 2, p.29)

Les cas typiques menant à l'utilisation de la procédure en débats succincts organisée par l'article 93 de l'arrêté du Régent sont l'irrecevabilité de la requête ou un moyen manifestement fondé. Lorsque le dossier revient à l'auditorat augmenté des nouvelles pièces de procédures que sont le dossier administratif et le mémoire en réponse, l'auditeur peut confronter ses premières impressions sur l'affaire aux nouveaux éléments. Si ses impressions sont confirmées, le dossier est traité en débats succincts et il dresse son rapport immédiatement. Si par contre, ses premières impressions sont infirmées, il renvoie le dossier au greffe pour qu'il soit complété par le mémoire en réplique.

« Je lis l'ensemble de la requête et ce que je fais à titre personnel, c'est que **j'indique déjà d'emblée, si j'estime que je vais pouvoir traiter l'affaire rapidement** c'est qu'il y a une raison, soit **requête irrecevable**, soit il y a un **moyen qui est fondé**, et donc à ce moment-là j'indique déjà sur un document mes **premières impressions**, ce qui me permet évidemment dès que le dossier est en état, d'aller vérifier, cette fois-ci avec le dossier administratif en mains, si ma première impression était la bonne. Si c'est le cas, je fais rapport, si c'est pas le cas, je renvoie le dossier au greffe pour échange complet des mémoires. » (Auditeur 2, p.29)

L'évaluation précoce des dossiers a un impact sur la procédure. Le dossier peut passer d'une procédure à l'autre en fonction de l'appréciation de l'auditeur relativement à la difficulté de l'affaire à résoudre, difficulté qui sera jugée grâce aux pièces qui viennent compléter le dossier.

### 1.2.3. La mise en état du dossier

Lorsque les parties ont été désignées par l'auditeur, le dossier attend d'être mis en état, c'est-à-dire d'être complet. Il comprend alors la requête, le dossier administratif, le mémoire en réponse et éventuellement la requête en intervention et le mémoire en réplique. Les parties désignées par l'auditeur disposent d'un certain délai pour envoyer leur mémoire au Conseil d'État.

Lorsque le requérant n'envoie pas de mémoire en réplique, en application de l'article 14bis du règlement général de procédure, le Conseil d'État considère qu'il y a un désistement d'instance. L'affaire n'ira pas plus loin.

« Selon l'article 14bis du règlement général de procédure, quand il n'y a pas eu de mémoire en réplique, on reçoit juste un avis à parafer. C'est un travail qui relève du greffe et ils ont leurs échéanciers, ils attendent les documents dans les délais. On reçoit juste l'avertissement que dans tel dossier, et bien voilà, ça tombe en quenouille. On ne devra même pas faire l'instruction puisqu'on a un désistement. » (Auditeur 18, p.2)

### 1.3. Le retour et le classement des dossiers mis en état : le traitement immédiat

Dès que le dossier est en état, il retourne chez l'auditeur. À ce stade de la procédure, le dossier comprend les mémoires des parties (requête, mémoire en réponse et mémoire en réplique) ainsi que

le dossier administratif. L'instruction peut alors commencer. Toutefois, le Conseil d'État – certaines sections en particulier – connaît un arriéré qui oblige l'auditeur à postposer l'instruction immédiate du dossier. Lorsque l'auditeur récupère le dossier, il le range donc dans son armoire en attendant qu'il puisse être traité. Cette mise de côté n'est cependant pas automatique.

### 1.3.1. Le tri des dossiers selon des critères pragmatiques de priorité

Lorsque les auditeurs récupèrent les dossiers mis en état, ils procèdent à un tri. Sur base d'une lecture rapide de la requête et des mémoires, ils se forgent une première idée du dossier. Ils opèrent d'emblée un classement entre les dossiers qu'ils estiment prioritaires et les dossiers qu'ils jugent non-prioritaires. D'un côté, les dossiers qui suivront la voie normale sont rangés dans la pile des dossiers en attente d'être traités. D'un autre côté sont classés les dossiers qui seront, par exception, traités immédiatement. Cette première lecture des mémoires permet de pré-catégoriser les dossiers en fonction des problèmes juridiques soulevés et d'annoter le dossier pour plus tard.

Quels sont les dossiers jugés prioritaires par les auditeurs ? En fonction de quels critères un dossier suivra-t-il la voie rapide ou, au contraire, sera-t-il traité suivant l'ordre d'arrivée dans le cabinet ?

Les auditeurs classent les dossiers en fonction de plusieurs paramètres. D'une part, ils font des choix liés au **problème juridique** qui apparaît dans le dossier (section 1.3.1.1.). Ainsi, l'auditeur classe les nouveaux dossiers selon la simplicité apparente de l'affaire, la facilité du problème juridique soulevé en vue d'un traitement immédiat. D'autre part, les auditeurs posent des **choix procéduraux** : le dossier suivra-t-il la procédure classique – référé classique ou annulation – ou la voie de la procédure accélérée des débats succincts (section 1.3.1.2.), pour peu que ce choix n'ait pas été déjà posé préalablement ?

#### *1.3.1.1. Les choix liés au contenu : les dossiers simples et rapides*

L'auditeur classe le nouveau dossier en fonction de la facilité de résolution de l'affaire, facilité qui est jaugée à l'aune du temps que les auditeurs devront y consacrer. Ces dossiers « privilégiés » sont ceux qui peuvent être résolus rapidement et radicalement.

Généralement, un dossier « qui va vite » est un dossier qui peut être résolu en moins de deux jours de travail, le travail consistant à instruire le dossier et à rédiger le rapport.

« J'essaie de respecter un ordre chronologique à part si je vois qu'il y a un dossier qui est chronologiquement plus tardif mais qui est plus simple à traiter et qui me demanderait qu'une ou deux journées de travail, je le fais par priorité, je ne vais pas faire attendre les requérants et les parties pour des dossiers qui sont simples. » (Auditeur 22 p.4)

Les auditeurs reconnaissent les « dossiers faciles » à travers des indices qu'ils ont appris à repérer grâce à leur expérience au Conseil d'État. Parmi les dossiers dits faciles, un recours manifestement irrecevable, parce que tardif, trouve une solution directe et immédiate.

« J'essaie d'observer tout de suite s'il n'y a pas une tardiveté du recours. Et s'il n'y a pas, je le range dans l'armoire. » (Auditeur 10, p.1)

De même, lorsqu'il y a une perte d'intérêt ou un retrait d'acte, le recours est déclaré irrecevable et l'affaire instantanément résolue sans mesures d'instructions additionnelles.

« Quand je reçois les mémoires, je lis quand même les mémoires parce qu'il se peut qu'il y ait une **perte d'intérêt** ou dans le mémoire en réponse, on me dit que **l'acte a été retiré**. À ce moment-là, je vais traiter le dossier tout de suite, s'il y a une cause immédiate de traitement du dossier. » (Auditeur 30, p.3)

Enfin, lorsque l'auditeur repère dans le dossier des moyens manifestement fondés, il peut également traiter celui-ci par priorité.

« Des dossiers où manifestement, le moyen est fondé, je le traite directement. Ça peut être le non respect d'une **formalité préalable**, par exemple, c'est un acte réglementaire qui n'a pas été soumis à la section de la législation. Ça pourrait être des dossiers dans lesquels en fait, il y a des moyens qui sont invoqués mais qui, répondent à des **jurisprudences constantes** du Conseil d'état. Donc, je veux dire, on sait que la jurisprudence est fixée clairement dans tel sens, en espèce, on constate que la norme a été violée donc. Voilà, c'est éventuellement **l'incompétence** du Conseil d'État. » (Auditeur 15, p.3)

Cette manière de fonctionner permet de réduire l'arriéré du Conseil d'État en ôtant de la « pile d'arriéré » les dossiers qui seront rapidement traités.

Cette préoccupation liée à l'arriéré est justifiée par les incidences qu'entraîne l'écoulement du temps sur les affaires. En effet, le temps qui passe a des effets juridiques, particulièrement en ce qui concerne l'intérêt au recours. Le requérant peut perdre son intérêt au recours. C'est le cas notamment lorsque le requérant qui attaque un permis d'urbanisme a déménagé ou lorsque le fonctionnaire qui contestait une promotion ou une nomination est admis à la retraite. En outre, en termes d'organisation du travail, plus le dossier est ancien, plus l'obtention des pièces manquantes dans le dossier administratif sera ardue.



### 1.3.1.2. Les choix procéduraux

À ce stade, les auditeurs peuvent orienter les dossiers vers la voie procédurale abrégée déjà évoquée, les débats succincts, ou décider de laisser le dossier poursuivre sa voie classique, à savoir pour les requêtes uniques la procédure en suspension, puis en annulation.

« Ce que je fais maintenant pour toutes les affaires, je prends d’abord les différentes pièces, requête, mémoires, intervention et l’acte attaqué... Et je les lis une fois, comme ça sans le dossier administratif, pour voir un peu comment l’affaire se présente, et quel traitement procédural je vais lui soumettre et quels problèmes juridiques se posent. [...] finalement l’ordre, je crois que c’est vraiment un des pouvoirs majeurs de l’auditeur. Est-ce qu’on va faire son affaire tout de suite ou est-ce qu’on va attendre trois ou quatre ans... ? » (Auditeur 16, p.7)

Cette faculté est offerte aux seuls auditeurs qui ont dès lors une latitude relativement importante : ils peuvent choisir la procédure qu’empruntera le dossier – procédure longue ou procédure raccourcie – mais plus fondamentalement, ils peuvent imposer le moyen qui fondera l’annulation. Ce pouvoir n’est cependant pas absolu puisqu’il est possible de rouvrir les débats. Nous examinerons cette question dans le titre trois.

« Lorsque l’auditeur décide que l’affaire ne se prête qu’à des débats succincts, c’est un juge unique et l’affaire peut être terminée. Le conseiller n’a de choix que de..., il ne peut pas trancher l’affaire, il doit dire si oui ou non il est d’accord que ce soit des débats succincts et s’il est d’accord, il reprend le raisonnement de l’auditeur et voilà. S’il n’est pas d’accord avec le raisonnement de l’auditeur, il ne peut pas le dire directement il doit renvoyer à la procédure ordinaire. » (Conseiller 3, p.5)

## 1.4. L’ouverture d’un nouveau dossier : les dossiers prioritaires

Au moment de choisir un nouveau dossier à examiner, l’auditeur devrait logiquement ouvrir le plus ancien. Or, cette règle de priorité n’est pas absolue. D’autres critères président au choix du nouveau dossier.

### 1.4.1. Les règles officielles de priorité

La consigne institutionnelle veut que l’auditeur entame un nouveau dossier en prenant le « plus ancien de la pile ». Cette pile d’arriéré est continuellement alimentée par les nouveaux dossiers qui reviennent du greffe. Nous avons vu comment les auditeurs décident de traiter prioritairement certains dossiers fraîchement mis en état.

Qu'en est-il de la « pile de dossiers » ? Selon quels critères l'auditeur choisit-il l'affaire sur laquelle il travaillera ?

Il existe des règles de priorité qui régissent l'avancement des dossiers : les dossiers sont examinés dans l'ordre de leur arrivée à l'auditorat, les référés et les actes réglementaires devant être traités en priorité. S'en tenir à ces directives formelles ne permet toutefois pas de comprendre la manière dont l'auditeur organise son travail. Ces règles de priorité relèvent davantage d'indications que de règles intangibles.

Les auditeurs jouissent d'une grande latitude dans le choix du dossier qu'il décide d'examiner. Plusieurs considérations interviennent dans ce choix. Rappelons que ce dernier est facilité par les indications que le magistrat a inscrites sur le dossier soit lors de la toute première lecture rapide de la requête, soit lorsqu'il est revenu du greffe sur base d'une lecture transversale.

Les dossiers sont hiérarchisés en fonction de **l'urgence** que l'auditeur leur attribue – que cette urgence soit jugée comme intrinsèque à l'affaire ou qu'elle soit induite par l'avocat du requérant –, de la **gestion efficace du cabinet** et de la **charge de travail estimée**.

## 1.4.2. Les dossiers « pilotes »

L'ordre de priorité peut être modifié par le magistrat en vue d'organiser efficacement son cabinet.

« Parfois on se rend compte qu'il y a une affaire qui est un peu de principe ou un dossier pilote. C'est plutôt au sein de mon propre cabinet que je trouve des petites séries ou des dossiers où je me dis : si je résous celui-là, après, je pourrai en déduire telle ou telle conséquence. [...] Par exemple, j'ai plusieurs requérants différents qui vont attaquer la nomination d'une même personne. Je vois que ces différents requérants adoptent des argumentations différentes et j'en trouve un qui adopte une certaine argumentation qui me paraît pertinente. Et je me dis si ce recours est déclaré fondé, les autres, par voie de conséquence n'auront plus d'objet donc **je traite d'abord celui-là** puis si je suis suivi, les deux ou trois autres que j'avais seront traités en une demi heure, une heure parce que je pourrais simplement expliquer que la décision attaquée a été annulée. » (Auditeur 29, p.7)

Cet extrait d'entretien illustre l'impact que peuvent avoir les choix procéduraux et organisationnels posés par les auditeurs sur le fond du litige. Si le magistrat n'avait pas procédé de cette manière, les requêtes moins « solides » auraient peut-être trouvé une issue moins favorable. Dans de tels cas de « connexité », les plus « mauvaises » requêtes ont tout intérêt à être examinées ultérieurement.

### 1.4.3. La hiérarchisation des dossiers selon leur nature

Dans chaque section, certains types de dossiers ont les faveurs des auditeurs. Ceux-ci estiment qu'ils doivent être traités prioritairement parce qu'ils sont juridiquement importants. Il s'agit des actes qui ont des conséquences importantes dans l'ordre juridique tels que les permis de lotir dont dépendent plusieurs situations individuelles.

« En urbanisme, doivent passer, un peu avant les autres, tout ce qui a un aspect réglementaire, les plans de secteur, les permis de lotir, toutes les choses plus globales plutôt qu'un permis de régularisation. Ça veut dire que le permis, les travaux ont déjà été exécutés. » (Auditeur 18, p.5)

Certains dossiers paraissent importants aux yeux des auditeurs parce qu'ils touchent à des intérêts du requérant jugés plus fondamentaux. Ils seront également traités prioritairement. Dans la section « fonction publique », par exemple, les sanctions disciplinaires paraissent plus urgentes qu'un échec à une promotion. Dans la section « urbanisme », les permis de régularisation n'ont pas les faveurs des auditeurs, car le bâtiment a été construit illégalement. Dans ce type de hiérarchisation, on retrouve certains critères qui ont une résonance normative.

« Un rejet de permis de régularisation, ça c'est sûr qu'il passe en dernier, ils ont fait des travaux en toute illégalité, ils se sont faits attrapés, ils ont trouvé comme solution d'introduire un permis de régularisation qui est refusé, ils introduisent un recours, c'est refusé au stade du recours et puis, ils viennent chez nous. Ce n'est certainement pas eux qui ont la priorité il n'y a pas de raison que leur dossier avance plus vite. » (Auditeur 18, p.6)

Dans ce classement, des critères sous-jacents apparaissent : critères d'efficacité pour réduire l'arriéré, critères moraux pour le type d'actes qui sont à la source du contentieux ou encore critère de sécurité juridique pour ce qui concerne l'annulation des actes réglementaires ou à portée réglementaire.

### 1.4.4. L'urgence induite par le requérant ou son avocat

Certains avocats écrivent à l'auditeur pour « prendre des nouvelles » du dossier, pour « voir où il en est dans la file ». L'auditeur, qui a pour consigne de répondre aux courriers des avocats, survolera le dossier pour vérifier s'il y a un motif d'urgence et si le dossier doit devenir prioritaire.

« Il y a aussi des avocats qui écrivent systématiquement pour envoyer des lettres de rappel, et d'autres qui ne font rien. Ceux là évidemment on fait passer leur dossier au dessus des autres, juste pour les calmer. » (Auditeur 8, p.9)

« Je donne aussi un peu la priorité aux gens qui s'intéressent à leur dossier, les gens qui m'écrivent en disant : « qu'est-ce qu'il en est ? », des gens qui suivent un peu leur procédure et qu'ils ne laissent pas dormir un dossier pendant huit ans. Je donne une certaine priorité à ceux qui écrivent en disant : « voilà, les travaux sont presque achevés, qu'est-ce qu'il en est ? » (Auditeur 18, p.5)

L'écoulement du temps peut en effet entraîner des conséquences juridiques.<sup>135</sup> Il arrive toutefois que le dossier suive, malgré l'urgence, la voie normale lorsque celui-ci rejoint le haut de la pile et sera, de toute façon, traité dans les prochaines semaines.

### 1.4.5. La gestion de la charge de travail au sein de son propre cabinet

L'auditeur est relativement autonome pour gérer son travail en fonction de ses envies, des dossiers précédemment traités, etc. Si un auditeur clôture un dossier difficile qui lui a pris du temps, il préférera entamer un nouveau dossier plus facile. C'est également le cas lorsque les auditeurs reviennent d'audiences.

« C'est la charge de travail que je suis prêt à me mettre, c'est le courage que j'ai, c'est si j'en ai déjà fait trois difficiles sur le mois, je cherche un qui à l'air moins volumineux ou plus simple. Je cherche un dossier dans lequel j'ai déjà travaillé parfois, et si je me sens d'attaque, je prends ceux que je considère comme les pires et qui sont pour moi les permis de lotir. C'est vraiment l'humeur et le courage. Et le nombre de jours que j'ai devant moi avant une audience. Parce que je veux toujours avoir fini, je ne veux aller aux audiences que quand j'ai un dossier clôturé. » (Auditeur 10, p.2)

Pour pouvoir estimer la facilité d'un dossier, les magistrats utilisent une série d'indices. Le volume du dossier en est un, mais il n'est pas déterminant. C'est surtout le nombre de moyens et le problème juridique qui y est soulevé. Lorsqu'il s'agit d'un problème balisé par la jurisprudence, le dossier paraît facile, le problème juridique étant facilement identifiable et résoluble (cf. *infra*). Le nombre de parties intervenantes influence également la perception de la difficulté liée au dossier.

Un tel classement relève davantage de la perception que de l'analyse. Le dossier « a l'air moins volumineux ». Les indices relèvent d'une appréhension sensible plutôt que d'une appréhension intellectuelle (Ogien et Quéré, 2005, p.90). Le volume du dossier ou le nombre de moyens de la requête sont des prises<sup>136</sup> (Bessy et Chateauraynaud, 1993) offertes à l'auditeur qui y trouvent des points d'appui pour organiser son travail. Ces indices deviennent relevants au fur et à mesure que les magistrats accumulent des savoirs d'expérience. Ils signifient que le travail à fournir pour résoudre le cas sera limité. L'objet intermédiaire (dossier ou requête) est doté de propriétés. Il acquiert une

---

<sup>135</sup> Il y a des pertes d'intérêt qui sont liées à l'écoulement du temps. Dans les matières économiques par exemple, il peut y avoir un risque de faillite, en fonction publique, le fonctionnaire peut avoir été admis à la retraite, en urbanisme, le requérant peut avoir déménagé.

<sup>136</sup> Dans un article qui explore les ressorts de l'expertise Bessy et Chateauraynaud (1993, p.159) attirent l'attention sur le rôle central que joue la « prise » dans la construction de l'expertise : « *c'est parce qu'elle permet de traiter les relations hommes/choses en les prenant dans les deux sens : dans le sens d'« avoir prise sur », expression qui désigne souvent une ascendance de l'humain (actif, interactif, interrogatif, etc.) sur l'objet (inerte, passif, construit) et dans celui de « donner prise à », expression qui permet d'accorder à l'objet une liberté ou, pour le moins, une irréductibilité au cœur même de la relation* ».

signification pour l'auditeur, sans que cette signification ne soit médiatisée par un long raisonnement. Ces indices constituent des « *informations directement disponibles sous la forme de prises pour l'action* » (Relieu, 1994, p.186).

Pour conclure, il existe plusieurs manières, pour l'auditeur, de gérer son cabinet, c'est-à-dire le flux des dossiers qui entrent et des dossiers qui attendent d'être traités. Deux leviers d'action ont été livrés par les auditeurs. D'une part, il y a le **traitement immédiat** des dossiers mis en état qui arrivent du greffe. Ces dossiers sont sélectionnés dès qu'ils arrivent pour être résolus immédiatement. En outre, les auditeurs majorent l'accélération de leur traitement par l'activation de la procédure des débats succincts, qui permet de court-circuiter la procédure classique.

D'autre part, l'ordre dans lequel les magistrats entament l'examen d'un nouveau dossier permet également à ceux-ci d'organiser efficacement leur travail. Cet ordre est balisé par une directive interne au Conseil d'État, mais les auditeurs restent cependant très autonomes dans la gestion de leur travail. Certains dossiers urgents ou faciles seront **traités prioritairement**.

Deux critères pratiques semblent particulièrement importants pour augmenter le rythme procédural classique<sup>137</sup>. Il s'agit de l'extrême facilité de résolution du litige – ce qui est particulièrement le cas lorsque le recours est irrecevable ou qu'un moyen paraît immédiatement fondé – ainsi que de l'urgence, que celle-ci soit perçue comme intrinsèque au litige ou induite par les parties.

Après avoir vu comment les auditeurs gèrent le flux des dossiers et comment ils organisent leur travail, voyons à présent comment se déroule l'examen juridique des dossiers.

---

<sup>137</sup> Au sein de l'auditorat, une section semble se démarquer de ces pratiques : la section « étrangers ». Celle-ci ne connaît plus d'arriéré. Les décisions de classement ne se posent dès lors pas et l'ordre chronologique est respecté. Nous émettons l'hypothèse qu'il y a une corrélation entre l'arriéré d'un cabinet et la gestion de cet arriéré par les décisions de classement de l'ordre des dossiers.

« - Auditeur : En cassation, on a 6 mois de toute façon. Donc quand il rentre, on le traite le plus vite possible. Les cassations ont la priorité. Puis dans les autres dossiers, on fait les suspensions, mais ça j'en ai plus et puis, on fait les annulations et là je prends par ordre d'ancienneté. Toute façon, s'il y a un facile à traiter il le sera au moment où je le ferais.

- J. Colemans : Et vous n'êtes pas harcelé par les avocats pour voir où en est le dossier... ?

- Auditeur : On n'est pas dans une section où on a beaucoup d'arriéré donc non. » (Auditeur 33, p.23)

## 2. L'examen d'un nouveau dossier

Cette section vise à mettre en évidence les opérations qui façonnent le processus décisionnel proprement dit, c'est-à-dire la résolution concrète du cas soumis au Conseil d'État. Que fait l'auditeur lorsqu'il examine un nouveau dossier ? Quelles sont les opérations concrètes qu'il effectue dans ce cadre ?

Les activités pratiques des auditeurs tendent vers un objectif ultime : rédiger un rapport qui contiendra un avis sur la légalité de l'acte administratif. Il doit donc se prononcer sur les moyens et exceptions soulevés par les parties. Son rapport doit contenir un exposé des faits, une synthèse des moyens et une discussion des moyens sur lesquels il se prononcera. Voyons quels sont les opérations qui composent le travail juridictionnel.

Lorsque les auditeurs découvrent une nouvelle affaire, ils règlent d'abord la question de la recevabilité du recours (section 2.1.) avant de se plonger dans l'examen plus approfondi des moyens (section 2.2.).

### 2.1. Le préalable à l'examen du fond du dossier : la décision de recevabilité

Lorsqu'ils commencent l'examen d'un nouveau dossier, les auditeurs se penchent d'abord sur les questions liées à la recevabilité du recours (section 2.1.1.), puis ils examinent la recevabilité des moyens (section 2.1.2.). Pour ce faire, ils lisent la requête.

« On regarde d'abord s'il y a un problème de recevabilité du recours qui se pose et puis par moyen, on regarde s'il y a un problème de recevabilité du moyen et après on examine le fond des moyens. »  
(Auditeur 33, p.4)

#### 2.1.1. La recevabilité du recours<sup>138</sup>

Lors de l'examen de recevabilité du recours, la question qui se pose est la suivante : le Conseil d'État peut-il accueillir le recours, indépendamment des questions de compétence<sup>139</sup> ? Lorsque la requête est jugée irrecevable, l'examen du dossier s'achève, les moyens de droit ne sont donc pas examinés.

---

<sup>138</sup> Cette présentation des causes d'irrecevabilité n'est pas exhaustive. Elles figurent dans cette section car elles font partie des catégories juridiques qui sont mobilisées de manière routinière par les auditeurs. Ce sont donc les catégories telles qu'elles émergent du matériau empirique. Elles n'ont pas la systématisme et la cohérence formelle de précis de droit administratif. Pour un exposé systématique des causes d'irrecevabilité, voir Lewalle (2002, n°361 à 416).

Nous passerons en revue les causes d'irrecevabilité généralement examinées par les auditeurs dans le premier point. Nous nous arrêterons plus particulièrement sur la condition d'intérêt en ce qu'elle demande au magistrat une analyse plus poussée du dossier.

### *2.1.1.1. Les causes d'irrecevabilité*

L'examen de recevabilité du recours s'apparente à une vérification relativement mécanique d'un certain nombre d'exigences qui tiennent à la forme de la requête, aux délais et à la qualité du requérant. Les magistrats utilisent les causes d'irrecevabilité suivantes :

- *Les formes prescrites par le règlement de procédure*

Pour pouvoir être recevable, la requête doit répondre aux critères du règlement de procédure. Dans cette optique, la requête doit contenir un certain nombre de mentions et doit également être signée par le requérant ou son avocat. Elle doit mentionner l'identité du requérant et de la partie adverse et spécifier l'objet de la demande (décision individuelle ou acte réglementaire). Enfin, elle doit contenir un exposé des faits ainsi que les moyens aptes à fonder l'annulation. Lorsque la requête ne contient pas ces mentions, le magistrat constate l'irrégularité de la requête et déclare le recours irrecevable.

- *Les délais (recevabilité ratione temporis)*

Le recours au Conseil d'État doit avoir lieu dans les 60 jours qui suivent la publication ou la notification de l'acte. Si l'acte ne bénéficie pas de tels modes de publicité, la requête doit être envoyée dans les 60 jours de la prise de connaissance de l'acte par le requérant.

« Alors, ce que je fais en premier, je vais quand même vérifier si les délais ont été respectés. Donc, les délais notamment pour l'envoi de la demande en réplique. Je vais vérifier si la requête est recevable, *ratione temporis*. » (Auditeur 15, p.5)

- *La capacité à agir*

Les magistrats vérifient la capacité du requérant, spécialement lorsqu'il s'agit d'un mineur ou d'une personne morale. Dans ce dernier cas, les auditeurs vérifient que la décision d'introduire le recours a été prise par l'organe compétent. Si ce n'est pas le cas, la requête est jugée irrecevable.

---

<sup>139</sup> Pour rappel, en vertu de l'article 14 LCCE du 12 janvier 1973, le Conseil d'État est compétent pour annuler les décisions qui émanent des autorités administratives pour autant que le recours véritable du litige ne porte pas sur la contestation d'un droit subjectif.

• *L'intérêt (le requérant a-t-il un intérêt au recours ?)*

L'intérêt au recours a donné lieu à une jurisprudence importante et il fait l'objet d'appréciations diverses. Nous lui consacrerons la section suivante.

### *2.1.1.2. L'intérêt au recours*

Dans un premier temps, nous verrons quels sont les critères pratiques utilisés par l'auditeur pour estimer un recours irrecevable car ne faisant pas grief au requérant. Dans un second point, nous examinerons la perte d'intérêt liée au temps qui passe.

#### *2.1.1.2.1. Le défaut d'intérêt : la décision ne fait pas grief*

Le requérant doit pouvoir justifier d'un intérêt<sup>140</sup> pour que sa requête soit dite recevable. La définition de l'intérêt est, selon Lewalle « *difficile à rapporter* » et « *fonction de l'espèce à trancher* » (Lewalle, 2002, p.653). Le centre de gravité du concept d'intérêt est le grief causé par l'acte administratif. L'intérêt au recours tient alors dans « *l'avantage que procure à la suite de l'annulation postulée, la disparition du grief* » (ibid.).

La notion de grief est relativement évanescence. Dès lors, pour décider si la décision fait grief au requérant, les auditeurs se dotent de critères pratiques de manière à éprouver cette notion à l'aune du cas concret. En fonction du type de cas soulevé ainsi que de la jurisprudence disponible, ils mobilisent deux types de critères : des **critères objectifs** (point A) ou des **critères subjectifs** (point B). Nous examinerons rapidement les critères objectifs et nous attarderons plus longuement sur les raisonnements qui mobilisent les critères subjectifs.

#### **A. Les critères objectifs**

Le Conseil d'État a développé une jurisprudence détaillée sur les situations susceptibles de faire grief. En urbanisme, par exemple, la jurisprudence indique à quelle distance les riverains doivent se trouver de la station d'épuration pour avoir intérêt au recours. En fonction publique, la jurisprudence soumet l'intérêt de l'agent qui attaque une nomination à la condition de dépôt préalable de sa propre candidature au poste auquel l'acte pourvoit. La jurisprudence offre des balises qui permettent d'objectiver la situation du requérant face à l'acte contesté, ce qui rend l'examen de recevabilité relativement facile.

---

<sup>140</sup> La *ratio legis* de cette exigence d'intérêt est d'éviter l'action populaire.



## B. Les critères subjectifs

Deux cas vont être plus particulièrement étudiés, car ils illustrent un raisonnement qui ne fait pas appel à une forme d'objectivation du grief, grâce à des critères concrets livrés par la jurisprudence. Il s'agit des mesures d'ordre intérieur et des mesures psychiatriques en milieu carcéral.

Le Conseil d'État n'est en principe pas compétent pour examiner la légalité des mesures d'ordre intérieur, qui sont présumées ne pas faire grief au requérant. Les mesures d'ordre intérieur sont considérées comme peu graves pour l'administré, qui n'a donc pas un intérêt suffisant à en demander l'annulation. Les changements d'affectation sont souvent cités comme mesures typiques d'ordre intérieur. La raison d'être du changement d'affectation doit être le bon fonctionnement de l'administration.

« Une personne travaille dans tel service, on la met dans un autre service. Si c'est au même endroit, qu'on **ne lui reproche rien** de particulier, c'est simplement pour le **bon fonctionnement de l'administration**. Il y a trop de personnes là et pas assez ici, le Conseil d'État va considérer que c'est une mesure d'ordre intérieur et ne va pas la contrôler sur le fond. » (Auditeur 28, p.5)

Face à une mesure d'ordre intérieur contestée, l'auditeur ne rejette pas automatiquement le recours en le déclarant irrecevable. Il va parfois plus avant dans son examen et consulte le dossier en adoptant une posture compréhensive<sup>141</sup>. Il se demande quel but poursuivait l'autorité lorsqu'elle a imposé la mesure à l'agent. S'il s'agissait de sanctionner l'agent, la mesure est qualifiée de sanction disciplinaire, s'il s'agissait d'actes « classiques » de gestion des ressources humaines, la mesure sera considérée comme une mesure d'ordre intérieur.

Les indices concrets sur lesquels s'appuie le magistrat pour définir la *ratio decidendi* sont de deux ordres. D'une part, l'auditeur vérifie « qu'on ne **reproche rien** » au requérant. Si l'auditeur découvre dans le dossier qu'il y a un climat tendu où affleurent reproches ou fautes professionnels, il y verra des signes de sanctions disciplinaires. D'autre part, le second appui au jugement consiste à examiner les **conséquences de la mesure** dans le chef du fonctionnaire déplacé. Si les impacts sont minimes, l'auditeur qualifiera le changement d'affectation comme une mesure d'ordre intérieur. Si par contre, les conséquences de ce changement sont beaucoup plus importantes, l'auditeur y verra l'indice d'une volonté de sanctionner.

« Est-ce que je vais prendre le dossier sous tel **angle** ou sous un autre angle ? Par exemple, sous l'angle de l'intérêt au recours. La différence entre une mesure d'ordre intérieur et une sanction disciplinaire

---

<sup>141</sup> Pour une approche complète du travail compréhensif des magistrats, veuillez consulter le titre 2 du troisième chapitre.

déguisée ? Je regarde les effets de la mesure sur la vie du requérant. Est-ce que c'est de minime importance ce qui lui est infligé comme modification de ses attributions ou est ce que c'est beaucoup plus radical ? » (Auditeur 29, p.14)

Alors que les exigences liées à la recevabilité du recours (délais, formes de la requête, capacité, etc.) sont généralement faciles à contrôler parce qu'elles touchent à des attributs formels de la décision ou à des critères objectivables facilement identifiables dans l'acte même ou dans la requête, le cas des mesures d'ordre intérieur paraît beaucoup plus difficile parce qu'il nécessite une approche compréhensive de l'affaire. La mesure, pour être comprise, doit être contextualisée, notamment grâce aux éléments du dossier administratif. La compréhension pratique de la mesure passe par la recherche des raisons qui ont motivé la décision de déplacement.

«- Auditeur : Je traite les dossiers « fonction publique ». Beaucoup de ces dossiers ont trait à des mesures de déplacement. Ces mesures sont attaquées et bien souvent le premier moyen que le requérant invoque, c'est une sanction disciplinaire déguisée. Pour nous le **contexte** est donc important. Entre qualifier cette mesure de mesure d'ordre où en principe une administration est compétente de déplacer un agent dans tel service parce qu'il sera plus efficace dans ce service-là. Pour nous il est important de faire cette distinction. Si on n'a pas le contexte dans lequel la mesure a été décidée, nous ne pouvons pas faire ce tri entre les mesures d'ordre pures et simples et les mesures d'ordre qui ont un caractère disciplinaire.

- J. Colemans : Là vous recherchez les **intentions** de l'administration ?

- Auditeur : Bien sûr. **Qu'est-ce qui l'a motivé à agir comme elle l'a fait ?** Il ne faut pas croire que le Conseil d'État, parce qu'on dit que c'est un contentieux objectif, ne se préoccupe pas du **cadre factuel** dans lequel la décision administrative a été prise. Pour nous c'est important de savoir dans quelles conditions l'administration a été amenée à prendre telle ou telle décision. » (Auditeur 25, p.6)

Le cas des mesures d'ordre intérieur est intéressant à deux niveaux. Il oblige d'abord l'auditeur à examiner la mesure d'un point de vue subjectif en se référant d'un côté à l'intention de l'administration et de l'autre côté en évaluant les effets de la mesure dans le chef de l'agent. En outre, l'examen de recevabilité, qui est un préalable au jugement sur le fond de l'affaire, contraint l'auditeur à qualifier la mesure au stade de la recevabilité. Nous sommes en présence d'une **boucle d'anticipation**. En effet, les magistrats doivent faire un examen poussé du dossier pour pouvoir déclarer le recours recevable ou irrecevable.

En milieu carcéral, le même type de raisonnement est suivi pour les mesures d'enfermement en annexe psychiatrique.

« Un détenu qui nécessite un enfermement en annexe psychiatrique. Donc lui va ressentir ça comme quelque chose de blessant et de punition, et il va considérer qu'on le sanctionne. À partir du moment où on a un certificat médical, où on a des explications au dossier qui montrent qu'effectivement ce n'est plus possible pour les autres mais pour lui-même aussi, que c'est une mesure de protection à son égard, et que de toute façon, la mesure, il va être suivi, il va être traité, et on va essayer évidemment de pouvoir le remettre en cellule et de bénéficier d'une vie carcérale normale. Si jamais on considère que la mesure n'est qu'une mesure qui n'est prise que finalement, pour le bon fonctionnement de la prison, à ce moment-là, on estime que c'est une mesure d'ordre intérieur, et que donc on n'est pas compétent, parce que le Conseil d'État ne peut évidemment suspendre ou annuler que si la décision fait grief au requérant. » (Auditeur 2, p.3)

Cet extrait illustre le processus de traduction des faits dans le domaine du droit. Les faits ne sont pas bruts mais travaillés, interprétés, traduits pour rentrer dans le moule du droit, dans les catégories juridiques disponibles. Est-ce que la mesure d'enfermement en aile psychiatrique fait grief au détenu requérant ? D'un point de vue de sens commun, très probablement, la mesure d'enfermement est toujours ressentie comme une « punition » par le détenu, ce que corrobore la procédure en cours. Néanmoins, le grief n'est pas entendu de manière « profane », mais recouvre une réalité qui répond à certaines règles du droit. Pour qualifier la mesure, l'auditeur vérifie qu'il s'agit d'une mesure de protection du détenu. Pour ce faire, il examine l'intention des autorités carcérales. Si l'objectif poursuivi est un objectif de traitement médical, l'auditeur déclarera le recours irrecevable. Si par contre, il trouve dans le dossier des indices qui font penser à des mesures répressives, la requête sera accueillie.

Les auditeurs tentent de comprendre la décision, les raisons sous-jacentes qui ont présidé à l'adoption de l'acte. L'*ultima ratio* était-elle sanctionnatrice ou un autre but était-il poursuivi ? L'auditeur infère la raison d'être de la mesure à partir d'indices de ce qui constitue typiquement une sanction ou une mesure d'ordre intérieur. La question du grief est liée non pas au grief ressenti par le requérant, mais à l'intention potentiellement sanctionnatrice de l'administration. Ce critère pratique est un critère que l'auditeur dégage dans sa compréhension du litige, à partir des éléments du contexte factuel. La réalité ou l'ampleur du grief ressenti par le requérant est très peu prise en compte lors de la qualification. Le grief n'est pas évalué dans le chef de celui qui le subit, mais dans le chef de celui qui le fait subir.

### ***2.1.1.2.2. La perte d'intérêt liée à l'écoulement du temps***

L'intérêt doit être actuel. Un requérant peut avoir intérêt au recours lorsqu'il dépose sa requête, mais entre le moment du dépôt et le moment où le dossier sera effectivement traité par le Conseil d'État, des mois, voire des années peuvent s'être écoulés. Dès lors, certains auditeurs vérifient que les requérants sont toujours intéressés au recours et écrivent aux parties pour être certains que le dossier vaut la peine d'être instruit. C'est particulièrement le cas des sections qui connaissent un arriéré important. Entre le moment de l'introduction de la requête et le moment où le dossier est instruit par l'auditeur, la situation juridique des parties peut avoir changé, entraînant une perte d'intérêt pour le requérant et la partie intervenante.

« En urbanisme on leur écrit pour demander s'ils ont toujours intérêt, si la situation a évolué, on écrit en disant au bout de 5 ans, est-ce qu'il y a encore un intérêt, est-ce que la situation a évolué, les gens ont déménagé. » (Auditeur 18, p.5)

« Quand vous prenez un dossier de 2005 pour traiter en 2010 et que l'acte attaqué est la promotion d'un tiers, il est évident que la première chose que vous devez faire c'est d'écrire, pour savoir si entre temps, le requérant n'a pas lui aussi été promu, ou si le bénéficiaire de l'acte n'est pas parti à la retraite et que quelqu'un d'autre a été promu, là vous devez vérifier si le requérant a bien attaqué aussi la nouvelle promotion sinon il perd son intérêt. » (Auditeur 2, p.16)

Cette pratique, si elle paraît légitime pour les dossiers anciens, peut prêter à la critique lorsqu'elle se systématisse.

« Alors maintenant est-ce qu'on instrumentalise ces exigences de recevabilité par souci d'efficacité... c'est une tentation et je pense que certains sont plus sévères que d'autres, ça c'est sûr. Avec des résultats en termes de chiffres certainement de ce point de vue-là. Je pense que certaines matières s'y prêtent beaucoup plus que d'autres aussi. Dans certaines matières, interroger sur l'intérêt, on peut le faire gentiment et c'est légitime. Alors maintenant, je pense qu'il **ne faut pas chercher la perte d'intérêt**, ça c'est autre chose. » (Auditeur 9, p.22)

### 2.1.2. La recevabilité du moyen : *l'exceptio obscuri libelli*

Le moyen est un argument juridique qui contient une disposition légale et la manière dont elle a été violée. Il fonde la prétention des parties. « *Les moyens d'annulation, ou les ouvertures du recours pour excès de pouvoir, sont constitués par les irrégularités que peut présenter un acte administratif unilatéral, et qui sont de nature à fonder un recours en annulation porté au Conseil d'État* » (Lewalle, 2002, p.854).

L'auditeur classe les moyens en deux catégories : les « moyens recevables » et les « moyens irrecevables ».

Dans son précis de contentieux administratif, Michel Leroy (2004, pp. 540 et 541) distingue deux critères d'irrecevabilité des moyens. Dans le premier cas, la rédaction du moyen est si confuse que l'on ne comprend pas la prétention du requérant (*exceptio obscuri libelli*). Dans le second cas, l'illégalité ne préjudicie pas au requérant (manque d'intérêt au moyen). Pour rendre compte le plus fidèlement possible du processus à l'œuvre au Conseil d'État, nous envisagerons l'examen de l'intérêt au moyen lorsqu'il se pose, c'est-à-dire à la fin du processus.

« La recevabilité du moyen, c'est de savoir si le moyen est bien formulé, s'il y a l'indication de la disposition. Si elle est violée, en quoi est-elle violée... Si les dispositions qui sont soulevées correspondent bien au grief qui est soulevé... Par exemple, on invoque une violation de dispositions et on constate que le grief ne correspond pas du tout à la disposition... » (Auditeur 33, p.5)

*L'exceptio obscuri libelli* est une exception soulevée par la partie adverse lorsque la requête est rédigée de manière telle que l'illégalité dénoncée ne peut être décelée dans le moyen (Leroy, 2004). Cela renvoie à l'obligation pour le requérant de faire apparaître un raisonnement juridique correct.

De manière générale, les auditeurs sont relativement ouverts et tentent de comprendre les prétentions du requérant. Il faut cependant apporter des nuances à la bienveillance généralisée de l'auditorat<sup>142</sup>. Il y a – au moins – deux profils d'auditeurs. Les premiers, largement minoritaires, s'en tiennent à une stricte interprétation littérale des moyens. Les seconds, majoritaires, opèrent une **lecture bienveillante** des moyens afin de « sauver la requête ».

### 2.1.2.1. La lecture littérale des moyens

Quelques auditeurs sont taxés par leurs collègues de « formalistes » car ils sont très pointilleux sur la recevabilité. C'est une attitude qui semble peu légitime au Conseil d'État.

« Il y a des requêtes qui sont à ce point mal rédigées qu'on ne comprend pas exactement ce que le requérant nous dit, et qui ne comportent pas de moyens, donc d'indications de violation d'une règle de droit, donc ces requêtes-là sont rejetées en recevabilité, on n'examine pas si elles sont fondées. [...] on n'a pas à soulever un moyen s'il n'est pas invoqué par le requérant, ni à corriger sa requête à sa place si elle est mal rédigée. » (Auditeur 31, p.9)

« Il y a vraiment certains collègues spécialistes de la recevabilité, mais bon, alors ils travaillent plus vite que les autres, ils ont des meilleures statistiques...C'est plus dur de dire qu'un dossier est recevable et non fondé que dire qu'il est irrecevable évidemment. » (Auditeur 16, p.3)

« Certains auditeurs étaient souvent axés sur les questions de recevabilité, de perte d'intérêt, etc. on le sent très fort dans les rapports, il y a des analyses parfois poussées sur la recevabilité du recours, sur la nature de la norme attaquée. Je ne comprends pas cet acharnement pour arriver à une décision d'irrecevabilité du recours. Parce que, OK le requérant ne s'est pas toujours exprimé de la manière la plus opportune qu'il soit, qu'il n'a pas toujours choisi les bons mots pour identifier l'acte qu'il voulait attaquer, mais en même temps on est là aussi pour essayer de comprendre les parties. Alors quand un requérant dit : « oui j'attaque des décisions de ratification de nomination », bon on comprend tous que ce qu'il attaque c'est les nominations en tant que telles. Mais venir me dire dans un rapport que ça n'existe pas, que des arrêtés de ratifications de nomination ça n'existe pas, et que donc le recours est irrecevable parce qu'il est dirigé contre un acte qui n'existe pas, ça je peux pas, pour moi c'est **trop formaliste**. » (Conseiller 13, p.18)

Cette manière de procéder s'explique sans doute par la pression statistique qui pèse sur les auditeurs. Ceux-ci sont soumis à une certaine quantification de leurs pratiques. Chaque fois qu'un rapport est rédigé, l'auditeur l'inscrit dans une banque de données. L'auditeur général centralise toutes ces données qui sont perçues comme un instrument managérial<sup>143</sup> afin de réduire l'arriéré au Conseil d'État. Chacun peut consulter ses propres statistiques mais également celles de ses collègues. Rejeter un recours pour cause d'irrecevabilité va très vite. Certaines pratiques sont interprétées comme un

---

<sup>142</sup> Il y a une différence de posture entre le contentieux ordinaire et le contentieux de cassation. Alors que la lecture des moyens est généralement bienveillante dans le contentieux ordinaire, en cassation, les magistrats adoptent une posture beaucoup plus rigide.

<sup>143</sup> La managérialisation touche tous les secteurs publics. Pour une approche de la managérialisation de l'ordre judiciaire, voir Schoenaers et Dubois (2008), Ficet (2011), Piroux et Bernard (2006).

calcul coût-bénéfice entre le temps passé à rédiger ce genre de rapport – très court puisque l’auditeur ne doit pas examiner les autres moyens – et le bénéfice que cela lui procure en tant qu’auditeur « efficace ». Les auditeurs évaluent les pratiques de leurs collègues afin de définir leurs propres pratiques. Sont appariées les notions d’auditeurs « (trop) formalistes » et d’auditeurs efficaces.

## 2.1.2.2. La lecture compréhensive des moyens

L’auditeur peut choisir d’avoir une lecture bienveillante des moyens. Dans ce cas, il sollicite la requête pour faire apparaître plus clairement le problème juridique. Nous tenterons de rendre compte de ce qui amène l’auditeur à interpréter la requête de manière compréhensive. En outre, nous verrons comment il fixe les limites de sa bienveillance.

### 2.1.2.2.1. Les contextes incitatifs à la bienveillance

Les auditeurs ont tendance à une plus grande bienveillance lorsque le requérant n’est pas représenté par un avocat ou lorsque la cause lui paraît justifiée.

« Parfois effectivement le moyen est obscur et donc on va dire : « Si toutefois c’est ça qu’on a voulu dire », eu égard au fait que c’est un **requérant particulier**, on l’examine avec une certaine bienveillance et en tout état de cause, c’est non-fondé. Plutôt que de dire à ce requérant particulier : « On ne comprend même pas ce que vous avez voulu dire, vous n’aviez qu’à prendre un avocat », nous on se parle entre juristes, donc de donner cette frustration là et dire : « On comprend bien ce que vous voulez nous dire mais ce n’est pas fondé ». Et donc on rejette quand même mais avec un peu plus d’humanité et un sentiment de justice probablement mieux compris, quoi. » (Auditeur 9, p.27)

« Là où un juge dira, on ne comprend rien à votre machin, et je retiens l’exception *obscuri libelli*, et un autre va essayer de solliciter au maximum la requête, et à trouver malgré tout des moyens de droit si la **cause** lui paraît **sympathique**. » (Auditeur 8, p.12)

« - Auditeur : On n’a pas une lecture étriquée du moyen non plus, en annulation en tout cas, c’est-à-dire que à un moment donné, parfois on sent bien que l’argumentation n’est pas très fouillée, n’est pas très détaillée, on passe un petit peu à côté du vrai problème, et alors c’est vrai qu’on a tendance à recadrer et à dire bon voilà, vous avez un peu effleuré la question, allons y franchement, le problème c’est celui-là. Pour certaines requêtes on a tendance à aller gratter un petit peu et chercher des choses qui ne s’y trouvent pas nécessairement, on va vraiment parfois **très loin dans la lecture** de la requête.

- J. Colemans : Dans quels cas ?

- Auditeur : Quand on pense que vraiment il y a un **problème qui mérite d’être soulevé**, et que ça a quand même été effleuré, il faut quand même qu’on trouve quelque chose dans la requête, il ne faut pas qu’elle soit complètement muette, mais le premier auditeur chef de section pour lequel j’ai travaillé disait qu’on allait rechercher le moyen à la petite cuillère et une petite cuillère c’était vraiment ça... En étrangers par exemple, il y a une décision qui est manifestement problématique mais la requête est pas très bien faite et donc on n’invoque pas le bon moyen, et on ne peut pas soulever le moyen d’office parce qu’il n’est pas d’ordre public, on va chercher à la petite cuillère, donc on essaie de trouver vraiment dans le moyen ce qui pourrait quand même permettre de raccrocher, parce que la décision nous semble **choquante** et qu’il y a visiblement un **gros problème** dedans. » (Auditeur 13, p.33)

Notons que plus la décision paraît déraisonnable, plus le contrôle est étendu, quitte à fortement solliciter la requête.

« Il y avait, c'était à X..., une construction **insensée** : il y avait deux lots comme ça à front de voirie, et entre les deux, un terrain non bâti, et ils ont autorisé, à X..., mais c'était des **fous**, une maison qui avait une forme d'entonnoir et qui allait créer des vues arrières, enfin, je n'ai jamais vu un projet urbanistique aussi **délirant** que ça. Et le malheureux voisin, il fait, avec les moyens du bord, donc c'est une lettre, adressée au Conseil d'État, où il parle de construction monstrueuse, et alors on lui renvoie un mémoire en réponse assez court en disant que la requête ne contient aucuns moyens de droit, alors il se dit zut, je vais aller voir un avocat, alors il va voir un spécialiste du contentieux administratif qui revient en disant, ah mais il y a un moyen de droit en béton, le requérant a écrit « construction monstrueuse », et ben le moyen est pris de l'erreur manifeste, et bien c'était tellement monstrueux que le Conseil d'État a annulé, pour erreur manifeste. ... et là on s'est prononcé en opportunité, d'abord, l'erreur manifeste, c'est de l'opportunité, et puis il a fallu drôlement solliciter la requête, pour y voir un moyen de droit quoi. » (Auditeur 8, p.12)

Lorsque le moyen est mal rédigé, c'est-à-dire lorsque les formes du droit n'ont pas été respectées, le travail de liaison entre le cas particulier et la norme qui le régit est défaillant. Certains auditeurs considèrent qu'ils n'ont pas à faire ce travail de liaison à la place du requérant alors que d'autres tenteront de consolider le fil ténu qui relie le monde du droit et le monde réel. Nous analyserons systématiquement dans le troisième chapitre les cas qui choquent les magistrats.

### **2.1.2.2. La limite de la lecture bienveillante**

Les auditeurs reformulent les moyens afin de les rendre « compréhensibles pour un juriste », ils traduisent le moyen obscur afin de le rendre recevable. Une limite ne peut toutefois pas être franchie par l'auditeur : celui-ci ne peut « ajouter à la requête ».

« Il faut que le syllogisme apparaisse quand même dans l'exposé du moyen, mais c'est vrai qu'on peut être enclin à le compléter, si ça n'apparaît pas aussi clairement. Par exemple j'ai à l'esprit une requête introduite par une personne, donc **pas par un avocat** qui se plaint, je ne sais plus dans quel contentieux c'était, je me demande si c'était pas du gardiennage, qui se plaignait donc de la décision qui avait été prise à son égard et qui n'invoquait pas la loi de 91 sur la motivation formelle, mais on **comprendait bien** à la lecture des moyens que c'est ça qu'il critiquait, il critiquait la motivation mais ce terme même de motivation n'apparaissait pas dans le, dans l'exposé du moyen et bien l'arrêt a dit que il apparaissait pourtant clairement que c'était bien la motivation et par extension la loi de 91 qui était visée dans l'exposé du moyen, donc là c'est vraiment la lecture bienveillante et la reconstruction du raisonnement du requérant qui a pris le pas. On aurait pu très bien pour le même prix déclarer irrecevable. » (Auditeur 37, p.32)

Pour savoir jusqu'où ils peuvent s'autoriser à aller dans la lecture bienveillante du moyen, les auditeurs se dotent de critères pratiques procéduraux. Outre la requête qu'ils lisent et interprètent, les auditeurs utilisent les mémoires des autres parties. Ceux-ci constituent alors des indices de la compréhensibilité des moyens. Les magistrats interprètent la réaction de la partie adverse. Si l'avocat de la partie adverse développe une argumentation contre le moyen qu'ils disent être incompréhensible, les magistrats en déduiront que le moyen n'était pas à ce point obscur puisque la partie adverse y a répondu. Cette dernière l'a par conséquent nécessairement compris.

« Certains moyens, à la première lecture, on se dit houlà, qu'est-ce qu'il a voulu dire, il faut une deuxième lecture, on se dit, oui, OK. Et puis en lisant le mémoire en réponse, on s'aperçoit que l'avocat de la partie adverse a fait comme nous et son premier argument, c'est *obscuri libelli*. Et puis il développe

quand même et on s'aperçoit qu'il a bien compris comme nous ce que ça voulait dire et donc dans ces cas-là, je ne réécris pas mais je simplifie la formulation en insistant sur le fait que clairement il ressort du mémoire en réponse que la partie adverse a bien compris l'argument qui a été soulevé, y a d'ailleurs répondu et donc j'en discute. » (Auditeur 17, p.14)

### 2.1.3. L'appréciation de la recevabilité : entre la lettre et l'esprit du recours

L'examen de la recevabilité a fait apparaître une inclination au refus du pur formalisme dans le chef de la plupart des auditeurs. Le droit n'existe pas sans les formes qui le soutiennent et lui permettent d'exister (Latour, 2012). Mais lorsque le droit est uniquement réduit à sa forme, il devient rigide et désincarné<sup>144</sup>, bref, formaliste.

Le tableau ci-dessous reprend les différentes situations relatives à la recevabilité du recours. Les deux dimensions de la recevabilité sont croisées, à savoir sa dimension formelle – « formalisme » – et sa dimension plus substantielle, l'esprit du contrôle de la recevabilité – « acceptabilité du recours ».

		Acceptabilité du recours	
		+	-
Formalisme	+	Recevabilité (1)	Manque d'intérêt au moyen (2)
	-	Lecture bienveillante Intérêt au recours (sanctions disciplinaires déguisées en mesures d'ordre intérieur (3))	Irrecevabilité (4)

Tableau 1

Lorsque les conditions formelles d'accès au Conseil d'État coïncident avec l'esprit du recours, la recevabilité se confond avec les exigences de forme. Le recours est formellement et

<sup>144</sup> Certains auteurs comparent le formalisme des règles juridiques à une capsule : « Les règles normatives dans leur **forme** extérieure sont invariables comme les termes qui les expriment. Mais ces formes ne sont que des **capsules** dont le contenu est variable sans qu'on s'en aperçoive. La capsule reste invariée jusqu'au moment où le contenu a tellement changé que la capsule éclate et on doit trouver une autre qui s'adapte mieux à la fonction changée. Le système juridique entier, considéré par la plupart de la doctrine comme une structure presque fortifiée qu'on peut interpréter mais qu'on ne peut pas changer, est mis en cause. L'invariabilité du système est plus apparente que réelle. Les termes invariants n'indiquent point que le contenu et la fonction sont encore les mêmes qu'ils étaient au moment de la création des dits termes. » (Schwind, 1984 cité par Papaux, 2007, p.124)



« intrinsèquement » recevable (cellule n° 1) ou au contraire, le recours est formellement et intrinsèquement irrecevable (cellule n° 4). Ces cas de figure ne posent généralement pas beaucoup de problèmes aux auditeurs.

Par contre, certains cas rendent saillante l'existence des deux niveaux d'exigences liés à la recevabilité. Le décalage entre l'acceptabilité intrinsèque du recours et sa correction formelle est particulièrement visible dans deux configurations.

La première configuration qui donne à voir l'écart entre l'esprit et la lettre de l'exigence de recevabilité concerne la requête formellement recevable, mais dont le motif du recours est jugé inadéquat. Les magistrats déclarent le recours irrecevable sur base du **défaut d'intérêt au moyen** (cellule n° 2). Nous verrons dans la dernière section de ce titre que les magistrats évaluent cet intérêt au moyen, au terme de leur examen. Lorsqu'ils s'aperçoivent que le requérant actionne la procédure au Conseil d'État dans une visée purement formaliste et qu'ils ne retireront aucun bénéfice du recours, le Conseil d'État déclare le recours irrecevable. Le magistrat se place du point de vue du requérant. Le grief peut être de pure forme, ce qui est le cas si le requérant qui dénonce le défaut de publicité de l'enquête publique en a eu par ailleurs connaissance. Le but de la disposition a été atteint autrement. La requête est purement formaliste et le requérant instrumentalise le droit qui tourne à vide. Nous renvoyons aux développements de la section 2.2.3.6.

La deuxième configuration concerne la requête formellement défailante parce qu'elle ne contient pas de moyens formellement valides (cellule n° 3). Dans certaines conditions, l'auditeur lira malgré tout la requête de manière bienveillante en acceptant d'aller au-delà du formalisme, au-delà de la lettre du moyen. C'est particulièrement le cas lorsque la décision paraît choquante, injuste ou inadéquate.

De même, les mesures d'ordre intérieur sont réputées ne pas faire grief au requérant. Un examen formel de recevabilité devrait donc déclarer irrecevable le recours contre ces mesures. Cependant, le Conseil d'État vérifie concrètement, derrière la qualification formelle, que les griefs sont réellement inexistants. Si le requérant subit un « préjudice », le magistrat décidera d'accepter malgré tout le recours. Le point de vue adopté n'est cependant pas celui du requérant, mais les indices du grief sont recherchés dans le chef de l'administration. L'auditeur tente de reconstituer les motifs de la mesure qui se matérialisent par l'intention poursuivie par l'autorité. La qualification de la décision variera selon que l'intention sous-jacente de la décision était de sanctionner l'agent ou d'organiser le service.

Le droit n'est donc pas un corps de règles **désincarnées**. Quand le but d'une disposition coïncide avec sa formalisation, seule la forme est visible. Le droit est alors assimilé à sa formalisation, qu'il s'agisse de la disposition légale ou de la formulation d'un moyen au Conseil d'État. Mais dans les cas tangents, la dissociation entre la lettre et l'esprit du droit devient perceptible. Les magistrats développent alors des interprétations créatives, des raisonnements audacieux, pour réduire la distance entre la forme et la visée substantielle du droit.

C'est la raison pour laquelle étudier le droit en dehors des circonstances concrètes de son application revient à n'étudier qu'une partie seulement du phénomène juridique. Appréhender le droit comme un système formel paraît réducteur puisqu'il ne concerne que les cas d'application clairs (cellules n° 1 et 4). C'est lorsque les faits concrets mettent le droit en difficulté que son étude devient intéressante parce que les pratiques révèlent les raisonnements ordinaires qui sous-tendent le raisonnement juridique formel et font appel à « autre chose <sup>145</sup> » que la lettre du droit.

## 2.2. L'examen du fond du dossier<sup>146</sup>

Les auditeurs ont opéré une première lecture qui leur a permis de se prononcer d'emblée<sup>147</sup> sur la recevabilité. Certains recours jugés irrecevables se clôtureront à ce stade. Par contre, lorsque le dossier passe la rampe de la recevabilité, le magistrat doit s'attaquer au fond du dossier.

L'examen du fond du dossier se fait selon une même trame bien que deux processus types se dégagent à l'analyse. Invariablement, les auditeurs se forment une **première opinion** à propos de la facilité de l'examen sur base de la lecture superficielle des écrits de procédure. En fonction de cette première impression, le dossier empruntera la voie d'un des deux processus-types. Schématiquement, les magistrats catégorisent les recours en « cas faciles » ou en « cas délicats » sur base de leur première impression des moyens. Suivant qu'ils se trouvent devant l'un ou l'autre type de dossier, les magistrats n'organisent pas leurs activités de la même manière.

Les « **cas faciles** » débouchent sur l'examen d'un seul moyen soumis à **l'épreuve des faits**. Si le moyen résiste à l'examen du dossier administratif, l'exposé des faits sera rédigé en fonction du moyen retenu.

---

<sup>145</sup> Cet « autre chose » sera discuté dans le troisième chapitre.

<sup>146</sup> Comme nous l'avons précisé dans le premier chapitre, le processus décrit dans les pages qui suivent concerne essentiellement le recours en annulation.

<sup>147</sup> Sauf les cas de défaut d'intérêt au moyen et au recours ; cf. *supra*.

Les **cas** sont par contre jugés « **délicats** » lorsqu’aucun moyen n’apparaît clairement fondé à première vue. Les magistrats ne peuvent, sur base de la simple lecture de la requête, imprimer une direction claire au recours. L’examen de ce dernier paraît difficile car aucun moyen ne se dégage nettement. L’issue du litige est incertaine et nécessite un gros travail de « débroussaillage ». Étant donné que les magistrats ne disposent pas d’un moyen pilote, ils se lancent dans la lecture du dossier pour rédiger l’exposé des faits. Ils s’imprègnent du dossier dans l’espoir de découvrir des éléments saillants au sein de celui-ci. Lorsqu’ils achèvent l’exposé des faits, ils ont généralement une impression qu’ils devront soumettre à **l’épreuve des moyens**. La recherche de jurisprudence est souvent d’un grand secours pour résoudre ces cas délicats.

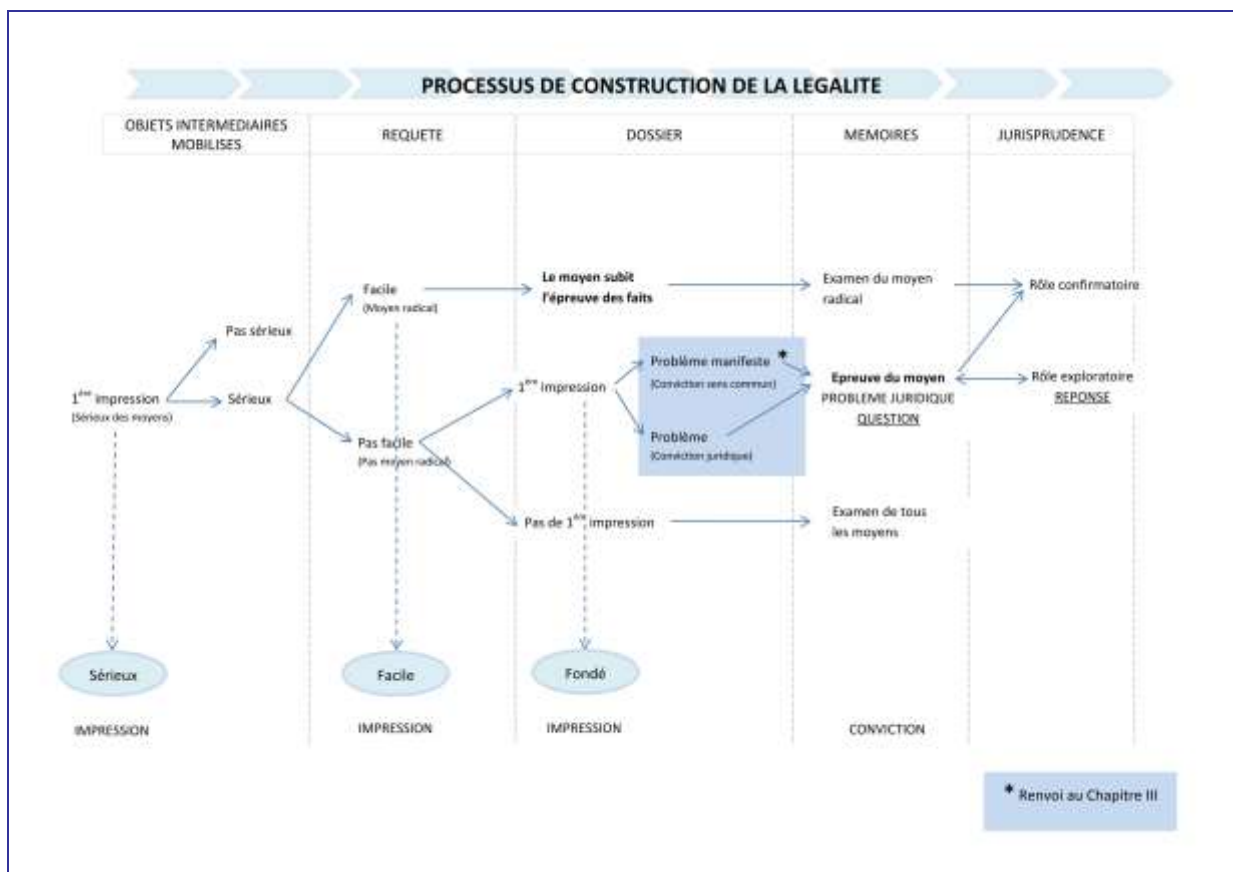


Figure 2

Dans une première section (section 2.2.1.), nous verrons comment la **lecture superficielle** des pièces de procédure permet d’orienter le dossier dans l’une ou l’autre voie processuelle selon la facilité du cas à résoudre. Dans une deuxième section, nous décrirons la manière dont les auditeurs examinent

les **cas faciles** (section 2.2.2.). Dans une troisième section, enfin, nous verrons comment les auditeurs construisent leur rapport lorsqu'ils examinent des **cas difficiles** (section 2.2.3.).

## 2.2.1. Première lecture superficielle des écrits de procédure

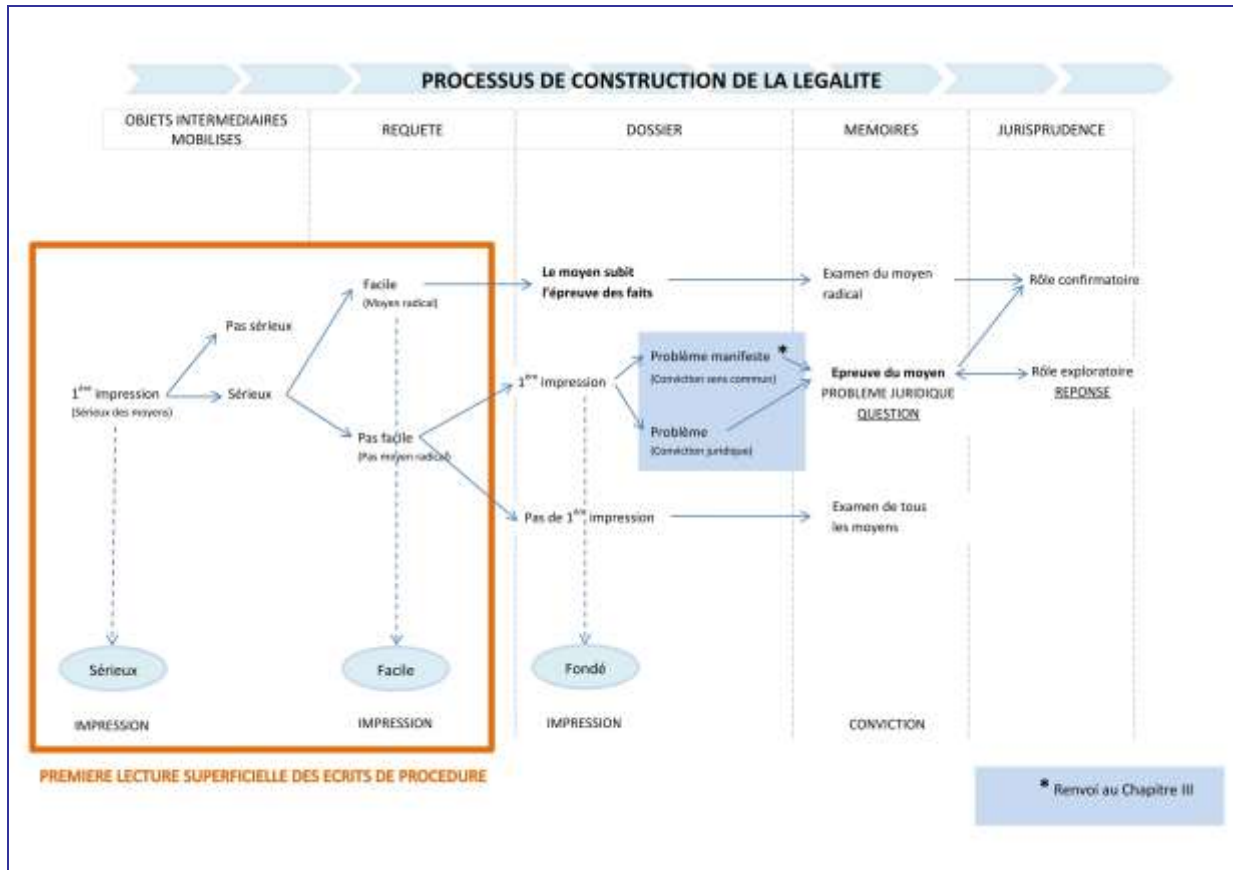


Figure 3

### 2.2.1.1. L'appréhension globale du dossier

Lorsqu'ils entament un nouveau dossier, les auditeurs lisent superficiellement une première fois<sup>148</sup> les écrits de procédure. Ils commencent généralement par lire la requête<sup>149</sup>, ensuite, ils lisent l'acte

<sup>148</sup> Certains auditeurs ont déjà parcouru les moyens lors de l'arrivée de la requête à l'auditorat. Ils ont alors « précatégorisé » l'affaire. Voir les développements supra section 1.2.2

<sup>149</sup> Parmi tous les auditeurs rencontrés, un seul auditeur débute son examen par la lecture de l'acte attaqué. « La première chose, la méthode est importante d'ailleurs, c'est, ne pas commencer par lire les requêtes, les pièces de procédure, les requêtes, les mémoires tout ça, parce que ça, vous lisez le premier vous vous dites : « Ah ça c'est bien vrai », puis vous lisez le deuxième qui dit exactement le contraire, et vous arrivez à la conclusion exactement inverse : « ah ça c'est bien vrai ». Vous ne lisez pas tout ça, vous allez voir dans le dossier administratif, l'acte lui-même, et puis alors vous regardez par rapport aux moyens. Est-ce qu'ils résistent ou pas... » (Auditeur 35, p.16)

attaqué, puis le mémoire en réponse et le mémoire en réplique. Cette lecture rapide constitue une première prise de contact globale avec l'affaire. La lecture rapide des pièces de procédure permet à l'auditeur de se forger une première opinion sur le **sens** que devrait prendre le recours. Cette première orientation se base essentiellement sur la requête, ou émane du dialogue des mémoires.

Les auditeurs commencent généralement par lire la **requête** qui contient une série d'informations qui permettent de situer globalement l'affaire. Ils situent directement l'objet de l'acte attaqué, les principaux faits, les types de moyens développés. Ces informations sont partiales car elles émanent d'une seule partie – le requérant –, mais demeurent un premier contact avec le litige.

D'autres auditeurs, plus rares, préfèrent attendre de lire le **mémoire en réponse** pour voir comment l'autorité administrative réagit aux moyens soulevés dans la requête.

Certains auditeurs orientent également leur lecture selon l'avocat qu'ils estiment le plus sérieux. Ils lisent alors prioritairement les mémoires de cet avocat. Les avocats spécialisés en droit administratif qui fréquentent régulièrement le Conseil d'État sont relativement peu nombreux en Belgique francophone. Les magistrats parlent d'une trentaine d'avocats qu'ils voient régulièrement. Parmi ceux-ci, certains jouissent d'une meilleure réputation que d'autres.

« L'idéal, c'est déjà de parcourir les arguments des parties. Quand je vois que, parce qu'on a chacun ses listes hein, liste noire, liste rose, quand je vois qu'il y a un avocat sérieux qui joue dans la pièce, je vais lire son mémoire, je vais le parcourir dans le métro, chez moi, et comme ça j'ai déjà une vision d'ensemble du dossier. » (Auditeur 24, p.4)

Au terme de cette lecture transversale, se dégage une première impression sur les moyens, une première idée sur l'orientation à donner au recours. Ces orientations devront subir un examen juridique plus systématique, notamment par la confrontation des arguments des parties aux pièces du dossier administratif.

#### **Un bon avocat au Conseil d'État...**

Les avocats jouent un rôle important dans le déroulement de l'affaire. Il vaut mieux avoir une mauvaise affaire et un bon avocat qu'une bonne affaire et un mauvais avocat, entend-on souvent.

Seules quelques dizaines d'avocats plaident régulièrement devant le Conseil d'État. Ce sont des avocats spécialisés qui sont connus et appréciés – positivement ou négativement – par les magistrats. Les auditeurs ont un *a priori* sur la qualité et la foi due aux mémoires des avocats. Un « avocat » sera jugé « fiable » lorsqu'il respecte un principe de réalité et ne « tord pas le cou aux faits ». Un « bon avocat » sera celui qui identifiera de manière correcte le problème juridique.

« Il y en a qui ont une façon de présenter les choses qui est vraiment sans commune mesure avec les autres, une façon de dire la **vérité** mais peut-être pas toute la vérité, c'est quand même... Oui, l'excellent avocat est astucieux. Le bon avocat lui connaît la jurisprudence, il fait son job honnêtement... enfin, il y a vraiment une grosse différence entre les excellents et les bons. [...] Il y en a qui voient, qui ont l'art de voir le problème, un début de problème même, là où les autres vont se contenter d'aller sur les sentiers battus. » (Auditeur 16, p.15)

Lorsque l'auditeur catégorise les bons avocats qui sont fiables et qui ne trichent pas et les avocats excellents<sup>150</sup> qui sont astucieux et sortent des sentiers battus, il adopte un prisme interprétatif des écrits de procédure.

« Certains avocats ont beaucoup de crédit parce qu'on sait que le travail qui est fait est rigoureux, qu'ils ne trichent pas, qu'ils n'essaient pas de nous faire prendre des vessies pour des lanternes, qui n'essaient pas de faire dire au dossier autre chose que ce qu'il dit...voilà. Il y en a certains qui ont fait des lectures tronquées de vos propres rapports ou de dossiers, etc. où vous dites attention, on me cite quelque chose, ce n'est peut être pas, ce qui figure dans la loi ou dans tel texte, je dois vérifier. Il y en a d'autres, vous savez que leur honnêteté intellectuelle est irréprochable, et ça donne évidemment du crédit et quand vous lisez la requête vous vous dites en voyant le nom de l'avocat ben voilà, je sais que ça va être présenté de manière sérieuse, que ce qui est plaidé au départ n'est pas idiot, et que je vais devoir y réfléchir. Par contre pour d'autres vous vous dites, il va falloir faire le tri. » (Auditeur 13, p.19)

« On a un jour eu un problème avec un avocat qui a prétendu ne pas avoir reçu une convocation, alors qu'on avait vérifié par téléphone la veille, et que sa secrétaire nous avait bien dit qu'il avait reçu ça, et il vient dire non. Celui-là, il est à vie sur une liste noire. On sait que c'est un type à qui on ne peut pas faire confiance. Un autre truc qu'on trouve parfois dans les argumentations, ce sont des citations incomplètes, ça c'est le genre de chose, l'avocat qui fait ça une fois, il se retrouve aussi à vie sur une liste noire. Il y a des avocats comme ça, on sait qu'il faudra toujours vérifier les références qu'ils donnent. » (Conseiller 10, p.17)

La différence entre les bons et les excellents avocats tient à la maîtrise des données factuelles. Bien présenter les faits, les catégoriser dans le bon problème juridique paraît plus important que de donner les bonnes références de jurisprudence. Le très bon avocat, maîtrise donc le droit, mais est surtout capable de relier les bons éléments, à savoir l'injustice présumée et la disposition adéquate pour pouvoir la sanctionner.

Il y a deux niveaux de jugement des avocats : la véracité de ce qu'ils allèguent et la clarté et la pertinence du raisonnement juridique.

« Il y a des avocats dont je ne donnerai pas le nom, rares hein très rares quand même qui ne sont pas toujours de bonne foi, enfin qui manipulent la jurisprudence, qui ne citent qu'une partie et puis quand on va voir l'arrêt on se dit mais c'est pas ça que dit l'arrêt quoi hein. Donc là on se méfie quand on lit. » (Conseiller 16, p.30)

En outre, les auditeurs reconnaissent aux bons avocats des qualités rédactionnelles : ils rédigent mieux leurs mémoires. Ils structurent leur argumentation et vont à l'essentiel.

<sup>150</sup> Cette manière de définir les « avocats brillants » est très proche de la définition de l'intelligence que donnent Hofstadter et Sander (2013, p.158) « L'intelligence est, selon nous, l'art d'aller droit au but, au cœur des choses, à l'essentiel, rapidement et de manière fiable. C'est, face à une situation nouvelle, l'art de mettre le doigt, avec souplesse et assurance, sur un précédent (ou une famille de précédents) stockés en mémoire. Cela veut dire ni plus ni moins que la capacité d'isoler le noyau d'une situation nouvelle. »

## 2.2.1.2. Une première impression sur le sérieux des moyens

La lecture globale des écrits de procédure et particulièrement la lecture de la requête permettent à l'auditeur de faire un premier tri entre « les moyens qui tiennent la route » et ceux qui « ne tiennent pas la route ». Les moyens qui tiennent la route sont les moyens qui paraissent aptes à fonder l'annulation. Sont considérés comme « **sérieux** » les moyens qui ont des chances d'aboutir à l'annulation et seront catégorisés comme « **fondés** » les moyens qui, à coup sûr, entraîneront une annulation.

« Je regarde les moyens de manière assez rapide et quand j'en vois un qui me paraît assez bien construit, je commence à approfondir un petit peu. Je relis attentivement le moyen, je regarde ce que les parties adverses et intervenantes en disent et alors, je me fais une **première opinion**, en me disant ce moyen me **paraît sérieux ou fondé** et ça vaut la peine de creuser un petit peu et alors, je fais ce travail-là. Ou alors j'estime que ce moyen, après une première lecture, ne **tient pas trop la route** et alors, je passe à un autre moyen de la requête, et ainsi de suite. J'avance comme ça. » (Auditeur 22, p.1)

Parmi les moyens sélectionnés parce qu'ils « tiennent la route », certains seront faciles à examiner tandis que d'autres font appel à un examen qui s'annonce délicat ou difficile.

« Je lis la requête, je lis l'acte qui est contesté, je lis les mémoires ou les notes d'observation des parties adverses pour déjà essayer de me faire une idée de ce qui tient, de ce qui ne tient pas la route dans les différents arguments. J'essaie dans la mesure du possible, de déjà me faire une idée, voir si l'acte attaqué est **vraiment illégal mais clairement**, ou bien s'il y a **matière à discussion**. » (Auditeur 4, p.2)

Trois catégories pragmatiques émergent : les « **moyens sérieux** » qui sont « **manifestement fondés** ». Ils renvoient à une illégalité clairement indiscutable de l'acte attaqué. Les « **moyens qui ne tiennent pas la route** » seront rejetés sans hésitation. Le jugement de l'auditeur sera aussi tranché que vis-à-vis des moyens manifestement fondés. En revanche, la troisième catégorie mise en lumière par les auditeurs englobe les « **moyens sérieux qui prêtent à discussion** ». Les deux premières catégories renvoient à un examen des moyens jugés faciles, tandis que la troisième catégorie est associée à un contrôle difficile.

### 2.2.1.2.1. Les moyens sérieux manifestement fondés

Un moyen sérieux est un moyen qui pourrait entraîner une annulation, un « moyen qui paraît aboutir facilement à une annulation » (Auditeur 15, p.5). C'est la critique de la légalité la plus percutante, la moins contestable.

« - J. Colemans : Comment vous reconnaissez que le moyen est fondé ?

- Auditeur : Parce qu'il y a des règles fondamentales qui sont parfois en jeu. Dans ma matière c'est, par exemple, une **étude d'incidence**. Je vois que l'étude d'incident n'a pas été régulièrement réalisée, donc ça, je sais que c'est un moyen important. Puis, il y a aussi les moyens d'ordre public. Par exemple, dans ma matière, on a modifié une voirie communale et on n'a pas consulté le Conseil communal, qui est uniquement **compétent** pour régler, en fait, tout ce qui est voirie communale. Ben ça, c'est un moyen

d'ordre public, parce que ça touche à la compétence du Conseil communal. Ce sont des choses tellement **flagrantes**, tellement évidentes, tellement fondamentales que voilà, on ne peut pas y couper court. » (Auditeur 30, p.7)

La règle est tellement fondamentale que sa violation entraîne presque automatiquement l'annulation.

Lorsque les auditeurs repèrent un tel moyen, ils commencent leur examen par celui-là.

« Je commence par exemple sur la **critique de légalité qui me paraît la plus aigue** et je commence à travailler là-dessus. » (Auditeur 7, p.2)

### 2.2.1.2.2. Le « Moyen qui ne tient pas la route »

Un moyen qui ne tient pas la route sera rejeté dans l'arrêt. Il peut s'agir d'un moyen qui va à l'encontre d'une jurisprudence constante.

### 2.2.1.2.3. Les « Moyens sérieux qui prêtent à discussion »

« Par contre, il y a des moyens où c'est plus **délicat**. Donc, à ce moment-là, parfois, on prend le risque de le soulever, et puis de ne pas être suivi par après. » (Auditeur 30, pp.6-7)

Ce qui caractérise ce type de moyen c'est le débat qui lui est lié. La solution n'est ni claire ni évidente et, par conséquent, l'issue du litige paraît incertaine. Il sera soit rejeté soit fondé au terme de l'examen. C'est dans de tels cas de figure que les magistrats hésitent jusqu'au dernier moment.

	Moyens pas sérieux	Moyens sérieux	
Catégorisation pragmatique du moyen	« Ne tient pas la route »	« Sérieux » et « fondés »	« sérieux » et « discussion » ↓ ↓
Traduction juridique dans l'arrêt	Rejet	Fondé	Fondé ?    Rejet ?
Labellisation du cas	Cas facile		Cas difficile

Tableau 2

Ces catégories pratiques permettent au magistrat d'organiser son travail. Elles font écho aux catégories juridiques mobilisées lors de la rédaction de l'arrêt. Un moyen sérieux est censé évoluer naturellement en moyen fondé alors qu'un moyen qui ne tient pas la route sera probablement catégorisé juridiquement comme un moyen non fondé.

Dans un premier temps, l'auditeur retient uniquement les moyens sérieux qu'ils prêtent ou non à discussion. Cette première catégorisation permet de sélectionner les moyens qui seront examinés en



priorité. En effet, si l'auditeur trouve un moyen fondé dans la requête, il n'est pas obligé d'examiner les autres moyens. Par contre, s'il propose un rejet, il doit examiner tous les moyens pour les rejeter individuellement.

### 2.2.1.3. Une première impression sur la facilité ou la difficulté du cas

Lorsque les auditeurs repèrent un moyen manifestement fondé (section 2.2.2), c'est-à-dire quand d'emblée, un moyen paraît aboutir facilement à une annulation, le choix est « facile ». Ils commencent alors par examiner ce « moyen massue ». L'exposé des faits est rédigé en fonction du moyen : les faits pertinents sont sélectionnés grâce au moyen retenu. L'auditeur se lance alors directement dans l'examen de ce seul moyen. Il rédigera ensuite l'exposé des faits en fonction de ce moyen, qui sera donc soumis à l'épreuve des faits.

« Alors, une fois que je commence, ce que je fais souvent c'est, je jette un œil en diagonale, enfin, assez approfondi des requêtes, j'essaie de voir s'il y a des moyens qui me paraissent plus **sérieux** que d'autres. Si c'est le cas, je vais aller comparer, je vais aller voir la **réponse** qui a été donnée par la partie adverse. Je vais vérifier qu'elles sont dans les pièces si je trouve une solution. Et si c'est le cas, si je peux avoir l'annulation, enfin, proposer l'annulation sur la base d'un, de quelque chose d'assez rapide comme celui-là, bon ben, je vais calibrer mon rapport, enfin, je vais le rédiger de manière, par exemple, dans l'exposé des faits, à déterminer quels sont les faits pertinents pour la solution, par rapport aux moyens que je retiens. Donc, ça, c'est si c'est possible d'avoir des moyens qui me paraissent aboutir à une annulation, enfin me paraissent facilement aboutir à une annulation. Sinon, ce que je fais, je jette un œil sur les différents moyens, je jette un œil sur les réponses, puis alors, ce par quoi je commence, la méthode que j'ai adopté maintenant, c'est en fait, un exposé des faits. Je me suis rendu compte, en fait, en faisant des exposés des faits, il y avait déjà toute une dynamique dans chaque dossier qui était déclenchée, que donc, c'était beaucoup plus simple, par la suite pour pouvoir traiter les moyens. » (Auditeur 15, p.5)

Par contre, lorsqu'aucun moyen ne paraît à coup sûr mener à l'annulation, la démarche est plus tâtonnante (section 2.2.3). L'auditeur s'imprègne du dossier administratif pour faire émerger les éléments saillants de l'affaire. Il s'attèle directement à la rédaction de l'exposé des faits. Cela lui permet d'acquérir une impression qui servira de guide à l'action juridictionnelle, ce que la lecture de la requête n'a pas permis de dégager. Lorsqu'au terme de la rédaction de l'exposé des faits, aucune impression ne se dégage, les moyens sont généralement analysés dans l'ordre de la requête.

Examinons à présent la manière dont les auditeurs examinent les cas qu'ils estiment faciles.

## 2.2.2. Les « cas faciles »

Les cas qualifiés de faciles par les auditeurs semblent également être les moins intéressants, parce qu'ils laissent peu de place à l'appréciation du magistrat qui adopte un raisonnement très routinier. Ces cas sont minoritaires dans le travail quotidien, bien que la proportion de cas faciles / cas délicats varie en fonction du contentieux<sup>151</sup>.

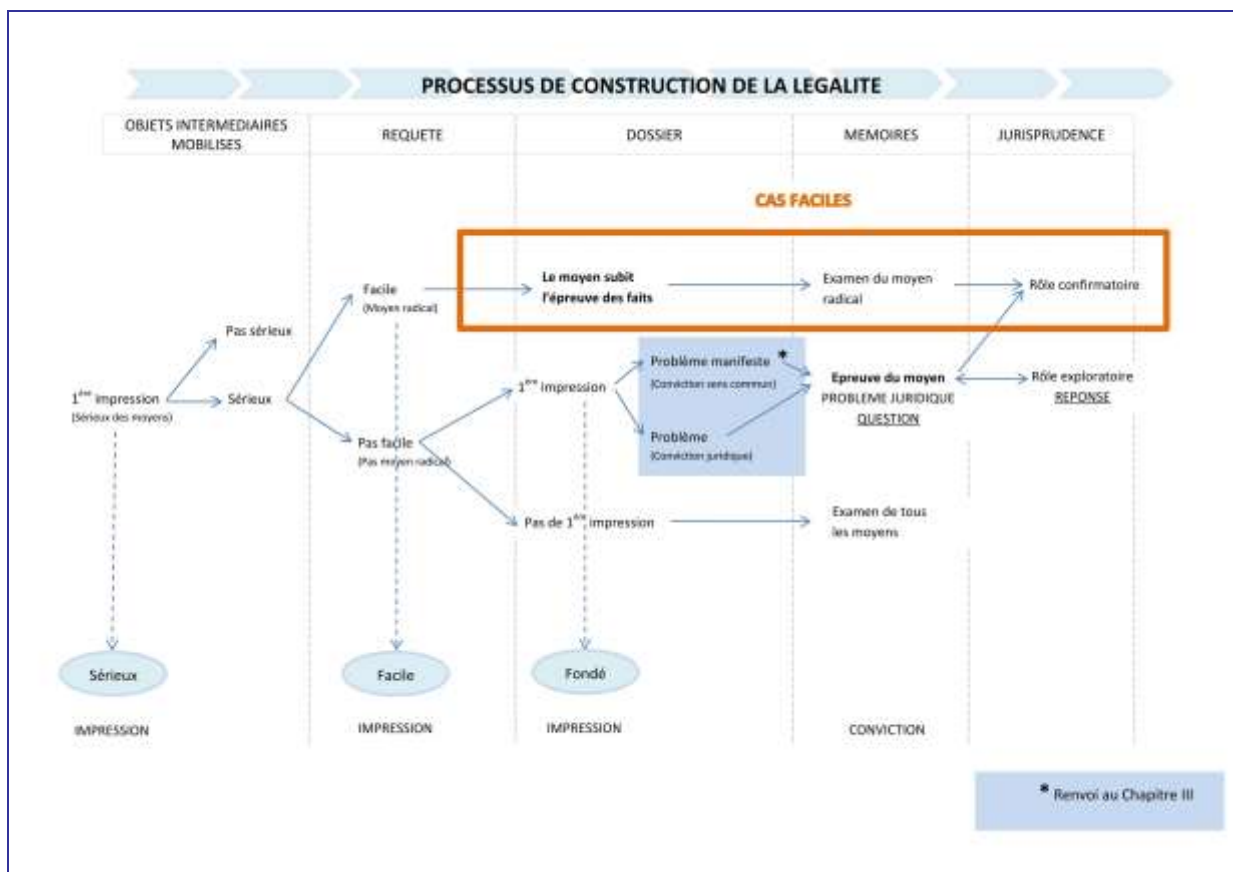


Figure 4

### 2.2.2.1. Une première impression : le moyen manifestement fondé

<sup>151</sup> Lorsque le contentieux des étrangers était toujours une compétence de pleine juridiction du Conseil d'État, c'était le contentieux le plus routinier (les magistrats en parlaient d'ailleurs en termes « d'abattage »). À l'inverse, le contentieux des affaires générales est le moins spécialisé et est presque constamment confronté à la nouveauté.

La première impression émane, nous l'avons vu de la lecture superficielle de la requête : un moyen paraît d'emblée conduire à l'annulation.

« - J. Colemans : Comment vous reconnaissez que le moyen est fondé?

- Auditeur : Parce qu'il y a des **règles fondamentales**<sup>152</sup>, je vais dire, qui sont parfois en jeu. Dans ma matière c'est, par exemple, une étude d'incidence qui est nécessaire parce que c'est un gros projet. Je vois que l'étude d'incidence n'a pas été régulièrement réalisée, donc ben ça, je sais que c'est un moyen important. Puis, il y a aussi les **moyens d'ordre public**, les moyens d'ordre public sont tellement fondamentaux qu'on peut même les soulever d'office. Par exemple, dans ma matière, on a modifié une voirie communale et on n'a pas consulté le Conseil communal, qui est uniquement compétent pour régler, en fait, tout ce qui est voirie communale. Ben ça, c'est un moyen d'ordre public, parce que ça touche à la compétence du Conseil communal. Et donc, si je vois, si je m'aperçois dans le dossier, que oui, on a fait l'impasse, on n'a pas consulté le Conseil communal, ben voilà, ça, c'est un moyen que je sais, qui sera reconnu comme fondé. Ce sont des **choses tellement flagrantes**, tellement **évidentes**, tellement **fondamentales** que voilà, on ne peut pas y couper court » (Auditeur 30, p.7)

Lorsque les magistrats vérifient la correction procédurale, ils examinent la manière dont le processus décisionnel s'est déroulé dans ses aspects factuels. Le processus décisionnel est très généralement balisé par une législation parfois très pointue. L'autorité doit respecter rigoureusement la procédure à laquelle elle est soumise sous peine de voir sa décision invalidée en cas de recours administratif. Cette correction procédurale peut prendre diverses formes : récolte d'avis, publicité, délais<sup>153</sup>, ou compétence de l'auteur de l'acte. Le magistrat vérifie alors que les avis obligatoires ont été requis ; que les auditions se sont déroulées conformément au statut ; que l'organe décisionnel était compétent ; que l'administration a agi avec diligence conformément au respect du principe du délai raisonnable. L'administration avait peu de latitude, donc peu de pouvoir d'appréciation. Le magistrat doit simplement constater les carences éventuelles en comparant ce qui est prescrit et ce qui a été fait. Cet examen, qualifié de facile et aux effets radicaux, n'est cependant pas le plus courant au Conseil d'État.

« S'il me dit dans sa requête qu'il fallait une enquête publique, et qu'il n'y en a pas eu. Je regarde ce qu'il en est dans le dossier administratif. Est-ce que c'était des demandes pour lesquelles une enquête publique était requise ? Et s'il n'y en a pas, il n'y en a pas. Ce sera l'annulation d'office. » (Auditeur 18, p.14)

Certaines exigences légales n'offrent aucune marge d'appréciation au magistrat qui doit simplement constater la contrariété aux procédures prescrites. C'est notamment le cas de l'omission de l'étude d'incidence pour l'octroi de certains permis d'urbanisme<sup>154</sup>.

---

<sup>152</sup> Face à un cas évident, à un moyen manifestement fondé, l'auditeur tentera souvent de traiter l'affaire en débats succincts.

<sup>153</sup> Lorsque les délais sont des délais d'ordre, l'administration dispose d'un certain laps de temps pour prendre sa décision. Ces délais ont une valeur indicative. Lorsque les délais sont de rigueur, le dépassement du délai entraîne des conséquences juridiques qui peuvent avoir une incidence sur la compétence de l'auteur de l'acte. Une fois le délai de rigueur dépassé, l'autorité administrative n'est plus compétente *ratione temporis*.

<sup>154</sup> Ce genre de cas est généralement catégorisé comme un « cas facile » car il consiste à constater routinièrement le non respect de prescriptions légales ayant un caractère fondamental. Là où le cas devient

« Si j'arrive à la conclusion que le permis d'urbanisme dont on demande l'annulation est conforme à l'intérêt général. C'est une station d'épuration et il faut absolument assainir ce cours d'eau. Il est opportun et nécessaire d'un point de vue politique de délivrer le permis d'urbanisme pour mettre la station d'épuration là. J'arrive à la solution, certes c'est **opportun mais c'est illégal**, là je suis obligé de faire prévaloir mon boulot et je dois clairement prôner une solution qui n'est pas conforme à ce que je pense être de l'intérêt général. Mais **je vérifie 5 ou 6 fois que mon raisonnement est bon**. Dans ce cas -là, on n'avait pas fait d'étude d'incidence. C'est illégal, c'est illégal ! Je peux encore jouer si c'est une formalité, si c'est du pur formalisme, on peut encore jouer, mais si c'est une illégalité de fond, c'est pas sauvable. Mais il faut que je puisse expliquer pourquoi je suis arrivé là. » (Auditeur 7, p.19)

Ce type de contrôle est peu intrusif au regard du pouvoir discrétionnaire de l'administration puisqu'il se borne à constater le différentiel entre la procédure prescrite et la procédure telle qu'elle a été menée concrètement.

Il est intéressant de relever la terminologie utilisée pour désigner des cas de figure théoriquement semblables : ceux où la décision est illégale mais opportune. Lorsque l'auditeur décide de rejeter une requête « purement formaliste <sup>155</sup> » parce que la motivation formelle est défailante, la motivation formelle a nettement moins de poids juridiquement que l'obligation de faire une étude d'incidence pour délivrer un permis d'urbanisme. Il s'agit d'une vraie « illégalité de fond » alors que la formalité relève du « pur formalisme ». Certaines dispositions légales paraissent plus indérogeables que d'autres. Comme le constatait Bruno Latour au Conseil d'État français, « *il y a des moyens capables de faire plier les intuitions premières aussi bien que les préjugés, des moyens dont on dit qu'ils avancent de façon « implacable »* (Latour, 2004, p.164).

Sont également considérés comme des illégalités évidentes les cas où le requérant interprète les dispositions légales de manière erronée.

« En relisant la loi, parfois simplement le moyen vient donner une interprétation fautive de la loi, une lecture erronée de la loi, ben là, on peut dire, non, la loi ne dit pas ça. Ou la loi dit ça, mais là vous parlez juste de l'exception alors que le principe c'est ça, et on ne se retrouve pas dans l'exception. » (Auditeur 38, p.7)

Cette première impression sur l'illégalité manifeste de l'acte doit être éprouvée. Le moyen doit subir l'épreuve des faits. L'auditeur vérifie de manière approfondie, dossier à l'appui, les allégations des parties pour confirmer sa première impression, à savoir que le moyen peut fonder l'annulation.

---

difficile pour le magistrat, c'est lorsque l'application mécanique de la règle lui pose un problème de conscience parce qu'elle entraîne des solutions jurisprudentielles qu'il juge iniques.

<sup>155</sup> Voir à ce propos le manque d'intérêt au moyen et le chapitre trois sur la grammaire du raisonnable.

## 2.2.2.2. L'épreuve : le moyen subit l'épreuve des faits

L'auditeur revient sur les écrits de procédure de manière plus approfondie. Le magistrat se plonge dans le dossier en fonction des éléments percutants de la requête. **Le moyen subit l'épreuve des faits du dossier.**

« Généralement, je parcours comme ça rapidement les moyens pour me faire une première idée. Puis, l'acte administratif, en fait on se fait assez vite une idée quand on a lu un petit peu tous les mémoires. Mais après, on se rend compte parfois, qu'on a une idée, et puis quand on regarde les pièces du dossier, les photos etc., on peut vraiment parfois changer carrément d'avis. » (Auditeur 30, p.4)

La requête sert de filtre pour distinguer les éléments du dossier qui sont utiles à la résolution du litige, de ceux qui sont accessoires. L'auditeur opère une sélection des pièces relevantes pour trancher en fonction du moyen qui lui paraît mener à l'annulation. Les magistrats ont déjà parcouru une première fois le dossier administratif pour avoir une idée de la genèse de l'acte. Ils tentent de retracer l'histoire de l'affaire. Lorsqu'ils se plongent dans le dossier pour la deuxième fois, ils se focalisent sur certaines pièces qui sont en relation directe avec le moyen sélectionné. Ces pièces doivent être spécialement et rigoureusement étudiées.

« Je ne lis pas nécessairement chaque pièce, parce qu'il y a des pièces qui sont irrelevantes. Ça dépend un peu des moyens qui sont soulevés. Si dans un moyen, j'ai une contestation, par exemple, relative à l'enquête publique – qu'il y a souvent en fait dans le cadre des permis d'urbanisme – je vais me concentrer sur l'enquête publique. Est-ce qu'on a bien notifié l'avis d'enquête publique à tous les occupants qui habitent dans un rayon de cinquante mètres, etc. ? Généralement, je survole quand même chaque pièce, puis quand je vais dans l'analyse plus approfondie d'un moyen, là je vais lire en entier chaque pièce. » (Auditeur 30, p.6)

Si le moyen résiste à l'épreuve du dossier, le magistrat se contentera souvent de n'examiner que cet unique moyen « massue ».

« En fait, je regarde s'il y a un **moyen** qui est **plus important** que les autres. Parce que si j'ai un moyen, par exemple, où **manifestement c'est fondé**, ce qu'il affirme, ça me paraît tout à fait clair, il a raison, je ne vais d'ailleurs analyser que ce moyen-là, et pas analyser les autres moyens de la requête. Ça, c'est l'article 24 du règlement de procédure qui nous le permet. » (Auditeur 30, p.6)

Au terme de l'épreuve émerge la **conviction** qui confirme la première impression. Si la première impression n'est pas la bonne, c'est-à-dire si le moyen ne résiste pas à l'analyse, l'auditeur devra se pencher sur d'autres moyens, le cas échéant moins évidents, ce qui renvoie à un type de processus décisionnel différent (cf. section 2.2.3.).

Dès qu'il est certain que le moyen peut fonder l'annulation, l'auditeur rédige son rapport.

### 2.2.2.3. La rédaction du rapport

Les moyens ont été éprouvés à l'aune des pièces des dossiers. Vient le moment de rédiger le rapport. La rédaction commence par l'exposé des faits et se poursuit par l'exposé des moyens des parties.

L'exposé des faits est rédigé lorsque l'auditeur a la conviction qu'un moyen est fondé. Il a soumis le moyen sérieux à l'épreuve du dossier. Le moyen a résisté et il rédige l'exposé des faits en fonction du moyen retenu.

« On va faire l'exposé des faits en fonction des griefs, et ce qui n'a aucune importance pour la solution du litige, on peut le passer au bleu. » (Auditeur 24, p.6)

« On doit raisonner essentiellement en fonction des moyens qui sont invoqués donc ça oriente un peu le regard par rapport au dossier administratif et notre choix quant au caractère déterminant, pertinent ou non des éléments à prendre en compte dans l'exposé des faits. » (Auditeur 36, p.15)

Ensuite, l'auditeur rédige la synthèse des moyens et la discussion des moyens. Lorsque le cas paraît clair ou facile, lorsque la jurisprudence est balisée, l'auditeur sait dans quel **sens** il va trancher et la jurisprudence a une fonction argumentative. L'auditeur souhaite renforcer son argumentation<sup>156</sup> avec des références jurisprudentielles.

« Quand je rédige, quand j'en suis à la discussion des moyens je fais parfois quelques recherches de jurisprudence. Bon parce que soit c'est clair que la solution doit être blanche ou noire, et là, la jurisprudence, je vais plus aller la chercher parce que je sais dans quel sens il faut rédiger. Je rédige, et puis, je vais simplement chercher **l'appui dans la jurisprudence**. » (Auditeur 15, p.16)

Se référer à la jurisprudence permet d'asseoir son point de vue, de rattacher sa décision à un ensemble de décisions existantes, et de souligner la continuité de la décision individuelle eu égard à un corpus immuable.

Les « cas faciles » ne posent généralement pas problème aux auditeurs, mais ils ne constituent pas la majorité des cas soumis au contrôle du Conseil d'État. Voyons maintenant comment les auditeurs travaillent sur les « cas difficiles ».

---

<sup>156</sup> Nous verrons dans le point 2.2.3 que la jurisprudence est moins confirmatoire qu'exploratoire : le magistrat est confronté à la nouveauté et n'a pas encore une idée précise – voire pas d'idée du tout – du sens à donner au dossier. Il utilise la jurisprudence comme un outil d'aide à la décision.

## 2.2.2. Les « cas difficiles »

Nous avons vu que l'auditeur classe les moyens selon leur difficulté présumée. Cette classification est fonction de l'incertitude du magistrat quant à l'issue du litige. À la lecture de la requête, rien ne se dégage d'emblée très clairement.

« J'hésite tout simplement. Ou je me dis, je pourrais tout aussi bien aller dans un sens ou dans l'autre. Et ça, ça arrive dans la majorité des cas. Il est rare qu'on ouvre un dossier et qu'on se dise ah mais oui, tout va bien, je vais sortir mon rapport en 10 minutes. C'est tellement évident, simple. C'est très rare » (Auditeur 17, p.10)

Ce cas de figure est de loin le plus fréquent. Incertitude et hésitations liées aux cas tangents, délicats, difficiles apparaissent dans la plupart des dossiers.

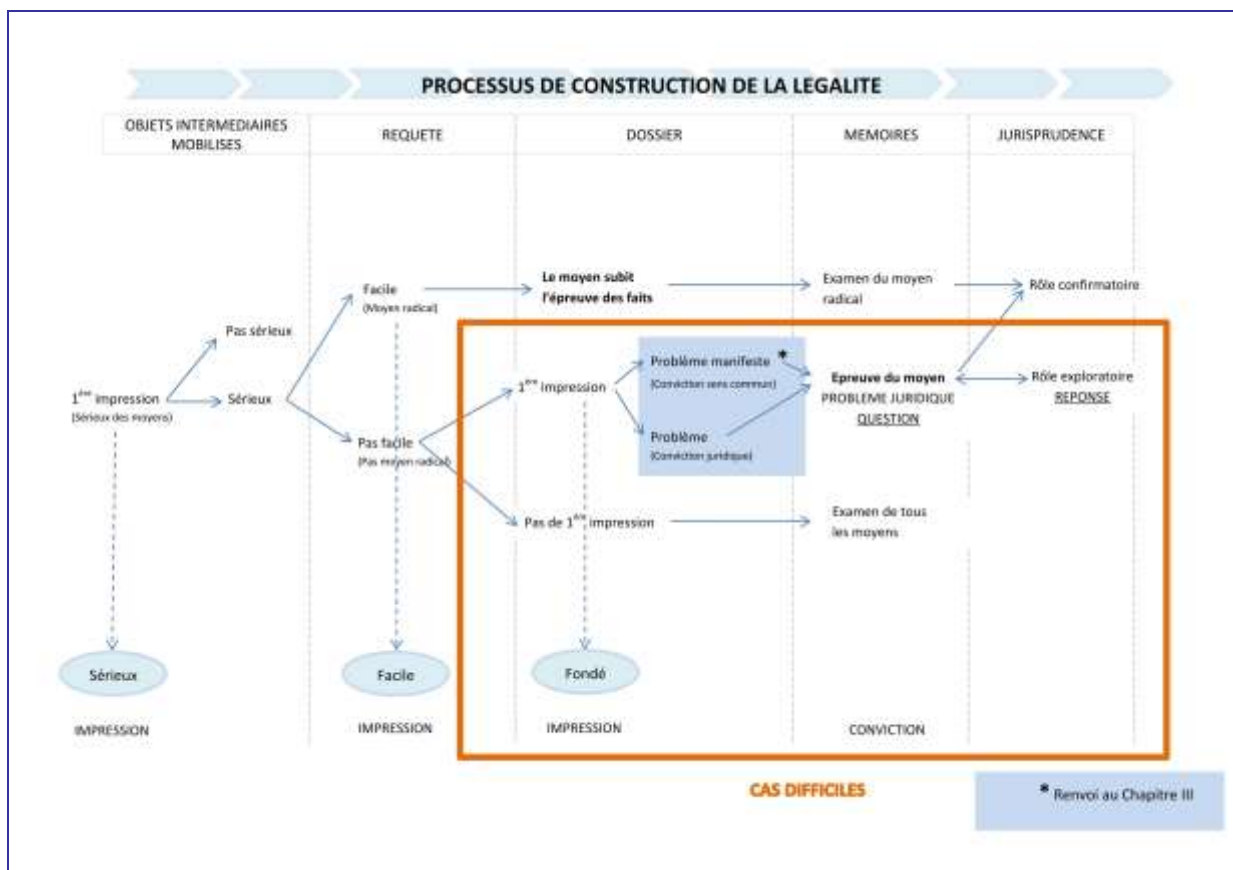


Figure 5

À la première lecture, lorsqu'aucun moyen ne se dégage clairement de la requête, les magistrats consultent d'autres documents pour trouver des signes, des indications qui permettraient d'orienter leur examen du recours. Les mémoires de la partie adverse et, le cas échéant, de la partie intervenante, ou le dossier administratif permettent souvent de débloquent la situation et de clarifier certains moyens qui, en première lecture, ne paraissent pas très percutants ou ne sont pas

directement compréhensibles. Grâce à l'interprétation des signes qui apparaissent dans les écrits de procédure ainsi qu'à l'approche compréhensive du dossier, une première impression se dégage (section 2.2.3.1.).

Il arrive toutefois qu'aucune impression claire n'émerge de ces pratiques interprétatives (section 2.2.3.2.). Les auditeurs analysent alors les moyens dans l'ordre de la requête.

Les auditeurs soumettent ensuite cette première impression à l'épreuve des moyens (section 2.2.3.3.).

Enfin, les auditeurs cherchent dans la jurisprudence la réponse au problème juridique posé dans le moyen (section 2.2.3.4.).

### 2.2.2.1. L'émergence d'une impression qui guide le travail

Pour pouvoir se saisir de l'affaire, le magistrat se dote de prises. Lorsque la requête n'offre pas de telles prises en permettant de faire un premier tri des moyens et de déceler d'emblée des illégalités, le magistrat se plonge dans le dossier. Il adopte alors une posture compréhensive et tente de reconstituer l'histoire de l'acte. Dans quel contexte l'acte a-t-il été adopté ? Quel a été le processus d'adoption de l'acte ? Quelles étaient les relations entre les parties ? Quel est le motif réel sous-jacent, c'est-à-dire la « vraie » *ratio decidendi* ? Bref, le magistrat essaie de comprendre, à l'aide des pièces du dossier – parfois même au delà des pièces –, ce qu'il s'est passé. Une fois l'histoire concrète et singulière reconstituée, se dégage une « première » impression sur l'issue du litige, une première direction vers laquelle orienter le dossier. Cette impression s'élabore autour de la perception d'un problème. Nous consacrerons le troisième chapitre à comprendre les ressorts de la perception du problème lié à la décision. Cette première impression devra ensuite être confrontée aux arguments de droit des parties. Elle sera soumise à l'épreuve des moyens.

Cette plongée dans le dossier s'accompagne de la rédaction de l'exposé des faits (point 2.2.3.1.2) qui est le premier acte rédactionnel de l'auditeur. Lorsque le cas est difficile, rédiger l'exposé des faits aide souvent l'auditeur à mettre de l'ordre dans les éléments factuels, ce qui lui permet de dégager certains éléments saillants de l'affaire. En outre, l'auditeur met en place des procédures pour trouver des indices qui permettront de dégager une impression sur le litige à partir des différents écrits de procédure (point 2.2.3.1.1).



### 2.2.2.1.1. *L'interprétation des signes qui fondent l'impression*

La « « première<sup>157</sup> » impression » permet à l'auditeur d'orienter pratiquement son travail. En fonction de cette impression, l'auditeur se rend plus attentif à certains arguments juridiques ou à certains détails factuels.

Pour faire émerger cette impression, l'auditeur se dote de procédures pratiques de travail. D'une part, il fait dialoguer les mémoires des parties. D'autre part, il se plonge dans le dossier administratif et rédige l'exposé des faits. La lecture et la confrontation des différents documents fait parfois apparaître certains problèmes qui sont autant de prises (Bessy et Chateauraynaud, 1993) à la perception et à la construction de l'illégalité.

#### *A. La première impression qui émane du style rédactionnel et du dialogue des mémoires*

La manière dont les parties rédigent leurs mémoires est interprétée comme des signes de leur conviction. Le ton des mémoires, résigné ou combattif, fournit un indice de la conviction de l'avocat à l'égard des prétentions de son client.

« J'ai très vite une **impression**, j'ai très vite des moyens dont **je sens** que l'avocat avait l'air lui-même tout à fait convaincu ou pas. J'ai très vite une impression plutôt oui plutôt non. » (Auditeur 10, p.3)

En se focalisant sur le dialogue des mémoires, les auditeurs décèlent également les signes de problèmes lorsqu'une des parties ne parvient pas à répondre aux arguments de l'autre partie.

« On **sent** même dans la manière de rédiger leur mémoire en réponse, qu'ils considèrent que la messe est dite et que l'affaire n'est pas défendable et que la motivation n'est pas correcte ou qu'il manque des éléments. » (Auditeur 18, p.10)

Les auditeurs interprètent le style rédactionnel des parties au fil des mémoires successifs : la partie paraît-elle résignée, combative ou mal à l'aise ? Les auditeurs sont attirés par l'anormalité de la réaction d'une partie. L'auditeur interprète le malaise de l'administration et y voit un indice de fondement du moyen du requérant.

« Je lis tous les mémoires et puis je vois... si je **sens**, par exemple, que la partie adverse dans son mémoire en réponse est **mal à l'aise** par rapport à la réponse du troisième moyen je me dis que c'est **bizarre**. Peut-être quelque chose, le moyen est peut-être plus fondé que ce qu'il n'y paraît donc je vais peut-être commencer par celui-là. Ils sont **mal à l'aise** dans la défense du dossier. C'est une **question de style**. La

---

<sup>157</sup> Les auditeurs parlent sans cesse de leur « première impression ». Première impression sur le sérieux des moyens, première impression sur la facilité ou la difficulté du cas à résoudre. Il s'agit à ce moment du processus de la troisième « première impression ».

multiplication abusive d'adverbes. Quand un avocat commence à dire « mais évidemment, la décision est évidemment, est suffisamment... ». Quand on parle d'évidence, c'est mauvais. » (Auditeur 18, p.15)

Cette première impression – les vocables utilisés par les magistrats relèvent du registre des perceptions – émane du dialogue des mémoires. Ce qui fonde cette première impression – le ressenti du magistrat – se construit à partir du **style rédactionnel du mémoire** en réponse. L'avocat de l'administration répond à la requête par des arguments de droit. La résignation de l'avocat, la force de persuasion qu'il parvient à insuffler dans ses écrits, le malaise qui émane du style rédactionnel, sont autant d'indices qui seront interprétés par l'auditeur. Ces perceptions rendent le magistrat plus attentif, en alerte des signes venant conforter ses premiers sentiments. Il faut néanmoins un dispositif<sup>158</sup> qui permette le passage des perceptions au jugement (Bessy et Chateauraynaud, 1993, p.145).

« On regarde si l'administration répond aux reproches qui lui sont faits et on regarde si ce qu'elle répond correspond au dossier administratif. Parfois, on se rend compte qu'il y a une marge entre ce qu'elle soutient et ce qu'on peut *raisonnablement* soutenir. » (Auditeur 14, p.3)

Le **mémoire en réponse** sera doublement **éprouvé**. D'une part, il doit répondre aux reproches formulés par le requérant. Si c'est le cas, cette réponse doit, d'autre part, être étayée par le dossier administratif. Le magistrat vérifie donc deux choses : il cherche à savoir si l'administration parvient à justifier son acte. Peut-elle apporter une justification raisonnable, une raison admissible à un comportement qui lui est reproché ? Avait-elle une bonne raison d'avoir adopté l'acte litigieux ? Deuxièmement, ces bonnes raisons doivent non seulement apparaître légitimes, mais également vraisemblables. Elles doivent trouver un fondement d'objectivité, un lien de réalité dans le dossier administratif.

Si la réaction de l'autorité administrative est scrutée et analysée, l'évolution de la position du requérant constitue également un signe que l'auditeur interprète. Ces signes sont des « trucs », des « ficelles du métier » (Becker, 2002).

« On a quand même des **trucs** aussi pour voir si leurs affaires tiennent. Vous savez, il y a une requête, puis il y a le mémoire en réponse de la partie adverse, puis il y a le mémoire en réplique. Je vous ai dit, il faut confronter la requête et ses moyens, avec l'acte attaqué. Mais si vous comparez le mémoire en réplique, donc qui vient après le mémoire en réponse de la partie adverse, avec la requête, vous voyez très vite aussi si le **requérant recule** ou pas, si il a des arguments pour **résister** à la défense que lui oppose la partie adverse. Donc si vous voyez qu'il commence à reculer, qu'il ne sait plus trop bien, qu'il ne sait pas répondre à certains arguments, ça tourne aussi mal pour lui quoi. » (Auditeur 35, p.17)

Les mémoires des parties ne sont pas des documents neutres et objectifs. Derrière les prétentions des parties, derrière l'apparente rigueur des arguments juridiques, l'auditeur décode un langage de second

---

<sup>158</sup> Nous examinerons en détail ce dispositif dans la partie consacrée à l'épreuve des moyens.

degré. Il lit entre les lignes et repère les indices qui révèlent la conviction des parties, que ce soit à travers le ton des mémoires ou à travers l'évolution des positions de chacun au cours de la procédure.

En plus des appuis qu'il peut trouver dans les mémoires, le magistrat a appris à repérer les signes de problèmes qui sont liés à la décision administrative dans le dossier administratif. C'est ce que met en évidence la section suivante.

## ***B. L'écart entre les qualités attendues et constatées de l'exposé des faits***

Les auditeurs ont des attentes vis-à-vis de l'exposé des faits des parties. Un exposé doit normalement être **complet** et rédigé de manière **chronologique**. C'est à l'aune de ces deux qualités attendues que les auditeurs jugent les exposés qui leur seront soumis. En effet, qu'il soit utilisé ou non comme modèle, l'exposé des parties sera évalué. Lorsque l'exposé d'une partie ne correspond pas aux attentes de l'auditeur, ceux-ci y voient le signe d'un problème qu'ils devront interpréter. En résumé, l'exposé des faits qui n'est pas présenté de manière chronologique ou qui révèle des omissions attire l'attention de l'auditeur qui tentera de comprendre ce qui se cache derrière un exposé des faits « anormal ».

Une pièce manquante dans le dossier administratif ou un exposé des faits parcellaire dans le chef du requérant mettent la puce à l'oreille des magistrats. Ces **omissions** sont souvent interprétées comme l'indice d'une faille dans le raisonnement de l'autorité administrative.

« Parfois, il y a des pièces que le requérant a et qui ne sont pas dans le dossier administratif. C'est souvent les pièces les plus intéressantes. » (Auditeur 33, p.27)

Il en va de même des exposés des faits qui ne sont pas rédigés de manière **chronologique**. Dans ce cas, l'auditeur aura l'attention attirée par cette manière inhabituelle de procéder.

« Je lis les deux exposés des faits des parties et puis je pars du dossier administratif. Il y a des exposés des faits qui peuvent faire des pages. Et parfois, quand les parties ne font pas par ordre **chronologique**, on se rend compte que c'est pour un peu biaiser la réalité ou mettre l'accent sur un élément ou faire passer un élément après alors qu'il doit venir avant... C'est un bon **indice d'un problème dans le dossier**. » (Auditeur 33, p.21)

Les deux qualités attendues pour l'exposé des faits des parties sont donc la complétude<sup>159</sup> et la présentation chronologique des faits. C'est lorsque ces qualités font défaut que l'on s'aperçoit à quel

---

<sup>159</sup> La complétude de l'exposé des faits est une exigence attendue par l'auditeur dans le chef des parties. Par contre, la complétude n'est pas un objectif poursuivi par l'auditeur qui dit sélectionner les éléments de faits pertinents relativement aux moyens traités.

point celles-ci structurent l'activité rédactionnelle des parties et servent d'appui à la compréhension et au jugement de l'affaire par l'auditeur. Lorsque de tels problèmes apparaissent, l'auditeur en cherche les raisons.

Voyons à présent comment les auditeurs rédigent concrètement l'exposé des faits.

### *2.2.2.1.2. La rédaction de l'exposé des faits*

L'exposé des faits est le premier travail rédactionnel de l'auditeur. Les pratiques rédactionnelles ne sont pas unifiées au Conseil d'État. Nous examinerons dans un premier temps la genèse de l'exposé des faits en nous penchant sur les documents qui sont privilégiés pour fonder la charpente de l'exposé de l'auditeur. Nous verrons dans un deuxième temps que les pratiques rédactionnelles donnent lieu à des conceptions différentes de l'objectivité liée à l'exposé des faits de l'auditeur. Enfin, dans un troisième temps, nous examinerons le contenu de l'exposé des faits. Celui-ci doit nécessairement présenter l'histoire de l'affaire et les pièces pertinentes pour la résolution du litige.

#### *A. La genèse de l'exposé des faits : les appuis pratiques à la rédaction*

L'exposé des faits qui figure dans le rapport de l'auditeur peut avoir trois genèses. Il peut être rédigé par l'auditeur (« l'exposé original ») ou recopié, mais doit toujours avoir un lien avec la réalité telle qu'elle apparaît dans les pièces du dossier.

Les mémoires des parties contiennent un exposé des faits qui est, pour certains magistrats, trop orienté pour pouvoir être repris tel quel. Dans ce cas, ils rédigent l'exposé des faits sur base des pièces du **dossier** administratif et du dossier de pièces des parties (point a). D'autres, en revanche, font un copier-coller de l'exposé des faits d'une des parties (point b). Ils utilisent alors le **mémoire** d'une des parties. Enfin, certains auditeurs adoptent une approche synthétique (point c) : ils rédigent leur exposé des faits sur base des **mémoires** qu'ils confrontent entre eux ainsi qu'au **dossier administratif**.

## a) L'exposé des faits original : le dossier administratif et les pièces du requérant

Les raisons qui sont mises en avant pour justifier la pratique de rédaction originale de l'exposé des faits – et qui permet de condamner, par la même occasion, la pratique du copier-coller – sont doubles. Rédiger soi-même l'exposé des faits permet une meilleure compréhension du dossier et des moyens. En outre, l'exposé des parties ne paraît pas suffisamment objectif pour pouvoir être repris tel quel.

« L'exposé des parties, j'en tiens compte un tout petit peu au début, pour les repères chronologiques mais je ne le prends jamais tel quel puisqu'il est déjà **orienté**. Surtout celui du requérant. Ceux-là, ils ne sont **pas objectifs** du tout. Ils essaient déjà de convaincre dès l'exposé des faits. » (Auditeur 10, p.5)

« Je ne travaille jamais sur ce que les parties me racontent. Je travaille sur des pièces. Comme ça, ça ne me pose jamais de problèmes de discussion. À partir d'une même pièce, vous pouvez avoir déjà deux lectures différentes. Prenez le cahier spécial des charges, vous pouvez très bien avoir quelqu'un qui vous dit le cahier spécial des charges précise que, et en réalité il ne vous reproduit pas le cahier spécial des charges, il vous reproduit sa lecture du cahier spécial des charges. Donc, mieux vaut s'en tenir strictement aux faits. » (Auditeur 34, p.13)

Lorsque l'auditeur préconise de « s'en tenir strictement aux faits », il s'agit des faits tels qu'ils émanent des pièces du dossier administratif ou des pièces annexées à la requête. Ces documents paraissent plus objectifs aux magistrats car ils ne sont pas médiatisés par les mémoires des parties. Ils ne sont donc pas teintés de l'interprétation des parties, ce qui est le cas de leur exposé des faits déjà « orienté ».

Un avantage pratique est en outre souligné par les auditeurs : rédiger soi-même l'exposé des faits permet une meilleure compréhension de l'affaire. Cette activité oblige le magistrat à « rentrer dans le dossier », ce qui offre une meilleure compréhension de la portée de certains moyens.

« Moi j'ai pour habitude, tout le monde ne le fait pas, de me forcer à rédiger moi-même l'exposé des faits. Ça c'est... le danger du scanner, c'est qu'on entre dans les moyens sans connaître le dossier, et ça c'est très risqué. Il y a des collègues qui scannent carrément l'exposé des faits. Ils prennent celui qui leur paraît le plus complet. On ne connaît pas encore le dossier au moment où on commence à étudier les moyens. Et on a l'impression de perdre son temps, parce que ça peut parfois prendre 2 jours hein, dans un gros dossier, l'exposé des faits, mais ce temps qu'on perd à l'entrée, on le récupère après, parce qu'on **comprend beaucoup mieux les moyens**, les arguments des parties et on peut aller plus vite dans l'examen des moyens. Sinon on est tout le temps obligé de se référer aux pièces. » (Auditeur 24. p.4)

Dans certains cas, les mémoires sont simplement obscurs<sup>160</sup>, auquel cas l'auditeur se réfère au dossier pour comprendre l'affaire.

« Il y a des requêtes qui sont tellement confuses que c'est plus simple de commencer par le dossier administratif. Parce qu'il y a des avocats qui ne savent pas écrire en français, il y a des triples négations au sein de la phrase ou, je comprends pas ce qu'ils veulent dire. Donc plutôt que d'aller perdre du temps à essayer de déchiffrer leur sabir, je lis déjà le dossier administratif pour voir un peu dans quel contexte on

---

<sup>160</sup> Cfr. l'exception *obscuri libelli*.

se trouve et à ce moment-là, c'est plus facile de comprendre ce qu'ils veulent dire dans l'exposé des faits ou dans l'exposé des moyens. » (Auditeur 15, p.17)

## **b) L'exposé des faits copié-collé : les mémoires des parties**

Les auditeurs concernés en parlent peu et n'évoquent en tous cas pas ces pratiques spontanément. Lorsqu'ils sont questionnés sur cette manière de procéder, elle est justifiée par un souci d'efficacité. Scanner l'exposé des faits le plus convaincant permet de gagner un temps non négligeable<sup>161</sup>. Chaque auditeur a sa méthode de travail. Certains auditeurs coupent-collent entièrement l'exposé des faits de la partie qui leur semble la plus proche de la réalité tandis que d'autres font des copiés-collés partiels.

### **■ Copiés-collés intégraux**

« L'exposé des faits est repris si c'est plus ou moins bien rédigé. On peut gagner du temps en partant d'une base sérieuse c'est-à-dire complète et la plus objective possible. » (Auditeur 23, p.2)

« J'examine la requête, je fais scanner la pièce de procédure qui me paraît la plus complète, la plus allant dans mon sens mais ça peut changer en cours d'instruction. D'ailleurs, parfois, on a l'impression qu'une pièce est très complète mais ce n'est pas si complet que ça donc il faut prendre tous les éléments de dossier. Donc moi, j'ai une carcasse pour aller plus vite, les actes attaqués sont déjà tapés. Ça permet de gagner beaucoup de temps puisqu'on a déjà l'acte attaqué, les moyens développés, les répliques, la réponse. » (Auditeur 18, p.7)

Trois critères de sélection sont avancés par les magistrats lorsqu'ils évoquent cette pratique. Les mémoires sont évalués sur base de leur complétude, de leur objectivité et de la concordance entre le sentiment du magistrat par rapport à l'affaire et l'argumentation développée dans le mémoire. Ce magistrat parle du « mémoire allant le plus dans son sens ».

Il semblerait que l'exposé des faits qui paraît le plus fiable aux yeux de l'auditeur soit celui de l'administration. Il est en tous cas plus pratique : les pièces du dossier sont numérotées. Lorsque la partie adverse rédige son exposé des faits en faisant référence aux pièces du dossier, le magistrat peut se référer à la numérotation de l'administration sans devoir ajouter de nouvelles références. Cela permet une fois encore à l'auditeur de travailler rapidement.

« Je vais prendre l'exposé des faits qui m'a l'air le plus fiable, le plus complet, le plus lisible et après, je vérifie tout parce que même les avocats les plus chevronnés il y a encore des erreurs de dates, des choses comme ça. Mais ça me permet d'avoir une carcasse. C'est vraiment dans une optique purement pratique, ça permet d'avoir une base et pas devoir recopier. C'est assez fastidieux de faire point un, point deux. Là, ça va beaucoup plus vite et certains avocats font des exposés des faits très bien faits. Souvent, la partie adverse, ça correspond souvent au dossier administratif donc, moi je remets toutes les notes de bas de page, donc tout ce qui est notes de bas de pages, référencé par la partie adverse dans son exposé des faits, correspondent aux pièces du dossier. Donc ça me permet de ne même pas devoir changer les

---

<sup>161</sup> Nous avons vu comment cet argument est battu en brèche par les partisans d'une rédaction personnelle de l'exposé des faits.

numéros, pièce un, pièce deux,... Parfois, la partie adverse a intérêt à escamoter des pans entiers de la procédure, l'exposé des faits n'est pas, pour des raisons obscures, n'est pas du tout complet donc je devrais régulièrement le compléter par les arguments du requérant et éventuellement de la partie intervenante. » (Auditeur 18, p.9)

Lorsque l'auditeur s'aperçoit que l'exposé des faits est lacunaire, il complétera celui-ci sur base de l'exposé des faits du requérant, voire de la partie intervenante.

## ■ Copiés-collés partiels

D'autres auditeurs, en revanche, utilisent le scanner de manière plus ponctuelle. Ils scannent uniquement certaines pièces – l'acte attaqué, une pièce de procédure – pour éviter de devoir les dactylographier.

« Un acte administratif, le copier coller c'est évidemment plus simple. Mais tout l'exposé des faits... ça, ça je ne l'ai jamais fait encore... » (Auditeur 37, p.18)

Notons enfin que la technique du « copié-collé » est utilisée pour l'exposé des faits, mais parfois aussi pour l'exposé des moyens (cfr. *infra*).

## c) L'exposé des faits synthétique : synthèse entre les mémoires et le dossier

Les auditeurs qui ont une approche synthétique de la rédaction de l'exposé des faits peuvent mobiliser l'exposé qui leur semble objectif en le scannant, mais en le comparant toujours aux autres pièces de procédure. D'autres auditeurs refusent par contre d'utiliser tels quels les exposés des parties.

Pour atteindre une certaine objectivité, les auditeurs comparent les différentes pièces de procédure (requête, mémoire en réponse et dossier). En cas de discordance, le dossier permet de trancher en faveur d'une des versions proposées.

## ■ L'exposé d'une partie comme structure de base

Certains magistrats, bien qu'ils ne refusent pas catégoriquement l'utilisation du scanner, en font un usage plus critique. L'exposé scanné sera systématiquement comparé aux autres mémoires ainsi qu'au dossier administratif afin de présenter un exposé des faits le plus objectif possible, qui sera la synthèse des différents documents mobilisés.

« Si l'exposé des faits d'une des parties me semble le **plus proche de la vérité**, je reprends, je peux m'inspirer de la structure...mais reprendre tel quel l'exposé des faits d'une partie, ça... ça je ne fais pas, j'évite. » (Auditeur 37, p.18)

Lorsque l'exposé d'une des parties semble correct, il constitue une aide précieuse car il offre à l'auditeur une « carcasse », une « structure ». Les auditeurs ne partent pas de rien, mais ils ont une trame qu'ils vont pouvoir modifier et compléter ultérieurement.

«- J. Colemans : Et vous partez de l'exposé des faits des parties pour rédiger le vôtre ou vous recommencez à zéro ?

- Auditeur : Je dirais, là, ça dépend un petit peu de la qualité des pièces des parties. Si c'est bien fait, je vais pouvoir m'en inspirer fortement, bon avec toujours, évidemment, un regard **objectif**, je vais dire, je compare les pièces par rapport à ce que cite la partie adverse ou la requérante, je complète, parfois, je cite des passages de l'acte qui n'ont pas été cités ou des choses comme ça. Donc, je, si c'est bien fait, je pars de l'exposé des parties, mais, mais j'adapte, si c'est mal fait, parfois malheureusement, c'est le cas, l'exposé des parties m'est totalement inutile, sauf éventuellement pour compléter sur l'un ou l'autre point pour dire, bon la requérante indique ceci ou ça. Mais si je ne le reprends pas à mon compte, je vais indiquer, la requérante indique que, la partie adverse indique que, si j'ai pas de pièces qui établissent. » (Auditeur 15, p.7)

## ■ La comparaison des exposés des faits

« Je ne me base pas sur l'exposé des faits des parties, parce que chacune présente les choses à sa façon. Je fais un espèce de **mélange** avec le dossier administratif et ce que les parties ont raconté. » (Auditeur 10, p.5)

L'auditeur fait dialoguer les mémoires pour pouvoir arriver à un exposé objectif. Les divergences des parties amènent l'auditeur à vérifier dans le dossier laquelle des parties est la plus proche des éléments du dossier.

« Je compare l'exposé des faits, quand c'est possible, l'exposé des faits du requérant, et l'exposé des faits de la partie adverse et parfois, il y a des petites différences, et alors là, ils disent pas la même chose, et alors je vais voir dans le dossier, puisque c'est vraiment ça qui compte, c'est les pièces du dossier pour voir qui a éventuellement raison ou, et je me fie alors aux pièces du dossier, pour moi-même faire mon exposé des faits. » (Auditeur 4, p.3)

## ■ Le dossier comme pièce décisive

Le dossier, constitue la pièce maîtresse pour la rédaction de l'exposé des faits. Il permet non seulement de contrôler la véracité des faits présentés par les parties mais également de départager les parties. Les auditeurs associent d'ailleurs le dossier et plus généralement l'ensemble des pièces à la « vérité administrative », « la clé du litige ».

« Il faut vérifier aussi dans le dossier administratif que l'exposé des faits, tel qu'il figure dans la requête, correspond bien à la réalité, donc parce que, par définition le requérant va orienter l'exposé des faits à son avantage, en omettant certains faits, en insistant sur d'autres, et donc ça ce sont des choses qu'il faut vérifier, grâce à la contradiction de la partie adverse et du dossier administratif l'exposé des faits de l'une et l'autre partie diffère en général. Donc à nous de faire la part des choses et de faire un exposé qui soit le plus **objectif** possible. » (Auditeur 37, p.15)

Les magistrats évaluent la véracité d'un récit grâce aux pièces se trouvant dans le dossier. Ils vérifient que les pièces du dossier corroborent les faits présentés par les parties.



« Ce que je fais quand je reçois un dossier, c'est examiner chacune des pièces qui sont produites par les parties. Mais vraiment un examen attentif. Bien souvent, je découvre des choses que le requérant n'a pas vu mais qui viennent parfois conforter sa thèse. Il invoque quelque chose, je ne sais pas bien si c'est **vrai** ou pas. Lui-même ne dit pas que ce qu'il allègue est prouvé dans telle pièce du dossier. Par des **recoupements** parfois on se rend compte. » (Auditeur 12, p.5)

Les faits soutiennent le raisonnement juridique, le syllogisme développé par les parties dans leurs mémoires. Bien que le dossier administratif constitue la pièce maîtresse de cette étape, les magistrats complètent toutefois leur exposé des faits en vérifiant systématiquement les pièces qui se trouvent dans le dossier de pièces du requérant. C'est généralement les pièces inédites du requérant qui se révéleront les plus intéressantes. Celles-ci renvoient à des omissions volontaires ou involontaires de l'administration, à la découverte de pièces compromettantes qui seront à la base d'inférences quant au comportement raisonnable de l'administration.

## *B. Les trois formes d'objectivité*

Quelle que soit la modalité rédactionnelle empruntée par l'auditeur, l'objectivité est présentée comme une qualité incontournable de l'exposé des faits. En effet, tous les auditeurs se réfèrent à une forme d'objectivité pour légitimer leurs pratiques et ce faisant, pour éventuellement déprécier les pratiques de leurs collègues. Le concept d'objectivité est appréhendé de manière différente dans les trois cas de figure.

Pour les auditeurs qui rédigent eux-mêmes l'exposé des faits sur base du dossier administratif, l'objectivité de leur exposé réside dans l'objectivité des pièces du dossier, source première et authentique. Les faits qui apparaissent au travers des pièces sont bruts. Ils n'ont pas encore été retravaillés et traduits pour apparaître textuellement dans les mémoires. Ils ne sont donc pas encore « déformés » par l'interprétation – réputée être toujours subjective – des parties.

Pour les auditeurs qui copient un exposé existant, l'objectivité est intrinsèquement liée à l'exposé qui leur paraît de « qualité », « bien fait ». Ils n'évaluent pas le processus de rédaction mais le produit fini. L'objectivité est une qualité attribuée à l'exposé des faits d'une partie.

Enfin, les auditeurs qui ont une approche synthétique de l'exposé des faits font reposer l'objectivité des faits sur la confrontation des exposés des faits des parties, d'une part, et sur la confrontation des exposés des faits et du dossier, d'autre part. Le dossier permet de départager les allégations des parties lorsque les exposés divergent. Il est utilisé pour tester la véracité des allégations des parties. La comparaison des pièces de procédure est au cœur de cette conception de l'objectivité.

Par conséquent, le **dossier** occupe une place prépondérante lors de cette étape du raisonnement. Pour atteindre l'objectivité voulue, les magistrats se plongent dans le dossier administratif qui offre la plus grande proximité avec le réel. Les pièces du dossier éclairent la décision en matérialisant certaines données factuelles. Le litige devient concret et s'invite sur la table du magistrat par l'intermédiaire de procès verbaux, photos, comptes-rendus, spécifications techniques, avis, plans, courriers, etc.

Notons cependant que le dossier est diversement utilisé selon les pratiques habituelles de rédaction. Il sera l'unique document de travail pour les auditeurs qui font un exposé original. Il sera consulté pour vérifier la crédibilité de l'exposé copié et il permettra d'arbitrer les conflits entre versions des faits discordantes dans l'approche synthétique.

### *C. Le contenu de l'exposé des faits*

La rédaction de l'exposé des faits est généralement le premier acte rédactionnel des auditeurs. Il permet de retracer l'histoire de l'acte – que s'est-il passé ? – et de mettre l'accent sur les pièces qui sont déterminantes pour la solution du litige. Ces deux démarches sont différentes. Retracer l'histoire est une démarche générale de contextualisation des faits, tandis que l'identification des pièces pertinentes est spécifique. Concrètement, les auditeurs rédigent l'exposé des faits en deux temps. Ils commencent par rédiger un exposé des faits de manière chronologique en reprenant les grandes étapes procédurales de la décision. Ce premier jet chronologique forme l'ossature de l'exposé des faits, sa structure. À ce stade, les auditeurs n'ont souvent pas de certitude inébranlable quant au moyen qui fondera l'annulation.

Dans un deuxième temps, qui est souvent lié à une seconde lecture du dossier, les faits prennent une résonance particulière au regard des moyens soulevés. Certains faits deviennent alors saillants car apparaît peu à peu, à travers l'examen des pièces, une **congruence entre les faits et les moyens**. Certains faits de la première mouture deviennent irrelevants et seront supprimés alors que d'autres faits passés inaperçus en première lecture figureront dans la version finale de l'exposé des faits de l'auditeur. Au fur et à mesure que le doute laisse la place à des orientations certaines, l'auditeur modifiera l'exposé des faits en fonction des moyens qu'il retiendra.

« D'abord, je fais une sorte de squelette de l'exposé des faits que je compléterai éventuellement, par la suite, compte tenu des moyens qui me paraissent utiles à retenir ou rejeter. Par rapport au moyen que j'ai retenu. Il arrive aussi de supprimer certains faits après avoir rédigé l'exposé car on estime qu'ils sont sans d'incidence sur l'issue du litige. » (Auditeur 22, p.2)

Le premier jet n'est pas immuable. L'auditeur effectue certaines modifications en fonction des moyens qu'il retient finalement.

« Souvent aussi, je le corrige, je corrige encore mon exposé des faits tout à la fin, quand j'ai presque fini parce que je me rends compte que je pars dans un moyen d'un truc qui n'est pas dans l'exposé des faits alors qu'il devrait s'y trouver. Non, l'exposé des faits, j'y travaille souvent jusqu'au dernier moment. » (Auditeur 10, p.4)

La rédaction n'est pas une activité linéaire qui répond à une rationalité planificatrice. Au contraire, c'est une démarche tâtonnante, réflexive<sup>162</sup>. L'exposé des faits évolue en fonction de la compréhension qu'a l'auditeur de la décision administrative, de sa genèse, de ses motifs mais également en fonction de sa compréhension des moyens.

Dans un premier point, nous verrons comment les auditeurs intègrent, dans le processus rédactionnel, le fil chronologique, l'histoire de la décision administrative. Nous aborderons dans un deuxième point la manière dont les faits et les moyens se co-sélectionnent. Enfin, nous reviendrons sur l'exigence de neutralité et d'objectivité qui pèse sur l'auditeur.

### *a) Contrainte « formelle » à la rédaction : l'exposé des faits chronologique*

Envisager l'acte administratif comme un acte ponctuel va à l'encontre des pratiques des magistrats qui retracent le cheminement de la décision, en faisant, le cas échéant, une ligne du temps. L'auditeur remet de l'ordre dans le dossier afin de mieux comprendre **l'histoire** du processus décisionnel de l'administration.

« Il faut avoir une bonne connaissance du dossier pour faire un bon exposé des faits. Parfois vous avez des dossiers qui arrivent avec des pièces dans tous les sens, il faut bien tout refaire de manière **chronologique**, puis déjà la situation est beaucoup plus **claire**. » (Auditeur 12, p.7)

« Pour avoir une bonne appréhension des faits et donc pouvoir juger si oui ou non la décision a été prise sans violer les normes invoquées par le requérant, il faut qu'on ait une vue la plus précise possible du déroulement des faits. Donc c'est à ça que sert le dossier administratif. Nous devons refaire tout le **cheminement de la décision**. Comment en est-on arrivé à telle décision ? Il faut qu'on reprenne à la base tous les faits dans l'ordre, la manière dont ça s'est passé, etc. » (Auditeur 17, p.5)

L'exposé permet de retracer le chemin de la décision. À ce stade se dégage l'histoire de l'affaire (parties, chronologie, etc.) qui décrit la temporalité des événements qui ont mené à l'acte. Le magistrat peut déjà se faire une idée de la correction procédurale de la décision administrative.

---

<sup>162</sup> La réflexivité est entendue dans la lignée ethnométhodologique comme « *un mouvement de constitution perpétuelle dans lequel chaque circonstance occurrente qui l'a immédiatement précédée en fixant, à son tour, les constituants de la circonstance suivante* » (Ogien et Quéré, 2005, p.103).

« On voit juste si les choses se sont passées plus ou moins correctement au niveau des apparences, de la procédure. » (Auditeur 9, p.40)

Le dossier administratif peut toutefois être incomplet. La requête et le dossier de pièces du requérant, voire même de la partie intervenante, complèteront utilement le dossier de la partie adverse.

« C'est le dossier administratif qui sert le plus souvent à reconstituer **l'histoire de l'acte**, le passé de l'acte final. Mais bon parfois l'administration garde certaines pièces, ou n'a pas certaines pièces, et parfois c'est utilement complété par l'exposé, par ce qui figure dans la requête et les annexes à la requête : le requérant peut lui-même déposer des pièces. » (Auditeur 34, p.13)

Retracer la chronologie des événements ne suffit toutefois pas. Pour pouvoir se prononcer sur les moyens soulevés par le requérant, l'auditeur doit identifier les faits pertinents pour comprendre le moyen et fonder le raisonnement juridique.

## *b) Le processus de cosélection des faits et de moyens*

Le dossier administratif constitue la pièce maîtresse qui guide la rédaction de l'exposé des faits du rapport, non seulement parce qu'il permet de retracer la genèse de la décision, mais aussi et surtout parce qu'il permet de comprendre le reproche fait à l'autorité administrative.

Lorsque l'auditeur rédige l'exposé des faits, il travaille sur les faits et sur les moyens de manière simultanée.

Tout d'abord, le dossier permet de saisir la portée de certains moyens qui n'évoquaient que peu de choses au magistrat à la première lecture et qui deviennent plus clairs lorsqu'ils sont reliés à certaines pièces du dossier. C'est par rapport au dossier que les moyens seront sélectionnés, ce qui est l'inverse du processus lié aux cas faciles où c'est le moyen qui permet de sélectionner les pièces du dossier pertinentes.

« La première chose, c'est de lire le dossier administratif de A à Z et puis de reprendre les arguments des parties et d'examiner quels sont les arguments qui ont le plus de poids par rapport à ce que j'ai pu dégager du dossier administratif. » (Auditeur 1, p.5)

Le dossier permet de mieux comprendre certains moyens mal formulés.

« C'est la consultation du dossier qui permet de comprendre bien des choses. C'est le dossier qui permet de savoir ce qu'il se passe. Ou des problèmes de procédure qui se sont posés ou des éléments invoqués qui n'apparaissent plus, des télescopages ou des choses pareilles. Quand j'étais à l'auditorat, c'est la première chose qu'on m'a dit, je pense que c'est une règle d'or : l'examen des faits et l'exposé des faits, l'examen concret du dossier est la toute première démarche et la démarche la plus importante. Quand on a fait ça, on a déjà fait la moitié de son travail. Evidemment, il faut lire la requête et il faut **trier**. Donc c'est d'abord voir le dossier, puis ça nous donne des **indices**. Ça permet de comprendre parfois certains éléments du moyen qui n'apparaissent peut-être pas de manière très claire à la lecture de la requête mais ça permet de mieux comprendre ce que le requérant veut dire. On n'a pas l'attention attirée sur tel

élément du moyen qui peut être un peu plus maladroitement formulé et c'est en regardant le dossier et en ayant compris ce qu'il s'est passé. Ça peut nous éclairer à ce moment-là. » (Conseiller 1, p.13)

La rédaction de l'exposé des faits nécessite un important travail de sélection. Toutes les pièces du dossier ne sont pas utiles pour résoudre juridiquement l'affaire.

« L'exposé des faits c'est une histoire, une histoire que l'on dégage à partir du dossier donc ce que vous devez faire c'est prendre vos dossiers, vous regardez les pièces une à une et vous reconstituez l'histoire, vous laissez tomber tout ce qui n'est pas pertinent, et ça fait le résumé des faits, et à partir de là, de cette histoire, vous voyez, vous avez en tout cas une **première impression** qui souvent va être déterminante. » (Auditeur 13, p.14)

Comment les auditeurs choisissent-ils les faits pertinents pour résoudre le litige ? Le dossier révèle certains moyens et certains faits deviennent pertinents au regard de certains moyens.

« Je prends connaissance du dossier de manière approfondie en écrivant l'exposé des faits. Je ne lis pas sans écrire, donc je relate ce que je lis mais pour savoir ce que je dois mettre dans mon exposé des faits, ce qui est pertinent pour le dossier, je dois quand même avoir un peu une idée des moyens qui vont être développés. Donc typiquement donc en marché public, ce que je dois savoir c'est les clauses du cahier des charges qui seront intéressantes pour résoudre le litige. Le cahier des charges il peut être épais de 100 pages ou plus, et donc je ne vais pas retaper les 100 mais je dois identifier les dispositions du cahier des charges. Donc ça, je vais lire les **moyens** pour voir, enfin les parcourir pour voir ce que je dois **extraire** comme informations à taper dans mon rapport mais je prends quand même connaissance des faits de manière plus générale que ça. » (Auditeur 9, p.7)

En outre, certaines pièces seront plus importantes que d'autres car elles détiennent l'information qui permettra de trancher en faveur de l'une ou l'autre thèse. Le requérant propose une argumentation qui agence les faits et le droit d'une certaine manière. Certains faits sont dès lors soulignés car ils rentreront dans la mineur du syllogisme : d'eux dépend la suite du raisonnement juridique. Le magistrat doit donc être particulièrement attentif à la véracité des allégations des parties.

Les faits sont sélectionnés et agencés de manière à être en adéquation avec le problème juridique qui se forme. Faits et moyens se conditionnent mutuellement<sup>163</sup>. Les faits du dossier permettent de donner de l'épaisseur au moyen et le moyen permet de sélectionner les faits pertinents. Autrement dit, les faits sont sélectionnés sur base des moyens qui semblent pertinents et les moyens ne sont pertinents qu'à l'aune des faits. Moyens et faits doivent entrer en résonance. Ils s'apportent un éclairage mutuel, comme le soulignait déjà F. Rigaux en 1997, faits et droit partagent la caractéristique d'être opaques lorsqu'ils sont disjoints, « *alors que, mis en présence l'un de l'autre, ils*

---

<sup>163</sup> Cette pratique renvoie au courant de l'herméneutique juridique qui s'inspire des travaux de Gadamer. Il part du constat que la règle juridique « *ne peut rendre compte elle-même de ses applications. [...] Appliquer le droit requiert un travail d'interprétation où les faits et les normes se comprennent les uns à la lumière des autres. On ne saisit les faits d'une cause que par référence à une grille de lecture, à une sélection de données pertinentes que nous fournit la norme. Mais, par ailleurs, la norme elle-même ne prend consistance qu'à l'occasion des faits qui la « remplissent » et lui donnent un sens concret* » (Frydman, 1999, pp.68-69).

*s'éclaircissent mutuellement* » (Rigaux, 1997, p.48). L'exposé des faits permet de comprendre certains moyens et de sélectionner certains faits.

### *c) Le choix des faits pertinents et objectivité*

Comme nous venons de le voir, moyens et faits se co-sélectionnent. L'exposé des faits n'est pas une photographie de la réalité. Il prend sens au travers des moyens qu'il permet de soutenir. Seuls les faits pertinents pour la solution du litige seront *in fine* retenus. Dans la présentation syllogistique du raisonnement juridictionnel, l'exposé des faits constitue le soubassement du raisonnement. À ce titre, il doit paraître neutre et objectif.

« L'exposé des faits doit être le plus **objectif** possible, et **incontestable**, il ne faut pas qu'il y ait des sous-entendus, il faut, s'il y a bien un exposé des faits qui doit être digne de foi c'est bien celui du rapport de l'auditeur » (Auditeur 37, p.16)

La rédaction de l'exposé des faits permet à l'auditeur de montrer qu'il a perçu et compris les faits et qu'il a identifié la situation qui posait problème dans l'amas de détails factuels soumis à son instruction.

Au terme de la rédaction, les faits seront stabilisés et deviendront les prémisses intangibles du raisonnement du Conseil d'État. « *En droit, il n'est pas question de controverse. En droit, au contraire, tout est fait pour éviter la controverse*<sup>164</sup>. *Le fait n'a pas le droit de poser problème* » (De Sutter et Gutwirth, 2004, p. 278). L'exposé des faits devra donc avoir l'apparence de la neutralité. Il est censé uniquement contenir des données brutes. Si le magistrat a déjà une idée précise de l'issue du litige elle ne doit pas apparaître dans l'exposé des faits car cela risquerait de mettre en cause sa neutralité.

« Au stade de l'exposé des faits, il ne faut pas donner le sentiment qu'on a déjà une opinion sur l'affaire, et donc il faut vraiment que les faits soient à l'état brut, des données de base qui permettront de comprendre la portée des moyens. Mais il ne faut pas non plus laisser entendre que l'on serait favorable dès ce stade à l'une ou l'autre des thèses en présence quoi. » (Auditeur 24, p.6)

L'exposé des faits n'est pourtant pas neutre et contient des corrélations en termes de lien de causalité entre les événements relatés. L'histoire peut être décrite de différentes manières, avec des imputations qui auront des conséquences juridiques différentes. Des choix sont posés, des faits interprétés et reconstruits. Soit le juge choisit un ordonnancement des faits proposé par l'avocat d'une des parties, soit il décide d'ordonner les événements de la manière qui lui semble la plus correcte,

---

<sup>164</sup> On verra que lorsque les magistrats touchent à l'appréciation des faits, leur raisonnement paraît plus tangent. C'est le cas pour l'erreur manifeste d'appréciation, le principe de proportionnalité ou plus généralement lorsque les magistrats contrôlent les motifs de la décision. Les faits dans ces cas sont moins stabilisés, puisque sujets à appréciation.

la plus « objective<sup>165</sup> », la plus congruente avec les pièces des parties. Dans les deux cas, un choix causal, compréhensif, de plausibilité est posé. Ce choix est d'ailleurs évalué par le Conseiller rapporteur. Baudouin Dupret s'est beaucoup intéressé à la production de la pertinence factuelle dans la procédure judiciaire. Il a notamment étudié la dimension morale de la causation dans le contentieux pénal. Derrière l'exigence d'objectivité inhérente aux comptes rendus judiciaires, les acteurs produisent des imputations qui s'appuient sur un schéma de causalité ordinaire. Selon lui, « *causation, description et catégorisation sont intimement liées. Le travail de description et de catégorisation qu'opèrent les comptes-rendus contribue directement à la production d'explications causales, qu'elles soient tournées vers un objet (causes matérielles, raisons objectives, etc.) ou vers un sujet<sup>166</sup> (causes agentives, motifs, intentions, raisons subjectives, etc.)* » (Dupret, 2006a, p.73).

Nous pensons pouvoir transposer ses observations à notre propre terrain de recherche. Les faits sont teintés dans « l'inconscient juridique » d'une aura d'objectivité. Dans cette rhétorique de l'objectivité, les faits, en tant que données objectives, n'ont dès lors pas besoin d'être travaillés. Or, le travail de rédaction de l'exposé des faits montre le contraire. La distinction entre description<sup>167</sup> – objective<sup>168</sup> – des faits et interprétation – subjective – de la règle de droit à laquelle adhèrent de nombreux juristes paraît bien bancale. D'une part, la genèse de l'exposé des faits permet de mettre en lumière des

---

<sup>165</sup> Nous renvoyons aux trois sens dégagés *supra*.

<sup>166</sup> « *Les opérations d'individuation de l'action constituent un bon exemple, à cet égard. Prenons, à la suite de Jayyusi (1993), l'exemple d'une personne pressant une gâchette, tirant un coup de feu, blessant un homme d'un coup de feu et le tuant. La réponse philosophique sera de considérer qu'il y a soit quatre actions différentes (Goldman, 1971) soit quatre descriptions de la même action (Austin, 1973). Si l'on est à première vue d'accord avec Austin, il convient sans doute aussi d'aller plus loin et de remarquer qu'il s'agit de quatre types différents de description d'une même action (Jayyusi, 1993 : 436-7). Bien que ces quatre descriptions soient formellement exactes, elles ne revêtent pas un sens et une pertinence interchangeables. Chaque type de description renvoie à un type particulier de contexte justificatif, descriptif et attributif ; chaque type de description est utilisé pour accomplir des tâches pratiques spécifiques. Ces descriptions ne se paraphrasent pas simplement l'une l'autre, elles sont une paraphrase et d'autres choses en même temps, elles correspondent à différents jeux de langage, elles sont inscrites dans différents cours d'action, elles s'orientent vers différents objectifs (Sacks, 1995, vol.I : 739-40). Si ces descriptions ne sont praxéologiquement pas équivalentes, c'est parce que chacune pointe vers des caractéristiques différentes du contexte de l'action. En ce sens, chaque description accomplit une tâche causative différente. Que le résultat ait été voulu ou soit dû au hasard, qu'il soit le produit d'une négligence ou d'une malveillance, que la connaissance des conséquences normales ait été disponible ou non, qu'une personne soit considérée comme un agent direct ou un contributeur indirect, tout cela est organisé routinièrement et contextuellement dans l'activité descriptive qui, d'une manière dont on peut rendre compte, met en évidence, évite, présume ou soulève des caractéristiques spécifiques et conséquencielles de l'action décrite. Ainsi, les attributions de savoir, d'intention, d'agentivité, de causalité, qui sont étroitement enchâssées dans des contextes pratiques, sont répercutées dans les descriptions, comptes rendus et imputations de responsabilité auxquels procèdent les membres* » (Dupret, 2006a, p.73).

<sup>167</sup> Thomas Janville (2004) dans son ouvrage consacré à la qualification juridique distingue la « réalité objective factuelle » qui est la situation de fait telle qu'est réellement déroulée, de la « réalité casuelle » qui décrit la réalité objective, de la « réalité idéale » qui est décrite dans la règle juridique grâce aux concepts juridiques.

<sup>168</sup> La question de la construction des faits n'est pas souvent abordée en théorie du droit. Les faits sont des données du procès qui doivent répondre à certaines exigences liées à l'administration de la preuve. Les faits prouvés acquièrent en droit le statut de vérité objectivée (Mac Cormick, 1996, p.102).

pratiques différentes qui se réfèrent à une conception de l'objectivité différente. D'autre part, la rédaction des faits est l'occasion de raconter une histoire qui, si elle doit paraître impartiale, n'est pas exempte d'imputations sous-jacentes. En effet, les mots et expressions choisies pour décrire les faits sont lourds de sens. Le travail réalisé par l'administration peut apparaître raisonnable ou déraisonnable dès l'exposé des faits. Le caractère procédurier ou justifié d'une requête apparaît également dans l'exposé des faits. Ces imputations doivent toutefois rester suffisamment subtiles afin de ne pas faire germer, dans le chef des parties, le doute quant à l'impartialité et la neutralité du magistrat.

### *D. Le langage des signes pour se forger une impression*

Lorsque l'auditeur est confronté à un cas difficile, il hésite et tâtonne, n'ayant pas d'emblée une idée précise sur l'issue du litige. Dès lors, chaque détail compte. Le ton d'un mémoire, la normalité d'un exposé des faits, l'évolution d'une position, la difficulté de répondre aux arguments de l'autre partie. Ces indices sont autant de prises que l'auditeur exploite pour pouvoir se saisir du recours, pour orienter son examen. Si ces indices révèlent un problème de légalité sous-jacent et sont visibles pour l'œil expert, ils passent inaperçus pour le profane.

Outre ces indices pratiques liés aux mémoires, le dossier administratif constitue également un appui incontournable pour construire le raisonnement. L'auditeur aborde le dossier administratif de manière beaucoup plus inductive et passe beaucoup de temps à étudier les pièces du dossier. Il s'en « imprègne ». L'examen du dossier administratif est un moment décisif dans la formation du jugement. C'est un moment qui peut parfois être long.

« Ce qui est incontournable, c'est le temps **d'imprégnation** du dossier administratif. Ça met vraiment quelques heures, il faut lire le maximum, pour avoir une **idée** et qu'il y ait des éléments qui deviennent saillants. » (Auditeur 10, p.3)

La connaissance des faits, de l'histoire du dossier ne peut être obtenue qu'indirectement, au travers des pièces du dossier. Elle dépend en partie de l'aptitude du magistrat à déchiffrer les documents, à interpréter certaines pièces, à lire entre les lignes de l'acte pour lier entre eux les éléments du dossier. Au terme de l'examen approfondi du dossier et lors de la rédaction de l'exposé des faits, se dégage une impression sur la direction à imprimer au dossier. Cette impression repose sur la perception qu'il y a un problème. La pratique du contentieux a doté les auditeurs d'outils pratiques d'interprétation. Ils ont acquis des compétences qui les rendent attentifs à certains signes qui trahissent ce type de problème. C'est le cas lorsque l'exposé des faits et les pièces du dossier administratif ne sont pas congruents.



Le dossier a une fonction de révélateur. Tel le photographe qui travaille dans une chambre noire et ignore comment la pellicule va réagir, les magistrats confrontent les moyens au dossier qui révélera le sérieux ou non des moyens. La conviction du magistrat se forge alors grâce à l'examen du dossier.

## 2.2.2.2. L'absence de « première impression » au terme de l'examen du dossier administratif, la rédaction de l'exposé des faits et la confrontation des mémoires

Il arrive qu'au terme de la rédaction des faits, les auditeurs n'aient toujours pas une idée précise de l'orientation à donner au recours. Aucun moyen ne se dégage précisément. Les auditeurs, en l'absence d'impression, traitent les moyens dans l'ordre de la requête.

« Quand j'ai une impression sur un moyen qui me paraît fondé, alors je me centre sur celui-là. Mais si j'ai pas une idée très claire, la solution n'est pas évidente, alors, je commence par le premier. » (Auditeur 4, p.4)

Dans ce cas, ils examinent les moyens dans l'ordre de la requête et la conviction apparaît ra peut-être à l'analyse du moyen ou n'apparaîtra jamais, ce qui sera le cas si l'auditeur décide de rejeter tous les moyens.

La solution se construit au fur et à mesure de la rédaction. La conviction se forge alors pas à pas et la certitude sur l'issue de l'affaire peut rester à la porte du rapport. Jusqu'à la fin l'auditeur hésite.

« Quand les moyens sont tangents, quand c'est des moyens où il faut réfléchir, c'est vraiment en rédigeant que la solution arrive. Parfois ça tient à peu de choses en fait. Et donc c'est comme ça que parfois on se dit : « Oui, ce dossier, je m'oriente vers un rejet » et puis qu'on arrive à une annulation parce que... voilà. Dans le dossier X, le petit vice que j'ai décelé à un moment donné qui était réel, jusqu'au bout je ne savais pas ce que j'allais pouvoir en faire parce que son importance sur le dossier n'apparaissait qu'à la fin. Donc je ne savais pas si, petit vice après petit vice, j'allais aboutir à une annulation parce que ça aurait modifié le classement des offres, toutes les erreurs cumulées. » (Auditeur 9, p.40)

### 2.2.2.3. L'examen des moyens : la première impression est soumise à l'épreuve des moyens

Dans les cas qui prêtent à discussion, la conviction<sup>169</sup> ne se forme pas directement mais s'apparente à un lent processus de maturation. C'est en lisant le dossier, en essayant de comprendre les faits, en retraçant l'histoire, que la conviction se construit pas à pas. Et puis, à un moment, « ça » devient clair, ou en tous cas plus clair. Le magistrat dégage une orientation qui le guidera durant son examen. Cette orientation découle des impressions successives qu'il s'est forgées à propos des moyens. L'auditeur a le sentiment qu'un moyen pourrait être fondé. Cette impression doit être vérifiée, « soumise à l'épreuve<sup>170</sup> des moyens ».

« On a vraiment une première impression après l'exposé des faits, et une impression qui est donc **soumise à l'épreuve des moyens** en quelque sorte, donc est-ce que les moyens vont confirmer cette impression ? Est-ce qu'ils vont convaincre que je dois aller dans ce sens-là ? Ou à l'inverse est-ce que je dois changer d'avis ? » (Auditeur 37, p.14)

La conviction se réalise par la certitude à un moment donné que le moyen est fondé. L'auditeur a développé une impression qui ressort de l'examen du dossier ou d'autres appuis pratiques. Cette impression sur le fondement potentiel d'un moyen devra être confrontée à l'examen plus systématique du moyen, c'est-à-dire aux arguments de droit. L'impression subit alors l'épreuve du moyen. Cette épreuve permet au magistrat de passer d'une première **impression**, d'une idée sur le dossier à une **conviction** : c'est à ce moment-là que les choses deviennent claires, que le doute laisse la place à des certitudes, fussent-elles relatives<sup>171</sup>.

« - Auditeur : Avant de rédiger, normalement, je sais déjà dans quel sens je vais trancher.

- J. Colemans : Comment est-ce que vous savez ? Comment se forge votre **conviction**?

- Auditeur : C'est au moment de l'examen en fait, à un moment donné, il faut trancher, dans un sens ou dans l'autre. Comment expliquer ça ? Je sais que je vais trancher dans tel sens parce que, voilà, j'ai vu que c'était telle norme qui était violée, ça me paraissait **clair**, enfin voilà. À un moment donné, je vais dire, on a son **opinion qui est forgée**, après avoir examiné tout le dossier, après avoir lu tous les mémoires, on a son opinion qui est faite, et donc c'est à ce moment-là qu'on rédige. » (Auditeur 30, p.27)

---

<sup>169</sup> La conviction est un terme peu utilisé par les magistrats en tant que tel. Les magistrats disent « être convaincus par les arguments d'une partie », « être certains que le moyen est fondé », que leur « opinion est forgée ». Nous reviendrons plus en détail sur ce terme dans la quatrième partie de ce chapitre. Prenons comme acception de la conviction dans cette section que la conviction est la certitude que le moyen est fondé et que l'acte est illégal.

<sup>170</sup> Le terme d'épreuve émane du terrain, c'est pourquoi nous l'avons repris textuellement. Il n'est pas cependant pas inexploré en sociologie : Dans ce travail, nous l'utilisons dans son acception commune, à savoir « le fait de tester » (*Le Nouveau Petit Robert*, 2008, p.912). Ainsi, au Conseil d'État, nous pouvons définir l'épreuve comme le processus pratique qui permet de tester la solidité d'une impression sur le fondement d'un moyen de droit.

<sup>171</sup> En effet, sur certains dossiers, l'ombre du doute planera jusqu'au dernier moment. Ce doute ne peut toutefois pas apparaître dans l'avis qui doit prononcer un rejet ou une annulation. Certaines techniques rédactionnelles permettent cependant de faire apparaître quelques nuances dans le jugement.

« Retourner dans le dossier, aller voir les pièces du dossier administratif et éventuellement faire l'une ou l'autre petite recherche de la jurisprudence ou la doctrine, voire la législation. C'est toujours un peu la même chose qui réapparaît et alors, une fois que je me suis **forgé une opinion**, sur la recevabilité, sur le fondement d'un moyen, ou le non fondement des moyens, je commence la rédaction. » (Auditeur 22, p.2)

La première impression se forge sur le terrain du fait. La véracité des allégations des parties a été éprouvée. Le dossier a permis d'éclairer la portée de certains moyens. Certaines failles de raisonnement ont été repérées sur base d'indices pragmatiques. À présent, le magistrat examine la robustesse du moyen, non pas au regard des faits, mais au regard du droit. « *Les moyens sont bien des objets de valeur qui ont besoin d'adjuvants et de multiples soutiens au cours de leurs longs périples afin de prospérer* » (Latour, 2004, p.149).

Le moyen doit indiquer la violation de la règle de droit et la manière dont elle a été enfreinte. Il doit donc faire apparaître une violation concrète, contextualisée de la disposition légale. Dès lors, tout moyen doit contenir un « problème juridique ». Nous verrons ce que recouvre ce terme dans une première section (section 2.2.3.3.1). Ensuite, nous examinerons la manière dont les auditeurs synthétisent les moyens de la requête (section 2.2.3.3.2). Si la requête est rédigée correctement, il s'agit d'un résumé des moyens, tandis que l'auditeur doit remanier les moyens pour faire apparaître les problèmes juridiques quand ils n'apparaissent pas clairement dans la requête. Enfin, nous verrons comment les auditeurs opérationnalisent le problème juridique en formulant une question problème (2.2.3.3.3).

### **2.2.2.3.1. Le problème juridique**

« Ce sont les **griefs concrets** : « l'acte attaqué, **en ce qu'il** a dit ça, a violé telle disposition du moyen parce que... ». » (Conseiller 12, p.6)

Le problème juridique concrétise la violation de la norme invoquée dans le moyen. Il assure le lien entre la violation de la disposition légale et les faits, la manière dont l'illégalité a été commise concrètement.

Le problème juridique peut être correctement posé dans un moyen, mais un moyen peut être retraduit en différentes questions. Ces deux concepts sont étroitement liés, mais ne se recouvrent pas totalement.

Pour que le moyen soit accueilli favorablement, il faut qu'il allie une bonne critique<sup>172</sup> à une disposition légale pertinente. C'est la conjonction de ces deux éléments qui permettra de poser le problème de manière juridiquement correcte.

	Bonne critique	Pas de critique ou critique erronée
<b>Disposition légale adéquate</b>	Bon problème juridique (1) → ANNULATION	Formalisme (2)
<b>Disposition légale pas adéquate ou inexistante</b>	Critique non-identifiée en droit (3)	(4) → REJET

Tableau 3

(1) Lorsque le **bon problème juridique** est exposé, cela conduit à l'annulation.

« Identifier les problèmes et identifier les bonnes dispositions par rapport à ce problème, c'est-à-dire faire un syllogisme en fait. Dire : « Voilà, on viole telle disposition parce qu'elle dit ça, on a fait ça et donc conclusion, c'était violé. » » (Auditeur 9, p.26)

(2) Il arrive que la critique de légalité externe paraisse injustifiée ou inexistante au regard du contexte factuel. L'auditeur estime que l'illégalité soulevée relève du pur formalisme. Dans un tel cas, deux attitudes peuvent être adoptées. Soit les auditeurs font prévaloir la légalité en interprétant la disposition légale et le moyen de manière littérale ; soit ils font prévaloir une interprétation plus proche de l'esprit de la disposition que de sa lettre. C'est le cas lorsque la critique leur paraît clairement injustifiée. Ils dénoncent alors le formalisme excessif de la requête et tentent de trouver une porte de sortie en acceptant, par exemple, l'exception d'irrecevabilité sur base du manque d'intérêt au moyen<sup>173</sup>.

« En ce qui concerne le respect de règles relatives aux enquêtes publiques. Il faut que l'enquête soit publiée, donc affichage. La publicité ne s'est pas faite correctement. Le requérant introduit un recours sur ce point-là, il peut se faire qu'il ait eu malgré tout l'occasion de réclamer. Et d'exprimer son opposition. Le moyen consistant à dénoncer la violation des règles relatives l'enquête publique parce que l'affichage n'a

<sup>172</sup> Selon Latour (2004, p.85), tout dossier commence par une requête introductive d'instance. « *Si aucun avocat n'a introduit dans la requête le langage du droit, on y ressent parfois encore l'écho étouffé de la plainte : fureurs, indignations, scandales, [...] mais une colère, une peine qui ne s'expriment pas seulement en violence et en larmes, en cris et en coups, mais qui, par une mutation plutôt mystérieuse, décident de se transformer en dol et en grief* » bref, en illégalité.

<sup>173</sup> Nous renvoyons aux développements des pages 161 et suivantes.

pas eu lieu correctement, ce moyen sera considéré comme sans intérêt. Parce que la violation de la règle de forme ne lui a pas porté préjudice. Il y a donc un certain nombre d'actes administratifs attaqués qui sont peut être **irréguliers mais qui ne sont pas annulés** nonobstant l'existence d'un recours fondé sur l'irrégularité. » (Conseiller 1, p.11)

(3) Lorsque la critique est pertinente mais non identifiée en droit, les dispositions invoquées n'étant pas les bonnes, les auditeurs ne peuvent normalement rien faire d'autre que rejeter la requête, sauf éventuellement soulever un moyen d'ordre public.

« Il y a une critique qui est relativement convaincante mais les dispositions qui sont invoquées ne sont pas du tout les bonnes donc là on ne peut pas faire grand-chose. On n'est pas là pour faire la requête à la place du requérant. » (Auditeur 9, p.25)

Toutefois, nous l'avons évoqué, certains auditeurs ont une lecture bienveillante du moyen, ce qui est spécialement le cas lorsque les requérants ne sont pas représentés par un avocat. Ils traduiront, dans ce cas, la critique en termes juridiques. L'attitude bienveillante envers les requérants non représentés s'appuie sur l'inférence d'une incapacité : les requérants ne sont pas capables de traduire leurs griefs en termes juridiques parce qu'ils ne sont pas juristes. La catégorie « requérant non représenté » induit donc certaines pratiques de la part des auditeurs, parmi lesquelles la lecture bienveillante de la requête.

«- Auditeur : Ce qui m'arrive relativement souvent et peut-être plus souvent qu'à des collègues, c'est de dire : « Voilà, le moyen tel qu'il est libellé n'est pas fondé. Si toutefois il faut le comprendre comme ça, et je l'examine ». C'est gentil ! (rises)

- J. Colemans : Qu'est-ce qui vous pousse à avoir cette lecture bienveillante du moyen ?

- Auditeur : Alors certainement quand c'est des requérants particuliers et pas des avocats. Dans des... j'allais dire des petites matières mais très importantes pour eux. Donc le type qui n'obtient pas son agrément, l'entrepreneur qui n'obtient pas son agrément, c'est pas des dossiers qui prennent énormément de temps mais je trouve qu'il y a une bienveillance à avoir et à manifester aussi donc... Voilà, il ne prend pas d'avocat, il explique pourquoi c'est trop **injuste** qu'il n'ait pas eu son agrément. Parfois c'est écrit avec suffisamment d'habileté pour qu'on puisse identifier la critique et une critique en droit. » (Auditeur 9, p.26)

L'attitude de l'autorité administrative joue également un rôle dans la posture qu'adoptera l'auditeur.

«- Auditeur : Parce que si la requête est mal faite par rapport à un acte bien fait, à ce moment-là, j'ai pas de problème à rejeter la requête. Mais si l'acte est mal fait, la requête est mal faite, je suis un petit peu entre les deux, la balance est entre les deux en fait. Si je me rends compte qu'il y a une illégalité mais qui n'est pas attaquée en tant que telle dans la requête, je dois voir si dans les différents éléments invoqués dans le moyen, il est possible de rattacher ça ou pas.

- J. Colemans : De quoi dépend cette interprétation bienveillante ?

- Auditeur : C'est varié, ça dépend parfois de la mauvaise foi de la partie adverse. Si la partie adverse vient me sortir quelque chose de, d'absolument, manifestement contraire à la réalité ou de **mauvaise foi**, à ce moment-là, je vais avoir tendance à être un petit peu plus large dans la bienveillance à l'égard du moyen. Parce que j'ai l'impression que c'est aussi comme si la partie adverse se fichait de moi ou du Conseil d'État en nous ayant raconté n'importe quoi. Je trouve que le rôle de la partie adverse n'est pas de défendre son acte à tout prix mais c'est de respecter les légalités. » (Auditeur 15, p.8)

Lorsque la partie adverse omet de verser certaines pièces au dossier, malgré les mesures d'instruction prises par l'auditeur, ce dernier peut avoir tendance à interpréter avec une grande bienveillance les moyens tangents du requérant.

« S'il y a un moyen qui est un peu tangent, à ce moment-là, le moyen je vais le pencher dans le sens où on l'annule pour sanctionner l'illégalité de l'acte, même si l'aspect fondé du moyen est tangent, aussi pour sanctionner le refus de coopération de la partie adverse. » (Auditeur 15, p.18)

(4) Enfin, quand il existe une illégalité manifeste mais que le requérant n'a pas soulevé la bonne critique ni la bonne disposition, les auditeurs disent généralement qu'« il est passé à côté de la montre en or ». Dans ce cas, l'auditeur ne peut pas sauver la requête, sauf à soulever un moyen d'office, ce qui est très rare.

« Soit il passe carrément à côté de la montre en or, il ne voit pas dans le dossier un truc énorme. Mais qui n'est pas forcément d'ordre public et là, ben voilà. Donc ça aurait pu conduire à une annulation mais il n'y aura pas d'annulation, ce n'est pas à nous à le dire. » (Auditeur 9, p.25)

### *2.2.2.3.2. La rédaction de la synthèse des moyens*

Arrivés à ce stade du processus, les auditeurs doivent résumer les arguments des parties. Nous verrons dans un premier point que la qualité du moyen soutenu par le requérant a des impacts sur la synthèse effectuée par l'auditeur. Dans un second point, nous verrons que certains moyens ne peuvent être résumés et font l'objet d'un copié-collé par les auditeurs.

## *A. La synthèse originale des moyens*

### *a) Le résumé des moyens*

Il n'y a pas identité entre moyen et problème juridique. Alors que le moyen contient la disposition prétendument violée au regard des faits de l'affaire, le problème juridique contient, comme son nom l'indique, un problème, une critique, un reproche concret fait à l'acte. Par moyen il peut donc y avoir plusieurs problèmes juridiques, plusieurs reproches fondés sur une même règle de droit. Lorsque la requête est bien construite, les auditeurs se contentent simplement de résumer les moyens soulevés par le requérant.

« Il y a plusieurs moyens puis plusieurs branches et bon, dans les requêtes bien faites, il y a un problème juridique par branche. » (Auditeur 16, p.18)

« Le **problème juridique**, en principe, il se trouve dans la requête. Si c'est bien écrit, c'est assez clair de savoir quels problèmes se posent et alors, comment est-ce qu'on ordonne le mémoire ? Moi je fais l'examen des moyens, examen du premier moyen, enfin d'abord résumé du premier **moyen**. Et puis je

résume les arguments des parties et là on voit déjà le point de **droit** qui se pose et puis moi j'examine dans une deuxième partie, j'examine vraiment la point de droit que je circonscris au **problème** qui se pose. » (Auditeur 33, p.8-9)

Cet auditeur distingue les opérations de synthèse et d'examen du moyen, l'examen étant consacré à découvrir le point de droit qui se pose, en d'autres termes le problème juridique.

### b) La réorganisation et le remaniement des moyens

Lorsque les moyens sont moins bien rédigés, la critique adressée à l'acte n'est pas aisément identifiable. Lors de la rédaction de la synthèse des moyens, les auditeurs retravaillent les moyens en vue de faire ressortir les problèmes juridiques dont ils estiment qu'ils permettront de solutionner le litige.

« Je fais rarement couper-coller des moyens parce qu'on les comprend mieux quand on les a synthétisés. » (Auditeur 9, p.37)

Lorsque le moyen est mal rédigé, certains auditeurs le reformulent pour le rendre intelligible. Les auditeurs retravaillent les moyens pour y mettre de l'ordre, de la cohérence, une certaine logique. Ils distillent, ce faisant, une part de leur raisonnement, de leur conception du problème juridique. Ce travail, qui peut être fastidieux, leur paraît toutefois nécessaire pour pouvoir ordonnancer le rapport.

« - Auditeur : Quand ce n'est pas très bien écrit et qu'on ne voit pas bien où ils veulent en venir, on essaie de comprendre le reproche qui est adressé à l'acte administratif. La partie adverse aussi a son interprétation de la requête. Il va dire : « Voilà ce que dit le requérant et voilà ce qu'on répond ». Moi, là, je vais... De temps en temps on va réinterpréter un peu le moyen pour identifier le reproche que le requérant a voulu adresser à l'acte attaqué.

- J. Colemans : parce qu'il n'est pas toujours clairement...

- Auditeur : Voilà, ce n'est pas toujours très clair. Parfois il y a un monceau de reproches qui sont liés plus ou moins les uns aux autres et là, il faut bien identifier chacun des problèmes parce que c'est mal écrit. La requête est mal écrite et donc il y a plusieurs critiques qui sont reprises dans un seul moyen et là il faut faire... Il faut identifier chacune des critiques et y répondre. Il y a parfois un travail d'interprétation des moyens qui peut se poser dans certains cas. » (Auditeur 33, p.9)

En dehors de la lecture bienveillante, qui est un cas poussé de remaniement des moyens, les auditeurs agencent généralement les moyens du requérant pour leur donner une plus grande cohérence. La requête est retravaillée, les moyens sont triés, ordonnancés selon une logique qui fait sens pour l'auditeur.

« - Auditeur : On peut avoir, par exemple, trois moyens qui finalement posent le même problème juridique. C'est le requérant qui ordonnance sa requête en divisant, on subdivisant une question juridique en quatre moyens et là il est possible je l'ai déjà fait, là, j'examine les quatre moyens sous l'angle d'un seul puisque pour moi il n'y a qu'un problème juridique soulevé.

- J. Colemans : Comment est-ce que vous l'identifiez ce problème juridique ?

- Auditeur : Je lis les quatre moyens et je vois qu'il revient toujours avec le même problème de motivation formelle. » (Auditeur 18, p.15)

Certains auditeurs tentent de discerner le « véritable » problème juridique. Parmi les griefs présentés dans la requête, l'auditeur optera pour celui qui lui paraît le plus « important » pour le requérant.

« - Auditeur : Je regarde les enjeux véritables du projet pour les requérants parce qu'ils attaquent souvent, ils sortent pas mal de moyens mais moi, j'essaie de **discerner ce qui est véritablement important pour eux**. J'en ai un ici qui se plaint, un projet de lotissement. Par exemple, il parle des égouts, ben je sais très bien qu'il s'en fout des égouts, c'est pas ça qui les intéresse les requérants en l'occurrence, **ce qui les embête, c'est la densité du lotissement**, c'est le nombre de logements qui y aura à l'hectare, c'est ça qui leur déplaît foncièrement, [...] j'ai dit je vois pas très bien où est votre problème. Parce que c'est ce qui est le plus important pour eux, c'est la satisfaction qu'ils entendent retirer d'une éventuelle annulation.

- J. Colemans : Et comment est-ce que vous avez vu que c'était la densité?

- Auditeur : D'abord parce que c'est le *premier moyen* qu'ils invoquent. Et puis, parce que je le comprends aussi en voyant les *réclamations* qu'ils ont introduites lors de l'enquête publique. Dans tous les **griefs**, c'est ça qui revenait le plus souvent. Et puis, j'essaie de *me mettre à leur place* et je devine aussi en partie. » (Auditeur 10, pp.3-4)

L'auditeur identifie le problème qui « embête le plus les requérants » grâce à certains indices. Une première indication est fournie par l'ordre dans lequel apparaissent les moyens dans la requête. Les requérants mettent généralement les moyens qu'ils jugent importants en premier. Toutefois, la seule lecture de la requête ne suffit pas. L'auditeur examine attentivement les réclamations introduites dans l'enquête publique et constate que le problème de densité de lotissement est de nouveau invoqué, ce qui confirme l'impression de l'auditeur sur l'importance du problème véritable. Enfin, l'auditeur, en se projetant dans la situation problème, avalise la plausibilité et la légitimité de ce grief.

## ***B. Le copié-collé des moyens***

Généralement, les auditeurs retravaillent les moyens du requérant pour les synthétiser. Ils ne copient donc pas les moyens de la requête, sauf lorsque le moyen est à ce point mal rédigé que l'auditeur « ajouterait à la requête » en le reformulant. L'auditeur est en effet limité dans son examen par les arguments soulevés par les parties.

« Quand je fais couper-coller, c'est généralement que le **moyen est tellement mal fait** que... d'abord ça me prendrait un temps fou de le remettre dans l'ordre et ensuite, c'est indu. Parce qu'alors je fais le boulot de l'avocat à sa place, je remets de l'ordre dans son raisonnement et je vais y mettre de moi-même, nécessairement. Donc je cite entre guillemets le moyen. D'une part le Conseil se rend bien compte lui-même de la façon dont l'argumentation était servie. D'autre part moi je ne perds pas mon temps à ce qu'il n'a pas fait lui-même convenablement et puis je risque sinon **d'ajouter à la requête**, d'y mettre de l'argumentation en disant : « Oui, je vois ce qu'il a voulu dire », peut-être qu'il n'a même pas voulu dire parce que moi je vois un problème qu'il n'a pas vu. Et donc à ce moment là, je fais couper-coller. » (Auditeur 9, p.37)

On est à la limite des cas qui pourraient relever de *l'exceptio obscuri libelli*. L'auditeur accepte d'examiner la requête mais ne peut y ajouter. De plus, résumer des moyens mal rédigés prend beaucoup de temps.



« Je scanne ce que les requérants, les parties ont dit. Quand on doit résumer des moyens mal rédigés, on perd du temps. » (Auditeur 20, p.4)

Notons que l'utilisation du scanner est différente pour l'exposé des faits et pour la synthèse des moyens. Alors que certains auditeurs scannent les exposés des faits qui paraissent complets et objectifs, les moyens sont copiés et collés lorsqu'ils sont à ce point mal rédigés que l'auditeur juge le travail de remise en forme du moyen indu. Des pratiques similaires trouvent leur origine dans des cas de figure antagonistes.

Les auditeurs recourent également au scanner lorsqu'il n'y a pas de valeur ajoutée au travail de synthèse, soit que le moyen est technique, soit qu'il est complexe.

« Si c'est justement les erreurs manifestes d'appréciation, il m'arrive de faire couper-coller, non parce qu'elles sont mal torchées ou quoi mais c'est tellement long et tellement technique que ça va me prendre trop de temps et que je ne pourrais pas synthétiser grand grand-chose sans enlever. Donc à ce moment là, parce quand il dit : « Voilà, j'aurais eu un demi point de plus pour tel élément, tel élément ». En faisant couper-coller, on voit bien que **c'est du plus si manifeste que ça** parce qu'ils vont tellement dans le détail de la cotation qu'on se dit : « Bon, c'est pas percutant quand même ». Rien qu'en le lisant, on se dit : « Il faut chipoter pour arriver à trouver les 3 points d'écart ». Donc ça **contextualise** aussi quand même un peu le dossier de le faire comme ça. Et puis ce ne serait pas rentable de le recopier, ça n'apporte rien... de synthétiser. » (Auditeur 9, p.37)

Le choix de ne pas synthétiser le moyen est lié à la nature du moyen et à son appréciation par l'auditeur. Dans ce cas de marché public, le moyen est pris de l'erreur manifeste d'appréciation. Se basant sur la technicité et la longueur de l'argument, l'auditeur considère que le caractère manifeste de l'erreur fait défaut. Lorsqu'il rédige son rapport, il préfère copier l'intégralité du moyen. De la sorte, il suppose que les magistrats et les parties feront le même type d'inférence que lui entre la longueur du moyen et le caractère non-manifeste de l'erreur.

Repérer le « problème » – le « reproche », le « grief », la « critique » – est la première étape du raisonnement juridique pratique, étape qui peut d'ailleurs être fort longue. Ce processus de découverte du « problème » commence à la lecture de la requête, se poursuit par la lecture compréhensive du dossier et par l'interprétation des signes qui affleurent dans les mémoires des parties. L'analyse de ces différents documents amène l'auditeur à être attentif à des détails porteurs de sens qui, cumulés entraîneront la conviction de l'auditeur. Une fois que l'auditeur a clairement identifié « le problème » il n'a plus seulement une impression sur le cas, mais a la conviction que le « vrai problème » a été identifié. La traduction juridique du problème peut commencer.

Le magistrat doit alors trouver la question qui reliera ce problème au corpus juridique. Le problème juridique, pour être opérationnel, prend les traits d'une question à laquelle l'auditeur tentera de répondre.

### *2.2.2.3.3. Le problème juridique : l'opérationnalisation du problème juridique par la « question-problème »*

Le problème juridique constitue la charpente du raisonnement juridique. Les faits et le droit sont ordonnancés d'une certaine manière autour de **questions qui posent problème**.

Les moyens contiennent un certain nombre de définitions du problème juridique. C'est une des plus grandes latitudes du magistrat que de choisir ou de redéfinir le problème juridique. Soit le problème est correctement mis en exergue par l'avocat, soit c'est l'auditeur qui reconstruit et interprète les arguments des parties pour les problématiser.

« - Auditeur : Pour moi, c'est 95% du travail de découvrir le problème juridique. Une fois que vous avez découvert ça, c'est réglé. C'est vraiment ça le métier : où est le point, le morceau qui va permettre de **tirer sur la pelote de laine pour dénouer les fils**. C'est de trouver vraiment par où prendre le problème.

- J. Colemans : Parmi tous les moyens qui sont proposés alors ?

- Auditeur : Non, pas nécessairement. Par rapport aux types de raisonnements, aux syllogismes qui sont tenus par les parties. Elles vont tenir des raisonnements tout à fait différents. On va se trouver devant un fatras d'arguments qui vont dans tous les sens, qui forment une sorte de pelote de laine. Il faut savoir par où prendre le **problème**, c'est-à-dire quelle sera la **majeure** et la **mineur** du raisonnement, et écarter tout ce qui est argumentation surabondante pour arriver vraiment au centre du débat. L'exemple de disposition transitoire. Pour arriver à la conclusion que – pourtant le moyen était dedans – finalement je devais me poser la question à partir d'aujourd'hui, pour savoir si la disposition transitoire n'avait pas maintenu trop longtemps en vigueur une vieille demande, il m'a fallu dénouer un écheveau de raisons, d'argumentations pour arriver à me dire **c'est comme ça que je dois poser la question**. Je pose la question de cette façon-là. Quand j'ai posé la question, le raisonnement est très facile. À ce moment se déclenche le texte de loi, la jurisprudence, la doctrine et le syllogisme qui s'appliquent. Tout s'enchaîne très vite. Mais c'est pas ça qui prend du temps, c'est ce qu'il y a avant. Comment formuler ma question ?

- J. Colemans : Cette question, elle était formulée par une des parties ?

- Auditeur : Chacun vient avec sa manière de formuler la question. Puis la façon dont moi qui suis extérieur au litige je la formule est nécessairement différente de la manière dont une partie qui défend un intérêt personnel ou public contesté la défend. Moi je la formule non pas pour obtenir gain de cause, mais pour pouvoir arriver à une solution qui est dictée par la loi. » (Auditeur 7, p.14)

Cet extrait illustre à quel point la démarche cognitive est constructiviste. Il s'agit de trouver le fait qui sera pertinent au regard de la disposition légale violée, autrement dit de trouver le bon mode de liaison des faits et du droit. Cependant, faits et droit sont déjà imbriqués, mélangés, agencés, noués par les parties. Il appartient au magistrat de comprendre, de dénouer les fils, de déconstruire l'argumentation des parties pour les délester de ce qui est superfétatoire, de sorte à aller à l'essentiel.

Une fois le problème identifié, l'auditeur remet de l'ordre, un ordre juridique. Les métaphores autour de l'art de coudre ou de tricoter<sup>174</sup> ne manquent pas.

Identifier le bon problème juridique équivaut à simplifier, trier, sélectionner le « bon » fait – les faits pertinents – et le « bon » droit – la législation pertinente – pour aller à l'essentiel, c'est-à-dire au point qui fait débat. La manière dont l'auditeur pose le problème est importante car c'est grâce à cette question que l'auditeur pourra confronter la norme générale au fait concret. La question problème a un rôle de médiation entre le fait et le droit, entre la disposition violée et la concrétude de sa violation. L'auditeur fait un véritable travail de traduction, d'intermédiation cognitive.

« - Auditeur : Dans mon exemple de la laiterie, finalement, la question était une question qui était présentée de façon assez alambiquée par les parties, c'était des rapports entre permis d'urbanisme et permis d'exploiter et donc les parties requérantes étaient fâchées parce qu'on appliquait une ancienne réglementation à un permis alors qu'elles estimaient que la nouvelle réglementation aurait été pour elle plus intéressante. La partie adverse disait : « Non, nous avons simplement appliqué une disposition législative ». Il faut **traduire** ça, à savoir quel est le point qui fait débat ? Le **point qui fait débat** c'est la longueur du temps qui s'est écoulé avec tous les événements dedans par rapport à un délai raisonnable, délai raisonnable qui à ce moment-là empêchait l'application d'une disposition transitoire. Mais c'est jamais qu'un **raisonnement intermédiaire**. Le but ici, c'était qu'avec la nouvelle réglementation, il fallait un autre type de permis, c'est un jeu de dominos. Donc il faut poser la question par rapport à la norme qu'on va appliquer, à la solution qu'on veut obtenir.

- J. Colemans : Normalement, la norme à appliquer est invoquée dans un moyen, sauf moyen d'ordre public.

- Auditeur : Le moyen ne vous donne pas la question. Parce que **vous avez une norme générale**, il faut la confronter, d'ailleurs généralement il y en a plusieurs, il faut la confronter, parce que c'est une question de cascade, le raisonnement passe d'une norme à l'autre. **Il faut la confronter à un fait**. Comment on va confronter les deux ? **La confrontation des deux se fait sous forme d'une question**. Ce qui me pose un problème, c'est ça. Comment je vais poser ma question et donc orienter le raisonnement qui vient après ? Vous n'avez jamais un cas simple avec une norme simple. Alors là on fait tout de suite le syllogisme. Mais les dossiers ne sont pas comme ça, la preuve c'est que la plupart du temps, un même moyen, quelqu'un qui a raison à 100% et quelqu'un qui a tort à 100% ça n'existe pas. Chacun détient une petite partie. Et donc dans ce fatras, nous devons **poser la question qui fait le tri**. Qui retient en d'autres termes dans le complexe inouï des faits celui qui va permettre sous une certaine orientation de trouver la solution par rapport à un autre. » (Auditeur 7, p.15)

La question qui fait le tri permet non seulement de sélectionner les faits et le droit, mais aussi de confronter la norme générale au fait singulier<sup>175</sup>. Le droit, interprété à la lettre ou dans son esprit, et les faits, appréciés sévèrement ou de manière bienveillante, s'agencent d'une certaine manière, manière qui dépendra de la question-problème.

---

<sup>174</sup> « Il m'est déjà arrivé d'ouvrir un dossier et de me dire : « Mais oui, évidemment, je vais aller vers l'annulation. » Et puis, **détricoter** tous les moyens et parvenir finalement à la conclusion que non, pas du tout, je rejette tous les arguments, les uns après les autres. » (Auditeur 17, p.10)

<sup>175</sup> Ce processus cognitif entretient des liens étroits avec la qualification juridique qui, en sciences juridiques, est appréhendée comme une opération de subsomption. La qualification juridique en droit administratif est notamment définie par Charles Vautrot-Scwarz (2009, p.23) comme « *l'opération du raisonnement juridique qui consiste à faire entrer un objet dans une catégorie juridique, préétablie ou non, dans le but d'ouvrir l'application à l'objet ainsi qualifié du régime juridique ou de l'effet de droit attaché à la catégorie en cause.* »

Notons que pour une même affaire, plusieurs questions-problèmes peuvent être envisagées par l'auditeur.

« - Auditeur : Je suis collectionneur de serpents et je demande à régulariser, parce que je détiens 18 pythons et des boas, et je demande un permis d'environnement. Mes voisins disent que ça ne va pas. On vit dans un quartier résidentiel ici, avec tous vos serpents vous mettez en danger la valeur résidentielle des lieux. Je réponds : « Non, mes serpents sont inoffensifs car ils ne sont pas venimeux, ils tuent autrement, mais enfin bon, peut-être pas les êtres humains ». La question c'est de savoir : on reproche à l'autorité d'avoir commis une EMA en ayant autorisé cette détention de serpents contre l'avis du voisinage. Il faut poser la question. Il y a une façon très simple de dire : vos serpents ne sont pas venimeux donc il n'y a pas de dangers donc on peut les autoriser. Maintenant, c'est une façon de poser la question. On peut poser la question d'une manière plus complexe. On peut dire oui mais il n'y a pas que le danger pour la vie des êtres humains qu'il faut prendre en considération, mais si on fait une enquête publique c'est peut-être parce qu'on tient compte aussi des inconvénients ou des incommodités pour le voisinage. Alors la question change. Ce n'est plus : doit-on autoriser des serpents alors qu'ils ne sont pas dangereux ? mais peut-on autoriser des serpents qui créent une incommodité dénoncée par l'ensemble du voisinage dans un milieu fortement résidentiel où il y a des enfants ? Ça change.

- J. Colemans : Parce que vous avez mis la focale sur une norme différente ?

- Auditeur : Sur un fait différent par rapport à une norme. Et je relie ça à une disposition qui ne parle pas uniquement de danger, mais d'inconvénient et d'insalubrité. Et puis je peux poser la question, effectivement, il n'y a pas de danger si on est face à un collectionneur consciencieux. On sait que combien d'animaux ne sont pas abandonnés dans la nature. Est-ce que ça ne doit pas entrer en ligne de compte ? Donc vous voyez bien que la façon dont j'ai posé la question va déterminer l'ensemble du raisonnement. D'un autre côté, un raisonnement va dire : « Non, je pose cette question autrement : est-ce que le voisinage peut s'opposer à des serpents sur la base de peurs irrationnelles ? » Je réponds non et j'aboutis sur la conclusion inverse. Donc tout est dans la question. Vous sélectionnez la question, vous sélectionnez la réponse.

- J. Colemans : quel est le rôle de la jurisprudence dans la formulation de la question ?

- Auditeur : Pour interpréter la norme. C'est après. Une fois que j'ai posé ma question, alors... C'est pas vrai ce que je dis, elle intervient à tous les niveaux. Parce que la dernière façon dont je l'ai formulée : « Est-ce qu'on peut refuser un permis d'environnement sur la base de peurs irrationnelles du voisinage ? » ça fait référence à l'arrêt du rôle flamand. Vous voyez on prend la question dans la jurisprudence et on la transpose. » (Auditeur 7, p.16)

Lorsque les auditeurs sont confrontés à un dossier particulièrement difficile, il est fréquent qu'ils poussent la porte du bureau voisin pour en discuter. Apparaissent alors de nouvelles questions qui permettent d'appréhender le cas. La discussion a souvent des vertus maïeutiques.

« C'est un métier qui est extrêmement solitaire, et l'auditeur au contraire des magistrats du siège fait son travail tout seul, donc à un moment donné il fonctionne en vase clos et l'échange est toujours quelque chose de très riche parce que ça va peut-être vous suggérer une **question à laquelle vous n'aviez pas pensé** parce que simplement vous êtes tout seul, et que vous êtes parti avec une idée sur votre dossier et que, il y a peut-être une question que vous n'avez pas envisagée. Le fait simplement d'en parler avec quelqu'un ça va vous ouvrir d'autres perspectives ou vous donner quelques idées sur la manière de pouvoir aborder votre dossier peut-être autrement. » (Auditeur 13, p.27)

Définir la situation-problème est une étape importante dans le processus car dès que le problème juridique est fixé, la norme applicable en découle<sup>176</sup>, et par conséquent le champ de la jurisprudence applicable. Une fois que le magistrat tient le bon fil, la bonne manière de lier les faits et le droit, le travail juridique coule de source. La question renvoie à une interprétation de la norme, qui renvoie

---

<sup>176</sup> Latour ne parle pas de problème juridique mais de question de droit, le point de droit à trancher qui a comme principale caractéristique d'être décidable (Latour, 2004, p.113).

elle-même à des décisions jurisprudentielles selon la figure des « *pérégrinations en abymes*<sup>177</sup> » décrites par Weller dans sa description du travail de qualification par les agents administratifs (Weller, 2007, p. 724).

Lorsque le problème juridique a été identifié et formulé sous les traits d'une « question qui pose problème », l'auditeur va tenter d'y répondre. Pour répondre à la question-problème ou, le cas échéant, pour faire émerger la question-problème, les auditeurs disposent d'une ressource – qui peut d'ailleurs parfois être perçue comme une contrainte – : la jurisprudence.

#### 2.2.2.4. La solution concrète à la question posée par le problème : la jurisprudence

La jurisprudence entretient des liens étroits avec le moyen et particulièrement avec le problème juridique. Si le problème juridique pose une question-problème, la jurisprudence offre certaines réponses. Une fois le ou les problème(s) juridique(s) identifié(s), l'auditeur peut travailler sur la résolution juridique du problème. Nous avons vu que les auditeurs opérationnalisent le problème juridique grâce à une question-problème. Pour répondre à cette question, les auditeurs consultent la jurisprudence qui offre des solutions juridiques concrètes à des problèmes posés antérieurement.

Dans un premier point, nous verrons comment la jurisprudence est mobilisée par les auditeurs pour résoudre le problème juridique. Ensuite, nous décrirons les pratiques de recherche de la jurisprudence. Nous aborderons la question de la citation des arrêts de jurisprudence dans un troisième point. Enfin, nous interrogerons le pouvoir normatif de la jurisprudence ainsi que son évolution.

---

<sup>177</sup> « Pour évaluer une demande, l'agent dispose d'un corpus de textes destinés à guider son travail. Une hésitation à propos de l'élevage caprin ? Un doute sur la production de fruits à coque ou l'aide aux légumineuses à grain ? Il suffit de consulter la réglementation qui, en chacun de ces points, définit scrupuleusement les conditions d'attribution et les montants des primes. Et si l'agent se demande, plus essentiellement, si tel ou tel exploitant est bien un « agriculteur », légitimé à déposer une demande d'aide, sous prétexte par exemple qu'il n'exerce cette activité qu'à temps partiel ? Un texte communautaire précise ce qu'il faut entendre par « agriculteur » : « une personne physique ou morale ou un groupement de personnes physiques ou morales, quel que soit le statut juridique conféré selon le droit national au groupement ainsi qu'à ses membres, dont l'exploitation se trouve sur le territoire de la Communauté, tel que défini à l'article 299 du traité, et qui exerce une activité agricole ». L'article 299 ? Une activité agricole ? Là encore, libre à l'agent de poursuivre un peu plus loin, un peu plus longtemps, cette pérégrination en abymes qui, de textes en textes, fait penser à ces comptines pour enfants enchaînant tour à tour marabout, bout de ficelle, selle de cheval, cheval de course, etc. » (Weller, 2007, pp. 723-724).

### *2.2.2.4.1. La jurisprudence comme une réponse à la question posée par le problème juridique*

Lorsque les auditeurs rédigent leur rapport, ils doivent résumer et discuter les moyens soulevés par le requérant. C'est à ce moment-là qu'ils effectuent une recherche de jurisprudence. La recherche de jurisprudence est en effet conditionnée par le choix du moyen à traiter, et plus particulièrement par le problème juridique. Pour rappel, le moyen contient une disposition légale qui est prétendument violée « **en ce que...** ». Ces trois mots constituent le point de basculement entre la règle abstraite et la concrétude de sa violation. Identifier en quoi la disposition est concrètement violée relève de la recherche du problème juridique. Le problème juridique est donc un problème situé, contextualisé, factuelisé. Il n'appartient plus aux catégories juridiques abstraites, mais s'incarne dans un faisceau de faits. Le problème juridique fait déjà la synthèse entre la règle de droit et les faits. C'est leur imbrication avec la disposition litigieuse qui forme le problème juridique. De la même manière la jurisprudence joue un rôle d'intermédiation entre le cas concret et la règle juridique. En effet, la jurisprudence se compose d'un stock de décisions déjà tranchées, c'est-à-dire qui ont déjà rapproché les données factuelles du dossier et les règles juridiques.

« Alors je cherche dans la banque de données. Quand je suis sur un type de permis très spécial, par exemple de station d'épuration, j'ai voulu un peu voir ce que le Conseil d'État avait déjà dit au sujet de stations d'épuration. Quelles étaient les problématiques qui étaient déjà apparues ? Pour voir si les moyens qu'on m'avance avaient déjà trouvé un écho. Par exemple, c'était des gens qui étaient à 100 mètres d'une station d'épuration, qu'on prétend inodore, ne faisant aucun bruit et pas moche dans le paysage, alors que je pense que ça fait quand même un peu de bruit, je pense que dans le paysage, c'est quand même moins joli qu'un étang, même si c'est pas affreux non plus. Mais j'ai voulu voir ce qui avait déjà été accepté comme distance par rapport à une station d'épuration. Parce que c'était une exception d'irrecevabilité. Les parties adverses avaient tout de suite dit : « Vous êtes trop loin, vous ne la verrez pas, vous ne la sentirez pas. » Et donc, j'ai voulu voir et **heureusement**, si je me souviens bien je suis tombé sur un arrêt qui disait qu'à 200 mètres, ça allait ou qu'on avait en tout cas intérêt parce que c'était déjà dans le quartier. » (Auditeur 10, p.16)

L'auditeur, pour pouvoir résoudre l'affaire, a identifié un problème juridique et l'a formulé sous la forme d'une question. Il s'agit de savoir : « A quelle distance acceptable d'une station d'épuration le requérant peut-il se trouver pour pouvoir faire un recours au Conseil d'État ? » L'auditeur a trouvé une réponse dans la jurisprudence : le Conseil d'État a accepté d'accueillir le recours d'un requérant qui se trouvait à 200 mètres d'une station d'épuration. Sur base de la solution dégagée dans cet arrêt déjà tranché, l'auditeur peut rejeter – avec soulagement comme l'indique le terme « heureusement » – l'exception d'irrecevabilité.

Préciser le problème juridique sous forme d'une question permet à l'auditeur d'opérationnaliser la recherche de jurisprudence. On voit comment cette question joue un rôle d'intermédiation entre la

disposition légale invoquée par l'administration qui concernait une exception d'irrecevabilité, le cas concret dans ses innombrables dimensions et la jurisprudence.

#### *2.2.2.4.2. Les pratiques de recherches jurisprudentielles*

Selon le contexte de l'affaire, et particulièrement en fonction du chemin processuel<sup>178</sup> qu'a pris le recours, les magistrats peuvent adopter deux types de posture face à la jurisprudence.

« Quand j'examine un dossier, il y a des dossiers pour lesquels j'ai déjà une idée, je **sais dans quel sens je vais rédiger mon rapport**. Dans ce cas-là, si je recherche de la jurisprudence, c'est pour d'une certaine manière étoffer mon point de vue, l'appuyer. Dans certains dossiers, je lis, je n'ai encore jamais rencontré ça et je ne sais pas comment le Conseil d'État a pu statuer dans telle ou telle hypothèse et dans ce cas là, je vais rechercher de la **jurisprudence pour savoir dans quel sens statuer**. » (Auditeur 1, p.10)

Nous avons vu que face à un dossier qui paraît clair ou facile, ce qui est notamment le cas lorsque la jurisprudence est balisée, l'auditeur sait dans quel **sens** il va trancher et la jurisprudence a une fonction argumentative. L'auditeur souhaite renforcer son argumentation avec des références jurisprudentielles. La recherche de jurisprudence est dans ce cas confirmatoire (cf. *infra*, point B).

Le deuxième cas de figure est moins confirmatoire qu'exploratoire (cf. *infra*, point A) : le magistrat est confronté à la nouveauté et n'a pas encore une idée précise – voire pas d'idée du tout – du sens à donner au dossier. Il utilise la jurisprudence comme un outil d'aide à la décision. Elle offre des ressources pour préciser le problème juridique et elle propose des solutions concrètes pour répondre à la question posée par le problème juridique.

#### *A. La recherche exploratoire : la jurisprudence répond à la question problème et apporte une solution*

Lorsque le magistrat est confronté pour la première fois à un problème juridique, il éprouve parfois des difficultés ou un certain malaise à décider seul, sans les filets rassurants que tisse jour après jour la jurisprudence. Il recourt alors volontiers à cette dernière. L'ensemble des décisions prononcées par le Conseil d'État constitue une ressource décisionnelle appréciable car elles permettent au magistrat de trouver une solution au problème juridique en synthétisant une ligne de conduite à partir de cas similaires<sup>179</sup>.

---

<sup>178</sup> Selon donc que l'auditeur estime qu'il s'agit d'un cas facile ou difficile.

<sup>179</sup> Papaux propose une approche herméneutique de l'application du droit qui crée un dialogue entre la norme applicable et le cas à trancher mis en résonance avec les cas déjà tranchés. « *L'application d'une règle juridique*

Précisons d'emblée que la nouveauté du cas est une nouveauté ressentie par le magistrat. Elle doit donc être entendue de manière subjective : un cas est inédit pour le magistrat qui n'a jamais traité de cas similaire. Il éprouve alors le besoin de se constituer un stock de repères jurisprudentiels transférables pour résoudre le cas à trancher. Le cas peut, en outre, être « objectivement » nouveau, autrement dit, la question de droit ne s'est jamais posée – telle quelle – au Conseil d'État. Dans ce dernier cas, le recours à la jurisprudence est plus problématique.

Pratiquement, lorsque l'auditeur a des doutes sur la manière de résoudre la question-problème, il consulte la jurisprudence pour trouver une solution.

« Quand je suis assez sûr de moi, je ne cherche pas à savoir si la jurisprudence a dit blanc ou noir. C'est uniquement quand je **doute**. » (Auditeur 10, p.16)

Préalablement à toute recherche de jurisprudence, il faut que le problème juridique soit clairement identifié que ce soit par le requérant dans le moyen ou, à défaut, par l'auditeur lors de l'examen des moyens.

« Quand j'ai déjà bien ciblé la question qui se pose, ou le reproche soulevé alors je vais voir la jurisprudence. » (Auditeur 33, p.19)

Les relations interpersonnelles constituent une ressource non négligeable pour trouver les arrêts qui permettront d'apporter une réponse à la question qui pose problème.

« - Auditeur : J'aime bien avoir l'opinion de mes collègues de voir si ils sont sur la même longueur d'ondes que moi. Parfois aussi ça permet si la recherche de jurisprudence n'a rien donné mais que le collègue dit : « Si moi je me souviens quand même d'un cas qui n'est peut-être pas semblable au tien mais dont tu pourrais t'inspirer, etc. » ça permet d'avoir d'autres sources.

- J. Colemans : ça arrive souvent ?

- Auditeur : un dossier sur trois. » (Auditeur 17, p.9)

Une fois la question-problème identifiée, l'auditeur consulte la jurisprudence. Toutefois, le corpus de jurisprudence n'offre pas les mêmes ressources pour chaque type de contentieux. Certains contentieux sont en effet très largement balisés et détaillés par la jurisprudence. Dans cette casuistique, le magistrat tente de trouver les décisions de jurisprudence les plus proches de son cas. Il

---

*est en fait une opération très complexe où l'interprétation des faits et celle de la norme se conditionnent mutuellement. Du côté des faits de la cause en procès, le même enchaînement factuel peut être interprété de plusieurs manières [...]; et telle façon d'en lire l'enchaînement est déjà orientée par la présomption selon laquelle tel enchaînement narratif place le cas considéré sous telle règle de droit. Quant à la règle de droit, elle présente elle-même une open structure qui la met sous la dépendance des interprétations antérieures adoptées dans des cas semblables; mais l'idée même de cas semblables, présupposée par la règle du précédent, résulte de l'interprétation du degré de ressemblance ou de dissemblance avec les cas précédents » (Papaux, 2007 pp.134-135).*



effectue un jugement de « catégorisation recognitionnelle ». Selon Bernard Conein, ce jugement est conçu comme une « *classification naturelle basée sur un jugement de similarité*<sup>180</sup> » (Conein, 2001, p.244). Le magistrat compare alors deux cas singuliers (point a). D'autres contentieux sont en revanche moins balisés, moins systématisés. Le recours à la jurisprudence se fait sur un mode plus interprétatif, en mobilisant un mode de catégorisation prototypique (point b).

### a) La recherche casuistique

Certains contentieux courants donnent lieu, par le nombre d'affaires traitées, à une jurisprudence foisonnante. Une véritable casuistique émerge des cas tranchés. C'est le cas des matières qui touchent aux autorisations d'exercer une profession, aux sanctions disciplinaires, ou encore au préjudice grave difficilement réparable dans certaines matières<sup>181</sup>.

« On utilise la jurisprudence, spécialement en marchés publics ou en autorisation d'exercer différentes professions parce que la jurisprudence **balise** quand même les grands domaines. Pour les autorisations de détective privé ou d'agent de gardiennage, et bien, je vais dire, on en reçoit tellement que l'on peut presque faire une **grille** en disant tel fait dans telle affaire a été, allez, tel fait avec telle sanction c'était considéré comme raisonnable ou pas raisonnable. Ça c'est tout le travail de l'auditeur de préparer le, ou de faire le rapport et de préparer le rapport en disant au Conseil d'État : « Attention, dans telle affaire vous avez considéré que celui qui a été trouvé porteur de cinq couteaux et de deux pistolets, y'avait pas de violation du principe de proportionnalité quand le Ministre de l'Intérieur lui a retiré son autorisation ». Ça on peut presque faire une **grille**. » (Auditeur 34, p.24)

Lorsque le problème juridique est clairement identifié et que la jurisprudence offre une déclinaison de solutions qui correspondent à des occurrences précises, à un arrière fond factuel spécifique et particulier, le travail de l'auditeur consiste à comparer des cas concrets. Il **compare** le cas qui lui est soumis avec les cas déjà tranchés antérieurement par la jurisprudence.

Par cas concret, nous désignons l'ensemble des faits qui ont été retenus et qui constituent la mineure du raisonnement. Il s'agit des faits contextualisés qui se trouvent dans l'exposé des faits du rapport. Les auditeurs cherchent des similitudes entre l'arrière fond factuel de l'affaire à juger et l'arrière fond factuel du précédent. La norme de droit est identique et ne pose pas de problème. Le problème juridique est également le même.

« Il faut d'abord bien analyser les arrêts qui ont été rendus et voir dans quel cadre ils ont été rendus et essayer de déterminer **l'arrêt qui est le plus proche du cas** qui nous est soumis. Souvent, de cette manière là, il y a souvent des possibilités d'éliminer certaines décisions. Il faut vraiment bien regarder quel était le **contexte** qui a donné lieu aux différents arrêts. » (Auditeur 1, p.10)

---

<sup>180</sup> Nous nous inspirons très largement de la distinction opérée par Conein entre la conception réaliste et la conception interprétativiste des jugements de catégorisation.

<sup>181</sup> Cette liste n'est pas exhaustive.

Etant donné que le problème juridique est facilement identifié et ne pose pas problème, l'enjeu se situe au niveau des faits qui ne seront jamais identiques, de telles similitudes étant rarissimes. Les auditeurs tentent alors de trouver des cas similaires ou semblables. Il n'y a donc pas identité mais **correspondance**. Le jugement de similarité rapproche les cas qui ont le plus de caractéristiques communes et le moins de caractéristiques distinctives (Ingarao, 2005, p.8). La comparaison est au cœur de ces pratiques cognitives. Cet auditeur insiste sur le contexte factuel à prendre en compte lors de la comparaison. Il compare des situations, des cas similaires.

« Quand des faits par exemple de vols ont été commis par des agents de gardiennage. Et vous avez, et la jurisprudence a développé par exemple en matière d'agent de gardiennage, une espèce de grille de lecture du comportement de l'agent de gardiennage avec le type de mesures qui peuvent-être prises. On tient compte de l'ancienneté des faits, des faits qui se sont passés il y a dix ans ne justifient plus une sanction d'une lourdeur exceptionnelle quand il ne s'est plus rien passé depuis les dix dernières années. » (Auditeur 34, p.25)

En matière d'urbanisme, par exemple, la jurisprudence définit très précisément le risque de préjudice que peut causer au voisin l'érection d'une nouvelle construction, préjudice qui se matérialise par une perte d'ensoleillement. Les solutions sont fixées diversement selon que la nouvelle construction se situe à l'un des quatre points cardinaux de l'immeuble lésé. L'interprétation est donc très largement balisée par la jurisprudence.

« Même si on fait essentiellement du droit, il y a l'**arrière fond factuel** qui est très important. **Il faut se demander si la construction future entraîne une perte d'ensoleillement qui est constitutive d'un préjudice grave difficilement réparable.** L'unité de la jurisprudence se trouve dans le fait qu'on se pose toujours la même **question**. Qu'on arrive à des solutions différentes, ça tient aux faits. Un bâtiment qui se trouve au nord, on ne peut pas dire qu'il va me cacher le soleil. S'il se trouve à l'est, il va me cacher le matin. En tant que requérant, il faudra que je convainque que c'est grave et difficilement réparable même si ce n'est que le matin. Si c'est au sud, c'est peut être pire que à l'est. Voilà. Je pense que c'est une question de fait. Donc on peut avoir toute une série de solutions à la lecture, on pourrait se dire qu'ils ne sont pas constants. Je ne pense pas que ça change à tous les coups. **Je ne pense pas que la constance se trouve dans la solution qui est retenue mais dans la question qui est posée à chaque fois.** » (Auditeur 14, p.19)

Dans cet extrait, le problème juridique ne pose pas de difficulté. Il est largement présent dans la jurisprudence constante puisque c'est la question-problème qui fait l'unité de la jurisprudence. La jurisprudence répond à cette question de manière différente selon le contexte factuel de l'affaire. Parmi la palette de solutions détaillées dont disposent les auditeurs, ceux-ci cherchent les similitudes factuelles. « L'arrière fond factuel », le « cas d'espèce semblable », le « contexte » est donc analysé et systématiquement comparé au contexte du cas soumis à l'examen de l'auditeur.

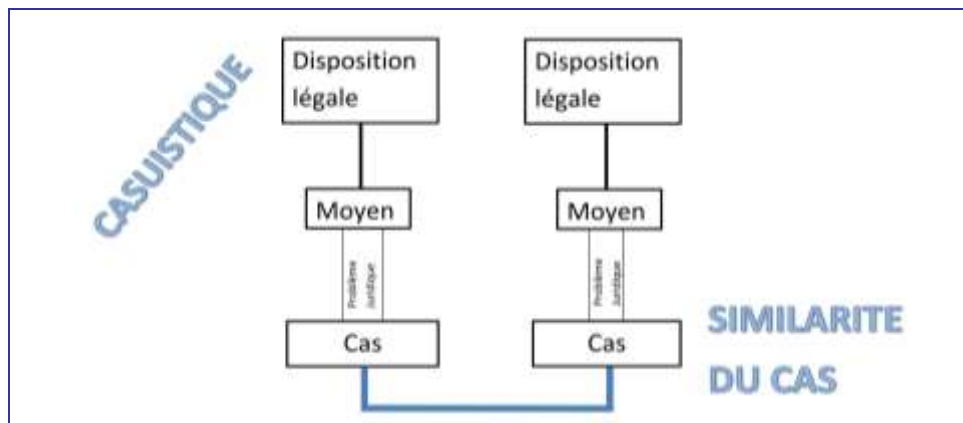


Figure 4

La jurisprudence prend les traits d'une réglementation détaillée, venant préciser les dispositions juridiques invoquées dans les moyens et exceptions, qui, par nature, sont générales et abstraites. À l'abstraction des dispositions législatives, la jurisprudence apporte des solutions concrètes et situées. À la généralité – relative (cf. titre 4 de ce chapitre) – des moyens de droit, la jurisprudence fournit des précisions particulières, des solutions concrètes, une réponse située.

Selon Papaux (2007), les juristes abordent les catégories légales en livrant immédiatement des exemples ou des modèles. Ils sont obligés de passer par ces exemples, non pas simplement pour illustrer les catégories légales, mais pour les « *signifier* », pour qu'elles puissent faire sens et non demeurer des formules creuses » (Papaux, 2007, n°74). Là où les règles juridiques sont « creuses », la jurisprudence est pourvoyeuse de contenu. Elle fournit des solutions concrètes au problème posé par la question juridique.

### b) La recherche prototypique

La jurisprudence n'offre pas toujours une casuistique élaborée bien que des cas similaires aient déjà été tranchés par le Conseil d'État. A partir de ces cas similaires, dont le contexte factuel est bien plus éloigné du cas à trancher, les auditeurs construisent une norme prototypique<sup>182</sup> qu'ils confrontent au

<sup>182</sup> On doit la psychologue, E. Rosch, d'avoir développé, à partir des acquis de la philosophie du langage de Wittgenstein, la théorie du prototype. Cette théorie permet de repenser la catégorisation non pas en termes analytiques sur la base d'un ensemble suffisant de conditions nécessaires mais en adoptant une vision de la catégorisation fondée sur la notion d'appariement avec un prototype. « Une catégorie prototypique n'est pas rigide. Au plan intensionnel, cela implique qu'elle ne peut être définie par un ensemble suffisant de conditions nécessaires, mais qu'au contraire elle est caractérisée par des traits cognitivement saillants. D'un point de vue extensionnel, une catégorie prototypique n'a donc pas de frontières nettes. Les traits caractérisant une catégorie prototypique n'ont pas de poids égal. Le fait que les divers emplois sont définis par des combinaisons variables de traits manifestant des degrés de pertinence entraîne que ces emplois ou sens se chevauchent et forment des grappes ; l'ensemble est lié par un air de famille. Dès lors, certains représentants seront plus typiques que d'autres. Dans cette optique, un prototype peut être vu comme le meilleur représentant de la catégorie ou d'une

cas particulier de l'affaire. La norme prototypique regroupe un certain nombre de décisions sélectionnées et compilées par le magistrat. Ce faisceau de décisions offre une tendance, une inclinaison à suivre plutôt qu'une solution ponctuelle. Le cas à résoudre ne peut être ramené à un cas suffisamment semblable dans la jurisprudence.

« Je trouve rarement des cas vraiment semblables. J'ai toujours une petite spécificité qui me fait me dire : « Oui je peux **m'inspirer** de la décision précédente, mais je dois quand même avoir une réflexion personnelle et aller au-delà. » J'aurais plutôt tendance à dire que la grosse majorité des cas m'oblige à avoir un raisonnement personnel sans doute inspiré d'un courant de jurisprudence. Pas vraiment de cas bien précis, mais d'une **impression générale qui ressort de la jurisprudence générale**. » (Auditeur 17, p.2)

Pour construire cette norme prototypique, les auditeurs recherchent des cas qui posent la même question juridique, le même problème juridique. À partir des décisions sélectionnées sur cette base, ils en induisent une norme jurisprudentielle générale, de grands principes.

« Il y a un problème de comparaison des titres et mérites, je vais aller voir ce que la jurisprudence en matière de comparaison des titres et mérites a dégagé comme **grands principes**. Quand j'ai ces grands principes-là, je vais les appliquer à mon dossier. Je cherche plus dans la jurisprudence les grands principes plutôt qu'une réponse concrète à la question qui se pose dans mon dossier puisqu'une réponse concrète, je sais très bien que 9 fois sur 10 je ne vais pas l'avoir puisque les prémisses, le cas qui est soumis est un cas différent. Ou les faits sont différents, ou l'appréciation sera différente. Donc ce que je vais chercher ce sont les **grands principes directeurs** qui ont pu être dégagés par la jurisprudence et voir comment je vais les appliquer dans le cas d'espèce. » (Auditeur 1, p.12)

On ne se trouve plus dans la recherche du cas le plus proche, mais dans une approche synthétique de la jurisprudence. Le centre de gravité de ces pratiques cognitives n'est plus le contexte factuel du cas à trancher, mais le **problème juridique**. La jurisprudence est appréhendée de manière plus globale. Les grands principes directeurs dégagés de la jurisprudence apportent une solution au problème juridique. Cette solution ne prend pas les traits d'une réponse concrète et contextualisée comme c'est le cas lorsque l'auditeur cherche un cas similaire. La solution réside dans la **spécification de la règle**. À la question posée, l'auditeur trouve une réponse formulée de manière à la fois générale et concrète.

« Un manège de chevaux en zone agricole va être parfois acceptable parfois pas acceptable, alors le requérant qui est contre le projet, va me sortir la jurisprudence me disant un manège en zone agricole, ce n'est pas acceptable. Et la partie adverse, au contraire, va me dire, mais si, si, c'est acceptable, un manège en zone agricole. Et effectivement, il y a de la jurisprudence qui va dans les deux sens. Mais alors, il faut se demander : « Mais **pourquoi la jurisprudence va dans les deux sens ?** » Et bien, la jurisprudence va dans les deux sens dans cette hypothèse-là en fonction de savoir si le manège est l'accessoire ou pas d'une activité d'élevage de chevaux, parce que l'élevage de chevaux est lui une activité agricole. À ce moment-là, une fois que j'ai compris pourquoi il y avait une différence entre les deux, je vais essayer d'appliquer, de trouver dans le dossier ce qui l'a mené exactement. Est-ce que ce projet-là, c'est une activité d'élevage ou ce n'est pas une activité d'élevage ? Oui, c'est une activité

---

*des sous-catégories ; il peut également être défini comme le concept correspondant à ce meilleur représentant » (Melis, 1990, p.42).*

d'élevage, alors c'est acceptable. Non, ce n'est pas une activité d'élevage, alors ce n'est pas acceptable. » (Auditeur 38, p.20)

La norme est spécifiée en fonction du contexte d'application. La jurisprudence crée un réseau de règles générales secondaires qui collent aux types de cas d'espèces. De cette manière, la jurisprudence contextualise les dispositions légales.

« Souvent dans les arrêts, le Conseil d'État s'exprime de manière à dégager une norme générale qu'il va appliquer en l'espèce. Donc ce que j'essaie de faire c'est de repérer cette **norme générale** dans plusieurs arrêts puis à la limite, de refondre tout ça pour moi-même à partir d'une théorie générale, d'une généralité pour en inférer une solution au cas d'espèce pour alors pouvoir analyser le cas par rapport à cette **règle jurisprudentielle générale**. » (Auditeur 1, p.12)

L'auditeur ne cherche pas le cas le plus proche mais adopte une approche synthétique de la jurisprudence. Les termes qui renvoient à cette approche plus générale sont « règles minimum tracées par d'autres affaires », « impressions générales », « normes générales », « grands principes ». De la jurisprudence, l'auditeur dégage une norme intermédiaire, synthèse des différentes affaires compilées. Cette norme aura pour centre de gravité le problème juridique qui ne sera plus formulé sous forme d'une question mais qui prendra les traits d'une règle plus générale.

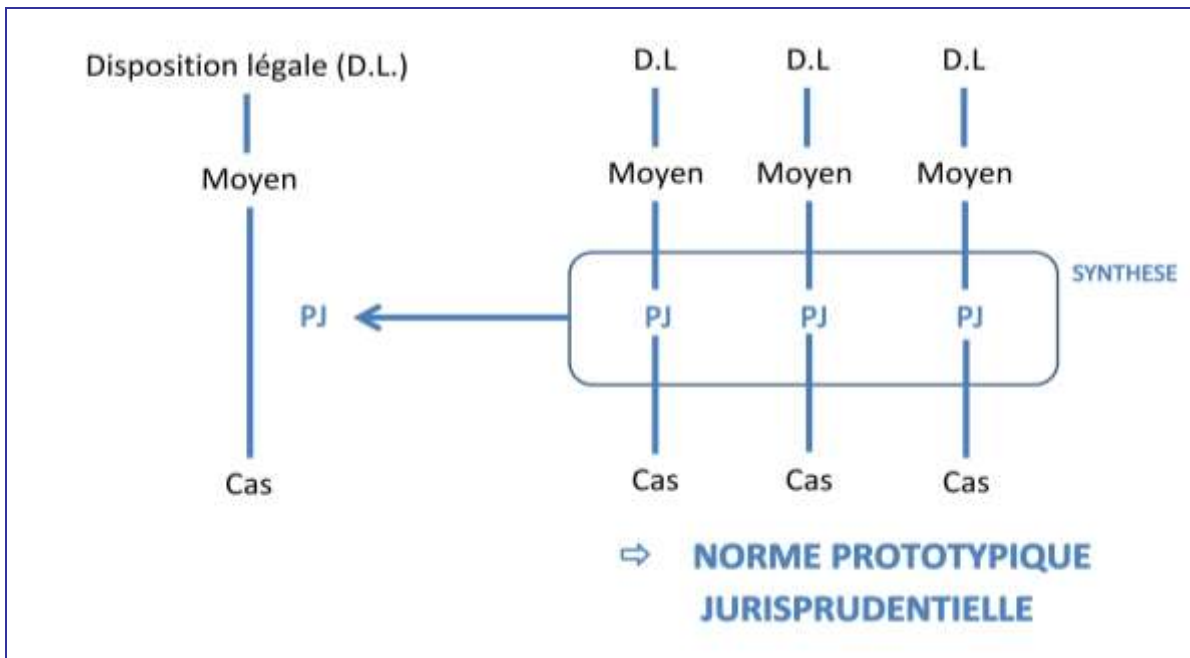


Figure 5

En bref, lorsque l'auditeur est confronté à un nouveau cas et qu'il souhaite s'inspirer des décisions précédemment prises par le Conseil d'État, plusieurs cas de figure existent.

Il se peut que la jurisprudence ne permette **pas** d'apporter une **solution** claire. C'est le cas lorsque le Conseil d'État n'a jamais été confronté au problème posé, ce qui est extrêmement rare. C'est également le cas lorsque la jurisprudence est éclatée et que l'auditeur ne peut en inférer aucune ligne de conduite.

S'il est rare que la jurisprudence du Conseil d'État reste muette sur un point de droit, il est tout aussi rare que le cas soumis au Conseil d'État soit identique à un précédent. Entre ces deux cas de figure extrêmes, la jurisprudence offre des balises plus ou moins précises au magistrat. Ce dernier cherche, dans les cas précédemment jugés, des cas semblables, similaires, proches. Comparaison et jugement de similarité sont au cœur de la recherche de jurisprudence. La comparaison peut alors porter sur deux types de données, selon le degré d'affinement du corpus de jurisprudence disponible. Soit l'auditeur cherche des similarités sur les aspects factuels du dossier, rapprochant les faits du dossier des faits des cas précédents. Soit l'auditeur base la comparaison sur le problème juridique que pose le moyen.

« Il faut faire attention parce que parfois il y a des affaires qui ont l'air similaires et il y a quand même des grosses différences. Il faut faire attention que ça colle bien à la problématique soulevée dans le rapport. Il y a parfois des arrêts qui ont l'air de dire blanc et qui en fait évoquent la problématique blanche pour conclure noir. C'est à ça qu'il faut faire attention. J'essaie de chaque fois bien lire l'arrêt pour voir si ça colle bien à **mon problème** et à **mon cas particulier**. » (Auditeur 18, p.30)

## ***B. La recherche confirmatoire : la jurisprudence comme critère d'évaluation de la solution dégagée par l'auditeur***

Certains cas jugés peu problématiques ne paraissent pas nécessiter le recours à la jurisprudence. L'auditeur propose une solution fondée sur ses propres interprétations et appréciation du cas. Dans ce cas, la jurisprudence lui permet de situer la solution qu'il propose par rapport aux solutions déjà tranchées par le Conseil d'État. Il peut en outre évaluer sa décision à l'aune de la jurisprudence.

Lorsqu'il compare la solution qu'il préconise à celles trouvées dans la jurisprudence, il peut se trouver face à deux situations. Soit la jurisprudence confirme la solution qu'il propose : la jurisprudence est concordante ; soit la jurisprudence infirme sa solution : la jurisprudence est discordante.

### a) La jurisprudence trouvée paraît concordante

Lorsque l'auditeur aboutit à la conclusion que la solution trouvée dans la jurisprudence concorde avec la solution qu'il a lui-même dégagée, il lui suffit de citer les décisions de jurisprudence qui corroborent son point de vue.

Il arrive que la jurisprudence ne soit pas unanime, ce qui permet à l'auditeur de dégager deux courants de jurisprudence divergents. Si l'auditeur choisit de se référer à des décisions de jurisprudence minoritaire, il doit alors argumenter davantage sa position.

« C'est rare quand il y a quelque chose qui n'a jamais été jugé ou qu'une question n'a jamais été tranchée. En général, il y a quand même quelques arrêts qui tranchent dans un sens et d'autres dans l'autre, et je ne choisis pas nécessairement toujours la jurisprudence majoritaire. S'il y a vraiment un point qui selon moi, pose problème, et qu'il y a quelques décisions qui l'ont pointé, qui l'ont mis en avant, je vais mettre en avant ces décisions-là en disant bien qu'il y en a d'autres qui existent mais que pour moi, c'est cette jurisprudence-là qu'il faut favoriser pour telle et telle raison. » (Auditeur 33, p.8)

La jurisprudence citée comme une référence faisant corps – ne parle-t-on pas d'un corpus de jurisprudence ? – n'est pas toujours univoque. Il est de notoriété publique que les divergences sont parfois très significatives entre chambres francophones et néerlandophones. Au sein même des chambres francophones, la jurisprudence est parfois mouvante. Des décisions vont alors en sens variés et le magistrat peut choisir la jurisprudence qui s'accorde le mieux à la perception qu'il a du cas.

### b) La jurisprudence trouvée paraît discordante

Lorsque la jurisprudence dominante va à l'encontre de la solution proposée, cela remet sérieusement en question le jugement de l'auditeur. En effet, le rapport de l'auditeur n'est qu'un avis soumis aux conseillers à qui il appartient *in fine* de trancher le cas. Si l'auditeur souhaite malgré tout maintenir sa décision sachant qu'il a de grandes chances de ne pas être suivi, il adopte généralement une des deux stratégies suivantes : ou bien il argumente en démontrant l'absence de similarité de son cas avec la jurisprudence existante ; ou alors il tente d'infléchir la jurisprudence, le cas échéant, en suggérant à l'Auditeur général, le renvoi de l'affaire devant l'assemblée générale.

#### *i. L'absence de similarité des cas*

Les auditeurs se réfèrent souvent à l'arborescence pour évoquer l'outil de recherche de jurisprudence. Comparer l'ensemble des décisions prononcées par le Conseil d'État à une arborescence est particulièrement pertinent lorsqu'il s'agit de rendre compte des pratiques qui consistent à argumenter l'absence de similarité des cas. En dénonçant l'absence de similarité des cas, l'auditeur introduit une nouvelle distinction au cœur même du problème juridique. Il n'y a pas un seul problème juridique,

mais deux problèmes juridiques qu'il convient de différencier. De la sorte, il fait naître une nouvelle branche à l'arborescence en distinguant des situations qui paraissent à première vue comparables. Le cas est détaché du problème juridique abondamment traité par la jurisprudence et rattaché à un problème juridique nouveau. C'est donc un travail de spécification du lien qui unit la factualité du cas aux problèmes juridiques.

« Au quotidien, une bonne partie de mon travail, quand une question est vraiment discutée, que c'est là-dessus que ça va se jouer, c'est d'essayer d'aller voir un maximum de jurisprudence dans cette matière-là pour essayer d'en retirer les règles minimum qui ont déjà été tracées par d'autres affaires. Et avec aussi l'échappatoire que quand on veut ne pas suivre cette solution, on essaie de voir en quoi le cas ne serait pas tout à fait superposable pour dire : « Vous voyez on a dit ceci, mais ici il y a tel élément qui non pas permettrait de contredire la jurisprudence, mais en se plaçant dans la ligne de la jurisprudence, faire une **distinction nouvelle** ». C'est le travail de tous les juges. C'est quelque chose à laquelle je passe beaucoup de temps dans mon travail. » (Auditeur 6, p.7)

L'auditeur parle de cas où la jurisprudence devrait être précisée.

« Si je vois qu'il y a vraiment un cas qui nécessite une attention plus particulière et qui fait que la **jurisprudence devrait être précisée**, parce que ce ça met en lumière un **problème qui jusque-là n'avait pas été véritablement examiné**, alors, voilà, je propose la solution qui pour moi est la plus conforme à la fois à la volonté du législateur, aux textes de loi, et aux règles supérieures, etc. » (Auditeur 33, p.19)

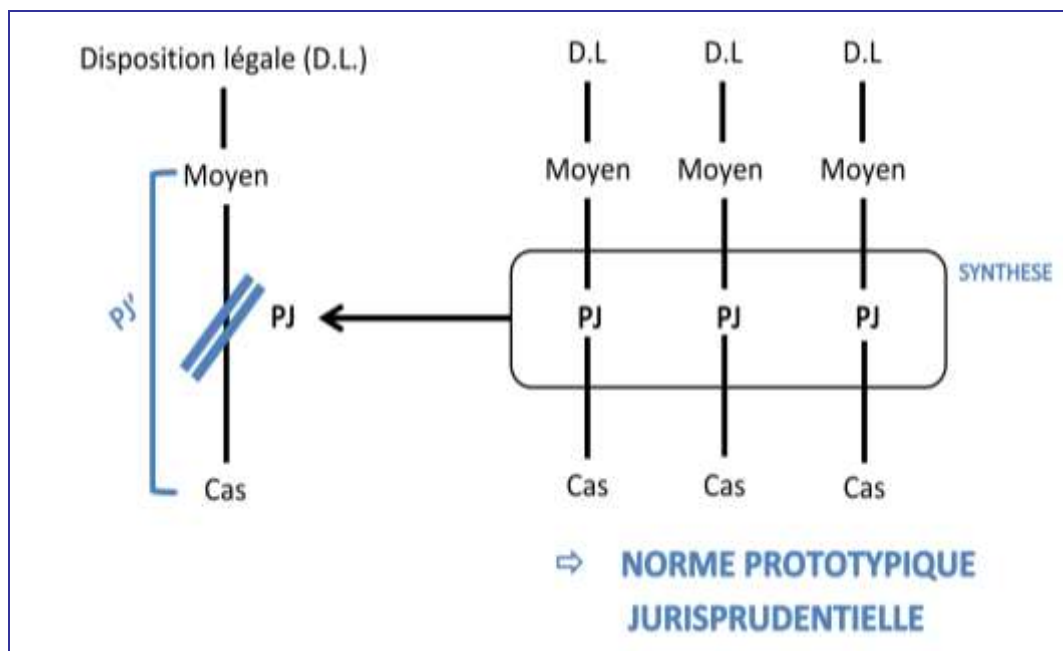


Figure 6

L'argumentation se joue souvent autour et à propos de la similarité du cas. Le cas sera jugé semblable ou non, en fonction des éléments factuels du dossier. Soit le magistrat cherche les éléments de fait qui se ressemblent afin d'appliquer la jurisprudence, soit il met en exergue les éléments de dissemblance



afin d'éviter l'application de la jurisprudence. Le magistrat choisit dès lors, dans une certaine mesure, l'application ou la non-application de la jurisprudence établie.

« Il y a la jurisprudence qui fait que sauf circonstances exceptionnelles, on s'écarte rarement de la **solution** qui a été retenue auparavant. Mais bon ça arrive parce que... on ne s'écarte pas de la solution prévue auparavant, mais il y a des éléments de fait qui font que la situation n'est pas totalement identique à celle qui a été jugée auparavant. » (Auditeur 14, p.1)

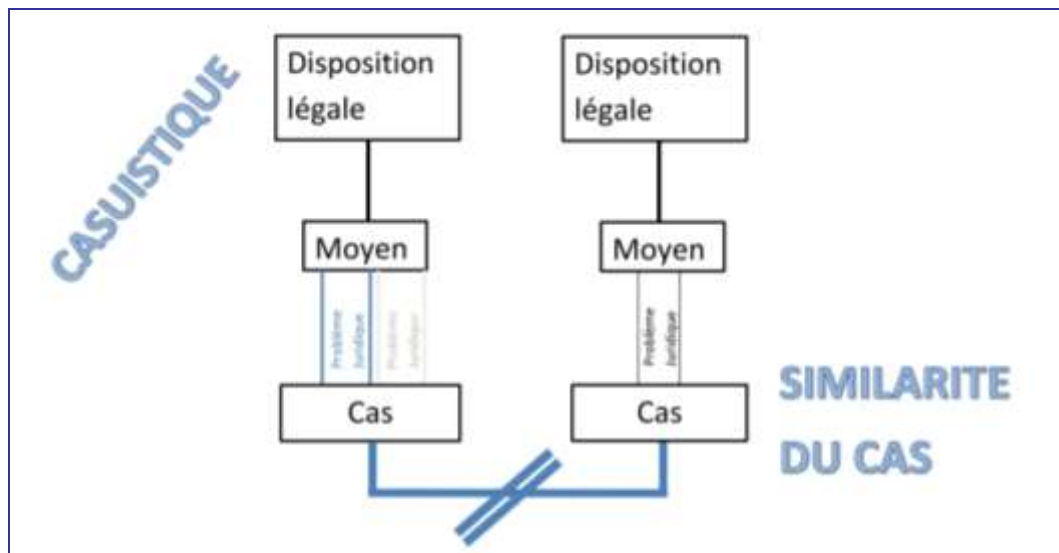


Figure 7

## ii. Le renvoi à l'assemblée générale

L'auditeur peut, par l'intermédiaire de l'auditeur général, demander le renvoi de l'affaire devant l'assemblée générale. C'est le cas lorsqu'il considère qu'il existe des contradictions au sein de la jurisprudence. Pour ce faire, le corpus de jurisprudence doit contenir des décisions qui vont en sens contraire. S'il n'existe pas encore de jurisprudence minoritaire allant à l'encontre d'une jurisprudence majoritaire, l'auditeur peut essayer de convaincre un conseiller ou une chambre afin de faire naître une nouvelle jurisprudence minoritaire, première étape indispensable pour pouvoir saisir l'assemblée générale d'une jurisprudence contradictoire.

« On ne peut pas non plus se battre contre les moulins. Il faut voir si ça vaut le coup, et il y a toujours le procédé du renvoi devant l'assemblée générale en cas de **divergence**, mais j'ai des collègues qui se sont battus seuls contre une jurisprudence unanime et qu'ils considéraient erronée, et ça peut arriver qu'on convainque le juge, de préférence un autre juge, et alors on fait naître une jurisprudence contradictoire et minoritaire qui permet d'obtenir le renvoi de l'affaire devant l'assemblée générale de la section du contentieux, en espérant transformer l'essai, en infléchissant dans son sens l'opinion de l'assemblée générale. » (Auditeur 8, p.16)

Les auditeurs ne s'aventurent dans ce type d'entreprise que s'ils éprouvent un profond sentiment d'injustice ou un problème fondamental à l'égard d'une jurisprudence constante.

« - Auditeur : La jurisprudence est une ressource qui peut être une contrainte quand on n'est pas d'accord du tout. Et quand on n'est pas d'accord, ça dépend si on n'est pas d'accord sur des choses importantes ou sur des choses sur lesquelles on peut passer.

- J. Colemans : C'est quoi les choses importantes ?

- Auditeur : Ce qui a trait à la conception même de **l'œuvre de justice**. Les questions sur lesquelles on n'est pas prêt... sinon, on laisse passer. Sur des questions techniques il y avait plusieurs voies possibles, le Conseil en prend une, j'aurais peut-être préféré prendre l'autre, mais je me rallie à la jurisprudence sans aucune difficulté. Mais il y a des questions qui font débat en revanche sur des **questions importantes**. Et là, on pourrait peut-être essayer au moins une fois de remettre en doute la jurisprudence quitte à faire usage d'une disposition législative qui renvoie à l'assemblée générale. En cas de divergence de jurisprudences, on a cette opportunité de demander *via* l'auditeur général le renvoi à l'assemblée générale. » (Auditeur 7, p.11)

Comme le dit Latour, « *Soit on juge un cas à partir du droit, soit on juge le droit lui-même à l'occasion d'un cas* » (Latour, 2004, p.181). En l'occurrence, l'auditeur juge le droit lui-même.

### 2.2.2.4.3. La citation des arrêts

Quel que soit le type de recherche de jurisprudence effectué par l'auditeur, se pose, lors de la rédaction du rapport, la question du choix du précédent à citer. Les arrêts contiennent d'ailleurs également très fréquemment les références jurisprudentielles qui fondent l'argumentation juridique.

« J'essaie si possible de mettre des références de jurisprudence pour emporter la conviction que la solution que je retiens c'est pas seulement de moi. C'est avec un **appui dans la jurisprudence**. Mais ce n'est pas toujours possible. S'il n'y en a pas, je me contente de mettre ce que je pense moi-même. » (Auditeur 29, p.15)

« Moi j'aime bien toujours avoir une base jurisprudentielle et un arrêt de référence. Pour chaque argument que je donne. » (Auditeur 18, p.30)

Se référer à la jurisprudence permet d'asseoir son point de vue, de rattacher sa décision à un corpus de décisions existantes, de relier sa décision individuelle à une entité collective, à un savoir institutionnel. C'est une manière d'objectiver une opération qui est singulièrement subjective<sup>183</sup>. Le recours à la jurisprudence rattache l'interprétation de l'auditeur à un corps de savoirs et d'interprétations institutionnels. Le jeu de référencement permet à la solution proposée par l'auditeur de ne pas véritablement émaner de lui. Sa décision s'inscrit dans une jurisprudence et comme telle n'énonce, par rappel, que ce que le Conseil d'État a déjà prononcé mainte et mainte fois sur la question. L'auditeur apparaît comme le dépositaire d'une interprétation qui le dépasse. L'interprétation devient alors légitime parce qu'elle n'émane pas du seul magistrat mais de l'ensemble

---

<sup>183</sup> L'auditeur décide seul et fait un nombre conséquent de choix, d'interprétations, d'appréciations individuelles.

des magistrats qui l'ont précédé et qui le suivront. « *La jurisprudence est ce qui, située au présent, regarde le passé pour mieux scruter l'avenir* » (Bidima, 2002, p.191).

C'est la raison pour laquelle les auditeurs tentent généralement de montrer qu'ils s'inscrivent dans la lignée d'une jurisprudence constante et abondante. Pour ce faire, ils citent les arrêts fondateurs ainsi que quelques arrêts récents. De la sorte, les arrêts cités permettent d'ancrer la solution dans une tradition non seulement établie, mais également non remise en question, de manière fondamentale en tous cas.

« Moi j'aime bien citer des plus récents pour montrer que c'est une, non seulement une **jurisprudence** nombreuse mais surtout **constante**. » (Auditeur 37, p.24)

#### **2.2.2.4.4. Le caractère contraignant de la jurisprudence**

« Lignes tracées par la jurisprudence », « direction », « sens à donner », « lignes de conduite » sont les termes utilisés par les magistrats pour qualifier le rôle que joue la jurisprudence dans le processus décisionnel. Ces appellations ne sont pas anodines. Elles renvoient à la contrainte qui pèse sur le raisonnement, contrainte qui n'est toutefois pas indérogeable. En effet, le magistrat choisit les arrêts qui appuient et légitiment le dispositif de sa décision. Cependant, en cas de jurisprudence discordante avec la solution du litige envisagée, il peut se délier du poids de la jurisprudence en arguant que les cas sont à ce point dissemblables qu'ils ne peuvent être jugés de manière similaire.

« *Au sens large, le positivisme juridique inclut les décisions des tribunaux. Il reconnaît la force des précédents judiciaires, qui sont une variante de l'argument d'analogie : si la situation soumise au tribunal est voisine d'un cas déjà tranché, le juge **doit** se rallier à la solution antérieure* » (Rigaux, 1997, pp.128-129).

Affirmer la force du précédent n'est pas novateur. Cette force n'est, selon nous, pas liée à la nature intrinsèquement normative de la jurisprudence. Son pouvoir contraignant découle du **contexte** décisionnel.

D'un côté la jurisprudence constitue une **ressource cognitive** dont disposent les auditeurs pour réaliser le travail juridictionnel. L'intermédiation qu'offre la jurisprudence entre le cas et la norme facilite le travail du magistrat. La jurisprudence offre des balises à l'auditeur et permet à ce dernier de ramener l'inconnu du cas à trancher à quelque chose de connu. L'inférence effectuée par les magistrats est de type analogique. « *La catégorisation/analogie nous donne la capacité de percevoir des ressemblances et de nous fonder sur ces ressemblances pour faire face à la nouveauté et à*

*l'étrangeté : associer une situation rencontrée au présent à des situations rencontrées naguère et encodées en mémoire rend possible d'exploiter le bénéfice de nos connaissances passées pour faire face au présent* » (Hofstadt et Sander, 2013, pp.28-29). La jurisprudence a ceci de particulier qu'elle est inscrite non seulement dans la mémoire de chacun des magistrats qui y ont participé, mais également dans un corpus officiel, figé et disponible. Chaque décision est consignée dans l'arborescence et peut être activée par le magistrat qui souhaite s'en servir ultérieurement. En mobilisant la jurisprudence existante, les auditeurs ramènent l'inconnu du cas non encore tranché au connu des affaires déjà traitées.

D'un autre côté, la jurisprudence n'est rien d'autre que l'ensemble des décisions prises par les chambres du Conseil d'État. Les auditeurs, s'ils veulent voir leur rapport confirmé par les conseillers, devront suivre les décisions précédemment adoptées par le Conseil d'État qui, sur un temps court, tente au maximum de ne pas se déjuger. L'utilisation de la jurisprudence permet de saisir la nature publique – conjointe – du processus décisionnel. L'auditeur anticipe la réaction des conseillers qui devront trancher définitivement l'affaire. Utiliser une jurisprudence existante qui a fait ses preuves, permet de réduire les incertitudes quant à l'issue du litige.

Dès lors, si la jurisprudence pèse dans le processus décisionnel, c'est autant, si pas plus, en raison des ressources cognitives qu'elle offre aux auditeurs que de la contrainte normative qu'elle constitue.

À présent que l'auditeur a trouvé la solution concrète au problème juridique, il peut à présent finaliser son rapport.

### ***2.2.2.5. La discussion des moyens et la finalisation du rapport***

Arrivé à cette étape du processus, l'auditeur a déjà rédigé – voire copié et collé – l'exposé des faits et a synthétisé les moyens des parties. La discussion des moyens est le moment où l'auditeur analyse les moyens et couche sur papier la conclusion de son examen. Il se prononce alors en faveur ou en défaveur d'un ou de plusieurs argument(s).

Si un seul moyen peut mener à l'annulation, l'auditeur n'a d'autre choix que de fonder son raisonnement sur ce moyen. Par contre, lorsque plusieurs moyens peuvent servir de fondement à l'annulation, l'auditeur est confronté à un choix. En effet, l'article 24 du règlement de procédure lui

permet de proposer l'annulation sur base du seul moyen qu'il estime fondé. Certains dossiers offrent à l'auditeur une certaine latitude dans le choix des moyens qui peuvent soutenir l'annulation.

En fonction du degré de conviction de l'auditeur, celui-ci peut choisir de proposer l'annulation sur un ou plusieurs moyens. Lorsqu'il est convaincu que le moyen est fondé, *a fortiori* lorsqu'il estime que le moyen est manifestement fondé, il n'examine qu'un seul moyen. Par contre, lorsqu'il hésite, que l'illégalité ne lui paraît pas évidente, il examinera plusieurs, voire l'ensemble des moyens.

Enfin, si aucun moyen ne le convainc, il devra analyser tous les moyens pour les rejeter systématiquement.

### 2.2.2.5.1. *Le moyen – manifestement – fondé*

D'un point de vue procédural, si l'auditeur examine un moyen et que ce moyen convient à la chambre, l'affaire sera définitivement tranchée sur base de l'examen de ce seul moyen.

« En fait l'importance déterminante c'est comment faire pour aller le plus vite possible pour éliminer tous ces dossiers qui sont dans les armoires et qui traînent. Donc si une requête a dix moyens et qu'il y en a un qui est manifestement fondé, et les neuf autres on ne sait pas, peut-être oui, peut-être pas, moi je prends celui qui est fondé et le reste reviendra au deuxième tour si jamais le Conseil d'État n'est pas du même avis que moi. » (Auditeur 31, p.11)

« Si j'estime qu'il y a, sur cinq moyens, par exemple, deux qui sont fondés, je vais examiner les deux moyens et je ne vais pas examiner les autres puisqu'à première vue, à la lecture, ils ne paraissent pas fondés et voilà. Parfois, il n'y a qu'un seul moyen qui me paraît fondé et ce serait une perte de temps, sur le moment même, d'examiner les autres pour les rejeter. Donc je tente le coup et je fais le rapport sur un seul moyen et puis parfois ça passe, et de temps en temps, dans les cas plus rares heureusement, on me renvoie le dossier. » (Auditeur 22, p.15)

Si le moyen choisi par l'auditeur n'apparaît pas comme le plus pertinent au(x) conseiller(s), l'auditeur prend le risque de subir une réouverture des débats. Il sera à ce moment contraint d'examiner les autres moyens.

Les auditeurs qui n'examinent qu'un seul moyen font une balance bénéfice / risque. Ils mettent en balance le temps qu'ils gagnent en n'examinant qu'un seul moyen et le risque lié à une réouverture des débats<sup>184</sup>.

« Il y a toutes sortes d'écoles au sein des collègues de l'auditorat. Vous en avez qui prennent un moyen et se disent : « Tant pis si j'ai une réouverture des débats, je le ferai après ». Vous en avez d'autres qui disent : « Je vais examiner ce moyen-là à fond, et puis les autres je dirai quelques mots comme ça je

---

<sup>184</sup> Ce type de raisonnement est également tenu lorsque l'auditeur choisit la procédure en débats succincts.

n'aurai pas de réouverture des débats », et puis il y en a d'autres qui vous disent : « Je vais faire tous les moyens comme ça je suis sûr de ne pas avoir de réouverture des débats et je les fais tous à fond ». Ça, c'est un peu comment chacun le sent, comment chacun est persuadé que l'affaire va tourner à son sentiment. » (Auditeur 34, p.20)

Les auditeurs émettent un **jugement prospectif** sur l'issue du litige. La conviction propre de l'auditeur est mise en résonance avec l'avis supposé des conseillers. On comprend d'autant mieux le poids de la jurisprudence dans la conviction des auditeurs. Les affaires déjà jugées permettent de savoir dans quel sens les conseillers ont déjà jugé une affaire similaire et donc quelle est la probabilité qu'ils adoptent une décision semblable. La jurisprudence constitue, en quelque sorte, une objectivation de chances de réussite.

### *2.2.2.5.2. L'examen de plusieurs, voire de tous les moyens*

Pour éviter de devoir réexaminer le cas ultérieurement, certains auditeurs examinent plusieurs moyens, voire l'ensemble des moyens. Trois cas de figure incitent les auditeurs à réaliser un examen approfondi de la requête : lorsque l'affaire est ancienne, lorsque l'issue du litige est incertaine, ou encore, lorsque l'affaire pourrait entraîner un « carrousel ».

#### **A. Les vieux dossiers**

Tout d'abord, lorsque le dossier est très **vieux**, ce qui était le cas des recours introduit il y a plus de cinq ans, les auditeurs traitent tous les moyens pour vider définitivement l'affaire.

« Pour les très vieux dossiers du début, maintenant je n'en ai plus. Mais au début j'avais des dossiers qui avaient six, sept ans et on ne peut pas commencer à juste traiter une branche d'un des huit moyens, cela ne va pas. Je traite systématiquement tous les moyens. » (Auditeur 16, p.9)

« Un vieux dossier, alors là, je vais plutôt avoir tendance à examiner tous les moyens en me disant il ne faut pas que ce dossier qui date d'il y a cinq ou six ans, qu'il y ait une réouverture, ça devient vraiment pénible pour tout le monde. » (Auditeur 33, p.7)

#### **B. La conviction chancelante**

Un autre facteur qui influence le nombre de moyens examinés par l'auditeur est le caractère particulièrement délicat de l'affaire à résoudre. Certaines affaires ne sont pas faciles à trancher, soit qu'elles laissent une marge d'appréciation importante aux magistrats, soit que le fondement n'est pas manifeste. Les auditeurs hésitent et évaluent la probabilité d'être suivis par les conseillers. Lorsque

les auditeurs ne sont pas certains de leur jugement, ils anticipent le risque de réouverture des débats. Ils prennent les devants et examinent d'emblée la totalité des moyens soulevés par le requérant.

« Généralement, quand je suis dans un dossier au fond, si j'analyse un seul moyen, c'est qu'il suffit alors à la solution du litige, je suis **plus ou moins sûr** que ça va passer par la suite. Maintenant, si je n'ai aucun moyen flagrant comme ça, qui saute aux yeux, alors là, je vais analyser tous les moyens. » (Auditeur 30, p.8)

Lorsque la jurisprudence n'est pas fixée, l'auditeur ne dispose pas de balises solides pour étayer son jugement, ce qui ne lui permet pas d'être certain de son jugement.

« Quand je trouve vraiment qu'il y a deux interprétations et qu'il faut choisir entre deux, j'en ai choisi une mais qu'il y a des arrêts qui vont dans le sens contraire, une jurisprudence qui est mitigée, à ce moment-là, si vraiment il y a un **doute**, je vais examiner tous les moyens. » (Auditeur 33, p.7)

Outre l'évaluation prospective des chances de « réussite » du rapport, l'auditeur prend en compte le temps que lui prendrait l'examen de tous les moyens. Si les moyens paraissent faciles à traiter, il aura tendance à tous les examiner. Si par contre les moyens paraissent longs et difficiles, il examinera le moyen qui lui paraît le plus apte à mener à l'annulation.

« On peut juste retenir un seul moyen qui conduit à l'annulation, mais ça va un petit peu dépendre, en fait, de la manière dont je sens le dossier. Parce que je peux éventuellement proposer l'annulation sur la base d'un moyen mais me dire, je suis **pas certain** qu'il va passer la rampe, peut-être que le Conseil d'État va me donner tort, et s'il me donne tort, il va me dire : « Vous examinez les autres moyens ». Et parfois, je préfère rédiger un rapport, sauf si j'ai huit moyens kilométriques chacun, auquel cas, je vais peut-être examiner chaque moyen à la fois, mais si les moyens, c'est simple à traiter, c'est plus simple pour moi de faire un seul rapport qui conclut à l'annulation ou au rejet, mais ce rapport me débarrasserait du dossier. » (Auditeur 15, p.10)

## C. Les carrousels

Enfin, le troisième cas de figure concerne les **carrousels**, ces affaires qui reviennent à répétition, avec un habillage juridique différent et qui s'adaptent aux différents arrêts rendus. Lorsque l'affaire est déjà venue plusieurs fois au Conseil d'État, les auditeurs examinent l'ensemble des moyens pour régler le litige définitivement.

« J'essaie d'aller au fond des choses. J'essaie que les requérants ne reviennent plus. J'essaie de ne pas créer des **recours en cascade**. Donc, j'essaie, généralement, j'essaie que les requérants connaissent mon opinion sur le plus de choses possibles de leur recours pour qu'ils ne reviennent pas après, quand on aura donné un nouveau permis, avec les mêmes arguments. Mais ça, ça dépend du temps que je crois pouvoir donner à l'affaire. Parce qu'on a des statistiques mensuelles. Que j'essaie de faire, de tenir les moyennes des auditeurs de ma section qui est, je dirai, entre quatre et six rapports par mois, et pour faire entre quatre et six rapports par mois, et bien, sachant qu'un dossier peut prendre parfois quinze jours, il faut avancer. Sinon, j'examinerais tout à chaque fois. » (Auditeur 10, p.8)

Pour éviter que l'affaire ne revienne les auditeurs peuvent parfois baliser l'action administrative pour qu'elle puisse reprendre un acte correct.

« Il m'est déjà arrivé où j'aurais pu me satisfaire d'examiner qu'un moyen qui me permettait de faire sauter la décision, mais je vide quand même les autres moyens pour donner des **indications à l'autorité administrative** sur la manière dont elle doit reprendre une décision, et cette fois qui ne pose plus problème, parce que ce n'est pas la peine de voir revenir la décision ultérieure ici devant nous. C'est une perte de temps pour l'administration pour le justiciable surtout et pour nous également. » (Auditeur 17, p.11)

Certains magistrats sont attentifs à délivrer un message clair à l'administration ainsi qu'aux requérants potentiels. L'arrêt permet de donner des indications pour une éventuelle réfection de l'acte. Il s'agit de donner un effet utile à l'annulation, selon les auditeurs. Le destinataire du rapport n'est pas tant la chambre ou le conseiller que les parties au litige : le requérant à décourager ou l'action administrative à orienter.

## D. Les conceptions de l'efficacité

Examiner tous les moyens demande du temps dont ne disposent pas forcément les auditeurs qui subissent une pression liée à l'arriéré. Les sections francophones de l'auditorat connaissent un arriéré, qui, du côté néerlandophone<sup>185</sup>, a été résorbé. Le cadre a d'ores et déjà été augmenté et les auditeurs doivent réguler le flux de dossiers. Une manière de résorber cet arriéré est de sélectionner les moyens évidents, d'emprunter la voie procédurale du débat succinct ou d'éviter, lorsque c'est possible, les carrousels en choisissant des moyens radicaux, en sus de ce qui a été dit à propos de la recevabilité.

Ils doivent donc faire des arbitrages. Soit ils évacuent un dossier rapidement en examinant un seul moyen avec le risque qu'il revienne par la suite, soit ils traitent à fond le dossier pour qu'il ne revienne plus. C'est toujours un pari sur l'avenir qui comporte plusieurs paramètres qu'il faut mettre en balance.

Basant son argumentation sur un unique moyen manifestement fondé, l'auditeur ne prend pas beaucoup de risque. Si l'illégalité est manifeste, il sera sans doute suivi par la chambre. Par contre, lorsque l'illégalité n'est pas manifestes, le pari devient plus risqué. L'examen d'un seul moyen peut aboutir à la réouverture des débats, ce qui allongera la durée de la procédure au Conseil d'État et augmentera la charge de travail de l'auditeur. A l'inverse, si le « coup » est gagnant et que le

---

<sup>185</sup> En matière d'urbanisme et d'environnement, le rôle linguistique néerlandophone du Conseil d'État est uniquement compétent pour les recours en cassation des décisions du Conseil pour les contestations des autorisations, tribunal administratif spécialisé créé par un décret du 27 mars 2009. Pour ces matières, pour un dossier qui rentre dans le rôle néerlandophone, dix rentrent dans le rôle francophone.



seul moyen examiné convient à la chambre, l'auditeur aura gagné un temps parfois considérable. Le destinataire du rapport est clairement le ou les conseillers qui devront trancher l'affaire.

Lorsque l'auditeur décide d'examiner tous les moyens, il fait en sorte que le dossier ne revienne plus, que ce soit au cours de la procédure au Conseil d'État ou par la suite à l'occasion d'un recours ultérieur sur le même objet décisionnel<sup>186</sup>. Dans ces deux cas, les destinataires de l'acte ne sont pas les mêmes. Quand l'auditeur veut éviter une réouverture des débats, il rédige son rapport en pensant aux conseillers qui le liront. Par contre, quand il veut éviter les carrousels, il pense au requérant qui pourrait revenir au Conseil d'État par la suite.

### *2.2.2.6. L'évaluation de la décision juridictionnelle : l'intérêt au moyen*

Il arrive qu'au terme de l'examen, l'application strictement formelle de la légalité contrevienne à certaines considérations liées à l'esprit du recours administratif. Dans ce cas, l'auditeur a une échappatoire : le manque d'intérêt au moyen. Cet argument d'irrecevabilité du moyen soulevé par l'administration est accueilli dans deux cas typiques. Lorsque les magistrats tentent d'éviter les recours formalistes et lorsque l'annulation n'aura aucune conséquence pour le requérant. Dans le premier cas, le requérant n'a pas réellement subi de grief puisque la formalité n'a pas entamé ses droits, le but de la disposition ayant été atteint autrement. Bref, le recours est uniquement **formaliste** et le requérant ne subit aucun préjudice du non respect de la procédure. Dans le second cas, le grief existe réellement mais la décision, si elle était annulée ne modifierait pas la situation du requérant. C'est un recours qui est **inutile**.

#### *2.2.2.6.1. Les recours purement formalistes*

L'irrecevabilité peut venir au secours de recours formellement fondés, qualifiés de recours formalistes par certains, mais dont le bien-fondé de l'annulation est discutable. Il arrive qu'un acte soit irrégulier parce que l'autorité n'a pas respecté une règle de forme – une **formalité**, diront les auditeurs, qui déclarent alors le recours irrecevable. Un recours est introduit contre cet acte. Il n'y a pas de contestation quant à l'intérêt au recours parce que cet acte est de nature à faire grief. Cependant, l'illégalité dénoncée n'est pas, dans les faits, de nature à porter préjudice au requérant. Dans ce cas, le moyen sera considéré comme étant sans intérêt et donc irrecevable. Le manque d'intérêt au moyen

---

<sup>186</sup> Un arrêt du Conseil d'État qui annule un acte administratif supprime avec effet rétroactif l'acte juridique. L'objet concerné par l'acte juridique demeure. Le bâtiment existe toujours, malgré l'annulation de l'acte autorisant son érection.

permet de ne pas accueillir un moyen formellement fondé dans certaines conditions. « Le requérant a raison en droit, mais pas en fait », entend-on parfois. L'opposition entre fait et droit est cognitivement structurante pour le juriste qui classe le monde entre le droit et le non-droit, les faits faisant, par exclusion, partie du non-droit. Le refus du formalisme est lié à une certaine conception du droit incarné : le droit est un instrument qui sert des intérêts supérieurs. Le droit pour le droit, un droit dénué de fondement, qui tourne à vide est refusé.

« Quelqu'un invoque une illégalité et il a raison. Mais il n'y a aucun **intérêt pratique** à cette annulation, sauf à perturber l'action administrative. Dans ce cas, on dit le **moyen** est **irrecevable** parce qu'il est dénué d'intérêt. La question c'est de savoir si on donne à cet instrument une portée restreinte ou très large. On a une marge de manœuvre très grande. » (Auditeur 7, p.6)

« En ce qui concerne le respect de règles relatives aux enquêtes publiques. Il faut que l'enquête soit publiée, donc affichage. La publicité ne s'est pas faite correctement. Le requérant introduit un recours sur ce point-là, il peut se faire qu'il ait eu malgré tout l'occasion de réclamer. Et d'exprimer son opposition. Le moyen consistant à dénoncer la violation des règles relatives l'enquête publique parce que l'affichage n'a pas eu lieu correctement, ce moyen sera considéré comme sans intérêt. Parce que la violation de la **règle de forme** ne lui a pas porté préjudice. Il y a donc un certain nombre d'actes administratifs attaqués qui sont peut être **irréguliers mais qui ne sont pas annulés** nonobstant l'existence d'un recours fondé sur l'irrégularité. » (Conseiller 1, p.11)

L'interprétation des règles implique la compréhension de l'esprit, **au-delà** de la lettre.

« L'intérêt au moyen, j'aimais pas du tout et maintenant, je l'utilise de plus en plus parce que je trouve qu'on peut pas se plaindre de tout si on n'a pas un véritable... Parce que sinon ce serait quasi du **formalisme**. Je ne veux pas faire annuler des choses par formalisme. Je veux pas paraître tatillon, sur des choses qui n'en valent pas vraiment la peine. Je ne veux pas qu'on ait l'air myope, courte vue. » (Auditeur 10, p.13)

Les extraits ci-dessus démontrent une certaine réticence à utiliser ce type d'argument juridique. En effet, il s'agit d'une entorse au contrôle de la légalité des actes administratifs. La « formalité » est bien une exigence légale, et son non-respect peut, comme tel, entraîner l'illégalité de l'acte. Toutefois, certains auditeurs disqualifient le formalisme en se référant à l'esprit du droit, au droit vrai, plein, et non uniquement à sa lettre désincarnée, trop creuse, pour faire œuvre de justice.

« Faut-il annuler une décision qui a méconnu une **formalité** légale ? On se pose la question de savoir si le but poursuivi par l'auteur de cette norme n'a-t-il pas été atteint par d'autres voies en offrant les mêmes garanties à l'administré. À ce moment-là on va peut-être dire qu'il n'a pas intérêt au moyen et ce sera un rejet. » (Auditeur 7, p.10)

La recevabilité du recours est généralement examinée dès l'ouverture du dossier, mais la recevabilité du moyen arrive en fin de processus, lorsque les moyens de fond ont été examinés et le caractère adéquat du recours évalué. L'irrecevabilité du moyen pour défaut d'intérêt permet de contourner l'annulation formellement correcte mais jugée absurde. Il s'agit d'une manière d'appliquer le droit qui est plus proche de son esprit que de sa lettre.

## ***2.2.2.6.2. Le bénéfice concret de l'annulation***

La question que les auditeurs se posent lorsqu'ils se penchent sur l'intérêt au moyen est la suivante : quel bénéficiaire le requérant peut-il retirer d'une éventuelle annulation ? Si les bénéficiaires sont nuls, l'auditeur déclare le moyen dénué d'intérêt et le recours irrecevable.

Lorsque les auditeurs proposent le rejet sur base d'un défaut d'intérêt au moyen, ils anticipent les conséquences d'une éventuelle annulation et arrivent à la conclusion qu'elles seront nulles. Le recours *de facto* paraît inutile.

« Celui qui invoque ce moyen-là, il a intérêt au moyen ? En marchés publics c'est : « Est-ce que c'est de nature à modifier le classement ? » Si avec 16 mois au total de tout, toutes les opérations faites par l'administration, si avec 16 mois au lieu de 36 mois il reste, mais d'après les opérations mathématiques faites par l'administration, il reste le soumissionnaire le plus intéressant, et bien alors celui qui est requérant n'a pas intérêt au moyen. Parce que même si je lui dis c'est 16 mois, et qu'il reste le premier, celui qui a fait le recours n'aura quand même pas le marché. Et là on est parti dans des labyrinthes de procédures et d'intérêt au moyen, ce qui est toujours un peu... allez, difficile à comprendre pour celui qui vient dire oui on s'est trompé dans l'évaluation de l'offre, et où la juridiction vient dire bon d'accord c'est vrai on s'est trompé mais, **ça ne change quand même rien** vous n'êtes pas le plus intéressant. » (Auditeur 34, p.11)

Dans cet extrait, le bénéficiaire du recours est nul.

« Quelqu'un qui veut exploiter un manège et l'exploitant dit : « Moi j'ai cinq hectares et je veux y mettre autant de chevaux. » Puis vous avez un voisin qui ne veut pas voir ce manège à côté de chez lui qui introduit un recours contre le permis et qui dit que la partie adverse ne s'est pas prononcée en connaissance de cause pour la bonne raison que le requérant au moment où il a introduit sa demande, il n'avait que deux hectares. Avec deux hectares, il ne peut pas exploiter son manège, donc l'appréciation de l'autorité a été viciée, donc il faut annuler. Puis le jour où ça arrive chez vous, le demandeur de permis entre temps fait l'acquisition de trois hectares supplémentaires. Donc il a bien ses cinq hectares. En réalité, la partie adverse a considéré que cinq hectares c'était suffisant et a donc accordé le permis. Est-ce qu'on va venir annuler parce qu'il n'y avait que deux hectares et qu'entre temps, on dit au requérant : « Certes, vous avez raison, mais vous n'avez pas intérêt à ce moyen puisque de toute façon, entre temps le demandeur de permis a acquis trois hectares. Et en définitive, la partie a considéré que cinq hectares c'était suffisant. C'est ça qui importe finalement. Le requérant est un peu frustré évidemment ! [...] Mais alors dans ce cas-là, j'essaie quand même d'être un peu efficace puisque si on annule, la partie adverse va devoir reprendre sa décision et ce sera la même et il y aura les cinq hectares. Donc c'est pas très intéressant d'annuler sur cette base c'est un tour de manège pour rien. Là on dit au requérant : « Effectivement, il y avait peut être un souci à l'époque ». Vous n'avez pas intérêt au moyen. Mais tout le monde n'est pas d'accord pour se prononcer de cette façon-là. Il y avait un problème à l'époque donc voilà. » (Auditeur 12, p.15)

D'un point de vue des temporalités du recours au Conseil d'État, il y a un hiatus entre la prise en considération des conséquences de l'arrêt et l'obligation qu'ont les magistrats de se placer au moment où l'acte a été adopté pour en juger la légalité. Les exigences de pure légalité sont mises en balance avec des exigences pragmatiques d'efficacité, ce qui n'est pas sans lien avec l'arrière que connaît le Conseil d'État. C'est particulièrement vrai pour la section « urbanisme » dont les extraits ci-dessus sont exemplatifs.

Les auditeurs tentent de la sorte d'éviter les recours en cascade. En effet, si les magistrats appliquaient le droit de manière rigoureusement formaliste, ils devraient accueillir le recours, éventuellement annuler la décision. L'administration reprendrait sans doute la même décision corrigeant l'irrégularité qui a causé l'annulation de la première décision. Au terme de ce second tour, la situation du requérant n'aurait pas changé et l'acte « réparé » ne pourrait plus être annulé par le Conseil d'État. Plutôt que de passer par ces détours administratifs et juridictionnels, les auditeurs coupent court et déclarent simplement que le requérant n'a pas d'intérêt au moyen. De cette manière, le fond du droit l'emporte à nouveau sur la forme.

### ***2.2.2.6.3. La différence entre l'intérêt au recours et l'intérêt au moyen***

Lorsque les auditeurs examinent l'intérêt au recours, et particulièrement la condition selon laquelle l'acte administratif doit faire grief au requérant, les auditeurs font un examen *a priori* de l'intérêt. L'intérêt au recours figure dans la liste des conditions d'accès à la procédure juridictionnelle. Par contre, lorsqu'ils se penchent sur l'intérêt au moyen, ils se situent en aval du recours. Quelles seront les conséquences réelles de l'annulation pour le requérant ? L'annulation va-t-elle modifier la situation du requérant ? Ils évaluent donc l'intérêt réel qui découlerait d'une annulation ou d'une suspension : quels seront les impacts réels pour le requérant ? Le recours sera-t-il utile ou purement formaliste ? Les deux raisonnements ne sont pas les mêmes. Alors que l'intérêt au recours s'attache aux actes de nature à faire grief, ce qui exclut les simples avis, les actes préparatoires ou confirmatifs etc., l'intérêt au moyen regarde le grief réellement subi par le requérant conséquemment à l'illégalité soulevée.

Nous venons d'explorer les processus décisionnels tels qu'ils se déploient à l'auditorat, depuis l'arrivée de la requête dans le bureau de l'auditeur jusqu'à l'envoi du rapport. Selon qu'il juge le cas facile ou difficile, le dossier a suivi un cheminement différent. Voyons à présent comment le dossier poursuit sa progression dans les murs du Conseil d'État.

# **Titre 3 – Le cheminement du dossier dans les chambres du Conseil. Compte rendu des processus décisionnels**

## **Introduction**

Lorsque l'auditeur envoie son rapport au greffe, le dossier quitte le giron de l'auditorat et poursuit son chemin dans les chambres. L'auditeur passe la main aux conseillers qui vont à leur tour examiner l'affaire. Une fois que l'auditeur a envoyé son rapport, les parties peuvent déposer des derniers mémoires, ce qui clôture l'échange des écrits de procédure.

Selon la procédure, les conseillers siègent seuls ou collégalement. Lorsque l'affaire est prise à trois juges, un des trois juges est désigné « conseiller rapporteur ». Il doit examiner le dossier et rédiger un projet d'arrêt qui servira de base de travail pour l'audience et la délibération.

Le dossier attend d'être fixé au greffe. Une fois que la fixation a été décidée, le dossier est confié au conseiller rapporteur qui devra l'examiner. Ensuite, le dossier est plaidé lors de l'audience. Les parties au litige ainsi que les magistrats sont réunis. Enfin, le dossier est délibéré.

## **1. La fixation de l'audience**

Lorsque le rapport de l'auditeur a été déposé et que les derniers mémoires des parties ont été échangés, le dossier arrive au greffe. Selon les chambres, le dispatching des dossiers varie. Seul ou avec l'aide du président de chambre, le greffier attribue les dossiers à chaque conseiller rapporteur.

« Quand une affaire doit être fixée, le greffier m'avertit (il attend qu'il y en ait quelques unes) en disant il y a assez d'affaires pour une audience. Et alors, je les réparties essentiellement en fonction du nombre de dossiers accessoirement en fonction du genre de contentieux. » (Conseiller 19, p.15)

Au sein de la sixième chambre, chaque magistrat est spécialisé. Le greffier répartit les dossiers en fonction de la spécialisation de chaque magistrat. La sixième chambre dispose de compétences très larges (marchés publics, police administrative générale, sécurité sociale, santé publique, ordres professionnels...). Par contre, à la treizième chambre (urbanisme) où les conseillers ne sont pas

spécialisés, le critère de sélection pour la fixation des audiences dépend des auditeurs : la rédactrice essaie de programmer les audiences de manière à ce qu'il y ait un seul auditeur par audience.

« Ce n'est pas nous qui choisissons les dossiers. Madame M., qui a le grade de rédactrice, réceptionne tous les dossiers qui sont en état d'être fixés et essaie de les regrouper par auditeur, de telle manière à ce que l'auditeur ne doive pas se déplacer pour une seule affaire. Donc par exemple hier on a eu une audience de fond, où c'était un seul auditeur qui était là quoi. Donc on essaie quand même de regrouper, c'est une demande de l'auditorat pour éviter de perdre trop de temps à venir à l'audience. Donc c'est Madame M. qui nous appelle à tour de rôle, donc c'est elle qui a le rôle et qui tient donc à jour ce rôle et qui nous appelle en nous disant « Ben voilà il y a telle affaire, telle affaire ». Il nous arrive parfois de refuser et de dire : « Non je préfère ne pas prendre cette affaire », parce qu'on connaît personnellement le..., d'un peu trop près le dossier, ou bien parce que c'est une affaire délicate, où l'affaire est déjà venue une première fois et où on l'a déjà connue, et où on préfère que ce soient d'autres qui aient le regard sur ce dossier-là. » (Conseiller 16, p.1)

En fonction de la difficulté du dossier et des agendas, le conseiller fixe la date de l'audience.

« Je connais plusieurs mois à l'avance le tour des audiences. Donc je connais les dates d'audiences où je suis rapporteur. Le conseiller rapporteur doit choisir les affaires à fixer six semaines avant l'audience. Au moment où je sens arriver l'échéance des six semaines, soit je n'ai pas beaucoup d'affaires au fond, alors je les fixe toutes, soit je dois faire une sélection en fonction d'une série de critères de priorité. Je fais un rapide survol à ce moment-là pour sélectionner les dossiers. Les critères, c'est l'ancienneté (c'est le critère le plus lourd). Lorsque le recours est dirigé contre un arrêté à portée réglementaire (si ça peut avoir une incidence sur plusieurs personnes on le traite en priorité). D'un point de vue de l'organisation, quand un auditeur fait savoir qu'il attend l'arrêt pour prendre position dans d'autres affaires similaires, on le fixe prioritairement. Donc je fais une première lecture du dossier pour les besoins de la sélection. Il ne faut pas charger trop une audience. S'il y a déjà deux très gros dossiers, on en prend un plus léger. Quand on reçoit un dossier, il y a le rapport de l'auditeur, les écrits antérieurs, les derniers mémoires. Les derniers mémoires peuvent être révélateurs de la difficulté d'une affaire.» (Conseiller 9, p.2)

Les conseillers essaient de ne pas trop « charger une audience », c'est-à-dire de ne pas programmer pour une même audience des dossiers qui paraissent volumineux et difficiles. Les conseillers voient dans les derniers mémoires des indices de la difficulté de l'affaire.

« Quand les dossiers sont prêts, c'est-à-dire quand le rapport de l'auditeur est déposé et que les derniers mémoires ont été échangés, le dossier arrive chez un de nos greffiers, il y a un greffier qui assure la coordination des affaires, qui les empile sur son étagère et régulièrement, c'est-à-dire un mois avant chaque audience, nous montons voir, au sixième étage ici, on monte voir ce qu'il y a, on fait en quelque sorte notre shopping, et on dit voilà ça, ça, ça on fixe, à partir de ce moment là les audiences en question sont préparées. [...] bon, si on voit que le rapport est gros, on veille à ne fixer qu'une seule affaire à l'audience. Quand on a des dossiers avec 80-100 pages de mémoire et autant de rapport, on se dit que le problème est un peu compliqué. » (Conseiller 10, pp.1-2)

Les conseillers ont donc généralement un mois à un mois et demi pour rédiger leur projet d'arrêt.

« Proadmin » est un programme de gestion des dossiers qui est géré par le greffe. Ce programme permet de tracer le parcours des dossiers. Grâce à lui, les magistrats savent quand la requête a été introduite, chez quel auditeur le dossier se trouve, où le dossier en est dans la procédure, etc.

« Quand une requête rentre c'est encodé, quand le greffe envoie pour notification c'est aussi encodé, quand il reçoit c'est aussi encodé, il y a une trace informatique, on sait où se trouve le dossier, à quel stade il se trouve, quel est l'auditeur qui s'en occupe, si c'est dans son cabinet, si c'est reparti au

greffe, si on est au stade des derniers mémoires, donc on sait vraiment suivre les dossiers à la trace. » (Conseiller 16, p.38)

## 2. L'examen du dossier par le conseiller rapporteur

Disposant des dossiers à examiner, le conseiller-rapporteur commence à lire les pièces de procédure parmi lesquelles le rapport de l'auditeur occupe une place importante, puisque celui-ci a déjà fait une première fois le tour de la question. Ensuite, le conseiller rapporteur rédige le projet d'arrêt.

### 2.1. La lecture des pièces de procédure

Lorsque le conseiller rapporteur découvre le dossier, il commence par lire le rapport de l'auditeur afin d'avoir une vue d'ensemble des problèmes qui se posent. Cette première impression concerne la qualité du rapport de l'auditeur et a des implications pratiques. Si le conseiller rapporteur le juge positivement, le rapport servira de document de base pour rédiger le projet d'arrêt (section 2.1.1.). Il découvre ensuite les écrits de procédure des parties. Le conseiller rapporteur soumet alors le mémoire à la critique de la partie à laquelle l'auditeur a donné tort (section 2.1.2.). Lorsque le rapport contient des failles révélées par les derniers mémoires, le conseiller rapporteur tente de trouver lui-même une solution en se plongeant dans le dossier administratif (section 2.1.3.).

« Donc en gros c'est toujours à peu près le même scénario, c'est le rapport de l'auditeur, écrits de procédure et dossier d'un côté et puis ben jurisprudence, doctrine de l'autre côté et discussion avec les collègues qui est quand même très très précieuse et intéressante et importante. » (Conseiller 2, p.7)

#### 2.1.1. Les premières impressions sur le rapport

Le conseiller rapporteur lit le rapport de l'auditeur avant les autres écrits de procédure. Cette lecture constitue le premier contact du conseiller rapporteur avec le dossier. Se dégage de cette lecture une première impression sur la qualité et la pertinence du rapport.

« On a déjà une solution qui est proposée par l'auditeur, et en lisant le rapport, très rapidement, on se fait une **première impression**, on se dit ce qu'il dit **ça tient la route**, ou non **il se plante**. Un rapport n'est pas mauvais parce qu'on fait le contraire. Le rapport c'est un point de référence, on voit en plus les critiques que les parties adressent au rapport, puisqu'il y a encore un dernier mémoire, sur le vu de cela, généralement ça va très vite pour se décider dans quel sens l'arrêt sera. » (Conseiller 10, p.4)

Le raisonnement tenu par l'auditeur est apprécié par le conseiller rapporteur, ce qui lui permet de classer le rapport dans la catégorie des « rapports qui tiennent la route » ou, au contraire, dans la catégorie des « rapports qui ne tiennent pas la route ». Les rapports « qui ne tiennent pas la



route » sont ceux qui contiennent une illégalité manifeste ou une erreur grossière. C'est le cas lorsque le rapport omet une jurisprudence constante et établie, l'examen est vite fait et le détour par le dossier n'est parfois pas nécessaire.

« Des arguments qui ont déjà été rejetés plusieurs fois ou des choses comme ça. La question du préjudice grave difficilement réparable, bon, quand c'est quelqu'un qui va être privé de la possibilité de se livrer à un hobby, la jurisprudence est bien fixée, on voit directement qu'il y a un gros **problème** côté préjudice. » (Conseiller 10, p.19)

Très rapidement, le conseiller rapporteur a une impression qui permet de catégoriser le rapport de l'auditeur : « il tient la route » ou « il se plante ». Lorsque le rapport a l'air de tenir la route, le conseiller le confronte aux derniers mémoires.

## 2.1.2. Une première épreuve : les derniers mémoires

Après avoir lu le rapport, le conseiller rapporteur lit les derniers mémoires. En effet, le rapport de l'auditeur propose une solution qui sera critiquée par la partie à laquelle l'auditeur donne tort. Le rapport doit donc pouvoir résister à ces critiques pour être avalisé par le conseiller rapporteur. Lorsque **le rapport résiste aux critiques** de la partie à qui l'auditeur a donné tort, le conseiller rapporteur s'inspire largement de la solution proposée par l'auditeur. Le conseiller rapporteur dit « suivre » l'auditeur.

« Je pars toujours du **rapport de l'auditeur**. Je fais une première lecture qui permet de se dire : on va suivre assez facilement l'auditeur ; là on a une hésitation... Ensuite je lis les **derniers mémoires** pour voir comment les parties ont réagi. La première lecture permet de voir les difficultés, les problèmes qui font débat. Quand, pour le problème soulevé, il y a une jurisprudence constante, l'affaire peut être réglée sans grande hésitation. [...] Les premiers réflexes dans l'approche d'un dossier, c'est : « Dans cette affaire, **est ce que je vais suivre l'auditeur ou pas ?** » » (Conseiller 9, p.3)

Par contre, certains rapports résistent moins bien à la critique des parties. Apparaissent des failles, des difficultés ou des hésitations autour des questions qui font débat. L'examen du conseiller rapporteur devra alors aller plus loin car il ne « suivra pas l'auditeur ».

« Parfois je lis le dernier mémoire, mais ça c'est quand je ne suis pas convaincu par le rapport de l'auditeur alors je vais lire le dernier mémoire pour voir un petit peu la réaction du requérant à qui on a donné tort ou la partie adverse à qui on a donné tort. » (Conseiller 16, p.20)

Rapport et derniers mémoires sont donc confrontés, mis en dialogue. Le rapport est éprouvé par les derniers mémoires. Cette épreuve permet de révéler la robustesse du raisonnement de l'auditeur, robustesse qui constituera une balise précieuse quant à la voie à suivre pour trancher l'affaire. Cette pratique de comparaison des différentes pièces de procédure n'est pas sans rappeler les pratiques des auditeurs qui faisaient également dialoguer les mémoires.

### 2.1.3. La lecture du dossier administratif pour arrêter la conviction du conseiller

Selon que le conseiller rapporteur juge le rapport de l'auditeur sérieux ou pas sérieux, il utilisera différemment le dossier administratif. Dans le premier cas, le dossier permet d'éprouver une seconde fois le rapport, dans le second cas, le dossier sert de base de travail pour construire un nouveau raisonnement.

#### 2.1.3.1. *Le rapport sérieux est éprouvé par le dossier*

La lecture du dossier n'est pas appréhendée de la même manière selon que le conseiller rapporteur s'apprête à suivre ou pas le rapport de l'auditeur.

«- Conseiller : Même si le rapport de l'auditeur paraît cohérent, logique ; les éléments de fait sont repris, tout est étayé. Je vois le dossier et mes collègues c'est pareil. Je pense que c'est pas le cas de tous les magistrats.

-J. Colemans : Certains se contentent de lire le rapport de l'auditeur sans aller voir spécialement dans le dossier ?

- Conseiller : Apparemment ça se fait. Donc parfois, un auditeur que j'aime énormément. Ses rapports en général ne sont pas très longs, il résume très fort, mais c'est toujours excellent, très rigoureux. Maintenant, pour lui comme pour les autres, je vais voir le dossier. Si j'ai une hésitation sur un texte ou une interprétation d'un texte, je vais aller consulter différentes sources pour voir s'il n'y a pas des arrêts que nous aurions déjà prononcés. » (Conseiller 3, p.8)

Lorsque le conseiller rapporteur suit l'auditeur, le rapport sera éprouvé une seconde fois. En effet, quel que soit l'avis du conseiller rapporteur sur la qualité du rapport, il fera quand même un travail de vérification. Si le rapport passe la rampe de l'épreuve du dossier, il servira de base au projet d'arrêt. Si, par contre, le rapport n'a pas convaincu le conseiller rapporteur, celui-ci doit reprendre le travail *ab initio*.

#### 2.1.3.2. *Le rapport ne tient pas la route et le conseiller rapporteur doit trouver la solution du litige*

Dans le cas où le rapport ne tient pas la route, c'est grâce à la lecture du dossier administratif que les conseillers rapporteurs se forment une opinion quant à la solution à retenir. Comme à l'auditorat, certains cas sont réglés très facilement et d'autres occasionnent de nombreuses hésitations.

Dans les **cas** relativement **faciles** à résoudre, la lecture du dossier permet de conforter la première impression du conseiller rapporteur formée à la lecture du rapport. Celui-ci cherche alors les **indices** qui soutiendront sa conviction.

« Quand on a quelque chose de manifestement illégal ou de manifestement erroné. Là je dirais qu'on cherchera des indices et les éléments qui appuient cette thèse-là. » (Conseiller 15, p.7)

Pour les cas qui posent **problème**, le conseiller rapporteur se plonge dans la lecture du dossier pour identifier le problème juridique. Pour ce faire, il doit d'abord comprendre et apprécier ce qui s'est passé<sup>187</sup>. La lecture du dossier permet de dégager une perception sur les faits, une sensibilité sur la situation qui émane de certaines pièces du dossier à l'allure plus ou moins authentique ou plus ou moins sincère.

« Dans les cas difficiles, c'est vraiment le réflexe à avoir, c'est relire le dossier. Même en essayant d'oublier un peu les arguments, donc reprendre tout et se dire finalement : « **qu'est-ce qui est arrivé à cet agent ?** » Dans beaucoup d'affaires c'est quand même ça finalement qu'on nous demande, est-ce qu'on l'a mal traité ou pas ? Et donc oui ce sont les pièces du dossier, foncièrement, oui. Donc on va réagir, je vais dire à la manière dont les pièces sont écrites, à **l'allure plus ou moins authentique, plus ou moins sincère de certaines choses**. Bon par exemple je me rappelle d'avoir vu dans un dossier, une lettre signée par 20 personnes, ou 18 ou 20 personnes d'un même service, se plaignant de quelqu'un. Bon il y avait des détails sur ce que cette personne faisait pendant les heures de bureau, etc. Ben ça influence énormément parce que ces gens écrivent d'une manière qui est spontanée ça influence quant à la **perception** qu'on a du dossier, maintenant, autre chose est de voir les arguments de droit, ils sont bons ils sont mauvais, mais sur la sensibilité qu'on a à la situation du requérant, ce sont quand même directement les pièces. » (Conseiller 2 p.13)

Lorsque le conseiller rapporteur hésite, le dossier est souvent déterminant pour trancher la question de la légalité qui se résume de la manière suivante : dans le raisonnement présenté par les parties, une a davantage raison que l'autre. Le conseiller rapporteur tente alors de détecter la faille dans le raisonnement.

« Je crois qu'à la lecture encore un fois, c'est la lecture de toutes les pièces du dossier qui va nous permettre de comprendre là où il y a vraiment une **faille dans le raisonnement** de l'un ou de l'autre. » (Conseiller 13, p.24)

Le conseiller rapporteur accorde plus de crédit à certaines pièces du dossier qui paraissent avoir une force de conviction plus grande.

« Les avis de chambres de recours par exemple, c'est quelque chose qui pèse je trouve dans les dossiers. On n'en est peut-être pas toujours conscient mais bon les chambres de recours sont quand même à la fois un peu plus neutre que les protagonistes direct, en même temps ils sont plus près du terrain que nous, et ils comprennent mieux quel est le travail qui est fait et... donc je trouve que, à y réfléchir les avis de chambre de recours pèsent lourd dans le dossier, donc c'est vrai qu'un agent qui a déjà un avis défavorable des chambres de recours rendu à l'unanimité, malgré tout on a ça dans un coin de la tête quand on aborde le dossier. » (Conseiller 2, p.13)

---

<sup>187</sup> Pour cette étape du raisonnement, nous renvoyons au troisième chapitre relatif à la grammaire du raisonnement.

Tout comme à l'auditorat, le dossier occupe une place déterminante dans le processus d'élaboration de la conviction du conseiller rapporteur car il permet de tester la pertinence du rapport ou lorsque le rapport leur paraît faire fausse route, permet de se forger une conviction propre.

## 2.2. Le processus rédactionnel : le projet d'arrêt

Au sein de chaque chambre, un conseiller est désigné pour rédiger le projet d'arrêt d'une affaire en vue de la délibération. Chaque membre de la chambre est conseiller rapporteur à tour de rôle. Ce faisant, il est amené à poser certains choix : le choix des moyens, le choix du dispositif et le choix stylistique ou rédactionnel. Nous avons vu que le processus décisionnel était hautement cumulatif au Conseil d'État.

Arrivant en bout de course, le conseiller rapporteur dispose d'une série de documents sur lesquels s'appuyer pour rédiger son projet d'arrêt. Parmi ces documents, le rapport de l'auditeur occupe une place particulièrement importante.

A quel moment le conseiller rapporteur rédige-t-il son projet d'arrêt (section 2.2.1) ? Comment se construisent l'exposé des faits (section 2.2.2) et l'exposé des moyens (section 2.2.3) ?

### 2.2.1. La rédaction du projet d'arrêt *ex ante* ou *ex post* ?

Sur du papier bleu, le conseiller rapporteur rédige<sup>188</sup> le projet d'arrêt avant l'audience sur base des écrits de procédures (rapport, requête, mémoires et dossiers de pièces). Néanmoins, dans certains cas délicats ou compliqués, le conseiller rapporteur attend l'audience avant de prendre la plume. Il rédige alors le projet d'arrêt après avoir posé, durant l'audience, quelques questions qu'il espère éclairantes. Il s'agit d'affaires délicates qui demandent un approfondissement, ou bien d'affaires pour lesquelles le rapport contient des faiblesses. Le conseiller rapporteur peut également rédiger des projets d'arrêt partiels contenant uniquement certains éléments, la plupart du temps un exposé des faits.

« On a un projet d'arrêt complet, on a un projet d'arrêt qui se limite à l'exposé des faits et puis c'est la suite après l'audience parce qu'il y a un problème qui fait qu'on doit interroger les parties, ou bien pas de projet du tout, on n'a pas le temps, mais de toutes façons, l'audience est le point final de la

---

<sup>188</sup> Notons que certaines chambres travaillent avec des attachés juristes qui rédigent des projets d'arrêt. Il s'agit d'affaires simples. Les attachés juristes peuvent également répondre à des demandes plus ponctuelles de recherches juridiques (application de certaines dispositions légales, travaux préparatoires, doctrine, recherche de jurisprudence etc.). Nous n'avons pas rencontré d'attachés juristes qui travaillent avec les conseillers, nous ne pourrions donc pas développer cette étape du processus mais il nous semblait intéressant de mentionner l'existence de telles pratiques rapportées par les conseillers.

procédure, et en fonction de ce qui a été dit, de l'habileté des plaideurs, ça arrive on se dit : « J'étais pourtant sûr de dire blanc, ça me paraît fort gris », et on reprend tout à zéro. » (Conseiller 5 p.10)

En fonction du cas à trancher, l'audience peut avoir des impacts sur la rédaction du projet d'arrêt et sur le délibéré. Cependant, les cas où le conseiller rapporteur change d'avis du tout au tout après l'audience sont relativement rares. La manière habituelle de procéder est plutôt de rédiger le projet d'arrêt avant l'audience et de l'amender le cas échéant consécutivement aux débats de l'audience.

## 2.2.2. La rédaction de l'exposé des faits

Le rapport de l'auditeur est central dans le processus rédactionnel. Qu'il soit suivi ou pas, le rapport permet au conseiller rapporteur de se situer. Nous avons vu que le premier jugement à l'égard du rapport aboutit à la question de savoir si le conseiller rapporteur va ou non utiliser le rapport de l'auditeur comme base du projet d'arrêt<sup>189</sup>. Si le conseiller rapporteur ne suit pas le rapport de l'auditeur, il rédige lui-même un projet d'arrêt qui s'en écarte.

Le conseiller rapporteur puise largement dans le rapport de l'auditeur pour rédiger son projet d'arrêt, particulièrement pour ce qui concerne l'exposé des faits et l'exposé des sources. Par contre, pour la discussion des moyens, le style est différent. Les conseillers doivent être plus concis, plus tranchés dans l'arrêt, là où les auditeurs peuvent être plus longs et nuancés.

« Pour l'arrêt, je pars du rapport de l'auditeur. Je pars toujours du rapport de l'auditeur, ne serait-ce que parce que le résumé des faits est déjà repris dedans, et donc, c'est beaucoup plus facile. Mais sinon, je pars toujours de l'auditeur, en sachant déjà au moment où je commence à rédiger, ce sur quoi je vais suivre le rapport et ce sur quoi éventuellement je ne serai pas d'accord. » (Conseiller 6, p.1)

Le rapport est un document martyr dans la mesure où il est retravaillé, analysé, découpé, disséqué, recopié. Le conseiller rapporteur garde uniquement les passages qu'il juge pertinents.

Pour choisir les parties du rapport qu'il gardera, le conseiller rapporteur compare l'exposé des faits du rapport de l'auditeur aux exposés des faits des parties. Si les versions se recoupent, il n'y a pas de problème. Par contre, s'il y a des divergences, le conseiller rapporteur vérifie sur base du dossier administratif quel est l'exposé des faits qui lui paraît le plus proche de la réalité du dossier. Cette méthode de travail est similaire à celle adoptée par certains auditeurs lors de la rédaction de l'exposé des faits.

---

<sup>189</sup> Les auditeurs communiquent leur rapport par voie électronique ce qui facilite les transferts du rapport au projet d'arrêt.

« Moi je pars du rapport. Pour avoir déjà un premier... un résumé de l'affaire. Et une fois que j'ai lu le rapport, alors je commence à lire les exposés des faits des parties, pour voir si ça se recoupe ou si au contraire il y a des différences, des divergences, et alors ensuite bon je rédige mon exposé des faits. » (Conseiller 13, p.16)

« On reprend l'exposé des faits qui est indiqué dans le rapport, quand on a des interrogations au niveau du dossier administratif on doit **vérifier**. » (Conseiller 16, p.5)

Lorsque l'exposé des faits paraît fiable, le conseiller rapporteur le copie du rapport et le transfère dans son projet d'arrêt. Dans le cas contraire, le conseiller rapporteur rédige lui-même l'exposé des faits.

« C'est fort variable d'un auditeur à l'autre, et il y a des rapports où vous pouvez pratiquement vous contenter du rapport. Il n'y a même pas besoin d'ouvrir le dossier administratif parce que tout est là, dans le rapport. L'exposé des faits est **complet**, les avis et les décisions sont reproduites pour ce qui est **l'essentiel**, les moyens sont bien exposés, le mémoire en réponse aussi, mémoire en réplique, donc voilà, et la discussion est très bonne. Donc il arrive parfois, je vais pas dire que c'est du copier-coller, mais qu'on le fasse quoi. » (Conseiller 16, p.4)

Tout comme à l'auditorat, l'exposé des faits est évalué<sup>190</sup> selon son niveau d'objectivité. L'indice d'une telle objectivité réside dans la convergence des exposés des parties et de l'exposé du rapport. Lorsque le conseiller rapporteur s'aperçoit que l'auditeur a repris intégralement l'exposé des faits de l'une des parties, il prendra beaucoup de distance avec le rapport.

« Chez certains auditeurs, on a le sentiment qu'ils ont été très très **séduits** par la requête du requérant et donc ils font quasi abstraction de ce qui a été dit par la partie adverse. Alors bien sûr quand ils analysent les moyens, ils doivent bien dire ce que dit la partie adverse, mais on relativise, on a tendance à relativiser le propos de la partie adverse. Et ça j'ai déjà eu des problèmes avec certains auditeurs parce que par exemple l'exposé des faits bon il est très bien fait dans la requête de la partie requérante, il est moins bien fait dans la requête de la partie adverse, et donc on fait un copier-coller de l'exposé des faits du requérant, mais donc c'est déjà un **signal** que l'on donne, on atteste déjà de la **vérité des faits tels qu'ils sont relatés par le requérant**. » (Conseiller 13, p.14)

Les conseillers n'aiment pas la pratique du « copier-coller » ; ils l'interprètent comme un manque de prise de distance à l'égard des positions d'une des parties. Selon les conseillers, l'auditeur doit adopter une posture de neutralité qui n'est pas démontrée publiquement lorsqu'il reprend tel quel l'exposé des faits du requérant ou de la partie adverse.

L'auditeur qui travaille bien est celui qui a déjà trié les pièces, les moyens et les exceptions pour rendre l'histoire intelligible et proposer des clés de solutions. L'auditeur doit en somme avoir eu un bon discernement, il a du faire le **bon tri**, en n'omettant pas les pièces essentielles et en passant au bleu les faits superflus. Le bon rapport est le rapport qui a « prémâché » le travail du conseiller rapporteur.

« Le rapport doit nous faire économiser du temps parce que, le rapport a fait un **exposé des faits complet** qui nous évitera de devoir ouvrir le dossier, on l'ouvre de toute façon c'est pas ça mais d'examiner chaque pièce, chaque document donc le lire etc., nous évitera de nous farcir toute une

---

<sup>190</sup> Le travail des auditeurs est apprécié par les conseillers comme l'est le travail des avocats par les auditeurs.

étude d'incidence parce que donc le rapport, l'auditeur aura déjà **repéré les passages intéressants**, des trucs comme ça, aura déjà fait une recherche au niveau de la jurisprudence de la Cour de Justice, nous aura **mâché la besogne**. » (Conseiller 16, p.41)

L'exposé doit être complet... mais pas trop – ! – puisqu'il doit avoir sélectionné les faits importants et pertinents pour l'issue du litige.

« Je pars du rapport, j'essaie toujours de suivre l'auditeur, sauf si ça me saute aux yeux et que je me dis : « Non je ne peux pas être d'accord », mais je commence toujours par suivre l'auditeur dans le projet que je fais. Je complète éventuellement, bon ça dépend un petit peu de l'auditeur, requête, mémoire en fonction de ma réplique si j'estime qu'il n'y a pas suffisamment, je pars du raisonnement de l'auditeur, je le modifie éventuellement, j'ajoute ou je retranche si j'estime qu'il y a des choses qui ne sont pas intéressantes, je fais des recherches complémentaires le cas échéant, mais parfois je vous dis le rapport est **complet**, tout à fait complet et je peux partir de là. » (Conseiller 16, p.20)

L'objectivité de l'exposé des faits du rapport découle d'une part de la posture de l'auditeur qui doit être neutre : il a repris « les éléments des deux parties. » En outre, il doit être complet tout en ne retenant que les éléments essentiels. L'auditeur doit donc, de manière impartiale, avoir sélectionné les faits pertinents : il doit avoir « bien trié » pour que le conseiller rapporteur ne soit pas noyé par la masse d'informations, mais il ne peut omettre des éléments importants.

« Soit je suis très satisfait de l'exposé des faits qui a été fait par l'auditeur parce que l'auditeur a été très objectif...Et qu'il a bien repris les **éléments essentiels** dans l'exposé des faits des deux parties et donc là je vais pas refaire un travail qui a déjà été correctement fait. Soit si je ne suis pas content, je fais l'exposé moi-même. » (Conseiller 13, p.15)

Quelle que soit la qualité du travail des auditeurs, les conseillers rapporteurs vérifient les faits rapportés par l'auditeur au moyen des mémoires et du dossier. L'exposé des faits du rapport de l'auditeur sera modifié en fonction des moyens que le conseiller retiendra.

« Je ne modifie pas l'exposé de l'auditeur, sauf quand il y a quelque chose que je ne comprends pas, c'est quand j'examine les moyens que parfois il m'arrive de compléter l'exposé des faits, ou bien de retirer certaines parties de l'exposé des faits qui ne me paraissent pas pertinentes pour l'examen du recours. » (Conseiller 16, p.5)

La tendance est généralement à l'élagage. Les auditeurs transmettent souvent un exposé des faits trop complet au goût des conseillers rapporteurs. Plus le processus progresse, plus la proportion des éléments de fait diminue.

« Je modifie l'exposé des faits du rapport. Je trouve que c'est beaucoup trop long, ça va trop dans les détails. Mais oui, parce que je trouve qu'on doit avoir pitié aussi pour les gens qui vont lire nos arrêts. Si on a un truc où il faut lire dix pages avant de commencer à comprendre sur quoi porte le débat, ça devient incompréhensible. Je trouve qu'il faut quand même que les gens qui lisent, puissent rapidement identifier quelle est la question débattue. Et souvent, dans le rapport d'auditeur, ils prennent des tas d'informations qui ne sont pas vraiment utiles pour la solution du litige. » (Conseiller 6, p.3)

C'est la troisième fois que l'exposé des faits de l'affaire doit être rédigé. Le conseiller rapporteur rédige rarement un exposé des faits original. Il s'inspire largement de l'exposé des faits de l'auditeur voire le copie et le colle sur son propre document. L'auditeur s'est lui-même inspiré de l'exposé des faits d'une

partie, voire l'a copié et collé dans son rapport. Est-il dès lors concevable qu'un exposé des faits rédigé par l'avocat d'une des parties puisse se trouver *in extenso* dans l'exposé des faits de l'arrêt ? C'est très peu probable. En effet, les conseillers se permettent de copier-coller lorsque le rapport de l'auditorat leur semble de bonne qualité, c'est-à-dire lorsqu'il paraît objectif. Or, les auditeurs qui copient-collent les exposés des faits des parties ne sont pas les plus appréciés par les conseillers, car ils ne paraissent pas suffisamment neutres. Il y a donc une césure dans la « reproduction », que cette césure ait lieu à l'auditorat ou à la chambre.

Le rapport est non seulement le premier document que les conseillers lisent pour se forger une première opinion, mais c'est également à partir du rapport qu'ils rédigeront leur projet d'arrêt. Les conseillers ont dès lors une idée précise de ce qu'ils attendent du travail de l'auditeur.

L'exposé des faits constitue le socle factuel qui servira de base au raisonnement juridique. Il faut donc qu'il soit en corrélation avec les moyens retenus. Or, si l'exposé des faits est central dans le travail des auditeurs, les conseillers sont plus attentifs à l'examen des moyens, comme nous le verrons dans la section suivante.

### 2.2.3. La rédaction de l'exposé des moyens

La liberté du conseiller n'est pas du tout la même pour les procédures classiques et pour la procédure en débats succincts, nous examinerons donc les procédures de manière différenciée. Nous verrons d'abord la procédure ordinaire pour envisager ensuite la particularité de la procédure en débats succincts.

#### 2.2.3.1 *La procédure en annulation*

Confrontés au rapport de l'auditeur qui a synthétisé et analysé les moyens, les conseillers rapporteurs doivent se prononcer à leur tour sur le fondement des moyens. Il faut d'emblée distinguer ce qui relève du **choix des moyens** et ce qui relève du **choix du raisonnement**.

Le choix des moyens, choix qui appartient à l'auditeur, circonscrit le travail du conseiller puisque ce dernier peut uniquement se pencher sur les moyens examinés par l'auditeur, sauf à rouvrir les débats. Par contre, un même moyen peut aboutir à des raisonnements différents, ce qui est le cas lorsque le conseiller décide de poser différemment le problème juridique. Nous verrons dans un premier point comment les choix des auditeurs contraignent ceux des conseillers. Dans un deuxième point, nous examinerons en fonction de quels critères les conseillers choisissent l'un ou l'autre moyen et ce qui les



motive le cas échéant à rouvrir les débats. Enfin, nous distinguerons les moyens et le raisonnement juridique dans une troisième section.

### ***2.2.3.1.1. Le choix des moyens***

Quelle que soit la procédure au fond, procédure ordinaire ou en débats succincts, les conseillers peuvent seulement se prononcer sur les moyens examinés par l'auditeur. Le(s) moyen(s) choisi(s) par l'auditeur contraignent les choix effectifs du conseiller.

Très souvent, l'auditeur n'examine pas tous les moyens, mais seulement ceux qu'il estime fondés. Certains conseillers lisent toutefois l'intégralité de la requête pour déterminer si d'autres moyens plus pertinents pourraient éventuellement fonder l'annulation.

« Quand je vois par exemple que l'auditeur s'est contenté d'examiner le troisième moyen et le quatrième moyen, on n'a pas examiné le premier, le deux...bon, là j'examine quand même tout moi-même, je veux avoir une vision du dossier la plus complète possible. Je ne vais pas me contenter uniquement d'aller lire les troisièmes et les quatrièmes moyens parce qu'ils ont été examinés par l'auditeur. Bon parfois j'arriverais à la même conclusion que l'auditeur, donc que les autres moyens ne tiennent pas la route. » (Conseiller 13, p.17)

Pour choisir le moyen qui fondera leur raisonnement, les conseillers sont limités par l'examen qu'en a fait l'auditeur, mais s'ils estiment qu'un moyen non examiné par l'auditeur pourrait fonder l'annulation, les conseillers rouvriront les débats. Cette boucle de rétroaction procédurale ne plait pas aux auditeurs qui doivent fournir un travail supplémentaire.

Par contre, quand l'auditeur propose un rejet, il examine l'ensemble des moyens pour les rejeter les uns après les autres.

Examinons les deux cas de figure suivants et leurs conséquences procédurales : lorsque l'auditeur a examiné un seul moyen et lorsque l'auditeur en a examiné plusieurs.

#### **A. Un seul moyen a été examiné par l'auditeur**

Si l'auditeur a pris le risque<sup>191</sup> de n'examiner qu'un seul moyen, le conseiller aura trois possibilités. Soit il partage la conviction de l'auditeur et il annulera ou suspendra sur base de ce seul moyen. Soit il n'est

---

<sup>191</sup> L'auditeur est conscient du risque de réouverture de débats lorsqu'il choisit de ne pas examiner tous les moyens. Nous renvoyons à la section qui concerne les auditeurs pour des développements sur ce point.

pas du tout d'accord avec le raisonnement tenu par l'auditeur et il proposera une réouverture des débats.

« Quand le dossier arrive chez nous on a un avis de l'auditorat qui a examiné parfois tous les moyens, parfois seulement un, que l'auditeur juge bon, donc ça c'est l'auditeur qui choisit l'attitude qu'il adopte, donc si l'auditeur n'a pas examiné tous les moyens, il vient avec un seul, donc nous à ce moment-là au fond, on ne peut que soit le suivre, soit ne pas le suivre, alors rouvrir les débats en demandant qu'il examine les autres moyens. » (Conseiller 2, p.2)

La troisième voie est la suivante : lorsque les conseillers ne sont pas totalement convaincus par le moyen retenu par l'auditeur, leur inclination à rouvrir les débats dépend de leur vision de l'action juridictionnelle. Font-ils primer la rigueur du raisonnement juridique ou l'impératif de rendre des décisions juridictionnelles dans un délai acceptable ? Si c'est ce deuxième objectif qui prévaut, les conseillers accueilleront tout de même le moyen qu'ils n'auraient pas choisi pour fonder l'annulation afin de ne pas allonger inutilement la procédure juridictionnelle.

« Il y a des auditeurs qui limitent plus leur examen, et ça, je me suis déjà rendu compte que ça peut être gênant si on n'est pas convaincu par le rapport d'auditeur, parce qu'alors, ça nous oblige à renvoyer à l'auditorat pour remettre un nouveau rapport, donc, c'est de nouveau du temps perdu, enfin, moi, je suis assez attaché au respect justement par la juridiction du délai raisonnable. Les gens ont le droit quand même d'avoir une solution dans un délai raisonnable. » (Conseiller 6, p.4)

Les conseillers doivent donc faire un arbitrage entre deux exigences : d'une part, rendre l'arrêt dans un laps de temps raisonnable ou d'autre part, choisir le meilleur moyen qui, de leur point de vue, pourra fonder l'annulation. Cette situation est différente de celle qui consiste, sur la base du moyen choisi par l'auditeur, à échafauder un autre raisonnement (cf. *infra* partie consacrée au problème juridique).

## **B. Plusieurs / tous les moyens ont été examinés par l'auditeur**

Lorsque plusieurs moyens ont été examinés par l'auditeur, le conseiller rapporteur a davantage de latitude. Il peut en effet choisir le ou les moyens qui lui semble(nt) le(s) plus approprié(s). La probabilité de réouverture des débats est moindre, bien qu'elle existe.

L'auditeur a examiné tous les moyens quand il s'agissait d'une affaire particulièrement délicate : l'auditeur a voulu « assurer ses arrières » et ne pas subir une réouverture des débats ne parvenant à anticiper la décision que prendra la chambre. C'est le seul cas où il n'y aura pas de réouverture des débats. C'est le cas de figure que les conseillers préfèrent, mais il est de plus en plus rare, vu l'arriéré existant dans certaines sections de l'auditorat.

« Certains vraiment ratissent très large et finalement, bon, c'est un gros boulot pour eux, mais pour nous, c'est très pratique, si on n'est pas tout à fait convaincu sur un moyen, on va voir les autres. » (Conseiller 6, p.4)

Quand l'auditeur propose le rejet, il a également examiné tous les moyens. Voyons à présent comment les conseillers choisissent le moyen qu'ils jugent aptes à fonder l'annulation.

### *2.2.3.1.2. Le choix du raisonnement*

Pour un même réseau de faits, il existe une multitude de problèmes juridiques qui s'articulent autour d'un même moyen. Par conséquent, plusieurs raisonnements peuvent être tenus à partir d'un même moyen. Choisir le problème juridique permet au conseiller rapporteur de recouvrer une certaine liberté dans son travail.

Au préalable, arrêtons-nous quelques instants sur une précision terminologique. Les arrêts peuvent être rendus sur « avis conforme » ou « avis contraire » de l'auditeur. Le caractère conforme ou contraire de l'avis tient à la congruence de son fondement. Lorsque le conseiller rapporteur se situe par rapport à un des moyens examinés par l'auditeur, il peut reprendre également son raisonnement, c'est-à-dire la question-problème telle qu'elle a été formulée par l'auditeur. Il arrive que l'auditeur déclare le moyen fondé pour une raison X et que le conseiller l'estime également fondé mais pour une raison Y, l'avis sera également « conforme » quoique que leur avis sur le problème juridique varie sensiblement. En revanche, si l'auditeur conclut au rejet et le conseiller au fondement, l'avis sera « contraire ». Dans ces deux derniers cas pourtant, le raisonnement du conseiller divergeait de celui de l'auditeur.

« L'auditeur peut très bien conclure à l'annulation pour tels motifs et nous pouvons faire un arrêt qui annule mais sur un raisonnement différent mais sur les mêmes moyens. C'est très paradoxal, je sais que je disais tout à fait le contraire de l'auditeur mais ça arrivait au même résultat. » (Conseiller 2, p.30)

Le conseiller rapporteur peut choisir d'emprunter un autre raisonnement bien que le résultat, c'est-à-dire sa conclusion consistant à se prononcer sur le fondement ou le rejet du moyen, soit la même que l'auditeur.

Les conseillers tentent généralement de simplifier le raisonnement de l'auditeur. Il arrive également qu'ils ne soient pas d'accord avec l'interprétation de la règle de droit ou qu'ils aient à l'esprit les conséquences de l'arrêt.

« Il se peut aussi qu'on décide d'appliquer un autre raisonnement pour aboutir au même résultat. C'est assez fréquent ça d'ailleurs. On peut très bien aboutir au même résultat mais autrement, en utilisant un raisonnement plus simple ou en n'entrant pas dans un raisonnement avec lequel on n'est pas d'accord car on sait très bien que, appliqué à d'autres, on sait bien que ça aboutit à des résultats

qui ne sont pas meilleurs ou simplement on n'est pas d'accord avec l'interprétation de telle règle qui est proposée par l'auditeur mais on arrive quand même au même résultat. » (Conseiller 1, p.3)

Lorsque le conseiller rapporteur n'est pas convaincu par le raisonnement de l'auditeur, il mobilisera un autre appui décisionnel : la jurisprudence.

« Je fais des recherches de jurisprudence quand je ne suis **pas convaincu** par des raisonnements. L'auditeur nous donne un raisonnement, il cite de la jurisprudence, je vais commencer par aller vérifier ce qu'il cite ou éventuellement, il cite de la jurisprudence mais dans le dernier mémoire ou dans les écrits de procédure, les parties citent une autre jurisprudence, je vais commencer par aller vérifier ce qui est cité par l'auditeur et par les parties. Et si finalement, la solution qui est proposée par l'auditeur ne me convainc pas, je vais moi-même aller vérifier s'il n'y a pas eu des autres arrêts. » (Conseiller 6, p.14)

Lorsque la jurisprudence n'est pas encore établie parce qu'un problème nouveau se pose, le travail du conseiller rapporteur s'apparente alors à celui de l'auditeur. Il fait des recherches de jurisprudence afin d'essayer de dégager des solutions, les cas échéant par analogie, il consulte alors également la doctrine.

« C'est un problème qui se pose lorsqu'on se trouve face à une nouvelle problématique où la solution n'est pas encore vraiment dégagée, comme en matière d'environnement, la loi change très souvent. Ou lorsqu'on a un avocat un peu créatif qui aborde une question de manière à laquelle on n'aurait pas songé en fait, a priori. Ça peut arriver. On a parfois des cas, voilà, j'ai un cas, dans le dernier mémoire, l'avocat de la partie intervenante, société de téléphonie mobile, réagit au rapport de l'auditeur en citant la jurisprudence qui, en réalité, parle d'une autre problématique mais en disant que ça peut être transposé à ce cas-là et que donc, voilà, la jurisprudence à laquelle l'auditeur se réfère n'est pas la bonne parce que le Conseil d'État dans une autre problématique a tranché autrement, il faut se dire : « Est-ce qu'il a raison ? Est-ce qu'on peut transposer ça tel quel ? Est-ce qu'on ne peut pas le transposer ? » Dans ce cas-là, on estimait que ça pouvait pas être transposé tel quel. Et alors là, il faut aller fouiller un petit peu, et dans ce cas-là, par exemple, je vais voir les... les arrêts qui sont cités par l'avocat des GSM, mais évidemment, je me doute bien que l'avocat n'a pas tout cité, donc je vais continuer à fouiller sur cette question. » (Conseiller 6, pp.15-16)

### *2.2.3.1.3. La réouverture des débats pour pouvoir choisir le moyen*

La réouverture des débats se déroule dans deux cas de figure procéduraux : dans la procédure ordinaire et dans la procédure en débats succincts. Dans la procédure en annulation, l'auditeur peut choisir d'examiner un seul moyen. Si les conseillers estiment que ce moyen n'est pas le plus pertinent et qu'un autre moyen serait plus apte à fonder l'annulation, ils peuvent rouvrir les débats. Selon les chambres, les réouvertures des débats sont imposées ou négociées.

La réouverture des débats permet aux conseillers de choisir un moyen qui leur paraît plus approprié pour résoudre l'affaire. La décision de réouverture n'est pas anodine, il faut donc qu'elle paraisse légitime. Dans cet extrait, le choix de la réouverture paraissait positif puisqu'il s'agissait de régler définitivement une affaire et de la sorte éviter un **carrousel**.

« Il est rarissime, on l'a déjà fait dans un arrêt, où nous pouvions trancher l'affaire immédiatement parce qu'un des moyens était fondé mais c'était une affaire à rebondissements et nous savions qu'un carrousel allait se présenter à nouveau et qu'il y avait un moyen qui permettait de donner une solution définitive à la question. Donc nous avons constaté que le moyen qui avait été examiné était fondé mais nous n'avons pas annulé à ce moment-là, c'est un peu hérétique comme manière de procéder..., nous avons rouvert les débats pour permettre à l'auditeur d'examiner un moyen de la requête qui nous paraissait conduire à une annulation non pas plus étendue, mais aux **effets plus définitifs**. Et alors, nous avons renvoyé l'affaire et elle est revenue devant nous et nous avons tranché sur la base des deux moyens alors que le premier était suffisant. Mais parce que nous pouvions interrompre le carrousel. » (Conseiller 12, p.3)

Par contre, pour les **vieux dossiers**, le calcul est délicat.

« **L'ancienneté** du dossier c'est quelque chose qui pèse énormément je crois sur les épaules des conseillers d'État qui se rendent compte que parfois certains dossiers ont mis cinq à six ans avant d'arriver à une fixation pour une audience. Si je dois **rouvrir les débats** c'est aussi un **choix cornélien**, parce qu'on doit voir dans quelle mesure si on ne devait pas suivre la voie proposée par l'auditeur, si on ne va pas rallonger de manière déraisonnable le délai pour trancher l'affaire ici devant le Conseil d'État. » (Conseiller 13, p.1)

Lorsque la réouverture des débats ne modifie pas l'issue du litige, le choix est difficile. C'est en quelque sorte pour la beauté du geste, pour la rigueur du raisonnement juridique, plus que pour la solution du litige. Ces réflexions ne résistent généralement pas à des considérations liées à l'efficacité du recours et à l'obligation qu'a le Conseil d'État de rendre des arrêts dans un délai raisonnable. Les conseillers se demandent dès lors s'ils n'allongent pas *inutilement* les délais.

Envisageons à présent la situation particulière des débats succincts.

### ***2.2.3.2. La situation particulière des débats succincts***

L'auditeur qui décide que l'affaire ne se prête qu'à des débats succincts contraint doublement le travail des conseillers car il réduit la latitude de ces derniers en ce qui concerne le choix des moyens qui est nécessairement limité et en ce qui concerne le raisonnement. Si les conseillers partagent les conclusions de l'auditeur, ils acceptent la procédure de l'article 93 et l'affaire sera définitivement tranchée. Par contre, s'ils ne sont pas convaincus, ils peuvent renvoyer l'affaire à la procédure ordinaire.

Pour accueillir la procédure en débats succincts, les conseillers se basent sur des considérations de deux ordres. D'une part, ils vérifient que l'affaire n'appelle que des débats succincts, c'est-à-dire que l'illégalité qui fonde le recours est flagrante, manifeste. Lorsque l'examen doit être minutieux, qu'il amène les conseillers à « chipoter », l'illégalité ne peut plus être considérée comme manifeste et ils renvoient à la procédure ordinaire.

« Lorsqu'il y a certains moyens qui pourraient amener à des discussions, surtout, bon si je suis tout seul, j'ai une audience tout seul, enfin, j'ai un moyen qui relève une erreur de fait manifeste flagrante, et un autre qui porte plus sur l'étendue de l'obligation de motivation où là, on commence déjà à chipoter sur ce qui doit se trouver, sur ce qui ne doit pas se trouver. Je vais plutôt choisir le moyen flagrant et je vais pas me prononcer sur le reste parce que je trouve a priori que, en débats succinets, on doit aller à ce qui est **le plus manifeste**. Donc, s'il y a des questions qui peuvent faire jurisprudence, en fait, qui doivent être tranchées, je réserve plutôt ça à des audiences à trois. Donc, je renverrais à trois que s'il n'y a pas moyen de faire autrement, si on peut statuer tout de suite sur un moyen manifeste, je m'arrêterai à ça. » (Conseiller 6, p.10)

Il en va de même si l'affaire amène le conseiller à trancher des questions non encore élucidées par la jurisprudence. Le conseiller ne souhaite pas trancher de nouvelles questions seul.

Par ailleurs, certains conseillers, face à une question délicate, décident d'accepter la procédure en débats succinets bien que le problème juridique soit difficile et amène des développements plus conséquents que des débats succinets. C'est le cas lorsqu'ils sont d'accord avec le raisonnement de l'auditeur. C'est particulièrement le cas lorsque sont en jeux de vieux dossiers.

« Quand on lit le rapport on se dit : « Débats succinets OK, moi je n'aurais pas fait ça en débats succinets » mais on est quand même convaincu par le raisonnement de l'auditeur. Et donc on se dit à quoi ça sert de rouvrir les débats et de dire que ça, ça doit être discuté au fond si de toute façon on est convaincu par ce qu'a dit l'auditeur ? On suit le rapport et on fait l'arrêt en disant qu'on partage les conclusions de l'auditeur et puis... et puis voilà. Moi ça m'est arrivé plus d'une fois, de le faire alors que je me dis que franchement c'est quand même une question un petit peu délicate et qu'il aurait mieux valu pouvoir avoir des derniers mémoires sur le rapport. » (Conseiller 16, p.28)

Le conseiller jouit d'une marge de manœuvre plus limitée que l'auditeur, ce qui est spécialement le cas en débats succinets. Il existe toutefois une porte de sortie procédurale qui consiste à rouvrir les débats, tout en sachant que cette boucle procédurale va retarder le prononcé de l'arrêt. Examinons à présent quels sont les critères pratiques qui guident l'examen des moyens dans le chef des conseillers.

## 2.2.4. L'examen pratique des moyens

Comment les conseillers orientent-ils leur examen des moyens ? Comment se dirigent-ils vers un raisonnement juridique ? Nous l'avons dit, le travail des conseillers est contraint par le rapport de l'auditeur qui définit, par les moyens qu'il a choisi d'examiner, le périmètre d'examen du conseiller. Le deuxième élément permettant de comprendre les choix du conseiller est la prise en compte, dans leur décision, des impacts juridiques qu'aura l'arrêt. Les conseillers anticipent les retombées juridiques de leur décision.

Les conseillers sont tout d'abord très attentifs aux impacts qu'aura la décision, qu'il s'agisse de l'impact sur la situation litigieuse ou de l'impact qu'aura le recours sur la jurisprudence. Les effets de la

décision guident donc dans une large mesure le choix des moyens (section 2.2.4.1.). Cette tendance est cependant infléchie lorsque le magistrat siège seul. Ainsi, en référé (section 2.2.4.2.), le conseiller veille à ne pas se prononcer sur des questions non encore résolues par la jurisprudence.

### *2.2.4.1. Les conséquences de l'arrêt*

L'arrêt rendu a un double impact. L'arrêt a d'abord un impact sur le cas concret (point 2.2.4.1.1.). Lorsque l'acte est annulé, l'arrêt livre des balises à l'administration pour la réfection de son acte. En outre, le requérant espère que l'arrêt aura un effet utile et que l'acte sera « définitivement » annulé.

Le second impact est plus général et concerne le corpus de jurisprudence (point 2.2.4.1.2.). L'arrêt s'intégrera dans une jurisprudence qui lui préexiste. Soit il confirmera la jurisprudence, soit il la nuancera, ou plus rarement, il l'amendera. Les magistrats sont très attentifs à la manière dont sont, d'une part, choisis les moyens qui fonderont l'annulation, mais également à la manière dont ils formulent la motivation de l'arrêt pour tenter de maîtriser les conséquences de ce dernier sur la jurisprudence, ainsi que pour réguler le flux des recours futurs.

#### *2.2.4.1.1. L'impact sur le cas concret*

L'arrêt a des conséquences pour les parties au litige. L'arrêt met un terme à la procédure contentieuse au Conseil d'État. Cependant, le recours au Conseil d'État peut constituer le point de départ d'autres procédures : procédure judiciaire ou nouvelle décision prise par l'administration. L'arrêt doit donc fournir des indications claires et utiles pour les parties, tout en limitant les éventuelles extrapolations, particulièrement pour ce qui concerne les procédures judiciaires subséquentes.

« Une des choses qui sont importantes c'est de voir quel moyen on retient ou on ne retient pas, je veux dire quand on annule naturellement et là il y a un certain pouvoir de choix auquel l'auditorat participe évidemment de manière très importante. Mais selon qu'on annule un acte pour violation d'une formalité ou pour défaut de motifs, ou pour erreur manifeste d'appréciation, ça n'a presque rien à voir dans les **conséquences**, et donc là, il y a quand même aussi une certaine stratégie disons dans la manière dont on va appréhender un dossier. On doit réfléchir, quand on annule, dire quelle est l'annulation la plus **utile** d'une part au requérant mais aussi à une bonne justice, et quelle est celle qui va permettre à l'administration de... de fonctionner dans le respect du droit mais de manière **efficace**, donc tous ces impératifs-là doivent être dans la balance pour voir comment on gère un dossier. » (Conseiller, 2 p.1)

Nous envisagerons les effets de l'annulation du point de vue du requérant pour qui l'annulation doit être utile. Ensuite, nous verrons comment l'arrêt peut guider l'autorité administrative sans toutefois entraver ses prérogatives.

## **A. Les effets de l'annulation dans le chef du requérant**

La procédure au Conseil d'État clôt un chapitre de l'histoire de la décision. Soit la décision est annulée – l'acte disparaît manière rétroactive –, soit elle n'est pas annulée et continue d'exister dans l'ordre juridique. En outre, l'arrêt pèse juridiquement lors des procédures ultérieures. Les conseillers sont dès lors attentifs à la manière dont ils utilisent chaque mot dans l'arrêt. En effet, celui-ci pourrait être le point de départ d'une nouvelle procédure administrative, ou d'une action en dommages et intérêts devant les tribunaux judiciaires, le demandeur de dommages et intérêts se fondant alors sur l'arrêt du Conseil d'État.

« Le conseiller doit toujours penser au produit fini, et par conséquent, il doit se montrer beaucoup plus rigoureux en quelque sorte, parce qu'il doit se dire, après l'arrêt, qu'est-ce qu'il pourrait se passer, que vont faire les parties après l'arrêt ? Ils vont se mettre à l'interpréter chacun en tirant de son côté, ce qui pourrait donner lieu à des procédures administratives nouvelles, de réformation, de réfection de l'acte ou un procès civil etc., on va se mettre à interpréter l'arrêt, donc on doit se montrer très rigoureux. » (Conseiller 11, p.33)

## **B. Les effets de l'annulation dans le chef de l'autorité administrative : l'hypothèse de la réfection de l'acte**

Les magistrats ne sont pas unanimes sur la question de la réfection de l'acte. Certains conseillers privilégient des moyens de forme afin d'éviter de se substituer à l'administration alors que d'autres préfèrent annuler sur base d'un moyen de fond afin de baliser l'action administrative. Ces attitudes renvoient à des perceptions différentes du rôle du Conseil d'État à l'égard du pouvoir exécutif.

### **a) Eviter de se substituer à l'administration**

Certains magistrats tiennent à éviter d'empiéter sur les compétences de l'administration. Ils préfèrent alors annuler sur base de moyens de légalité externe, tels que le moyen pris de la violation à la loi de 1991 sur la motivation formelle des actes administratifs, pour laisser à l'administration une latitude dans la réfection de l'acte.

« Ma tendance, mais c'est purement personnel, c'est d'éviter absolument de me mettre à la place de l'administration. Donc, si on en arrive à un moyen qui permet à l'administration de reprendre son travail, de se rendre compte qu'il y a un problème, de rouvrir le dossier, de décider soit la même chose mais en formulant autrement et en écartant les autres positions sur la base d'un raisonnement exprimé différemment, c'est son job. Si on a dit qu'il y a une erreur manifeste. Elle est coincée. » (Conseiller 12, p.7)

« Le raisonnement a changé depuis la loi de 1991. Depuis qu'elle existe justement pour éviter de passer la frontière de la substitution de l'appréciation, très souvent on dit : votre motivation ne tient pas. On considère que ça ne tient pas, mais on se garde bien de dire la façon dont il aurait fallu



décider. Très souvent et si vous voyez la jurisprudence c'est manifeste, dès qu'on peut sanctionner la motivation formelle elle-même, on s'en tient là. Recommencez votre boulot, et puis après on verra. Très souvent on se retranche uniquement derrière un problème de motivation pour justement ne pas aller plus loin et justement ne pas risquer d'empiéter sur les compétences de l'administration. » (Conseiller 9, p.1)

En trame de fond, on retrouve l'idée de séparation des pouvoirs qui guide le choix des conseillers. Le Conseil d'État est le juge de la légalité des actes de l'administration. En tant que tel, son statut de juridiction le rend indépendant de l'exécutif. Le Conseil d'État ne peut se substituer à l'autorité administrative, sa compétence étant une compétence d'annulation et non de réformation, en règle.

### **b) Donner des indications utiles à l'administration**

D'autres magistrats sont soucieux du rôle pédagogique du Conseil d'État. Les arrêts constituent souvent le commencement d'un nouveau processus décisionnel et il leur importe de donner toutes les indications utiles à l'administration pour qu'elle puisse adopter une décision la plus conforme à la légalité. Le but est d'éviter les carrousels.

« Je trouve que c'est là où on peut faire œuvre utile et donner des indications utiles à chacune des parties. Parce que, dans le contentieux de la fonction publique, l'idée de mon président de chambre, c'est aussi que l'autorité puisse retirer un intérêt palpable de l'arrêt, sans non plus faire des leçons de droit, c'est pas le but. Que si une procédure doit être recommencée, que l'autorité soit le mieux informée possible. » (Conseiller 3, p.2)

« Je suis tout à fait hostile à une jurisprudence du moindre effort, parce que si on annule sur une question de forme alors qu'il y a aussi une irrégularité de fond... je vais prendre le cas où l'auditeur a analysé et a conclu qu'il y avait une irrégularité de fond. Mais si l'auditeur n'en a pas parlé, ce qu'on a déjà vu, c'est que l'autorité reçoit l'arrêt d'annulation, corrige le vice de forme et reprend une même décision, et là, s'il y avait une irrégularité de fond, on a fait un tour pour rien, on a perdu un temps important avant d'annuler et de venir dire qu'il y a irrégularité de fond » (Conseiller 10, p.6)

Le rôle du Conseil d'État dans cette vision du recours est différent. Le Conseil d'État doit assumer un rôle « pédagogique », voire normatif à l'égard de l'administration. Ces magistrats privilégieront les moyens de légalité interne qui permettent à l'annulation d'avoir des effets plus étendus.

Officiellement, peu importe le choix des moyens : les effets de l'arrêt sont déclarés virtuellement les mêmes.

« Les lois coordonnées sur le Conseil d'État nous permettent, si un moyen est fondé, de n'examiner que ce moyen-là. Lorsque c'est le cas, nous disons à la fin de l'arrêt : « Considérant qu'il n'y a pas lieu d'examiner l'autre moyen de la requête qui, à le supposer fondé, ne pourrait conduire à une annulation plus étendue ». C'est la formulation que nous utilisons dans notre chambre pour couper court à toute discussion parce que ce qui compte dans notre contentieux, c'est finalement l'annulation de l'acte attaqué. » (Conseiller 3, p.1)

L'arrêt a des impacts importants sur la décision individuelle contestée, que les impacts concernent le requérant ou l'autorité administrative qui doit refaire l'acte. Abordons à présent l'impact de l'arrêt au niveau de la jurisprudence.

### *2.2.4.1.2. L'impact de la décision sur la jurisprudence*

Le deuxième impact concerne l'ensemble du corpus de jurisprudence dans lequel le nouvel arrêt va s'insérer. L'arrêt peut soit confirmer, soit nuancer, soit modifier la jurisprudence précédente. Il peut également créer une nouvelle jurisprudence, la question n'ayant jamais été traitée auparavant.

Si les auditeurs prennent l'initiative de proposer une évolution de la jurisprudence, ce sont les conseillers qui ont le pouvoir de la modifier, mais ils en portent surtout la responsabilité. L'arrêt qu'ils rédigent sera public et aura l'autorité de la chose jugée. L'impact qu'aura la décision dans l'ordre juridique incite les conseillers à adopter une posture décisionnelle empreinte de cohérence, de prudence et de responsabilité.

« C'est une discipline que nous avons à peu près tous, qui est de ne trancher que ce qui est indispensable de façon à laisser toutes les portes ouvertes à l'avenir. Je ne voudrais pas trancher quelque chose qui n'est pas indispensable pour laisser la possibilité au plaideur de poser le problème différemment parce que l'imagination des plaideurs se nourrit de la jurisprudence et de la doctrine. Donc je suis extrêmement prudent et je crois que les autres sont prudents aussi. C'est très cadré par le dossier et par une **exigence de prudence et de cohérence**. » (Conseiller 12, p.3)

Les conseillers sont donc très attentifs à ce que l'arrêt qu'ils rendent soit **cohérent** avec les arrêts déjà prononcés par le Conseil d'État. Lorsque les moyens choisis sont à même de créer une jurisprudence novatrice, les conseillers choisissent cette voie avec **prudence** et responsabilité, sachant que chaque mot compte.

#### **A. La cohérence : les arrêts qui confirment ou nuancent la jurisprudence existante**

Participer à la cohérence de la jurisprudence est une préoccupation très présente dans le raisonnement pratique des conseillers. Les conséquences qu'aura l'arrêt dans le corpus juridictionnel sont prises en compte. Cela implique, au niveau individuel, de ne pas se contredire d'un arrêt à l'autre. Au niveau de la chambre, les conseillers essaient également de maintenir une jurisprudence unifiée. Notons toutefois qu'au niveau du Conseil d'État, la cohérence de la jurisprudence est un vœu pieux.

Le **conseiller** veille généralement à ne pas se déjuger d'une affaire à l'autre. Il est attentif à donner une cohérence à l'ensemble des arrêts qu'il prononce.

« Quand je sais que j'ai déjà des choses du même genre, quand je sais que j'ai déjà eu un moyen de ce type-là et que je sais que j'y ai déjà répondu, on essaie de rester cohérent et de reprendre les grandes lignes qui ont été tracées depuis toujours. » (Conseiller 9, p.9)

Au niveau de la **chambre**, cet impératif est de plus en plus présent et est dû à l'utilisation parfois massive de l'article 93 ou au recours systématique à la requête unique. Siégeant de plus en plus souvent seuls, les conseillers sont attentifs à rester dans les rails fixés par la jurisprudence de leur chambre. Lorsqu'ils sont seuls face à un cas qui n'a jamais été tranché et qui pourrait avoir une incidence sur la jurisprudence de la chambre, ils en discutent informellement pour se mettre d'accord. Ils peuvent également décider de prendre l'affaire à trois juges, bien que la procédure en prévoie un seul<sup>192</sup>.

« Je crois que nous sommes extrêmement attentifs à la cohérence de la jurisprudence et à ne pas innover pour le plaisir. Même si on juge à juge unique, je constate que dans l'équipe des cinq, dès qu'il y a un problème neuf en réalité on délibère informellement. On va toujours en parler. » (Conseiller 12, p.1)

Enfin, au niveau du **Conseil d'État**, la cohérence de la jurisprudence est un objectif difficilement atteignable. Les conseillers parviennent déjà difficilement à être au courant de toutes les décisions de leur chambre, *a fortiori*, ils ne savent pas prendre connaissance systématiquement tous les arrêts qui sortent dans les autres chambres. C'est encore plus vrai entre rôles linguistiques, puisque les divergences de jurisprudence sont parfois très marquées. Certaines questions sensibles ou d'intérêt général (qui sont souvent des questions procédurales) sont débattues en assemblée générale. Les arrêts auront alors un effet unificateur.

## **B. Pour les arrêts novateurs, la prudence est de mise**

Lorsque l'arrêt crée une nouvelle jurisprudence, ce qui est le cas quand le recours contient une question de droit sur laquelle le Conseil d'État ne s'est pas encore prononcé, ou lorsqu'il modifie une jurisprudence établie, les effets en matière de flux de nouveaux dossiers ne seront pas négligeables (point a). En outre, toute modification du paysage normatif de l'administration est minutieusement pesé (point b).

---

<sup>192</sup> Nous examinerons cette question dans le point 4.1

### **a) Limiter le flux des futurs recours**

L'ouverture de la jurisprudence à un nouveau type de contentieux génère plus de travail<sup>193</sup> pour les magistrats puisqu'il permet une série d'ouvertures de recours qui, jusque là, étaient jugés irrecevables. L'arrêt qui « ouvre une porte » sera utilisé dans l'argumentaire des futurs requérants. Les conseillers en sont conscients et pèsent les effets de ces arrêts novateurs pour, dans une certaine mesure, tenter de réguler le flux de nouveaux recours.

« Dans certains cas on peut avoir entre guillemets envie, de profiter d'un dossier pour régler telle ou telle question qui se pose dans ce dossier-là. Dans d'autres cas au contraire, on ne veut pas trancher la question, soit parce qu'on n'est pas d'accord entre nous, ou bien on n'est pas sûr, ou bien on se dit : « Oui si on dit ça on va avoir des paquets de recours derrière qui vont l'invoquer », donc ça peut être aussi un moyen qui est embarrassant. » (Conseiller 2, p.3)

Pour tenter de limiter l'instrumentalisation de l'arrêt par les plaideurs, les conseillers adoptent un style rédactionnel contingent qui limite les effets de l'arrêt au seul cas tranché. Le deuxième levier pour limiter le flux des requêtes futures est de choisir les moyens qui mettent en cause le choix concret de l'autorité en situation plutôt que des questions de droit.

#### **■ Rédaction parcimonieuse et contingente**

Il existe plusieurs techniques rédactionnelles pour réguler le nombre de recours ultérieurs.

Les conseillers veillent à répondre uniquement au moyen, de la manière la plus **concise**, pour éviter que des considérations superflues soient interprétées et instrumentalisées par la suite.

« Il ne faut pas répondre davantage que ce qu'imposent les termes et le traitement du moyen. L'auditeur peut éventuellement émettre des considérations plus générales sur lesquelles il fonde sa thèse. Dans l'arrêt on fait l'économie de ces considérations générales car l'arrêt pourra être interprété. L'auditeur, quand il établit un rapport, c'est riche qu'il nourrisse son rapport de considérations étrangères au cadre strict tracé par le moyen. » (Conseiller 9 p.3)

« Dans les arrêts, **moins on en dit mieux ça vaut**. Si c'est pas nécessaire de le dire, il vaut mieux ne pas le dire. Donc on essaie quand on invoque la règle de droit et la jurisprudence de limiter au cas, « dans le cas d'espèce... ». On essaie de resserrer un maximum, de manière à ne pas, à ce qu'on ne puisse pas se servir de cet arrêt-là dans d'autres cas. » (Conseiller 16, p.15)

Une autre technique rédactionnelle pour limiter les recours consiste à rédiger les arrêts de manière **contingente** afin d'éviter les extrapolations. L'arrêt vaut pour le cas actuel et n'est pas un arrêt de principe.

« Dans la manière dont on écrit un arrêt, on peut être plus ou moins doctrinal. Ah là on peut dire : « **Dans ce cas-ci et vu les circonstances de l'espèce** et en rappelant qu'il a été entendu tel jour machin truc, heu c'est illégal et j'annule ». Ou bien on peut dire au contraire une belle phrase qui va être

---

<sup>193</sup> Cela a par exemple été le cas de l'arrêt qui a admis la requalification des mesures d'ordre intérieur en sanctions disciplinaires déguisées. Voir l'arrêt Ways n°3678 du 24 septembre 1954 cité par M. Leroy (2011, p.219).

reprise dans tous les manuels de droit : « On ne peut pas révoquer un agent sans faire ceci cela ». Et ça on sait que les plaideurs vont le reprendre, les professeurs vont le reprendre et ça va faire des petits tout au long. Et donc ça, je pense qu'on fait attention quoi. Et les magistrats, on doit, je pense éviter la tentation de faire de la doctrine dans la jurisprudence. Parce que c'est tentant d'écrire un beau principe en se disant : « Ah j'ai raison et tout, je vais mettre ça... », mais attention, une fois qu'on l'a dit en termes généraux, il va revenir, revenir. Donc plus on est général, plus ça va revenir, surtout si on dit quelque chose de nouveau bien sûr. » (Conseiller 2, p.6)

Les conseillers évitent de rédiger l'arrêt en termes généraux – ils se réfèrent alors au « style doctrinal » – et préfèrent adopter un style rédactionnel circonstancié. Ils tentent d'éviter de la sorte les généralisations qui peuvent donner l'impression d'un arrêt de principe, de nature à faciliter les interprétations et surtout les transpositions des enseignements du Conseil d'Etat dans d'autres affaires.

C'est particulièrement le cas lorsque la jurisprudence est balbutiante, insuffisamment balisée ou lorsque le cas à trancher est totalement neuf. Lorsque le cas est simplement un cas d'application, les formules sont reprises d'un arrêt à l'autre.

Les conseillers sont par conséquent très attentifs à la formulation des arrêts. La liberté rédactionnelle est bien plus grande dans le chef des auditeurs qui ne doivent pas avoir égard aux répercussions de leur rapport dans l'ordre juridique.

« Je vois bien quand on discute qu'on pèse vraiment le pour et le contre, on se dit : « Tiens oui, ça, ça a déjà été décidé, c'est conforme à la jurisprudence. Mais attention, si tu mets ça ici, ça va vouloir dire que dans tels cas, on devra tirer telles conséquences, or ça, ça va pas. » On fait très attention. » (Conseiller 6, p.17)

### ■ **Privilégier les moyens de fait**

Il importe de distinguer les moyens de droit qui ont un impact sur la jurisprudence des moyens de fait qui ont un impact sur l'unique cas à trancher. Lorsqu'il s'agit d'un moyen de fait, l'administration s'est trompée en prenant concrètement sa décision. Les éléments de fait qui entourent la décision ont, par exemple, été incorrectement appréciés et c'est cette erreur qui sera sanctionnée. Par contre, lorsqu'il s'agit d'un moyen de droit, le contrôle porte sur l'interprétation qui a été faite de la norme. Lorsque les conseillers ne veulent pas trop engager le Conseil d'État pour l'avenir, ils privilégient les moyens de fait.

« Un moyen plus de droit qui est reproductible et donc là, on peut, c'est sûr qu'on peut avoir envie de se dire annulons plutôt pour autre chose, monsieur ou madame x est quand même content et le reste on verra un jour ou l'autre quoi. Donc je pense à des moyens, je sais pas, qui peuvent mettre en cause une pratique administrative ou...donc ça peut jouer dans les deux sens quoi, des moyens comme ça qui peuvent engager pour d'autres affaires, ben soit justement on se dit c'est l'occasion d'affirmer que nous on va dans tel sens, ou bien au contraire nous n'allons pas sur ce terrain-là. » (Conseiller 2, pp.3-4)

## **b) Impacter les pratiques concrètes de l'administration**

Quand les conseillers décident de baliser l'action administrative en prenant un arrêt plus novateur ou de nature à contraindre l'administration dans ses pratiques décisionnelles, les magistrats sont attentifs à maintenir l'équilibre entre l'intérêt du fonctionnaire et celui du bon fonctionnement du service. Le Conseil d'État ne doit pas entraver l'action administrative.

« Il y a quand même deux grands intérêts majeurs, l'un c'est la légalité tout simplement, et l'autre c'est la praticabilité des solutions. Donc c'est vrai que avant d'affirmer une règle ou un principe dont on sait qu'il va poser des gros problèmes de fonctionnement, ou prendre énormément de temps à l'administration etc., on réfléchit. Et c'est peut-être dans le pilotage des décisions une chose très importante et pas toujours facile au fond de mettre en balance ben forcément, les **droits de l'agent** et l'intérêt du **bon fonctionnement administratif**. Au-delà de ça, la rigidité légale, et les besoins, enfin l'idée de ne pas rendre la vie impossible non plus à une administration. En fonction publique, c'est la grande problématique c'est d'essayer d'affiner la protection juridictionnelle des fonctionnaires, mais en sauvegardant quand même les nécessités du bon fonctionnement du service. [...] Et ça, on le ressent quand même fort, dans toutes sortes d'affaires, c'est un peu récurrent, en arrière plan des questions purement juridiques, on doit se mettre à la place des deux parties, d'un côté à la place du **requérant** qui subit une mesure plus ou moins **injuste** avec tout ce qu'on peut mettre derrière ça, mais aussi à la place de **l'administration** qui a la responsabilité d'un service et qui a des obligations vis-à-vis des usagers et qui doit quand même pouvoir faire marcher sa boutique. » (Conseiller 2, p.4)

### *2.2.4.2. L'impact de la composition du siège sur les nouvelles questions de droit*

En référé, le magistrat siège seul. Le choix du moyen se porte généralement sur des questions de droit qu'il juge **incontestables**. Il en est ainsi lorsque le cas à trancher est un cas d'application d'une jurisprudence claire et constante. Lorsque des questions nouvelles se posent et pourraient avoir un impact sur la jurisprudence, le conseiller préfère les juger collégalement.

« Lorsqu'il y a des questions de droit où il y a une jurisprudence claire **incontestable** qui est bien arrêtée depuis des années, si ça, c'est soulevé et qu'à côté de ça, il y a d'autres moyens qui finalement seraient peut-être intellectuellement plus enrichissants parce que ça soulève des nouvelles questions qui n'ont pas encore été tranchées, où la question ne s'impose pas d'évidence, toute seule, en tous les cas, quand je siège en juge unique, je vais, enfin... ici on dit en référé, je vais aller vers ce qui n'est pas, ce qui n'appelle aucune contestation, aucune discussion. C'est pour ça qu'on a des audiences à trois, c'est pour réserver pour ces audiences-là ce qui peut être, ce qui peut donner lieu à des évolutions, à des nouvelles questions. » (Conseiller 6, p.10)

Le conseiller siégeant seul fait généralement passer les bénéfices de l'annulation au second plan, ce qui n'est pas le cas lorsque la chambre compte trois juges.

« Lorsque l'auditeur examine plusieurs moyens qu'il estime également fondés je fais mon marché là dedans, et je prends celui qui me paraît le... pas nécessairement celui qui va amener à **l'annulation** la plus complète, mais celui qui me paraît le **moins contestable**. » (Conseiller 6, p.10)

En outre, le conseiller veille à ne pas engager les autres conseillers de la chambre lorsqu'il siège seul. Certaines questions de droit posées en suspension peuvent avoir un impact sur la procédure au fond. C'est typiquement le cas pour la recevabilité des recours.

« Ce qui est important quand on se prononce dans un siège à juge unique, c'est d'avoir égard à la façon dont on risque d'engager la chambre. Par exemple, j'ai eu une affaire en référé. Au stade de l'examen de la demande en suspension, est soulevée une exception d'irrecevabilité qui touche la demande en suspension mais aussi la demande en annulation. Autant que possible, j'essaie de ne pas me prononcer sur cette exception pour ne pas d'une part entraver le délibéré ultérieur et d'autre part, s'exposer au désaveu de la chambre car pour le justiciable c'est déconcertant d'avoir une décision qui au stade du référé juge que la décision est irrecevable et au stade de l'annulation est recevable. » (Conseiller 9, p.1)

Nous venons de voir ce qui guide les conseillers lors de la rédaction du projet d'arrêt en contexte. Une fois le projet d'arrêt rédigé, le conseiller rapporteur l'envoie aux membres de la chambre qui siègeront ainsi qu'à l'auditeur<sup>194</sup>. Disposer des projets d'arrêt pendant l'audience permet à la chambre de se réunir directement après l'audience, avec tous les éléments de l'affaire en tête pour pouvoir délibérer directement.

« Lorsque le projet d'arrêt est terminé, il est distribué aux deux autres membres de la chambre qui ont donc le projet avant l'audience. Ça fait partie de la farde qui reprend le rapport de l'auditeur, les derniers mémoires, et le projet d'arrêt. Et le projet d'arrêt est également communiqué à l'auditeur. » (Conseiller 15, p.1)

Voyons à présent comment se déroule l'audience et comment elle participe du processus décisionnel.

### 3. Le déroulement de l'audience

Lors de l'audience, les parties ont l'occasion de se rencontrer pour faire valoir leurs arguments. C'est à ce moment que l'auditeur exprime son avis sur le dossier et que le conseiller rapporteur pose les questions qu'il juge nécessaires. C'est le moment de la passation du relais. Le travail de l'auditeur s'achève par l'avis oral et le travail des conseillers « commence ». Dans les faits, le conseiller rapporteur a déjà largement dégrossi le travail. L'audience constitue le moment charnière où le dossier quitte définitivement l'auditorat et entre exclusivement dans le giron des chambres du Conseil.

La place qu'occupe l'audience dans le processus décisionnel dépend de la procédure empruntée par l'affaire. Le Conseil d'État organise quatre chemins procéduraux différents : le recours en annulation « classique », le référé classique, le référé en extrême urgence et le recours en cassation.

---

<sup>194</sup> Exception faite de la treizième chambre qui n'envoie pas ses projets d'arrêt aux auditeurs.

De manière générale, moins il y a d'écrits de procédure, plus la parole à l'audience est déterminante. Il en est ainsi des audiences en extrême urgence où il n'y a pas d'écrits de procédure. L'auditeur rend son avis sur base de la requête et des plaidoiries. Les plaidoiries sont donc fondamentales pour emporter la conviction du magistrat. En suspension, l'audience est importante, mais il existe des écrits de procédures sur lesquels l'auditeur a déjà travaillé (requête, note d'observation). Par contre, les parties n'ont pas pu répliquer au rapport par écrit, et le font, dès lors, à l'audience. Enfin, en annulation, les audiences ont peu de valeur ajoutée pour la prise de décision. Il arrive toutefois que les magistrats, après avoir entendu les parties, infléchissent leur jugement. C'est le cas lorsque les parties ne sont pas du tout d'accord avec le rapport de l'auditeur ou lorsqu'elles n'ont pas rendu de derniers mémoires. Dans ces deux derniers cas, les plaidoiries peuvent être décisives.

Lors de la procédure normale, les conseillers reçoivent une farde contenant le rapport de l'auditeur, les derniers mémoires ainsi que le projet d'arrêt. En fonction de la chambre, l'auditeur reçoit également le projet d'arrêt.

Comment se déroulent concrètement les audiences ? Le conseiller rapporteur fait rapport, ensuite les parties plaident, enfin l'auditeur donne son avis.

### 3.1. Le rapport du conseiller rapporteur

L'audience commence par le rapport du conseiller rapporteur. Celui-ci se base ou bien sur le rapport de l'auditeur ou sur son projet d'arrêt.

« La dixième chambre quand ils font le rapport à l'audience ils partent déjà de leur projet. Les projets sont là mais à l'audience il y a certains conseillers qui partent de là pour faire leur rapport d'audience. Nous, on ne préfère pas, on part du rapport. Même si le projet est fait, on ne montre pas qu'on a le projet. » (Conseiller 16, p.5)

Ensuite, les parties ont la parole.

### 3.2. Les plaidoiries

Les plaidoiries se fondent sur les derniers mémoires et répondent à la position adoptée par l'auditeur dans son rapport. Les conseillers ont appris à repérer et à interpréter certains signes qui leur donnent des indications sur le fond de l'affaire<sup>195</sup>. Si la partie adverse ne vient pas plaider, le conseiller interprète cette absence comme un signe d'un éventuel problème de légalité.

« Le fait que la partie adverse ne soit pas venue plaider sa cause, c'est déjà un signe. [...] Donc je pense aussi que dans le chef de l'administration, ils se rendent compte parfois qu'ils n'ont pas agi

---

<sup>195</sup> Cette pratique est à rapprocher de celle des auditeurs qui décèlent dans le ton des mémoires, combattif ou résigné, les signes d'une illégalité. Cfr. *supra*.



comme ils auraient dû et il vaut mieux pas venir et commencer à ramer devant le Conseil d'État et dire n'importe quoi. » (Conseiller 13, p.7)

De manière générale, les conseillers interprètent la présence ou l'absence à l'audience de l'avocat de l'autorité administrative. Si l'avocat envoie un collaborateur, ils interprètent l'absence de l'avocat comme un signe de résignation, un « aveu tacite d'illégalité ».

«- Conseiller : De manière générale les avocats qui viennent, les habitués qui viennent devant chez nous, quand ils plaident c'est qu'ils y croient, enfin je veux dire quand ils plaident c'est que franchement ils ont quelque chose à dire, qu'ils ne sont pas d'accord avec le rapport de l'auditorat et qu'ils espèrent qu'on changera d'avis, qu'on ne suivra pas le rapport de l'auditorat.

J. Colemans: Parce que sinon ils ne viennent même pas plaider ?

Conseiller : Si ils viennent ou bien ils envoient un collaborateur, heu, donc ça c'est aussi un **signe**, quand il y a un collaborateur qui est envoyé on se dit bon ben il n'y **tient pas beaucoup, il n'y croit pas de trop**. On a une avocate de l' [entité publique] donc en fait qui a un abonnement avec l' [entité publique], tous les recours c'est elle qui les traite quand, pour les mémoires en réponse, pour les notes d'observation etc. quoi. Heu, alors quand elle vient, enfin elle vient tout le temps à l'audience ou bien c'est son associé qui vient, et qu'elle plaide, c'est qu'elle a quelque chose à dire. Donc on l'écoute. On l'écoute. Elle a ce qu'on appelle **l'oreille du tribunal**. Donc il y a des avocats qui ont l'oreille du tribunal ça veut dire que quand ils parlent on les écoute. Il y a des avocats, on les écoute mais ils ne font jamais que répéter ce qu'il y a dans leur requête,...

J. Colemans. : Ah oui parce qu'elle apporte quelque chose en plus que...

Conseiller : Oui, ça veut dire qu'ils **insistent**, c'est dans leur mémoire hein, c'est dans leur mémoire en réponse dans le dernier mémoire, mais quand ils viennent et qu'ils le répètent, d'une certaine manière en insistant, c'est que franchement ils trouvent que **l'auditeur a tort**. » (Conseiller 16, p. 30)

A l'inverse, quand l'avocat s'entête en tentant de démontrer que l'auditeur a eu tort, c'est également un signe que le conseiller va interpréter. L'audience est une scène qui s'inscrit dans un cours d'action à un échange d'arguments. Ainsi, la plaidoirie permet à l'avocat de réagir au rapport de l'auditeur s'il estime que l'auditeur s'est trompé. De même, les réactions de l'avocat au rapport du conseiller sont également instructives. Soit l'avocat considère que le magistrat a compris « correctement » le problème, il n'y insistera plus pendant sa plaidoirie.

« Un ami avocat m'a dit, si au rapport d'audience, je vois que le magistrat a compris quel est le problème, je n'insiste plus quoi, il a les données. Si par contre, il y a quelque chose qui semble lui avoir échappé, il plaide un peu. » (Conseiller 10, p.18)

Soit l'avocat estime que le conseiller n'a pas compris et insiste sur certains points sur lesquels le conseiller rapporteur sera particulièrement attentif. De telles plaidoiries remettent parfois en question l'ensemble du projet d'arrêt.

« Le rapport que fait le conseiller à l'audience peut entraîner des réactions intéressantes. Dans la manière de présenter l'affaire on voit parfois des réactions d'avocats qui font qu'on se dit, dans le fond est-ce que j'ai bien compris ? Ou bien j'ai oublié tels éléments, que je n'ai pas considérés comme importants et qui paraissent importants. Et donc il faudra changer l'exposé des faits. » (Conseiller 16, p.34)

L'audience est importante. Elle constitue un moment nodal de construction de la conviction du conseil. Celle-ci se construit en lien avec la conviction de l'avocat. Si l'avocat y croit, il plaidera et insistera. Si par contre, l'avocat ne vient pas plaider ou s'il se réfère à ses mémoires, son attitude sera interprétée par certains conseillers comme un signe de résignation. Ainsi, la conviction de l'avocat peut influencer en partie la conviction du juge. Bien entendu, pour pouvoir « avoir l'oreille du tribunal », l'avocat doit être rigoureux, son travail reconnu et apprécié.

### 3.3. L'avis oral de l'auditeur

Vient ensuite l'avis oral de l'auditeur. Généralement, celui-ci confirme ce qui se trouve dans le rapport (section 3.3.1.). Il arrive cependant que l'auditeur revoie sa position et rende un avis oral qui s'écarte du rapport (section 3.3.2.).

#### 3.3.1. L'avis oral confirme l'avis écrit

Le projet d'arrêt est un document important pour les auditeurs qui doivent préparer l'audience. Les auditeurs apprécient recevoir le projet d'arrêt, qu'il suive ou non leur rapport.

« Je préfère l'avoir car c'est plus rassurant, surtout quand on est suivi, on y va avec un peu plus de... Et si on n'est pas suivi, il y a peut-être moyen de convaincre... je pense que c'est rassurant d'avoir les projets d'audience pour un auditeur. » (Auditeur 33, p.26)

Quand le projet suit le rapport, l'auditeur va à l'audience le cœur léger. Il est rassuré.

« Avoir les projets d'arrêt, ça permet d'orienter notre avis à l'audience. Si on voit que le projet d'arrêt suit le rapport, on n'insiste pas. » (Auditeur 22, p.12)

Lorsque le projet d'arrêt ne suit pas le rapport, l'auditeur insiste sur certains points afin d'explicitier son point de vue s'il estime ne pas avoir été suffisamment compris par les conseillers ou les parties.

« Mais alors, en suspension, je prends souvent la parole par après pour préciser les termes de mon rapport, ou pour m'y référer, pour essayer de contredire une argumentation soulevée par une des parties à l'audience. Souvent, je prends la parole pour préciser éventuellement des points de mon rapport, insister sur certains points qui paraissent importants. Je ne prends pas systématiquement tout le contenu du rapport mais certains points importants. » (Auditeur 22, p.12)

Enfin, quand l'auditeur s'aperçoit qu'il a commis une erreur, il « fait profil bas » et se réfère à son rapport.

« Moi j'ai mon rapport qui est déposé à l'audience, les parties ont reçu mon rapport... Les débats sont orientés en fonction de mon rapport. Si je reçois un projet d'arrêt qui va tout à fait dans un sens différent et qu'il me convainc et que par exemple, il y a un problème d'intérêt gros comme une maison, en fait les requérants n'ont pas intérêt... Je ne peux pas, à l'audience, aller dire tout d'un coup : « Je renonce à ce que j'ai dit dans mon rapport. » A la limite, je vais simplement m'en référer à

mon rapport. Si je me rends compte par exemple, que je me suis trompé et que... Alors là, il vaut mieux faire profil bas et dire je m'en réfère. » (Auditeur 18, p.24)

### 3.3.2. L'avis oral nuance l'avis écrit

A l'inverse, il arrive que l'auditeur infléchisse sa position suite aux derniers mémoires. L'avis oral sera alors différent des conclusions du rapport. Cependant, en cas de changement radical de position, l'auditeur en avertit les parties par courrier, afin qu'elles ne soient pas prises au dépourvu à l'audience.

« Parfois, on est amené à changer d'avis mais c'est assez rare. En fonction des derniers mémoires... Moi je l'ai déjà fait parce que je m'étais calqué sur une jurisprudence, et puis il s'est avéré que ça a été modifié complètement et donc, je voulais en avertir les parties. J'ai envoyé un courrier aux parties en indiquant que la jurisprudence s'était modifiée et que j'étais amené à suivre une nouvelle jurisprudence... Qu'ils puissent réagir à l'audience. Il est préférable d'avertir les parties avant de changer d'avis. » (Auditeur 33, p.3)

Les audiences révèlent particulièrement le caractère cumulatif du processus. Les parties plaident en fonction du rapport de l'auditeur tandis que l'auditeur prépare son avis en fonction des derniers mémoires et/ou du projet d'arrêt.

### 3.4. Les questions orales des conseillers

Les questions des conseillers portent généralement sur des éléments du dossier. Les conseillers demandent parfois des éclaircissements sur les faits afin de préciser certains éléments du dossier administratif. Les audiences permettent aux conseillers de compléter un exposé des faits rédigé à partir d'un dossier de pièces qu'ils estiment lacunaire. Toutefois, les questions posées à l'avocat de la partie adverse portant sur les faits restent souvent sans réponse.

L'audience est donc le seul moment de dialogue synchronique des parties. Chaque intervenant à la procédure intervient afin de présenter ses positions. C'est d'ailleurs la seule fois où les acteurs de la procédure juridictionnelle se rencontrent physiquement. Les interactions durant le processus sont en effet différées et médiatisées par les documents. L'audience fournit également aux conseillers nombre d'indices sur les positions de chacun et permet d'orienter leur examen et leur décision en fonction de la conviction des avocats des parties ou le cas échéant de l'auditeur.

## 4. Les délibérations

### 4.1 Les choix liés à la composition de la chambre

Suivant la voie procédurale empruntée par le dossier, la décision sera adoptée individuellement (chambre à juge unique) ou collégalement (chambre à trois juges).

Les arrêts d'annulation sont toujours pris à trois juges, mais il se peut que la collégialité soit renforcée (section 4.1.3.). Le référé et les débats succincts, par contre, sont des procédures à juge unique. Il arrive cependant que certaines décisions particulièrement délicates imposent la collégialité (section 4.1.1.). Parfois, les juges se réunissent officieusement (section 4.1.2.). Ils délibèrent à trois, mais formellement, un seul nom apparaît alors sur l'arrêt.

#### 4.1.1 Le référé et les débats succincts : prise de responsabilité individuelle ou collégiale ?

Lorsqu'il s'agit d'un référé, le conseiller siège seul. Toutefois, certaines affaires requièrent la collégialité. La chambre décide alors de prendre une affaire en suspension à trois juges. Il s'agit généralement d'affaires délicates ou de revirements de jurisprudence. Lorsque les conseillers parlent d'affaires délicates, ils ne font pas référence aux cas délicats tels qu'explicités par les auditeurs. Pour ces derniers, une affaire délicate est une affaire qui pose problème juridiquement parce qu'elle fait appel à des raisonnements qui nécessitent une interprétation et une appréciation accrues. Pour les conseillers, une affaire est délicate politiquement. Le problème du cas est moins un problème d'interprétation du droit que de réception et de portée de l'arrêt. Les affaires délicates verront d'ailleurs leur légitimité renforcée grâce à la collégialité.

« Les nominations de notaires et d'huissiers de justice, de magistrats et dans la magistrature, de chefs de corps. On a une pratique : s'il s'agit de la nomination d'un chef de corps et qu'on est en procédure de suspension, nous siégeons à trois et le but, c'est de convaincre si c'est possible les magistrats qui se chamaillent entre eux, de se chamailler moins. » (Conseiller 19, p.15)

« Pour les affaires délicates [en référé], on préfère que ça soit trois, parce qu'on se dit que, quelle que soit la décision elle aura peut être **plus de poids** si on est à trois à l'avoir fait, et puis pour essayer d'avoir une vue commune. » (Conseiller 16, p.2)

De la même manière lorsque l'affaire aboutit à une modification de jurisprudence, elle est prise à trois juges.

« Quand on décide de **modifier la jurisprudence**. On le fait en période normale et le président de la chambre décide que même si c'est une affaire qui peut être traitée en juge unique, c'est la chambre entière qui siègera. » (Conseiller 19, p.11)

Pour les débats succincts, il est également possible de « prendre l'arrêt à trois juges ». Certaines positions jurisprudentielles récentes font parfois l'objet de critiques dans la doctrine ou au sein du corps politico-administratif. L'auditeur ignorant ou hermétique à ces critiques empruntera parfois la voie de l'article 93 pour trancher la question qui a été « réglée » par la jurisprudence. Le conseiller en charge du dossier, conscient des remous causés par la jurisprudence, préfère alors voir l'affaire tranchée de manière moins expéditive. Il y a donc soit un renvoi à la procédure ordinaire soit une chambre à trois juges prend l'affaire. La voie procédurale empruntée donne alors une indication aux avocats que les magistrats ouvrent la porte à de nouvelles réflexions.

« Alors ce qui peut arriver, il y a eu un rapport article 93, normalement c'est un juge unique, la question qui était soumise dans ce rapport 93 en débat succinct, l'auditeur proposait de ne pas suivre une jurisprudence, de se fonder sur un seul arrêt à l'encontre de toute une jurisprudence, et là, le président de chambre peut décider que ce sera un siège à 3 et pas à juge unique. » (Conseiller 11, p.10)

#### 4.1.2. La concertation informelle

Les conseillers siègent de plus en plus souvent seuls, qu'il s'agisse de la procédure en référé ou de la procédure en débats succincts. Or, lorsque le conseiller décide seul, le risque est grand que la jurisprudence ne soit plus aussi homogène que lorsque la décision est collégiale. Pour tenter de juguler l'éclatement de la jurisprudence, les conseillers mettent en place certaines stratégies individuelles ou de chambre.

Une des chambres qui connaît le plus de procédures à juge unique a organisé une concertation informelle en vue d'assurer l'unité de la jurisprudence. Ce sont généralement des discussions bilatérales.

« On s'est déjà fait la réflexion qu'on délibère rarement autant ensemble que depuis qu'on siège seul. Parce que quand on siège seul et qu'on a une hésitation, on va parfois en discuter avec mon voisin de bureau, X. Tiens un cas un peu curieux, on lui dit : « Tiens est-ce que tu as déjà rencontré un cas pareil ? Qu'est-ce que tu ferais dans une situation pareille ? » On prend la décision seul finalement après mais on tâte parfois un peu le terrain pour voir ce que d'autres en pensent. » (Conseiller 10, p.10)

« Donner une solution à un problème jurisprudentiel qui n'a jamais été trop évoqué, et donc le trancher tout seul ça peut parfois être un peu casse gueule parce que ça va lier d'autres collègues et il vaut mieux peut-être en parler avec l'ensemble des membres de la chambre. Quand ça va avoir **une répercussion sur la jurisprudence à venir**, à ce moment-là c'est très délicat de faire une œuvre jurisprudentielle seul. La dixième chambre a cette particularité, c'est que comme on siège énormément à juge unique, on parle beaucoup entre nous. Et dès qu'on a un arrêt un peu **délicat** à juge unique, on en parle avec ses collègues, on soumet le projet d'arrêt à ses collègues, et si l'un d'entre eux a des **hésitations**, c'est le signe que, l'affaire n'est pas encore totalement **mûre** pour être tranchée définitivement. » (Conseiller 13, p.4)

En outre, les projets d'arrêt circulent, bien que le conseiller siège seul.

« J'ai instauré la règle selon laquelle tous les projets faits par un magistrat juge unique étaient distribués aux trois autres et s'il y a quelque chose à dire on le signale et on en discute à quatre. Donc les arrêts à juge unique signés par un seul magistrat, on va pas chipoter sur les virgules, en disant on ne dirait pas plutôt « à la suite de » plutôt que « suite à », ça on s'en occupe pas, mais la solution, le fond, la motivation, ça c'est toujours collégial. Donc c'est une, je dirais une question de transparence et c'est pour éviter, le shopping judiciaire. Je veux pas qu'un avocat se disent : « Ah c'est un tel donc l'affaire est gagnée ou l'affaire est perdue. » » (Conseiller 5, p.11)

Dans une autre chambre, des pratiques similaires se sont développées. La concertation informelle est devenue incontournable pour assurer un minimum d'unité jurisprudentielle.

« Dès qu'on a une difficulté, dès que c'est un petit peu délicat, dès qu'il est possible que la jurisprudence doive changer, là automatiquement on se concerte et donc on délibère entre guillemets à plusieurs. » (Conseiller 16, p.2)

Par ailleurs, certains conseillers tentent de se tenir informés des décisions prises par les membres de leur chambre.

« – Conseiller : Notre secrétaire qui fait office de secrétaire de direction pour l'ensemble de la chambre. Nous lui avons demandé de faire un directory spécial dans l'ordinateur avec les arrêts récents qui sont classés par numéro, donc, je ne sais pas comment font les autres, mais moi, très régulièrement, je m'installe devant mon ordinateur et je regarde les arrêts qui ont été prononcés la semaine.

-J. Colemans : ce n'est pas spécialement par mots clés, c'est de manière chronologique.

- Conseiller : oui parce que si je le fais par mots clés, c'est moi qui me fournis une grille de lecture en fonction de ce qui m'intéresse. Mais je ne sais pas du tout ce qu'ont eu à traiter les autres. Je me refuse à faire ça par mots clés, justement pour avoir le plus d'entrées possibles, donc là vraiment, je lis. » (Conseiller 12, p.2)

Après avoir vu les aménagements des procédures à juge unique, arrêtons nous sur la procédure ordinaire.

### 4.1.3. La collégialité renforcée : le délibéré à quatre

Au sein de certaines chambres qui comptent plus de trois magistrats, certaines affaires seront débattues à quatre plutôt qu'à trois. C'est le cas d'éventuels changements de jurisprudence.

« Tout ce qui sort de la 8<sup>ème</sup> chambre c'est non seulement les trois membres qui ont siégé mais aussi le 4<sup>ème</sup> puisqu'on est 4 maintenant, celui qui n'a pas siégé a connaissance des projets d'arrêts, on en délibère à 4 parce que moi je veux la transparence la plus complète et que celui qui ne siège pas a peut-être une excellente idée. » (Conseiller 5, p.1)

### 4.1.4. La collégialité tripartite

Pour les affaires encore plus délicates, la composition de la chambre sera pluraliste, quitte à déplacer le temps d'une affaire un magistrat d'une autre chambre. Ce fut le cas pour l'annulation des nominations des top-managers suite à la réforme Copernic. La chambre chargée de trancher l'affaire était politiquement trop homogène.

« Le président de la chambre devant qui l'affaire vient dit : « Dans ce dossier-là il vaudrait peut-être mieux qu'on prenne un conseiller de telle couleur pour avoir trois différents. » Je me demande si...dans le cadre de recours et encore, je ne suis pas sûr. À l'époque de la réforme Copernic et de l'annulation des top-managers et... je crois j'avais été appelé une fois pour ça, donc dans une autre chambre... » (Conseiller 16, p.11)

La composition de la chambre est étroitement liée au poids que doit avoir la décision. Plus la chambre est élargie et pluraliste, plus la décision paraît légitime. Ces aménagements organisationnels offrent une garantie supplémentaire que la décision a été débattue, qu'il y a eu un vrai débat durant la délibération.

## 4.2. Le déroulement du délibéré

Les délibérations ont lieu le jour de l'audience ou dans les jours qui suivent. Grâce au projet d'arrêt les conseillers disposent d'un document de travail lors des délibérations.

« Ca permet, si on est à trois, de délibérer directement le jour même ou le lendemain, tout le monde a encore tout bien en tête. Et alors éventuellement, on peut, on discute sur des... certaines questions mais on a tout en tête donc, il est possible qu'après on doive remodifier certains passages, mais au moment de la délibération, on a déjà un premier jet. Ça, c'est quand même précieux. » (Conseiller 6, p.8)

Le projet d'arrêt constitue le document de départ des discussions. Il est central dans le processus de délibération (section 4.2.1). Nous verrons comment il est pratiquement utilisé et modifié par les conseillers (section 4.2.2).

### 4.2.1. La délibération autour du projet d'arrêt

Le projet d'arrêt est le document autour duquel se forment les discussions durant la délibération. Il arrive d'ailleurs que le conseiller rapporteur hésite et juge utile de soumettre **deux projets d'arrêts** à la discussion. Cette pratique était toutefois plus répandue lorsque le Conseil d'État n'était pas confronté à des problèmes récurrents d'arriéré.

Lorsque le rapporteur n'a **pas rédigé de projet d'arrêt**, auront lieu deux délibérations : une délibération sur la solution puis une délibération sur la concrétisation de la solution, sur base d'un texte rédigé.

« Quand le conseiller rapporteur n'a pas fait de projet d'arrêt avant l'audience, qu'on se réunit après pour voir quelle est la solution, on en discute, en voyant le dossier et tout, et alors on se met d'accord sur une solution, il rédige alors son projet d'arrêt, et on re-délibère sur le projet d'arrêt, toujours, toujours, toujours. C'est sur un texte présenté par le conseiller rapporteur que l'on prend la délibération finale. » (Conseiller 11, p.9)

La manière dont se déroulent les délibérations dépend du cas à juger. Il existe trois cas typiques. Soit le projet est adopté tel quel, si ce n'est des petites modifications stylistiques. Les discussions portent sur la forme de l'arrêt. Soit le projet est amendé et la discussion porte sur des détails. Enfin, certaines affaires plus délicates font l'objet de débats de fond. Dans de tels cas, il arrive que le projet initial soit complètement modifié. Les conseillers sont alors amenés à se revoir une deuxième fois pour avaliser les changements apportés au premier projet d'arrêt.

#### *4.2.1.1. Corriger et/ou avaliser le projet*

Lors de la délibération, le conseiller rapporteur lit son projet d'arrêt à haute voix, les autres conseillers disposant également du projet d'arrêt. C'est l'occasion de relever les fautes : fautes d'orthographe, fautes syntaxiques, fautes matérielles. Pour un certain nombre d'affaires, la délibération consiste uniquement en un contrôle formel et rédactionnel, les conseillers étant d'accord avec la décision.

« On les lit à haute voix les projets. Quand on est à trois, l'auteur du projet le lit à haute voix. Le fait de le lire à haute voix a son importance parce que ça permet de repérer même des **fautes matérielles**. » (Conseiller 1, p.4)

« Dans le délibéré ce qu'on fait quand ce sont des **projets qui sont bons**, vraiment bons en délibéré, c'est qu'on les lit, on lit le projet à trois, on corrige les fautes d'orthographe. Et puis au fur et à mesure : exposé des moyens, mémoire en réponse éventuellement le cas échéant, parce qu'on ne le reprend pas systématiquement dans les arrêts. Donc on avance comme ça et puis vient la discussion du moyen lui-même et alors là, là on s'arrête un petit peu plus, et parfois c'est une simple lecture et d'accord pas d'accord hein c'est tout. On change parfois un petit mot, on allège éventuellement mais c'est des **modifications de pure forme**, ça s'arrête là. Voilà. Ceci dit, si le projet avait été fait à l'avance, les conseillers ont pu le lire déjà la veille quoi, avant l'audience. » (Conseiller 16, p.35)

L'arrêt doit avoir certaines qualités de concision et de clarté. Il faut éviter ce qui est inutile afin de ne pas ouvrir des portes et de maîtriser le contentieux.

« On essaie malgré tout d'avoir des motivations qui ne soient pas trop longues. Elles doivent être **claires et précises**, mais pas surabondantes parce qu'il faut **éviter ce qui est inutile**. Parce que ce n'est pas une œuvre de doctrine, parce que il s'agit de résoudre un cas, il faut évidemment interpréter la règle, dire comment nous interprétons telle et telle règle de droit mais ça aussi j'ai appris en arrivant au siège, c'est d'éviter ce qui est inutile. » (Conseiller 1, p.5)

Les conseillers sont particulièrement attentifs à répondre à la partie qui échoue.

« Quand on donne tort au requérant on ne s'amuse pas à reproduire le mémoire en réponse. Donc il y a la position de la partie adverse à qui finalement on va donner raison d'une manière ou d'une autre, pas nécessairement pour les motifs mais... quand on donne tort à la partie adverse alors là on reproduit le mémoire en réponse. Voilà. Enfin, requête, mémoire réponse, dernier mémoire éventuel. » (Conseiller 16, p.35)

« Si j'ai une idée rapide de la solution, je rédige en ayant identifié les problèmes qui peuvent se poser dans différents moyens (au regard des derniers mémoires) j'ai tendance à élaborer mon projet de réponse et ensuite je m'assure qu'il ait pu rencontrer tous les arguments déterminants des parties et surtout de la partie qui va échouer. Par exemple, si c'est un rejet, les arguments déterminants du requérants ont-ils été rencontrés ? » (Conseiller 9, p.5)



### 4.2.1.2. *Amender le projet*

La délibération permet dans certaines affaires d'éprouver collectivement le raisonnement de l'arrêt. La discussion porte moins sur le dispositif que sur le raisonnement qui y mène.

« Si le raisonnement est bon, la solution coule de source. Donc, c'est vrai qu'on part un peu d'un présupposé inconscient que si c'est bien rédigé, je veux dire, si les arguments sont bien assemblés, il n'y a qu'une solution possible. On ne commence pas par discuter de la solution qu'on va donner. Il y a un projet d'arrêt, on le lit, et puis un moment, on va se dire, ça, ça ne va pas éventuellement, pas dire, par exemple, que l'administration n'était pas suffisamment informée parce qu'il y a telle et telle chose dans le dossier, alors, on va refouiller dans le dossier, et éventuellement, on va garder toute une partie de la rédaction, modifier les trois dernières phrases du considérant et aboutir à un tout autre résultat. Mais c'est vraiment l'agencement des idées qui un peu comme des blocs de lego doit... doivent amener à une solution et à une seule. Et si on n'est pas convaincu par cet agencement, on n'est pas convaincu par la solution, et donc, on doit revoir. » (Conseiller 6, p.17)

« Bien souvent en délibéré, je m'aperçois que tel considérant, tel développement ou telle phrase n'ajoute rien. C'est le passage de l'auditeur qui a un rôle plus analytique, plus proche de la doctrine à certains moments. Il ouvre des portes, il suggère des pistes, il pose des questions et puis après, il faut se centrer sur ce qui fait vraiment question et il faut trancher ce litige mais rien que la question qui est posée. » (Conseiller 1, p.3)

### 4.2.1.3. *Modifier le projet et discuter du fond de l'affaire*

Certaines affaires sont particulièrement délicates. Il s'agit la plupart du temps d'affaires qui touchent à des questions de légalité interne, de pouvoir d'appréciation raisonnable de l'administration. Dans de tels cas, les éléments de fait sont importants et les discussions portent sur des questions d'appréciation et d'interprétation. C'est sur de telles questions que le projet d'arrêt sera le plus souvent modifié, que les autres conseillers ne soient pas d'accord avec le projet ou que, suite à l'audience, le conseiller rapporteur ait changé d'avis.

Le cas nécessite-t-il une application rigide des dispositions légales ? Les faits ont-ils été correctement qualifiés ? Le problème juridique mis en exergue est-il adéquat ? Lorsque le cas laisse une marge d'appréciation aux magistrats, il y a place pour une discussion qui peut mener au constat de désaccord.

En cas de désaccord entre les membres de la chambre, il existe des dynamiques différentes dans chaque chambre. Certains présidents privilégient le consensus, tandis que d'autres envisagent la possibilité de désaccords. Dans ce dernier cas, la majorité l'emporte.

« **On en discute.** Il est clair qu'en dernier ressort, c'est la majorité, enfin c'est deux sur trois, on ne vote pas. On sait très bien. Ce qui peut arriver, c'est qu'un conseiller marque son désaccord avec le

projet et le troisième conseiller arbitre en disant, je penche plutôt dans tel sens ou dans tel sens. » (Conseiller 1, p.1)

« Un conseiller a préparé un arrêt dans le sens du rapport de l'auditeur, et quand on commence à discuter, il dit, j'étais moi-même hésitant, alors **on en discute** un petit peu, et on s'oriente parfois vers quelque chose de différent, surtout quand il y a matière à appréciation en fait. » (Conseiller 10, p.4)

Dans un mode de délibération où le consensus n'est pas possible, les modifications du projet ne sont pas toujours opérées par le conseiller rapporteur. Si le conseiller rapporteur se rallie à l'opinion divergente majoritaire il intégrera les modifications qui ressortent de la discussion dans le nouveau projet d'arrêt. Par contre, lorsque les modifications à apporter au projet d'arrêt vont à l'encontre de ce que le conseiller pense, et qu'il est « mis en minorité », le conseiller qui propose la solution alternative rédige alors souvent le second projet d'arrêt.

## **5. L'approbation, la signature et la numérotation de l'arrêt**

Quand le projet d'arrêt rédigé par le conseiller rapporteur n'emporte pas la conviction des autres conseillers, le conseiller rapporteur ou le conseiller qui propose une solution alternative rédige un autre projet sur base des discussions de la délibération. Une fois le nouveau projet rédigé, les conseillers se réunissent à nouveau pour approuver la dernière mouture du projet. Toutefois, lorsque ce sont des changements peu importants, la procédure de validation de l'arrêt se déroule par mail.

«On se réunit ou on délibère par mail quand ce sont des détails. Mais la plupart du temps on se réunit. » (Conseiller 1 p4)

Lorsque le projet est définitivement adopté, il est prononcé, opération qui lui confère un numéro. L'arrêt est donc numéroté et signé. A partir de ce moment, l'arrêt a une date certaine.

La signature clôt le processus décisionnel.

## Conclusions

Ce troisième titre achève la description du processus décisionnel au Conseil d'État. Le lecteur peu coutumier du contentieux administratif sera peut-être surpris de constater une telle disproportion entre le titre deux consacré à l'auditorat et le titre trois consacré au travail des conseillers. Cette différence est en partie tributaire de la composition des organes du Conseil d'État et par conséquent du matériau empirique récolté. Nous avons en effet rencontré deux fois plus d'auditeurs que de conseillers.

En outre, si on compare les activités réalisées par les auditeurs et par les conseillers, les premiers examinent le litige pour la première fois et réalisent un travail de conception décisionnelle là où les seconds s'appuient sur le rapport de l'auditeur qui a « prémâché la tâche », selon l'expression de certains magistrats. La rédaction de l'exposé des faits est un bon exemple des dynamiques différentes au sein des deux corps de magistrats. Les auditeurs consacrent une grande partie de leur examen à comprendre le cas qui leur est soumis et à rédiger l'exposé des faits. Dans leur rapport, l'exposé des faits offre une vision chronologique de la décision et épingle les faits juridiquement pertinents pour l'issue du litige. Les conseillers, pour leur part, rédigent rarement l'exposé des faits. Ils retravaillent l'exposé des faits du rapport en l'amendant, l'élaguant ou le modifiant. Ce travail de ratification et de vérification nécessite un compte rendu plus succinct.

Ces considérations n'enlèvent cependant rien au pouvoir de décision des conseillers et à la responsabilité qu'ils assument en adoptant l'arrêt.

Il est temps à présent de faire la synthèse du processus décisionnel. Qu'avons-nous appris sur la manière dont la légalité se forme au Conseil d'État ? Le titre 4 tentera d'y apporter quelques éléments de réponses synthétiques et interprétatives.

# **Titre 4 – Les processus décisionnels au Conseil d'Etat : Un double mouvement de réduction factuelle et d'amplification juridique**

## **Introduction**

Nous venons de dérouler le processus décisionnel au Conseil d'État en suivant les chemins que peut emprunter le dossier. Nous avons vu que le processus se forme et se transforme grâce et à travers l'ensemble des opérations effectuées par les magistrats depuis le moment où la requête arrive sur le bureau de l'auditeur jusqu'au moment où les conseillers signent l'arrêt. A chaque étape du processus, le magistrat travaille sur des documents. Il les lit, les interprète, les compare, tente de les comprendre et les évalue. Ces opérations concourent à accomplir la finalité du contentieux administratif qui est de se prononcer sur la régularité de la décision administrative. Pour réaliser leur mission juridictionnelle, les magistrats travaillent simultanément sur deux fronts : ils interprètent et sélectionnent les faits dont ils disposent abondamment et ils examinent les moyens de droit et les exceptions qui leur sont soumis par les parties.

Cette partie vise à synthétiser les enseignements du chapitre consacré à la construction de l'arrêt. Qu'avons-nous appris sur l'activité juridictionnelle et en quoi ces enseignements participent-ils à la compréhension du raisonnement juridique pratique ? Ces questions nous guideront à travers ces quelques pages.

Pour y répondre, nous adopterons une approche inspirée des travaux de Bruno Latour. Lorsqu'on adjoint à « la fabrique du droit » (2004) les interprétations qu'il propose dans ses « petites leçons de sociologie des sciences » (1993 [2007]) et particulièrement le cas du « pédofil » de Boa Vista, le droit acquiert une dimension processuelle et matérielle qui permet de regarder le recours au Conseil d'État avec des yeux neufs, laissant de côté les grandes dichotomies qui structurent le droit et le contentieux administratif. Les opérations matérielles obligent le chercheur à prendre en compte la matérialité de l'action, les transformations que les acteurs font subir aux documents qui forment la charpente de la procédure contentieuse.

Dans son ethnographie du Conseil d'État français, Latour (2004) décrit le phénomène juridique comme un processus de liaison des faits et du droit. Le magistrat « *établit la **connexion**, il fait le va-et-vient entre deux types d'écrits : d'une part les documents ad hoc contradictoires, produits pour l'occasion et par l'occasion, mémoires et productions diverses et, d'autre part, des textes imprimés, autorisés, votés, reliés, soigneusement rangés dans les rayonnages de la bibliothèque. [...] Tout le travail consiste à établir la relation entre les deux ensembles d'écrits* » (Latour, 2004, p.99).

Au Conseil d'État, entre, par l'intermédiaire du dossier, une pile de documents tels que les requêtes, mémoires, dossiers, rapports, avis, procès-verbaux, notifications, photographies, enquêtes, etc. De cette masse de papiers, les magistrats produiront à peine quelques feuilles : l'arrêt. Le processus se déploie au gré des opérations de sélection, de catégorisation, de comparaison, de compréhension et d'interprétation, de liaison, de vérification et d'évaluation. Ces opérations épistémiques (Ogien, 2009, p. 499) concernent les mémoires des parties, le dossier administratif et le rapport de l'auditeur. Les moyens de la requête font l'objet d'une attention particulière puisqu'ils véhiculent les prétentions, les arguments de droit, les griefs qui se réfèrent aux normes juridiques prétendument violées.

Si le droit occupe une place relativement restreinte au début du processus, étant essentiellement présent dans les moyens de droit, au fur et à mesure que le processus se déploie, la proportion des faits diminue pour laisser la place au droit, l'arrêt contenant principalement des dispositions juridiques au sens large : dispositions réglementaires et législatives, acte contesté, arrêts cités constituant des précédents.

Voyons comment les magistrats passent concrètement de l'imbricatio de faits avancés par les parties, de la pléthore d'arguments qui sont censés disqualifier l'acte administratif, à l'arrêt qui isole les faits et les dispositions légales pertinents. L'examen de la progression du processus décisionnel permet de mettre en relief deux mouvements qui progressent en sens inverse. Un mouvement de **réduction**<sup>196</sup> **des faits** (sous-titre 1) et un mouvement d'**amplification du droit** (sous-titre 2). Ensuite, nous nous pencherons sur les instances d'**intermédiation** (sous-titre 3) que constituent le problème juridique et la jurisprudence.

---

<sup>196</sup> Latour définit la réduction juridique comme le phénomène qui «  *vise à rapidement stabiliser le monde des faits indiscutables (ce qui signifie simplement qu'aucun mémoire en défense ne les contestera plus) pour rattacher le fait à une règle de droit (en pratique un texte) de façon à produire un jugement (en réalité un arrêt, un texte)*  » (Latour, 2004, p.242).

## 1. Le mouvement de réduction des faits

Tout d'abord, nous examinerons le premier mouvement qui vise à contextualiser **l'acte** administratif afin que le magistrat puisse se saisir de la **décision**. Ensuite, nous verrons comment s'opère le passage de la décision aux **faits juridiques** retenus pour l'exposé des faits.

### 1.1. De l'acte à la décision

Le Conseil d'État est compétent pour contrôler la légalité de l'acte administratif. Pour pouvoir concrètement assurer ce « contrôle<sup>197</sup> », les magistrats contextualisent l'acte, lui rendant une épaisseur dont sa formalisation l'a délesté. Ainsi contextualisé, l'acte devient décision qui se déploie dans toutes ses dimensions<sup>198</sup>, offrant au magistrat des prises pour l'action. C'est alors la décision que le Conseil d'État soumet à son expertise, employant métonymiquement le terme « acte » afin de pudiquement limiter sa compétence. La décision ne se résume donc pas à l'acte administratif qui n'en est que la formalisation, mais est reconstruite à partir des exposés des faits, des pièces du dossier ainsi que des moyens. Une fois reconstituée, la décision acquiert un certain relief grâce aux faits qui sont relatés par les parties et qui émanent du dossier administratif. Si les magistrats tentent d'avoir d'abord une vision synoptique du contexte factuel afin de saisir – et de se saisir ! – de la décision dans toutes ses dimensions, ils sélectionnent ensuite les faits qui leur paraissent juridiquement pertinents, c'est-à-dire les faits qui explicitent la décision administrative au regard des obligations légales censément violées. La pertinence de cette sélection, nous l'avons vu, est tributaire du/des moyen(s) qui semble(nt) pouvoir fonder l'annulation.

### 1.2. De la décision aux faits juridiques de l'exposé des faits

La rédaction de l'exposé des faits est une opération qui donne à voir de manière nette le processus de réduction des faits au Conseil d'État. Ce processus s'organise autour d'un double processus de sélection (section 1.2.1) et d'abstraction (section 1.2.2.) des faits. D'un côté, les magistrats

---

<sup>197</sup> Nous verrons dans le chapitre suivant que le terme « contrôle » paraît peu à même de rendre fidèlement compte des pratiques juridictionnelles.

<sup>198</sup> La décision administrative peut être appréhendée dans trois dimensions : dans sa dimension formelle, dans sa dimension processuelle et dans sa dimension substantielle. Nous nous y attarderons au chapitre 3.

sélectionnent les faits en fonction de leur pertinence juridique et de leur véracité. De l'autre côté, les faits sont abstraits<sup>199</sup> de manière à s'imbriquer dans le moule du droit.

## 1.2.1 Le processus de sélection

### *1.2.1.1 L'horizon pratique de la rédaction de l'exposé des faits : la véracité et la pertinence juridique*

Amenés à légitimer leurs pratiques ou à évaluer les pratiques de leurs collègues, les magistrats mettent en évidence les qualités que doit présenter l'exposé des faits du rapport ou de l'arrêt. Il doit être, ou du moins paraître, **neutre** et **objectif**. Ces attributs sont unanimement partagés que ce soit par les auditeurs ou par les conseillers.

Nous voudrions d'abord montrer que ces catégories du discours professionnel, sous leur apparente homogénéité sémantique, se réfèrent à des pratiques rédactionnelles fort différentes. Dès lors, ces catégories ne permettent pas de comprendre les différentes pratiques de sélection des faits et de rédaction de l'exposé des faits. Nous montrerons en revanche que l'activité de sélection des faits est orientée vers la réalisation de la pertinence juridique et de la véracité des faits retenus.

#### *1.2.1.1.1. La neutralité et l'objectivité*

Lorsque le magistrat aborde la question de la rédaction de l'exposé des faits, il en vient à expliciter les qualités que requiert un bon exposé des faits : il doit être neutre et objectif. Il est intéressant de constater que malgré les pratiques rédactionnelles divergentes, le discours de légitimation des pratiques est toujours le même. En effet, que les auditeurs coupent et collent l'exposé des faits d'une des parties, qu'ils synthétisent les exposés des faits du requérant et de l'autorité administrative ou qu'ils construisent un exposé des faits original sur base du dossier administratif, ils rapportent leurs pratiques à l'exigence d'objectivité. De la même manière, les conseillers critiquent l'exposé des faits du rapport qu'ils jugent peu objectif car ne prenant pas suffisamment distance avec les positions d'une des parties.

---

<sup>199</sup> Nous devrions dire « abstractisés » afin de rendre compte du processus d'abstraction que leur font subir les avocats et les magistrats tout au long du processus.

A quoi renvoient ces termes d'objectivité et de neutralité eu égard aux différentes pratiques rédactionnelles ?

Les auditeurs qui rédigent un exposé des faits original sur base du dossier administratif, voient dans leur démarche une objectivité qui est liée à l'objectivité des pièces du dossier, source première et authentique. Les faits qui apparaissent au travers des pièces sont bruts ; ils n'ont pas encore été retravaillés et traduits pour apparaître sous la forme d'un texte rédigé dans les mémoires. Ils ne sont donc pas encore « déformés » par l'interprétation – réputée être toujours subjective – des parties.

De leur côté, les auditeurs qui copient un exposé existant attribuent à l'exposé qui leur paraît le meilleur la qualité d'objectivité. L'objectivité n'est pas incarnée dans le dossier de pièces mais dans l'exposé des faits d'une des parties.

Enfin, les auditeurs qui synthétisent les exposés des faits des parties placent, quant à eux, l'objectivité de leur démarche dans la dialectique de la confrontation.

Quelle que soit la manière dont l'auditeur rédige l'exposé des faits, le dossier occupe une place prépondérante dans le processus rédactionnel pratique. Nous allons envisager cette question dans le point suivant.

### *1.2.1.1.2. La pertinence juridique et la véracité*

La rédaction de l'exposé des faits est une étape du processus jugée importante par les magistrats parce qu'elle permet de comprendre la décision<sup>200</sup> administrative en précisant l'arrière-fond factuel de l'affaire. Les faits permettent de comprendre le grief. Ils constituent les circonstances, le contexte de l'action administrative, tout comme ils fournissent une clé d'interprétation de la disposition prétendument violée.

Une fois le contexte factuel de l'affaire délimité, l'exposé des faits le fixe dans le rapport de l'auditeur. A cette fin pratique, ce dernier opère un travail de sélection, de classement, d'inférences, d'interprétation des documents, qu'il s'agisse de l'exposé des faits des parties ou des pièces du dossier administratif. Suite à ces opérations, apparaîtront uniquement dans l'exposé des faits du rapport puis de l'arrêt, les faits jugés pertinents, c'est-à-dire les faits dont le magistrat tiendra compte pour

---

<sup>200</sup> Nous examinerons plus en détail la manière dont se construit la compréhension de la décision administrative dans le chapitre suivant.



délimiter le périmètre d'action du droit ainsi que les faits qui trouvent un fondement matériel dans les pièces du dossier administratif.

Les faits, pour être sélectionnés, doivent d'abord être juridiquement pertinents. Ils doivent entrer en résonance avec le problème juridique contenu dans le moyen, moyen qui lui-même est éclairé par la situation factuelle. Ainsi, la couleur des briques peut être sans importance dans un recours en annulation en matière d'urbanisme quand la requête dénonce le non-respect par l'autorité d'accomplir une évaluation d'incidence. Par contre, elle devient capitale lorsque la requête dénonce une contravention aux prescriptions du règlement général sur les bâtisses en site rural.

Ensuite, le dossier doit attester de l'existence des faits retenus dans l'exposé des faits. Les magistrats se plongent dans le dossier administratif qui offre la plus grande proximité avec le réel. Les allégations factuelles des parties sont testées au regard du dossier administratif. Ce dernier permet à l'auditeur d'attester de la véracité des faits rapportés par les parties et de sélectionner le contexte factuel de la décision administrative, au regard de ce qui peut être raisonnablement soutenu en se référant aux pièces disponibles. C'est donc en fonction de ce lien au réel que les auditeurs sélectionnent les faits plausibles.

En résumé, la rédaction de l'exposé des faits est une activité pratique dont la compréhension se donne à voir dans l'action concrète des magistrats. Ceux-ci retiennent uniquement les faits qui leur paraissent juridiquement pertinents pour la solution du litige, c'est-à-dire les faits qui peuvent être mis en lien avec un des moyens, et particulièrement avec le moyen dont l'auditeur pense qu'il pourra fonder l'annulation. En outre, les magistrats testent la véracité des faits rapportés par les parties en confrontant l'exposé des faits de chacune d'elles aux pièces du dossier.

Pertinence juridique et véracité<sup>201</sup> des faits orientent pratiquement et en contexte le travail des magistrats. Les documents employés par les magistrats varient selon l'horizon pratique du travail juridictionnel. Pour établir la pertinence des faits, les magistrats se penchent sur les moyens de droit, tandis que pour établir leur véracité, les magistrats utilisent de manière comparative les exposés des parties et le dossier de pièces.

---

<sup>201</sup> Rappelons que les conseillers estiment que l'exposé des faits de l'auditeur est bon lorsqu'il parvient à faire le bon tri entre les faits pertinents et non pertinents pour la résolution du litige.

### 1.2.1.2. *Le processus de sélection proprement dit*

Les documents qui servent de base à l'examen – requête, dossier administratif et dossier de pièces du requérant – à l'entrée du processus décisionnel contiennent des faits relativement bruts, ce qui est particulièrement le cas des faits que renferment et représentent les pièces du dossier. Ces faits seront raffinés, transformés tout au long du processus.

L'auditeur sélectionne certains faits qu'il juge pertinents au regard des moyens soulevés – les moyens étant par ailleurs jugés aptes à fonder l'annulation au regard des pièces figurant dans le dossier. Requête, mémoires et dossiers sont mobilisés. Par la suite, le conseiller rapporteur peut estimer devoir élaguer l'exposé des faits du rapport pour ne retenir que ceux qui leur paraissent essentiels à la solution du litige. Enfin, lors de la délibération, les conseillers retirent encore du projet d'arrêt ce qui ne leur semble pas absolument nécessaire. Le travail de réduction se termine seulement à ce moment.

Les faits ne sont définitivement arrêtés qu'au terme de la procédure, les conseillers pouvant, jusqu'au dernier moment, c'est-à-dire jusqu'au moment des délibérations, retourner dans le dossier de pièces pour aller vérifier un fait « juridicisé <sup>202</sup> » par l'exposé des faits, interroger un contexte de prise de décision, refaire le chemin du dossier administratif, saisir la portée d'un argument, etc. La chaîne de réduction est par conséquent réversible pendant la durée du processus décisionnel. Ce n'est qu'une fois inscrits dans l'exposé des faits de l'arrêt qu'ils sont définitivement... arrêtés.

*« La réduction juridique vise à rapidement stabiliser le monde des faits indiscutables (c'est-à-dire qu'aucun mémoire ne les contestera plus) pour rattacher le fait à une règle de droit (en pratique un texte) de façon à produire un jugement (en réalité, un arrêt, un texte) » (Latour, 2004, p.242).*

### 1.2.2. Le processus d'abstraction des faits

Le **processus d'abstraction** permet de rendre les faits comparables en les délestant des dimensions non juridiquement pertinentes. Ce mouvement de départicularisation des faits est incontournable en ce qu'il permet la comparabilité<sup>203</sup> des cas. Délesté de leur ancrage factuel singulier, les faits de l'affaire se muent en faits juridiques et deviennent, par là-même, comparables et base de la

---

<sup>202</sup> « Il est impossible d'établir les éléments du cas d'espèce sans prendre en considération ceux qui sont fournis par la norme elle-même. Cette information constitue le cadre de tout ce que nous considérons comme étant un fait juridique. L'information normative en tant que « préconnaissance » du juge est comme le prisme au travers duquel le juge doit nécessairement évaluer la charge de la preuve » (Aarnio, 1992, p.12).

<sup>203</sup> Nous envisagerons dans le quatrième chapitre l'importance des pratiques analogiques dans le raisonnement.

comparaison avec les cas précédemment tranchés qui indiqueront au magistrat la solution correcte en droit. Le processus d'abstraction permet d'abandonner les détails qui situent excessivement le cas afin de référer le cas concret à des catégories plus larges, qu'il s'agisse de catégories légales ou jurisprudentielles.

Les faits sont réduits et catégorisés. Ils sont « qualifiés », c'est-à-dire qu'ils sont mis en relation avec une norme juridique qui leur donne une teinte particulière. Les faits, au terme du processus décisionnel, ont été transformés. « *Le droit opère : après son passage, les faits ne sont plus ce qu'ils étaient auparavant* » (Rigaux, 1997, p.47). Ils deviennent des – « les » ! – faits juridiques.

On ne peut franchir le « *grand abîme des idées aux choses* » (Latour, 2007 [1993], p.201), mais on peut en revanche franchir le petit abîme entre les faits qui ressortent des documents du dossier administratif et les faits qui composent l'exposé du requérant, de même qu'on peut franchir le petit abîme qui sépare l'exposé des faits du requérant et celui du rapport. Pour trouver une base factuelle semblable dans la jurisprudence, plusieurs pas dans la départicularisation du cas ont déjà été franchis. Il n'en demeure pas moins que les faits, bien que travaillés, demeurent les faits, reconnaissables par les protagonistes de l'affaire. Malgré les opérations successives qui visent à transformer les faits, quelque chose s'est maintenu. Les faits sont reconnaissables parce que certains détails factuels sont constants. Ils résistent aux transformations successives. Autrement dit, la réduction n'empêche pas la traçabilité.

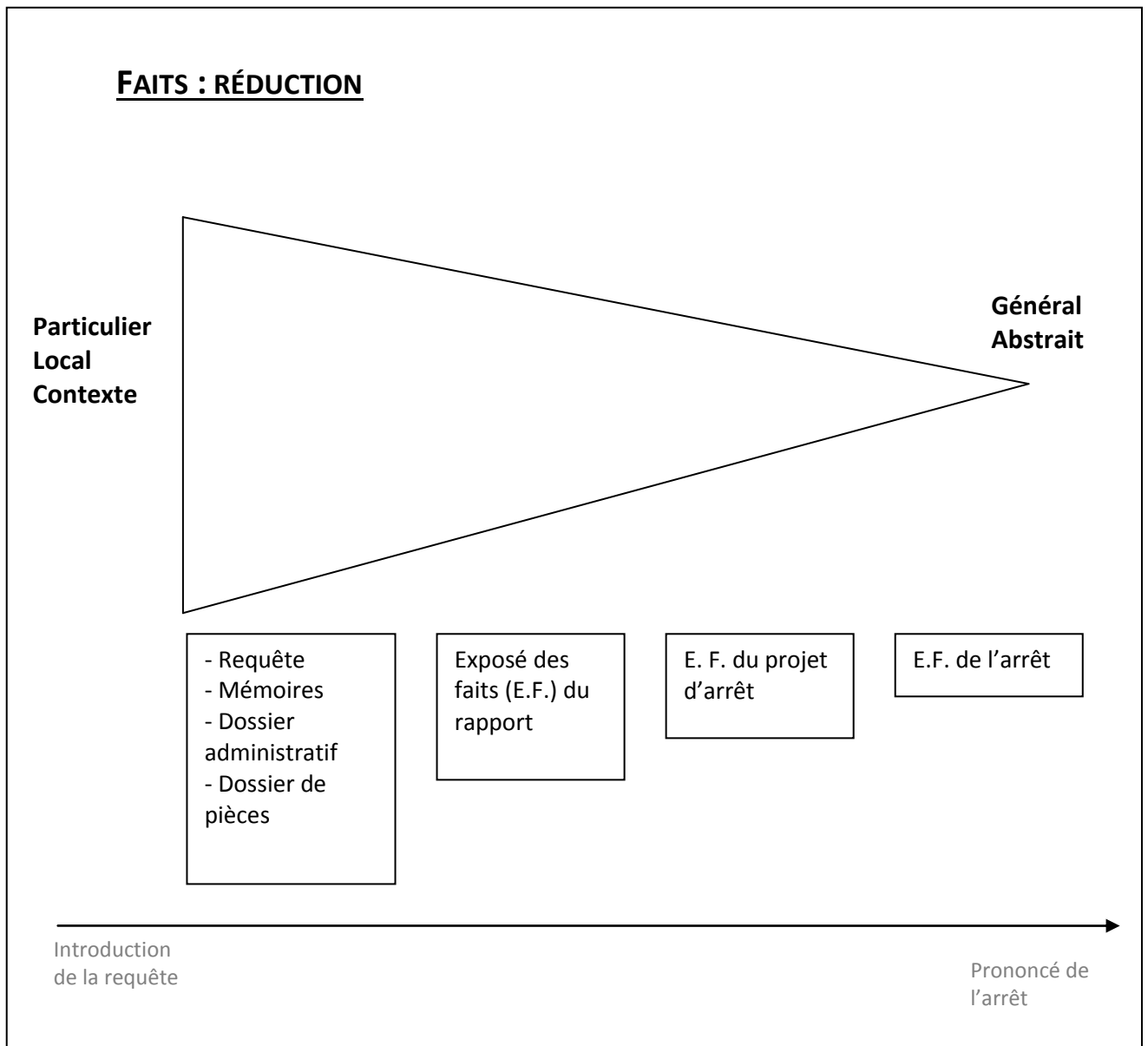


Figure 8

L'affaire se transforme. A mesure qu'elle progresse dans la procédure, la proportion du fait et du droit se modifie. Le contexte factuel prend de moins en moins d'importance, alors que le droit devient, au fil du processus, de plus en plus central. Pour paraphraser Latour, le conseiller parle moins des faits que l'auditeur qui en parle moins que l'avocat qui en parle encore moins que le requérant qui ne parle que de ça (Latour, 2004, p.226). Les faits sont taillés, élagués, bref sélectionnés afin d'être juridiquement pertinents, c'est-à-dire d'entrer en résonance avec les moyens soulevés. En outre, les faits sont abstraits, c'est-à-dire dé-singularisés, débarrassés de leur dimension par trop contingente, afin de pouvoir être comparés avec les faits d'une affaire précédemment jugée par le Conseil d'État.

Examinons à présent le mouvement du droit.

## 2. L'amplification du droit : de l'impression sur le moyen à l'arrêt qui dit le droit

Les moyens sont le sésame du recours. Ils véhiculent tout au long des chemins procéduraux empruntés par le dossier, les prétentions juridiques, les illégalités concrétisées en griefs. Ils contiennent et matérialisent **l'illégalité concrète** en précisant la disposition juridique prétendument violée et la manière singulière dont l'illégalité a été commise. Le moyen condense, dans sa formulation, une série de normes légales enfreintes et la manière dont elles l'ont été<sup>204</sup>.

S'intéresser aux moyens permet d'appréhender le phénomène juridique dans sa matérialité en touchant à ce qui le constitue. Comme l'a remarqué Latour (2012, p.49), l'institution juridique « *n'est pas faite « de » ou « en » droit* », elle est caractérisée par un **mouvement** particulier que les juristes désignent sous le nom de « moyen » et qui permet un **mode de liaison** particulier. « *Le droit n'est pas fait « en » droit mais y circule [...], quand tout est en place et que tout se passe bien, un « fluide » particulier, qu'on peut appeler juridique et que le terme moyen [...] permet de suivre à la trace* » (Latour, 2012, p.51). Nous suivrons dès lors « la trace » du moyen afin de saisir le mouvement d'amplification du droit. L'illégalité définie et contenue dans le moyen, pour parvenir à fonder l'arrêt en droit, doit réussir le passage de la requête à l'arrêt. Le moyen qui matérialise et transporte l'illégalité durant le processus décisionnel prend de l'ampleur au fur et à mesure que le cas progresse dans la procédure. Les auditeurs ont, au départ, une impression fugace sur le moyen. Est-il sérieux ? Son examen s'annonce-t-il facile ou au contraire difficile ? Au fur et à mesure que les auditeurs s'imprègnent du cas, cette impression évolue et s'ancre dans le contexte factuel. Le moyen est-il apte à fonder l'annulation ou doit-il être rejeté ? L'impression devient alors certaine. Le magistrat soumet ensuite l'impression qu'il a sur le fondement du moyen à l'épreuve du droit en identifiant le bon problème juridique, en repérant la jurisprudence applicable. A ce stade, l'impression laisse la place à la conviction : le moyen est fondé, le droit applicable identifié. La conviction de l'auditeur sur le fondement du moyen – c'est-à-dire sur l'illégalité de la décision – sera également éprouvée, que ce soit pendant l'audience où l'avis de l'auditeur est discuté par les parties, mais surtout pendant l'examen du conseiller rapporteur qui soumet le rapport de l'auditeur à l'épreuve des derniers

---

<sup>204</sup> Le requérant propose déjà, par l'agencement des dispositions et des faits qu'il sélectionne, une certaine interprétation de la décision administrative et des normes qu'elle aurait, de son point de vue, dû respecter. Le magistrat doit également détricoter ces éléments pour tester le lien qui unit le droit mobilisé aux faits invoqués.

mémoires. Le moyen retenu par l'auditeur doit donc « triompher » de cette dernière épreuve pour apparaître dans l'arrêt comme le moyen de droit à partir duquel le Conseil d'État prononcera l'illégalité de l'acte.

L'étude du processus a fait apparaître une série d'opérations pratiques récurrentes. Nous avons pu dégager des configurations processuelles à partir des régularités de pratiques. Ces processus typiques s'organisent autour de trois moments charnières<sup>205</sup> qui impriment au mouvement du droit une direction particulière. Il s'agit des opérations que nous avons, à la suite des magistrats intitulées « la « première » impression », « l'épreuve » et « la conviction ». Si ces « passages obligés » sont présents dans chaque configuration processuelle, elles se déclinent diversement.

Malgré les divergences que nous exposerons, ces processus partagent une structure commune qui passe par les trois étapes suivantes. Les auditeurs consacrent d'abord du temps afin de se forger une opinion générale sur les moyens<sup>206</sup>. Cette **première impression** guide le magistrat dans son travail ; elle lui insuffle une direction à suivre, plaçant le dossier dans une certaine voie processuelle<sup>207</sup>. Lorsque cette impression se transforme en certitude, elle devient **conviction**. La conviction peut, dès lors, être définie comme la certitude plus ou moins ferme que l'acte recèle une illégalité, qu'un moyen pourra fonder l'annulation. Le passage de l'impression à la conviction se réalise par **l'épreuve**. L'illégalité de la décision administrative, point de mire ultime du recours au Conseil d'État, s'élabore progressivement sur la base d'impressions de natures diverses et de catégorisations. L'illégalité ne sera prononcée qu'une fois le processus abouti. La conviction apparaît alors comme un long processus de maturation, nourri d'indices et d'appuis pratiques, révisés et révisables selon une série d'épreuves, ce qui n'est pas sans rappeler la méthode documentaires d'interprétation diffusée par Garfinkel (2007 [1967], pp.149-181).

Dans un premier temps nous reviendrons sur les impressions (section 2.1.) et préciserons en quoi elles consistent et comment elles émergent. Nous verrons que les impressions constituent des appuis décisionnels pour les magistrats. Forme d'expertise professionnelle sur les moyens et la procédure, les impressions s'originent dans la connaissance typique qu'ont les magistrats des pièces de procédure,

---

<sup>205</sup> Ces moments charnières sont d'ailleurs représentés sur le schéma représentant la progression du dossier par les embranchements possibles.

<sup>206</sup> Dans les chambres, les conseillers éprouvent également une première impression, non pas sur les moyens mais sur le rapport de l'auditeur. Soit ça paraît tenir la route et le conseiller vérifie dans le dossier ce que le rapport a constaté. C'est une illégalité manifeste. Soit ça ne tient pas la route, l'auditeur a fait une erreur. Soit les conseillers hésitent. Ils repèrent un problème et se plongent alors dans le dossier pour tenter de repérer les failles du raisonnement.

<sup>207</sup> Nous renvoyons au passage sur la catégorisation du recours en cas faciles et cas difficiles.

du déroulement de la procédure ou des audiences, bref, d'un savoir acquis expérimentalement dans et à propos du déroulement habituel de la procédure contentieuse rue de la Science. Dans un deuxième temps, nous reviendrons sur la conviction (section 2.2.). Enfin, dans un troisième temps, nous verrons comment le droit prend progressivement une place de plus en plus importante, pour devenir l'objet central de l'arrêt (section 2.3.).

## 2.1. Les catégorisations pragmatiques et les impressions typiques

Dans une première section, nous verrons comment l'impression sur les moyens constitue un **guide pour l'action** (Paperman, 1992)<sup>208</sup>. Leur lecture fournit des indications au magistrat, une première impression sur la force du moyen (sous-section 2.1.1.). Certains moyens ne parlent par contre qu'en contexte, qu'il s'agisse du contexte factuel de l'affaire ou du contexte juridictionnel de sa résolution. L'illégalité se manifeste alors sous les traits d'un problème qui est décelé à travers des indices. Ces indices constituent un **guide pour l'attention** (sous-section 2.1.2.) et relèvent de la perception du problème de légalité.

### 2.1.1. La catégorisation pragmatique des moyens : les premières impressions

Les magistrats sont de véritables experts<sup>209</sup> en moyens. Il suffit de s'arrêter quelques instants sur les nuances du lexique utilisé par les magistrats pour les qualifier, les catégoriser et les ordonner. Le moyen peut être un « moyen sérieux », « moyen facile », « moyen radical », « moyen fondamental », « moyen apte à fonder l'annulation », « moyen qui à coup sûr entraînera l'annulation », « moyen manifestement fondé », « moyen d'ordre public », « moyen tangent », « moyen délicat ».

Les magistrats ont développé ces catégories pragmatiques sur base des savoirs acquis à travers leur expérience professionnelle de magistrat du Conseil d'État. Que dit un manuel de droit sur le caractère délicat d'un moyen, sur sa « radicalité » ? Pourtant ces catégories permettent de sélectionner, de classer et de trier les moyens, bref, d'organiser pratiquement le travail.

---

<sup>208</sup> Nous devons à Patricia Paperman (1992, p.102) cette distinction entre « guide pour l'action » et « guide pour l'attention » appliquée aux manifestations des émotions dans l'espace public.

<sup>209</sup> L'expertise des magistrats est une expertise liée à l'apprentissage pratique et non une expertise qui se fonde sur un schéma rationaliste de l'apprentissage « *Pour un rationaliste, un expert est celui qui parvient à un très haut niveau de calcul, et peut expliciter ses décisions en disant quelle règle il a suivie dans chaque cas. Mais c'est une vue de l'esprit : l'expert réel, lui, est incapable de dire la règle qu'il suit, et pourtant sa décision n'a rien d'arbitraire. [...] Les vrais experts agissent **intuitivement*** » (De Munck, 1999, p.63).

Ces catégories sont des expressions indexicales, c'est-à-dire des expressions qui « *ne peuvent être déterminées que localement et de manière endogène. Elles sont connues de tous sans exception et accessibles à tout un chacun, car elles correspondent à un savoir-faire ordinaire des praticiens* » (Garfinkel, 2001 [1996], p.52). Ces catégories permettent de rendre visible un travail de catégorisation ordinaire, travail banal pour le magistrat et ne présentant classiquement pour l'observateur aucun intérêt théorique.

Revenons sur le processus décisionnel afin de saisir comment la catégorisation des moyens permet d'organiser pratiquement le travail. A la première lecture de la requête, les auditeurs éprouvent directement une impression sur le « **sérieux** » des moyens. Les moyens qui ne paraissent pas sérieux sont d'emblée écartés.

Ensuite, les auditeurs sélectionnent parmi les moyens sérieux ceux qui leur semblent « **radicaux** ». Ces moyens renvoient généralement à une illégalité manifeste. L'utilisation par les magistrats du terme « manifeste » lorsqu'ils qualifient le moyen de « *manifestement fondé* » ou l'acte de « *manifestement illégal* », renvoie au caractère quasi-automatique du jugement. Dans de tels cas, les magistrats n'éprouvent aucune hésitation quant à la capacité du moyen à mener à l'annulation. L'examen du moyen est alors qualifié de « facile ». C'est le cas lorsque la violation touche à des dispositions légales fondamentales ou lorsque le contentieux est fortement balisé par une jurisprudence objectivante.

Enfin, lorsqu'aucun moyen ne se dégage de la requête, les magistrats lisent le dossier administratif afin qu'à la lecture des pièces se dégagent des pistes de résolution du litige. Cette lecture fournit des éléments supplémentaires qui permettent d'interpréter les moyens et de comprendre le grief soulevé par le requérant. Soit les magistrats découvrent un gros problème dans le dossier, soit se dessine peu à peu une impression sur le dossier.

Ces trois impressions sur le caractère **sérieux** des moyens, la **facilité** avec laquelle ceux-ci pourront être examinés et leur probable **fondement**, orientent le travail de l'auditeur. Elles permettent d'aiguiller le recours à travers différents chemins procéduraux<sup>210</sup> et routines de travail.

À la lecture de la requête, le magistrat peut repérer directement un moyen clairement fondé. Cette impression – « qui saute aux yeux » – sur la légalité manifeste d'un moyen, sera soumise à l'épreuve du dossier : il sélectionne directement les pièces du dossier qui permettront de vérifier les allégations

---

<sup>210</sup> Nous pensons particulièrement à l'opportunité d'activer l'article 93 du règlement de procédure.



du requérant (nous renvoyons à l'explicitation du processus sur les cas faciles). Par contre, lorsqu'aucun moyen ne se dégage clairement, le magistrat adopte une approche plus compréhensive du dossier tentant de détecter un problème à travers une logique indiciaire. Le problème réside alors dans la difficulté à lier un sentiment sur un dossier, l'impression que quelque chose ne va pas, à un moyen juridique. En effet, le problème juridique n'étant pas flagrant, l'illégalité se construit petit à petit, s'appuyant sur les moindres détails susceptibles d'orienter l'examen du litige.

Nous venons de voir comment la « première » impression sur les moyens permet au magistrat d'organiser ses activités en priorisant l'examen de certains arguments juridiques, en effectuant l'examen des écrits de procédure et la rédaction du rapport dans un ordre déterminé.

Voyons à présent comment les magistrats, face à des cas difficiles, puisent dans les détails du déroulement de la procédure des appuis pratiques au jugement, détails qui seront perçus comme des indices d'un problème de légalité sous-jacent.

## 2.1.2. La logique indiciaire des impressions : les indices d'un problème

Face à un cas qui ne va pas de soi, l'auditeur hésite et tâtonne, n'ayant pas d'emblée une idée précise de l'issue du litige. Il se plonge alors dans le dossier qui permet de rentrer dans le problème, de s'imprégner du contexte afin de repérer les failles de la décision de l'autorité. De son côté, le conseiller adopte la même méthode de travail face à un rapport qui lui paraît ne pas tenir la route.

Dans le cours d'action, les magistrats interprètent leur environnement, les informations dont ils disposent afin d'orienter le litige. Grâce à un savoir acquis durant leur expérience professionnelle au Conseil d'État, les magistrats attribuent une signification à certains détails qui, pour un profane, peuvent paraître anodins. La manière dont se déroule la procédure, les documents qu'ils reçoivent, les interactions durant l'audience, sont décryptés par les magistrats. Ces détails se voient attribuer une signification par les magistrats qui y reconnaissent un ordre inhérent à l'activité pratique en train de se faire. Ils permettent au magistrat d'anticiper le cours normal des choses et d'interpréter, voire de sanctionner, les écarts par rapport aux manières habituelles de procéder dans la section du contentieux administratif.

### 2.1.2.1. Un savoir d'expérience

Les magistrats se servent de l'expérience qu'ils ont acquise au Conseil d'État. La procédure est balisée ; les avocats habitués au contentieux administratif sont rompus au formalisme du recours ; le travail des magistrats est spécialisé par matière. Les magistrats acquièrent dès lors très vite un **stock de savoirs pratiques sédimentés** à propos de la manière dont se déroule typiquement la procédure contentieuse, l'audience ou la rédaction des écrits de procédure. Ces indices constituent des « *informations directement disponibles sous la forme de prises pour l'action* » (Relieu, 1994, p.186).

Les impressions se basent sur ce savoir expérientiel<sup>211</sup> qui se constitue « *par sédimentation des expériences passées, s'accroît à travers les performances de l'acteur qui a appris à définir des situations et à construire des contextes où il peut comprendre avec validité et agir avec efficacité* » (Cefai, 1994, p.115). À force de travailler sur des dossiers, le magistrat a dégagé des routines d'expérience qui se traduisent par des scénarios-types tels que la présence des avocats à l'audience, des attentes en matière de rédaction « normale » des écrits de procédure, des qualités attribuées à certains avocats, etc.

Ce savoir professionnel pratique est utilisé selon deux modalités. D'une part, les auditeurs interprètent certains indices comme les signes d'un problème de légalité sous-jacent (point 2.1.2.1.1.). Ils interprètent les écrits de procédure en repérant les indices pratiques de la conviction des parties ou de la pertinence d'un moyen. D'autre part, durant l'audience, les conseillers mobilisent leurs connaissances d'expérience afin d'interpréter certains signes comme base d'inférence (point 2.1.2.1.2.).

#### 2.1.2.1.1. Les indices d'un problème de légalité dans la manière dont sont rédigés les écrits de procédure

Afin de rédiger leur rapport les auditeurs sont confrontés à des textes qu'ils doivent interpréter, confronter, comparer, analyser et évaluer. Face à ces écrits, ceux-ci mobilisent certains appuis pratiques que leur fournissent directement les **documents** qui composent l'affaire. C'est le cas de

---

<sup>211</sup> « *L'expérience antéprédicative a une structure de typicalité qui se traduit par la récurrence de régularités dans la vie perceptive et par la récurrence de recettes dans les activités pratiques. [...] Il ne s'agit ni d'un procès d'induction ni d'un procès de déduction mais d'un transfert aperceptif dans le champ pratico-sensible, qui à la fois permet d'éprouver la typicalité de ce qui y est donné comme connu, et d'opérer des typifications de ce qui se donne à connaître* » (Cefai, 1994, p.110).

l'exposé des faits des parties et des moyens soulevés. Ils sont interprétés et évalués relativement aux manières habituelles de rédiger les écrits de procédure. La structure des mémoires est en effet relativement standardisée et la contrariété à cette manière de procéder est perçue comme le signe d'un problème sous-jacent de légalité (point A). Ensuite, les auditeurs infèrent du style rédactionnel des mémoires, le degré de conviction des avocats, ce qui leur donne également une indication sur la légalité ou l'illégalité de la décision (point B). Enfin, les magistrats mettent en place certaines procédures pratiques qui leur permettent d'évaluer la solidité du raisonnement des parties et de se doter de clés d'interprétation de certains arguments juridiques telle *l'exceptio obscuri libelli* (point C).

### **A. La contrariété à la manière habituelle de procéder**

La manière dont se déroule la procédure contentieuse au Conseil d'Etat constitue une réalité observable et compréhensible pour les intervenants au procès. En ce sens, les débats juridictionnels sont publics car ils sont « *donnés directement à la compréhension, ils sont méthodiquement ordonnés, leur signification est accessible. L'espace public est constitué par le caractère méthodique des procédures du sens commun garantissant cette lisibilité. Nous nous rendons mutuellement intelligibles nos actions, nos intentions, nos sentiments. Cette intelligibilité mutuelle est inscrite dans des routines d'action et d'interprétation* » (Paperman, 1992, p.102).

Comme tout phénomène social, le déroulement de la procédure contentieuse au Conseil d'État est fait de routines qui sont autant de manières habituelles de procéder. Lorsque les routines ne sont plus suivies, lorsque les documents, les actions ne répondent plus aux attentes d'arrière-plan, aux manières habituelles de fonctionner, les pratiques sont jugées anormales car inhabituelles. Parmi les pratiques jugées anormales<sup>212</sup>, la manière inhabituelle de rédiger les mémoires est interprétée et évaluée. Ainsi, **l'exposé des faits** est généralement présenté de manière chronologique. Lorsque ce n'est pas le cas, les auditeurs y voient le signe d'un problème. De la même manière, un exposé des faits qui s'avère incomplet au regard des pièces du dossier met la puce à l'oreille de l'auditeur qui est alors attentif à un éventuel problème que cette omission peut cacher. Bref, le magistrat nourrit certaines attentes à l'égard de la rédaction de l'exposé des faits et la contrariété à ces attentes s'avère problématique et révèle la structure normative de la normalité (Dupret, 2006a).

---

<sup>212</sup> Cette manière de procéder est proche des « *breaching experiments* » mises en place par Garfinkel afin de faire apparaître les « *propriétés d'arrière-plan des scènes quotidiennes en tant qu'elles sont attendues, standardisées et standardisantes, [elles sont] « vues sans qu'on y prête attention* » » (Garfinkel, 2007 [1967], p.99).

Quand le **moyen** pris de l'erreur manifeste d'appréciation est trop long, il n'est pas accueilli car l'erreur manifeste doit être évidente<sup>213</sup> donc facilement démontrable.

## **B. Les signes de la conviction**

Le ton employé dans les mémoires – résigné ou combattif – donne des indications sur la conviction de l'avocat. Les auditeurs sentent dans le style rédactionnel que l'avocat croit à ce qu'il avance.

Les indices qui viennent d'être cités sont directement perçus par les magistrats à la lecture des documents. Ce n'est pas le cas des indices qui ressortent du dialogue des mémoires. La mise en dialogue des mémoires est une méthode pratique qui vise à rendre visibles certains appuis décisionnels.

## **C. Le dialogue des mémoires**

Faire dialoguer les mémoires permet au magistrat de se doter des ressources interprétatives supplémentaires, ce que la lecture isolée des mémoires ne permettrait pas. La procédure contentieuse est organisée de manière telle que l'interaction est différée et intermédiée par les écrits de procédure. L'interprétation des documents est capitale pour comprendre les faits et les moyens de droit. Or, nous savons depuis que les ethnométhodologues se sont intéressés à la question, que l'interprétation est processuelle, en ce sens qu'elle est constituée de « *réinterprétations successives du passé et d'anticipations du futur, exhibant le caractère rétroactif et prospectif du raisonnement humain* » (Cicourel, 1979, p.130).

Les magistrats mettent donc en place une procédure<sup>214</sup> afin de faire dialoguer les mémoires. Replacés dans leur contexte d'émergence, les mémoires des parties « se parlent ». Le magistrat peut alors se placer dans une posture d'interprétation et d'évaluation des débats, des problèmes et des réparations liés à ces échanges diachroniques. Chaque mémoire fournit les ressources interprétatives du mémoire qui apparaît ultérieurement dans la procédure. Ce document sera lui-même réinterprété à la lumière du mémoire précédent et pourra, le cas échéant, être révisé en fonction du mémoire suivant<sup>215</sup>.

---

<sup>213</sup> Le chapitre trois abordera en détails cette question de l'évidence.

<sup>214</sup> Cette procédure apparaît comme un modèle documentaire d'interprétation (Garfinkel, 1967, pp. 149-185).

<sup>215</sup> La logique indicielle des impressions n'est pas sans rappeler l'herméneutique développée par Gadamer. Celui-ci décrit la recherche du sens d'un texte de manière progressive et révisable. « *Quiconque veut comprendre un texte réalise toujours une ébauche. Dès que se montre un premier sens dans le texte, l'interprète se donne en ébauche un sens du tout. A son tour ce premier sens ne se dessine que parce qu'on lit déjà le texte, guidé par l'attente d'un sens déterminé. C'est dans l'accomplissement d'une telle pré-esquisse, constamment révisée il est vrai à partir de ce que livre le progrès dans la pénétration du sens, que consiste la compréhension de ce qui est donné* » (Gadamer, 1960, p.287-288 cité par Papaux, 1999, p.104).

Les parties produisent plusieurs mémoires durant la procédure. Le requérant soumet une requête, un mémoire en réplique et un dernier mémoire. L'administration produit un mémoire en réponse et un dernier mémoire. Au fur et à mesure que la procédure avance, les positions des parties peuvent évoluer. Le requérant recule-t-il par rapport à la requête ? L'administration répond-elle aux reproches que lui adresse le requérant dans sa requête ? Les magistrats lisent les écrits de procédure de manière longitudinale et interprètent l'évolution des positions de chacune des parties. Si le requérant recule, il y a peut-être un problème dans son argumentaire, ce qui met en doute l'existence d'une illégalité. Si l'administration ne parvient pas à répondre aux critiques adressées par le requérant, le magistrat est attentif : il peut effectivement y avoir un problème. Ce problème devra être analysé, mais il constitue un indice de fondement ou de rejet du moyen.

Un autre cas où les magistrats font dialoguer les mémoires concerne l'interprétation de certains arguments de droit. En matière de recevabilité, par exemple, les auditeurs ne convoquent pas uniquement des critères d'analyse théoriques ou formels tels qu'ils sont systématisés par la doctrine. Lorsqu'ils doivent se prononcer sur une *exceptio obscuri libelli*, les magistrats adoptent une grille d'interprétation pragmatique. Si l'autorité administrative qui oppose pourtant une telle exception répond malgré tout au moyen, les auditeurs infèrent de cette réponse au moyen taxé juridiquement d'obscur qu'elle l'a compris. Plutôt que de se prononcer sur la clarté ou l'obscurité du moyen lui-même, le magistrat se dote d'appuis procéduraux pour le juger. Si tout le monde le comprend, c'est qu'il est compréhensible et le magistrat y verra un indice de sa recevabilité.

Notons enfin que les conseillers recourent à des pratiques similaires lorsqu'ils prennent connaissance de l'affaire. Ils lisent le rapport de l'auditeur et le confrontent au dernier mémoire. En fonction de la réaction de la partie, le conseiller y verra une indication quant à la voie à suivre pour trancher l'affaire. L'impression qui ressort de cette lecture est influencée par l'échange entre les parties et l'auditeur. Dans son rapport, l'auditeur prend position en faveur de l'une ou de l'autre partie. La partie qui échoue réagit au rapport dans son dernier mémoire. C'est cette réaction qui donnera au conseiller une indication de la robustesse du raisonnement de l'auditeur. Si le conseiller estime que le rapport résiste à la critique du dernier mémoire, il s'inspirera largement du raisonnement de l'auditeur pour rédiger son projet d'arrêt.

### **2.1.2.1.2. La base d'inférence : l'audience comme une scène signifiante**

Alors que les auditeurs analysent essentiellement les écrits de procédure, les conseillers ont l'occasion d'observer directement les interactions lors des audiences. Celles-ci leur fournissent une série d'indices qu'ils pourront interpréter.

Lors des audiences, chacun des intervenants à la procédure prend la parole. Le conseiller rapporteur fait rapport de l'affaire, les parties plaident et l'auditeur donne son avis. Les réactions des parties sont interprétées en fonction de la séquentialité dans laquelle elles apparaissent. Les parties peuvent se positionner par rapport à l'avis écrit de l'auditeur, par rapport au rapport du conseiller rapporteur et par rapport à la plaidoirie de leur adversaire.

Les réactions de l'avocat au rapport du conseiller fournissent des appuis interprétatifs aux conseillers qui remarquent, par exemple, que les avocats modulent leur plaidoirie en fonction du rapport qu'a fait le conseiller-rapporteur à propos de l'affaire. Soit l'avocat considère que le conseiller a « correctement » compris le problème et il n'y insiste plus pendant sa plaidoirie. Soit l'avocat estime que le conseiller n'a pas compris et il insiste sur certains points. Dans ce dernier cas, les conseillers sont particulièrement attentifs et peuvent remettre en perspective l'ensemble de leurs interprétations du dossier, ce qui entraîne parfois un remaniement complet du projet d'arrêt.

De la même manière, l'audience constitue une arène de discussion du rapport de l'auditeur. Lorsque l'avocat « s'entête » en tentant de démontrer que l'auditeur s'est trompé dans son rapport, c'est également un signe que le conseiller va interpréter. La conviction qu'a l'avocat de l'affaire peut influencer en partie la conviction du juge. Bien entendu, pour pouvoir jouir de l'oreille du tribunal, l'avocat doit être crédible, son travail apprécié.

La présence de certains avocats jouissant d'une certaine aura auprès des magistrats constitue également un appui pratique au jugement. Selon que l'avocat prestigieux, sérieux ou crédible se déplace pour plaider une affaire ou qu'il envoie un collaborateur, le conseiller y verra le signe d'un intérêt pour l'affaire. La présence de l'avocat donne l'impression aux conseillers qu'« il y croit ». Son degré de conviction interroge la vision du dossier des conseillers. Ont-ils bien compris l'affaire ? La présence de l'avocat incite les conseillers à ouvrir leur esprit, pour accueillir le cas échéant une interprétation alternative.

### 2.1.2.2. *La nature des signes interprétés*

Il est intéressant d'énumérer les signes et indices perçus et interprétés par les magistrats durant le processus pour mettre en relief leur grande variabilité ainsi que le caractère pratique des inférences soutenues par les magistrats.

Ces signes peuvent émaner de documents, d'interactions spontanées – lors des audiences – ou différées par l'intermédiaire des documents. Il peut s'agir du style rédactionnel des mémoires, de la structure d'un exposé des faits, de la longueur d'un moyen qui devrait pourtant être bref, de la présence d'un avocat renommé, de la réaction des parties au rapport, etc.

Les magistrats ressentent, perçoivent, repèrent, interprètent, évaluent ces signes, ces détails, ces indices, ces impressions qui ne relèvent à proprement parler ni des éléments factuels du cas à trancher ni des règles juridiques. Ils interviennent pourtant dans le processus décisionnel. À partir de ces indices, les magistrats font des inférences et orientent leurs pratiques. Ils infèrent de ces indices le sérieux du recours, la véracité des faits qui soutiennent le raisonnement juridique, la conviction d'une partie, leur propre compréhension du litige, la faiblesse ou la robustesse d'une argumentation. Bref, ces signes préfigurent, à des degrés divers, des problèmes liés à la légalité de la décision, qui constitue l'horizon ultime du jugement. Grâce à ces indices pratiques, les magistrats se dotent d'outils d'interprétation, de compréhension et d'évaluation pratique du problème juridique.

La maîtrise de ces indices renvoie au savoir expérientiel des magistrats, savoir qui s'apparente au « savoir personnel » décrit par Ogien (2007, p. 149) comme cette « *part de maîtrise technique acquise dans l'expérience qui façonne une manière d'agir et est souvent présentée sous l'aspect ineffable de l'intuition, du sixième sens du tour de main...* » Ou pour le dire autrement, l'ordre et l'intelligibilité du monde social sont sensibles et concrets (Barthélemy et Quéré, 2007, p.15). Afin de saisir le sens de ce qui est dit ou fait, le magistrat s'appuie sur ce qui n'est pas expressément formulé. Mettre en évidence ces appuis décisionnels permet de comprendre la décision dans son accomplissement pratique en faisant ressortir les détails familiers, évidents et naturels qui échappent à l'attention des acteurs du procès, mais n'en sont pas moins nécessaires pour mener à bien leurs activités professionnelles. Dès lors, un problème de légalité de la décision peut transparaître à l'œil expert et passer totalement inaperçu pour le profane.

Notons enfin que l'expertise du magistrat est une expertise qui s'appuie sur un savoir-faire d'expérience qui insuffle une direction au recours sans être un outil de planification. La logique n'est

pas celle des objectifs clairs et rationnels, mais se rapproche de celle de l'intuition, du goût ou du flair<sup>216</sup> (Latour, 2004, p.162). Les magistrats sont rarement certains de la voie à suivre et demeurent toujours ouverts à l'interprétation la plus congruente, quitte à réviser leur jugement. « *Impossible, en tous cas, de définir l'expression « dire le droit » si l'on élimine les hésitations, le parcours sinueux, les méandres de la réflexion [...]. On dirait qu'elle [la justice] avance, en suivant comme les hébreux dans le désert, une colonne de fumée qui se situe juste devant eux, les éclairant puisqu'elle leur montre le chemin, les aveuglant puisqu'elle le dissimule sous les nuées* » (Latour, 2004, p.162).

Enfin, les indices renvoient à un savoir d'expériences sédimentées, à des scénarios déjà vécus directement ravivés par une expérience similaire. Les signes sont plus opaques parce qu'ils ne sont pas systématisés comme l'est une connaissance scientifique. Ces indices sont également plus spontanés, ils sautent aux yeux, sont perçus ou ressentis sans être médiatisés par une analyse poussée.

Comment les magistrats arrivent-ils à dégager une conviction à partir de tous les détails qui constituent leur action concrète (Lynch, 1987) ? Voyons à présent comment l'impression acquiert un caractère certain, se muant de la sorte en conviction.

## 2.2. La conviction

Le concept de conviction aide-t-il à comprendre le processus décisionnel<sup>217</sup> ? La conviction est une notion liée au droit pénal qui se réfère à l'intime conviction du juge. Ce terme n'est pas un terme « autorisé » en droit administratif. Pourtant, s'il n'apparaît pas comme tel dans les discours des magistrats, nous verrons qu'il permet de mettre le doigt sur un moment du processus qui voit un basculement dans l'appréhension qu'a le magistrat du dossier : à un moment donné, le celui-ci est **convaincu** par les arguments et est certain que le moyen peut fonder l'annulation.

Nous verrons dans un premier point que la formation de la conviction se construit graduellement. L'impression sur le fondement se mue progressivement en certitude grâce notamment aux épreuves.

---

<sup>216</sup> « *Pour aller ainsi, de droite et de gauche, à l'aveuglette, la justice n'utilise que des raisonnements ordinaires, syllogismes interrompus comme nous en employons tous pour mener nos affaires quotidiennes, dont l'ensemble hétérogène ressemble plutôt à un goût, à un flair, à un nez, affaire d'habitude, de culture, d'expérience et de sens commun. [...] la justice n'écrit droit que par des voies courbes* » (Latour, 2004, p.162).

<sup>217</sup> N'est-ce pas simplement une manière générale de désigner plusieurs choses différentes ? Le résultat final de l'arrêt, le sentiment de justice qui donne parfois l'impulsion à certains dossiers, le sens commun qui guide le magistrat dans son examen ? La certitude que le choix est le bon ou simplement le choix qui à un moment doit être assumé. La théorie juridique de la qualification ou du raisonnement juridique ne s'arrête pas à la question de la conviction qui renvoie à des appréciations trop subjectives.



## 2.2.1. Les moments où la conviction apparaît

Le processus décisionnel n'est pas linéaire. Nous avons montré les boucles de rétroaction et d'anticipation ainsi que le caractère situé des activités pratiques. Le processus est également configuré par certains points nodaux. Parmi ceux-ci, le moment où la conviction apparaît est important, car il imprime au chemin du processus une voie à suivre.

Pour que l'impression sur le fondement se mue en conviction, elle doit passer et triompher d'épreuves qui varient selon le processus.

Le terme d'épreuve émane du terrain, c'est pourquoi nous l'avons repris textuellement. Il n'est cependant pas inexploré en sociologie<sup>218</sup>. Dans ce travail, il faut l'entendre dans son acception commune à savoir « le fait de tester » (Le nouveau Petit Robert, 2008, p.912). Ainsi, au Conseil d'État, nous pouvons définir l'épreuve comme le processus pratique qui permet de tester la solidité d'une impression sur le fondement d'un moyen de droit.

Selon que le cas s'annonce facile ou difficile, la conviction se forme à des moments différents. La conviction apparaît tôt dans le processus lorsque l'illégalité est manifeste et plus tard lorsque le jugement du magistrat est mitigé.

### 2.2.1.1. Les cas faciles

Lorsque le magistrat lit la requête et qu'il repère un moyen radical, le **cas est jugé facile** et la conviction se forme très tôt, dès la lecture du moyen fondamental ou manifestement fondé. Celui-ci est alors soumis à l'épreuve des pièces du dossier. Le magistrat cherche les pièces du dossier qui

---

<sup>218</sup> C'est Bruno Latour et Michel Callon qui ont introduit le terme d'épreuve en sociologie. L'épreuve est définie comme une crise de la représentation. « Elle consiste dans la remise en cause du lien de délégation à travers lesquels des actants étaient, jusqu'alors, les porte-parole fiables et incontestés de certaines choses ou de certains êtres. [...] L'épreuve se concrétise dans le fait d'isoler le porte-parole de ce pour qui il parle, de montrer qu'il est un mauvais porte-parole de ce qu'il prétendait représenter, [...] et que par conséquent, il usurpe son statut de porte-parole » (Lemieux, 2011, p.250). Boltanski et Thévenot (1991), s'appuyant sur les acquis de l'anthropologie des sciences, ont critiqué cette conception d'épreuve en tant que simples rapports de force. Ils se sont penchés sur des disputes et affaires de la vie quotidienne et ont mis en évidence les contraintes d'argumentation et d'administration de la preuve qui leur sont propres. Ce type d'épreuve est caractérisé par un horizon d'attentes partagées qui consiste en une exigence de montée en généralité.

attesteront de la véracité des faits allégués qui sous-tendent le raisonnement. La disposition légale ne pose pas de problème au magistrat et ne nécessite pas un gros travail d'interprétation. Le travail du magistrat consiste dès lors à vérifier que les faits qui soutiennent le raisonnement de la partie peuvent être attestés par des pièces du dossier administratif. C'est le cas de la contravention à des règles fondamentales, qu'elles soient ou non d'ordre public, à des règles se référant à des catégories juridiques objectivantes, à des règles prescrivant des procédures figées. Ces règles laissent peu de place à l'interprétation. En outre, certains cas sont très étroitement balisés par une jurisprudence constante, cohérente et détaillée. Dès que l'illégalité manifeste est étayée par des éléments factuels, la conviction est certaine.

La conviction est liée au caractère fondamental et radical du moyen. Le moyen est solide et **l'illégalité manifeste** car le droit est univoque, la jurisprudence balisée et la marge d'interprétation très réduite. Précisons que le terme « manifeste » n'est pas neutre au Conseil d'État. Il renvoie à un sentiment d'évidence et à une absence de justification tellement « c'est clair ». Ce sentiment d'évidence est objectivé par la nature du moyen qui fait référence à des règles fondamentales devant lesquels le magistrat ne peut que s'incliner.

« - J. Colemans : Et comment est-ce que ça vous saute aux yeux? Comment vous reconnaissez que le moyen est fondé?

- Auditeur : Parce qu'il y a des **règles fondamentales**, je vais dire, qui sont parfois en jeu. Dans ma matière c'est, par exemple, une étude d'incidence qui est nécessaire parce que c'est un gros projet. Je vois que l'étude d'incidence n'a pas été régulièrement réalisée, donc ben ça, je sais que c'est un moyen important. Puis, il y a aussi les **moyens d'ordre public** : les moyens d'ordre public sont tellement fondamentaux qu'on peut même les soulever d'office. Par exemple, dans ma matière, c'est, on a modifié une voirie communale et on n'a pas consulté le conseil communal, qui est uniquement compétent pour régler, en fait, tout ce qui est voirie communale. Ben ça, c'est un moyen d'ordre public, parce que ça touche à la compétence du conseil communal. Et donc, si je vois, si je m'aperçois dans le dossier, que oui, on a fait l'impasse, on n'a pas consulté le conseil communal, ben voilà, ça, c'est un moyen que je sais, qui sera reconnu comme fondé. Ce sont des **choses tellement flagrantes**, tellement **évidentes**, tellement **fondamentales** que voilà, on ne peut pas y couper court. » (Auditeur 30, p.7)

Notons que les magistrats peuvent également être convaincus très tôt du caractère manifestement déraisonnable d'une décision. C'est le cas lorsque le magistrat a le sentiment que la décision est choquante. Le **problème manifeste de sens commun** sera alors traduit en termes juridiques. La conviction puise dans le jugement de sens commun. Nous aborderons plus en détail cette question dans le chapitre suivant.

### 2.2.1.2. Les cas difficiles

Au contraire des cas manifestes, il arrive qu'aucun moyen n'apparaisse d'emblée apte à fonder l'annulation. Le cas est alors jugé **délicat**. Les magistrats se plongent dans le dossier pour tenter de comprendre l'histoire de la décision, ses motifs. Bientôt des éléments deviennent saillants et se forme une impression sur la correction ou l'incorrection de la décision, son caractère raisonnable ou déraisonnable. Lorsque le magistrat « sent qu'il y a un problème », il soumet ce problème à l'épreuve du moyen. Le problème de sens commun doit pouvoir être traduit en problème juridique et le moyen doit contenir des arguments de droit pour le dire. Dans ce processus, la conviction ne se forme pas directement mais est étroitement liée à la maturation du dossier. C'est en lisant le dossier, en essayant de comprendre la décision, son contexte, son histoire, sa raison d'être<sup>219</sup> que la conviction se construit et qu'à un moment, « ça devient clair ».

Ce que nous appelons « conviction » est en fait un moment qui marque un point de basculement. Les magistrats disent qu'ils sont « convaincus par les arguments », que « ça devient clair », que « l'opinion est forgée ». Alors que le magistrat avançait d'impressions en impressions, il acquiert la certitude, plus exactement un **degré suffisant de certitude**, que le moyen peut fonder l'annulation. Nous désignons par « conviction » ce sentiment d'être convaincu, d'être plus ou moins certain que le recours est fondé, que le moyen peut mener à l'annulation et que, par conséquent, l'acte est illégal.

« J'analyse le dossier, il y a vraiment comme ça, on apprivoise un peu le dossier, les moyens, il y a un moment donné, ça peut être très **confus** en fait, pendant tout un temps, parce qu'on n'a pas encore tout lu etc., et puis quand on a tout lu, au fur et à mesure qu'on lit, qu'on prend connaissance des pièces etc., au fur et à mesure, **l'opinion se forge** en fait. Donc, à un moment donné, on se dit : « Voilà les choses sont **claires**. Je vois que telle pièce du dossier donne raison au requérant. » Et donc, je vais plutôt annuler. Par contre, je me dis : « Ben non, là, le requérant, il m'invoque toute une série de choses mais il n'y a rien qui vient confirmer ses dires, c'est pas du tout corroboré par le dossier administratif. » Et donc, **j'avance comme ça petit à petit** et je vois s'il a raison ou pas. Et à un moment donné, par exemple, je vais avoir un élément tout à fait précis qui va me dire, ben voilà, il faut statuer dans ce sens-ci parce que soit le dossier corrobore ou pas, ce qu'il y a dans la requête. Alors il y a des fois où c'est moins clair, des fois où on ne sait pas si on va statuer dans un sens ou dans l'autre parce que les choses ne sont pas claires. Suivant que je vais interpréter de telle façon, ben je vais donner plutôt raison au requérant, si j'interprète plutôt d'une autre façon, je vais donner raison à la partie adverse. Donc, c'est un peu difficile à expliquer mais en tout cas, moi, j'avance petit à petit, à un moment donné, je sais que je vais aller dans ce sens-là, parce que ça me paraît clair, que je vais pouvoir fonder tout mon raisonnement sur ça. Je compare, finalement, la requête au dossier administratif et j'arrive à me forger une idée qui est de plus en plus claire et précise sur la façon dont ça doit être tranché. » (Auditeur 30, p.28)

Ce passage permet de mettre en lumière la manière dont la conviction se construit pas à pas : « J'avance petit à petit ». La construction de la conviction apparaît comme un processus de maturation. L'auditeur passe progressivement d'un sentiment de confusion : « Je ne sais pas dans

---

<sup>219</sup> Nous y consacrerons le chapitre suivant.

quel sens je vais aller », au sentiment que les choses s'éclaircissent : « je sais dans quel sens je vais aller », ou du moins au sentiment que les choses paraissent moins confuses... Le magistrat constate et interprète la congruence des éléments de faits et des arguments d'une partie. Peu à peu, la conviction apparaît et, à « un moment donné », c'est clair. La conviction se construit pas à pas à travers la confrontation du dossier aux moyens ou lors de la rédaction de l'exposé des faits.

Ces **cas délicats** qui font hésiter le magistrat rendent la conviction beaucoup moins spontanée. La certitude quant à la légalité ou à l'illégalité de l'acte n'apparaît, si toutefois elle apparaît, que de manière progressive. Elle se construit processuellement au gré des indices que le magistrat glanera durant la procédure. La conviction se construit pas à pas et tout compte : chaque mot utilisé dans les mémoires, chaque pièce du dossier, chaque arrêt cité, chaque interprétation. Chaque élément révèle sa pertinence dans sa confrontation aux autres pièces, textes et indices. Le moyen est à la fois un schème d'interprétation des éléments factuels et l'objet d'interprétation. De cette vision panoptique de l'affaire, le magistrat ne garde que les éléments qui convergent et tente de les ordonner autour d'un problème juridique qui leur donne du sens. C'est seulement lorsque le problème juridique a été identifié, formulé, et que la jurisprudence apporte des éléments de réponse, que le magistrat acquiert le sentiment que le litige se dénoue. C'est à ce moment que le doute laisse la place à une position certaine ou en tous cas plus solide. En effet, certains dossiers laissent planer le doute jusqu'à la fin et la balance ne penche pas clairement d'un côté ou de l'autre. Néanmoins, le contexte juridictionnel impose au magistrat une attitude tranchée, et ce, malgré la conviction nuancée ou l'absence de conviction qui se dégage de l'affaire<sup>220</sup>.

Le sentiment d'être convaincu ne peut se laisser réduire à un jugement binaire. Les magistrats sont plus ou moins certains que le moyen parviendra, au terme du processus, à fonder l'annulation. Lorsque l'illégalité est fondamentale, la conviction apparaît rapidement et le magistrat est alors certain de l'issue du litige. Par contre, en cas de doute, la conviction est plus tangente voire inexistante – le magistrat reste alors avec une impression – et nécessite un long travail de maturation des arguments de parties. Entre ces deux extrêmes, nous avons vu que le degré de certitude peut être plus ou moins élevé. Le degré de conviction impacte les pratiques décisionnelles des auditeurs qui examineront un ou plusieurs moyens selon leur degré de certitude quant à la robustesse du moyen.

---

<sup>220</sup> Au contraire des auditeurs qui doivent rédiger un avis tranché, le conseiller rapporteur peut, en cas d'incertitude irrémédiable, décider de soumettre à la discussion deux projets d'arrêt différents.

## 2.2.2. Le caractère public de la conviction

Nous avons vu que les magistrats perçoivent dans leur environnement de travail des signes qu'ils interprètent pour orienter leurs activités pratiques. Les signes de la conviction des parties font partie des appuis décisionnels mobilisés par les magistrats.

L'idée développée dans ces lignes est la suivante : la conviction n'est pas l'attribut du magistrat décideur mais un processus qui se construit collectivement et publiquement. Généralement cantonnée au for intérieur du magistrat, la conviction se publicise. Parties et magistrats coopèrent pour construire le jugement de droit.

Inspirée du modèle externaliste de l'intention (Ogien et Quéré, 2005, p.63), la conception de la conviction que nous développons est conçue comme un phénomène (une parole, une formulation, une réaction) qui s'inscrit dans un type d'activité en commun et qui se développe dans le cours de l'action, de manière conjointe. Les acteurs mettent en œuvre des procédures grâce auxquelles ils vont pouvoir concevoir pour eux, et attribuer à autrui, une intention, une conviction.

Ainsi, les auditeurs construisent-ils publiquement leur conviction dans un double mouvement d'interprétation rétrospective des signes de la conviction des parties et de projection de la décision des conseillers. De la même manière, le conseiller rapporteur s'appuie sur les signes de la conviction des parties et de l'auditeur, et il anticipe les débats de la délibération.

Durant le processus, la conviction des parties affleure les écrits de procédure ou transparaît dans les réactions des avocats. Pour fonder sa conviction, le magistrat s'appuie notamment sur ces indices qui attestent de la conviction des parties. Ainsi, cette conviction transparaît-elle en filigrane à travers leurs écrits – caractère rétrospectif de la conviction – et leur attitude à l'audience. La conviction a donc un caractère public et ne peut être limitée à ce que pense le magistrat.

En outre, les auditeurs tablent sur l'anticipation de ce que les conseillers jugeront – caractère prospectif de la conviction – pour tester leur degré de certitude quant à l'examen qu'ils proposent. Pour les auditeurs, la conviction est un pari sur l'avenir, un jugement prospectif<sup>221</sup> sur l'issue de l'affaire.

---

<sup>221</sup> Les auditeurs connaissent les **conseillers**, les deux corps étant spécialisés par matière. Les auditeurs sont pris en tension entre deux logiques d'action : travailler utilement et rester indépendant.

« - Auditeur : Quand j'étais auditeur adjoint, mon chef en étranger me disait toujours, oui mais si tu passes devant Madame Delencre [NDR], cela ne passera pas », et il avait raison probablement, cela ne serait pas

« Il y a toutes sortes d'écoles au sein des collègues de l'auditorat. Vous en avez qui prennent un moyen et se disent : « Tant pis si j'ai une réouverture des débats, je le ferai après ». Vous en avez d'autres qui disent : « Je vais examiner ce moyen-là à fond, et puis les autres je dirai quelques mots ; comme ça je n'aurai pas de réouverture des débats », et puis y'en a d'autres qui vous disent : « Je vais faire tous les moyens comme ça je suis sûr de ne pas avoir de réouverture des débats et je les fais tous à fond ». Ça, c'est un peu comment chacun le sent, **comment chacun est persuadé que l'affaire va tourner à son sentiment.** » (Auditeur 34, p.20)

Becker (1982) avait déjà observé ce phénomène chez les artistes qui « se mettaient à la place des autres » (Mead, 1963 [1934]), projetant la réaction d'un autrui significatif. « *Ainsi, les gens modèlent peu à peu leur ligne de conduite non seulement d'après leurs impulsions, mais aussi d'après les réponses qu'ils attendent d'autrui* » (Becker 1988 [1982], p.214).

Le degré de certitude par rapport au moyen a des conséquences sur le processus notamment sur le nombre de moyens examinés par l'auditeur et sur le chemin procédural qu'il donne au dossier. L'auditeur tente de projeter le raisonnement que le conseiller est susceptible d'emprunter. Lorsque l'auditeur ne connaît pas la jurisprudence de la chambre, il a tendance à examiner tous les moyens. La connaissance et la maîtrise de la jurisprudence des chambres routinise l'examen des moyens, notamment parce que l'auditeur parvient à anticiper les décisions de la chambre.

« Il faut que j'hésite beaucoup ou alors que je connaisse pas bien la jurisprudence, parce que comme je traite parfois pour plusieurs chambres de conseillers différents, comme je connais pas très bien la jurisprudence ou les conseillers d'état, il y en a certains vis-à-vis desquels je sais si voilà, je propose un article 93, il y a 90 % de chances que je sois suivi, parce que je sais que d'habitude ils me suivent. Quand je traite une nouvelle matière avec des magistrats que je ne connais pas du tout, et que je sais pas du tout quelle va être leur réaction, ou leur manière de réfléchir, à ce moment-là, je préfère tout examiner comme ça, je n'ai plus le dossier dans les, dans les pattes. [...] Quand je me retrouve face à des chambres que je ne pratique pas du tout, à ce moment-là, c'est plutôt la jurisprudence de la chambre, voir s'ils sont plutôt bienveillants pour les fonctionnaires, les parties adverses, des choses comme ça. Mais par rapport, oui, à certains sentiments que j'ai déjà eu, effectivement, ça m'a amené à traiter des dossiers entiers ou moins, parce que je, certains moyens, parce que je me disais devant la chambre, il y a un risque, enfin, une possibilité que la chambre rejette tel moyen ou au contraire annule sur base de tel moyen. Mais c'est une espèce de feeling qui ne repose peut-être sur rien, en fait. Mais bon, en tout cas, parfois, je le ressens et je travaille sur la base de ce *feeling*. » (Auditeur 15, p.10)

En résumé, la conviction n'est pas un état individuel et personnel du magistrat, mais un processus conjoint. L'impression sur le fondement du moyen est non seulement construite sur base d'indices de

---

passé... Mais, moi je me refuse à choisir une solution en fonction du magistrat que tu auras au fond. Ca c'est la fin de tout alors, cela veut dire qu'on est rien d'autre que des gens qui servent la soupe au juge.

- J. Colemans : Vous dites connaître la sensibilité des juges, comment est ce que ça vous influence ?

- Auditeur : Comment expliquer cela ? Il y a l'influence globale de la chambre et l'influence particulière du juge. Plusieurs fois, je me suis dit : « Ah ben cela avec machin ça passera, probablement que avec machin cela ne passera pas », mais... C'est un élément qui influence mais ce n'est pas le seul, voilà. J'essaye d'en tenir compte mais pas trop.

Il faut quand même en tenir compte pour ne pas travailler pour rien, mais je crois qu'on ne peut pas se permettre que d'être des gens qui servent la soupe. » (Auditeur 16, p.10)

la conviction des parties, mais est mise en lien avec les chances d'être suivi par la chambre. La conviction est donc un phénomène « public », fondé et soumis au jugement des pairs.

### 2.3. L'amplification du droit

Le Conseil d'État se prononce sur la légalité des actes administratifs. La « légalité » n'est pas une réalité objective qui s'impose aux magistrats, mais un accomplissement pratique (Dupret, 2006b, p.186). Elle constitue la visée pratique vers laquelle tend tout magistrat, l'horizon du jugement juridictionnel. Cette notion irrémédiablement indexicale n'est pas fixée une fois pour toutes, mais s'incarne à travers des pratiques qui tendent à définir et sanctionner la légalité d'un cas. « *La règle ne peut être saisie en dehors de sa pratique et, inversement, il n'y a pas de pratique [...] d'une règle sans identification préalable de celle-ci* » (Dupret, 2006, p.108).

Pour comprendre comment le droit tisse des liens dans et à travers le cas, nous avons examiné systématiquement les moyens. Ceux-ci contiennent les prétentions juridiques des parties, l'illégalité concrète qui tente de disqualifier la décision administrative. L'illégalité définie par le requérant et discutée par la partie adverse est analysée par le magistrat.

Tout comme l'exposé des faits des parties ou le dossier de pièces, les moyens constituent à la fois le contexte de l'affaire et l'objet des pratiques juridictionnelles. Ils permettent l'ouverture du recours, mais ne le déterminent pas. Ils contraignent le travail du magistrat qui ne peut se prononcer que sur les arguments de droit soulevés par les parties, sans pour autant imposer un raisonnement. Ainsi, les moyens sont lus, catégorisés, interprétés, rejetés ou accueillis, comparés et mis en relation avec l'exposé des faits ou le dossier administratif. En outre, les problèmes juridiques développés dans les moyens sont retravaillés, le magistrat disposant d'une certaine latitude pour redéfinir le problème juridique<sup>222</sup>.

S'intéresser au travail des moyens permet de faire apparaître le mouvement d'amplification du droit dans le processus décisionnel. D'une impression fugace sur le sérieux du moyen, l'auditeur acquiert une impression sur la facilité de l'examen. Cette impression encore fragile pour les cas délicats, se

---

<sup>222</sup> Plus on avance dans le processus, plus les moyens sont fixés. L'auditeur peut interpréter et extrapoler les moyens, surtout lorsque ceux-ci ne contiennent pas les éléments de droit suffisants. C'est le cas de l'interprétation bienveillante où les auditeurs vont « chercher les moyens à la petite cuillère ». Par contre, les conseillers ont nettement moins de latitude que les auditeurs. Les moyens ont déjà été précisés et discutés. L'auditeur a fait le choix des moyens qui soutiendront les reproches adressés à la décision. Or, les conseillers sont contraints par ce choix, même s'il leur est toujours possible de rouvrir les débats.

renforce grâce à l'analyse du dossier. Elle cède progressivement la place à une impression sur le fondement du moyen. Le moyen ne paraît plus seulement « sérieux » ou « difficile », mais il pourrait être « fondé ». Autrement dit, l'acte pourrait être illégal car le magistrat subodore un problème. Si ce problème peut être traduit en termes juridiques, il devient « problème juridique ». Pour résoudre ce problème, le magistrat mobilise un corpus juridique important : les dispositions légales, la doctrine et la jurisprudence. C'est alors que le magistrat acquiert la conviction que le moyen est fondé et que l'acte est illégal. Enfin, l'arrêt ne contient pratiquement plus que du droit : le respect des procédures légales, les règles violées, l'explicitation des règles en contexte, le corpus de jurisprudence applicable au cas. Le moyen a abouti. Il est parvenu à passer au travers de la procédure. Il apparaît dans l'arrêt et le fonde<sup>223</sup>. Au cours de son cheminement, le moyen a pris en épaisseur, en certitude, en généralité, bref, en juridicité.

Voyons à présent comment le problème juridique et la jurisprudence font se rencontrer ces deux mouvements d'amplification du droit et de réduction des faits.

---

<sup>223</sup> Le processus d'amplification du droit se poursuit une fois la décision prononcée. Comme l'a fait remarquer Atias, le savoir juridique, fruit du travail doctrinal, est un instrument d'amplification (Atias, 1994, p. 57). Le juriste qui analyse la jurisprudence est amené à grossir les traits afin de systématiser les enseignements qu'il tire d'un corpus de jurisprudence. En outre, une décision commentée aura une publicité élargie. Les conseillers sont d'ailleurs conscients du chemin que peut parcourir l'arrêt prononcé, réinterprété par de nouveaux plaideurs qui mettront en exergue une rationalité décisionnelle parfois insoupçonnée par son auteur.



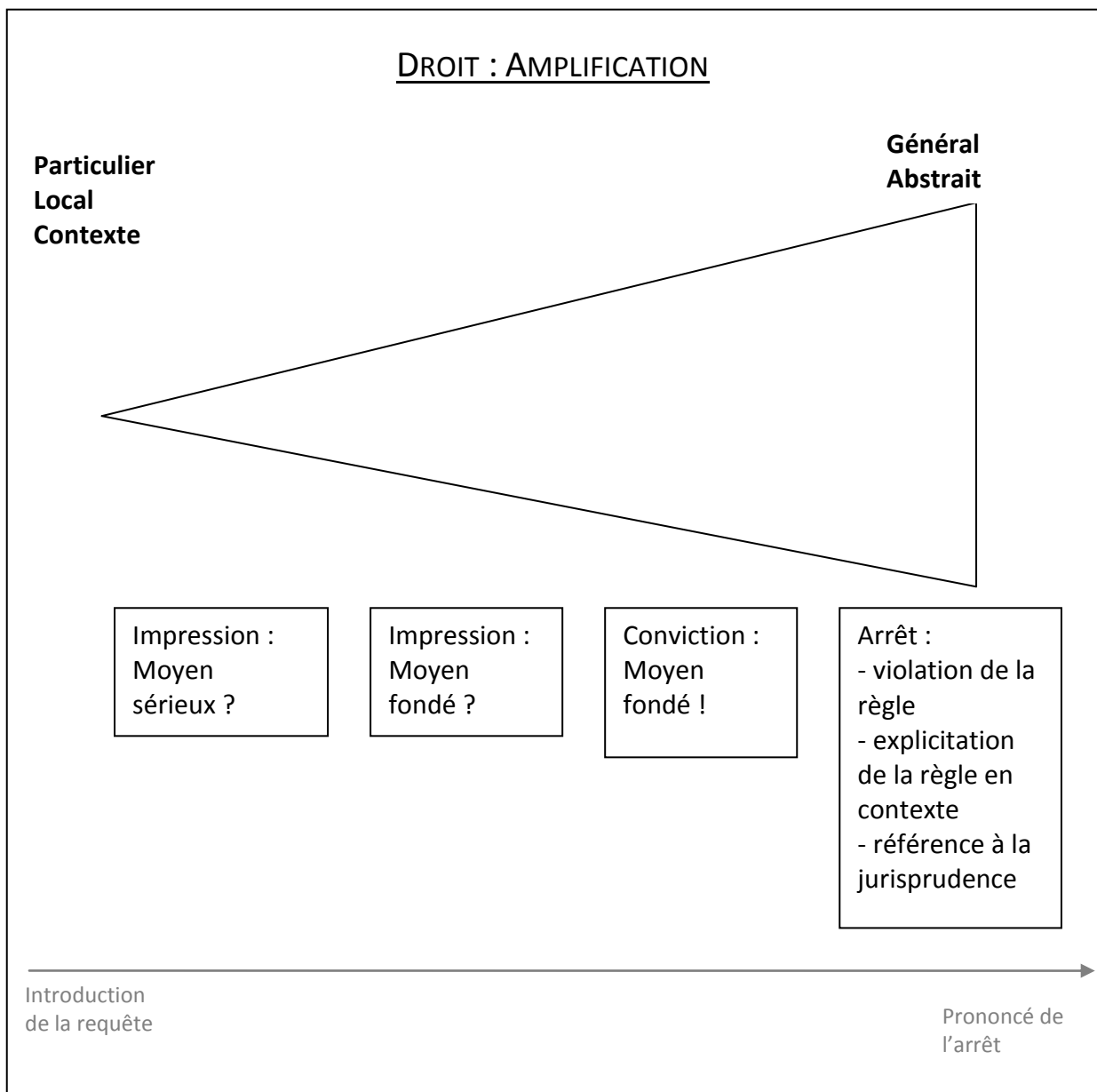


Figure 9

### 3. Les instances d'intermédiation

Nous l'avons dit, le Conseil d'État se prononce sur la légalité de l'acte administratif. Il dispose d'un côté de la décision administrative formalisée par l'acte administratif et contextualisée par le dossier de pièces, et de l'autre du droit applicable pour juger de sa légalité. Dès lors, comment construire la commensurabilité des données juridiques et factuelles ?

Nous avons vu que les magistrats sélectionnent parmi les informations factuelles et juridiques qui leur sont soumises, les éléments qui devront former le jugement de droit, c'est-à-dire les éléments factuels pertinents et la ou les disposition(s) de droit applicable(s). Pour « discerner » ces deux composantes – qui sont la majeure et la mineure du syllogisme juridique – le magistrat déploie des opérations matérielles et cognitives basées sur des savoirs d'expérience. Ces opérations matérielles et cognitives sont largement routinières et se basent sur des schémas typiques d'expérience.

Nous venons de voir que le droit s'amplifie à mesure que le processus aboutit. D'une impression fugace sur le sérieux des moyens, le magistrat construit publiquement, contextuellement et pratiquement sa conviction à propos de la légalité ou de l'illégalité de la décision administrative. Quant aux faits, ils sont, dans un mouvement de réduction, sélectionnés et abstraits pour devenir des faits juridiques pertinents.

Ces mouvements, s'ils ont été décrits séparément et de manière très linéaire, n'en demeurent pas moins inextricablement liés. Les faits ne deviennent pertinents que parce qu'ils font écho à des prétentions juridiques contenues dans le moyen. Le moyen n'est lui-même relevant qu'au regard des faits. Cette co-sélection, cette mise en lien des faits pertinents et des moyens aptes à fonder l'annulation se construit au travers des opérations pratiques que sont l'analyse des pièces du dossier administratif, la lecture des mémoires, la rédaction du rapport et du projet d'arrêt, les discussions informelles entre collègues, la recherche de précédents, la consultation des travaux préparatoires, la comparaison des différentes pièces de procédure, etc. Ces pratiques qui constituent le quotidien des magistrats, ne sont pas un simple préalable à l'action de juger ; elles configurent les séquences d'action qui composent le processus décisionnel. Elles concourent toutes, de manière cumulative, à la mission ultime du Conseil d'État qui est de dire le droit en se prononçant sur le fondement des moyens.

Lorsque le magistrat sait dans quelle direction aller, c'est-à-dire lorsqu'il dispose des faits pertinents et des moyens aptes à fonder l'annulation, il doit encore les ordonnancer de manière *ad hoc*. Nous avons vu qu'arrivé à ce moment du processus, le magistrat doit pouvoir cerner le point de droit fondamental qui permet de lier ces deux pôles ontologiquement opposés que sont la concrétude et le particularisme de la décision administrative, d'un côté, et la généralité et l'abstraction de la loi, de l'autre.

Le passage entre ces deux entités incommensurables a été théorisé par les sciences juridiques au moyen de la qualification juridique. Traditionnellement, la qualification prend la forme logique d'une

subsumption<sup>224</sup>. Si la subsumption permet de nommer ce passage, elle n'aide pas à comprendre les ressorts concrets du raisonnement pratique<sup>225</sup>.

Nous avons vu que ce passage peut être mis en évidence en traçant le chemin du moyen et les opérations qui y sont liées. Nous avons vu le rôle central que joue le moyen tout au long du processus décisionnel. Premier objet juridique « hybride » en ce qu'il contient à la fois les dispositions juridiques prétendument violées et la concrétude de leur violation, il est cependant retravaillé par les magistrats pour en extraire, en développer, en compléter ou en inférer **le problème juridique** qui permet de poser la question de la légalité de la décision administrative, de manière juridique, précise et contextualisée. Une fois le problème juridique posé sous la forme d'une question, le magistrat tente d'y apporter une réponse en s'inspirant de la **jurisprudence**. C'est à ces deux objets que nous nous intéresserons dans la présente section.

Problème juridique et jurisprudence ont en commun de placer le litige à un niveau intermédiaire qui n'est ni un niveau concret ni un niveau abstrait. Les faits subissent un processus d'abstraction, et la norme un processus de concrétisation. Le processus d'abstraction concerne les faits que le magistrat doit pouvoir rendre significatifs au regard du droit et comparables au regard de la jurisprudence. Le magistrat travaille les éléments factuels afin qu'ils entrent en résonance avec les catégories juridiques qui découlent de la loi. Quant aux dispositions légales, elles doivent être spécifiées pour être significatives, ce qui est rendu possible par la référence à la jurisprudence.

Commençons par examiner le problème juridique qui pose la question de droit pour nous attarder ensuite sur la jurisprudence qui y répond.

### 3.1. Le problème juridique et la question problème

Le problème juridique constitue la charpente du raisonnement juridique, son « noyau conceptuel » (Hofstadt et Sander, 2013). Faits et droit sont ordonnancés autour de questions qui posent problème. Ces questions permettent au magistrat de trier et de confronter les faits pertinents et les dispositions

---

<sup>224</sup> Certains auteurs proposent un dépassement du modèle syllogistique. Nous pensons notamment à François Ost (2009) qui propose d'appréhender la démarche juridique grâce au paradigme de la traduction ou à Alain Papaux (2003) qui voit la qualification juridique comme une abduction.

<sup>225</sup> Charles Vautrot-Schwarz propose une définition de la qualification juridique en droit administratif assez proche de la nôtre. Il appréhende cette opération comme un élément nodal du raisonnement juridique et situe la qualification juridique comme étant une « zone qui crée l'interface entre le fait et le droit » (Vautrot-Schwarz, 2009, p.111), soit une mise en adéquation du fait et du droit opérée par le magistrat qui conceptualise l'objet à qualifier et qui concrétise la catégorie juridique.

légalles applicables. La question-problème opérationnalise le raisonnement juridique en rendant le problème juridique « décidable » (Latour, 2004, p.113).

Revenons sur l'exemple du permis d'environnement relatif à la détention d'une vingtaine de serpents constricteurs dans un quartier résidentiel. Les voisins s'opposent à la régularisation de ce permis et l'auditeur tente de définir les termes de ce problème juridique sous forme d'une question. Les questions qui permettent d'opérationnaliser le problème juridique sont multiples :

- Peut-on autoriser la détention de serpents non-venimeux ? L'accent est mis sur le danger que peuvent causer ces serpents sur la vie des êtres humains.
- Peut-on autoriser la détention de serpents qui créent une incommodité dénoncée par l'ensemble du voisinage dans un milieu fortement résidentiel où il y a des enfants ? Le débat concerne moins le danger que représentent ces reptiles que les inconvénients qu'ils impliquent en termes d'insalubrité.
- Comment prendre en compte la personnalité du collectionneur ? Un collectionneur consciencieux n'engendre pas de danger, mais qu'en est-il d'un collectionneur peu scrupuleux ?
- Le voisinage peut-il s'opposer à la détention de serpents sur base de peurs irrationnelles ?

Le problème est posé de quatre façons différentes. Il articule les mêmes faits, à savoir la détention de serpents dangereux – ou du moins hors normes – au même moyen pris de l'erreur manifeste d'appréciation. Le référent juridique, par contre, varie. Selon que les serpents sont décrits comme dangereux ou incommodes, la disposition légale change. Le choix de la question-problème est un des plus grands pouvoirs d'appréciation du magistrat.

La décidabilité du problème juridique réside dans la situation décisionnelle qu'implique sa formulation. Elle renvoie à la situation décisionnelle de l'administration à qui on reproche d'avoir commis une erreur manifeste d'appréciation. Elle renvoie aussi à la situation décisionnelle du magistrat qui doit évaluer l'erreur.

Le détour par la question facilite également la recherche de jurisprudence qui apparaît alors comme la réponse située au problème posé par la question.

Le processus d'abstraction des faits peut donc être défini comme le mouvement par lequel le fait réel devient un fait juridique, par l'intermédiaire du problème juridique qui établit un rapport de correspondance entre un grief et une règle de droit. Une fois le fait transformé en fait juridique, il est

fixé, stabilisé, il est en quelque sorte institutionnalisé, il acquiert un statut d'inquestionnabilité relatif, puisque les faits ont été objectivés par la procédure contradictoire.

Le problème juridique permet au magistrat de « conceptualiser les faits » (Rigaux, 1997, p.49), c'est-à-dire de les enserrer dans des catégories juridiques. Nous avons vu que les faits étaient sélectionnés et abstraits par le magistrat en fonction du moyen. Lorsque le magistrat dispose des faits pertinents et du moyen apte à fonder l'annulation, il doit encore les ordonnancer. Cet ordonnancement passe par la question que pose le problème juridique. Voyons comment peut y répondre la jurisprudence.

### 3.2. La jurisprudence

À propos de la doctrine et de la jurisprudence, Dupret souligne que ces documents ne sont pas des « descentes en singularité factuelles » mais des « montées en généralités juridiques » (Dupret, 2006a, p.222). Il nous semble que la jurisprudence se trouve à la croisée des chemins, dans un espace hybride où les dimensions juridique et factuelle s'interpénètrent.

Revenons, une fois encore, aux deux éléments de base de toute décision de justice pour saisir comment la jurisprudence facilite leur liaison. Ces deux éléments sont, d'une part, le cas concret à trancher, c'est-à-dire la décision administrative incarnée à travers une série de documents ; et, d'autre part, les catégories juridiques qui balisent l'action de l'autorité administrative et qui permettent au magistrat de sanctionner l'illégalité. Comment la jurisprudence est-elle mobilisée pour relier ces entités qualitativement différentes ?

La jurisprudence, en tant que corpus constitué de l'ensemble des décisions précédemment rendues par le Conseil d'État, occupe une place incontournable dans le raisonnement pratique des auditeurs. Sa centralité est liée à sa position d'intermédiation. L'arrêt du Conseil d'État se prononce sur la légalité d'un acte administratif en énonçant une série de principes qui sont autant de spécifications des dispositions légales. La jurisprudence concrétise le droit en le contextualisant grâce au faisceau de données factuelles retenu par le Conseil d'État. Nous l'avons vu, au fil du processus, les faits sont déparcellisés, abstraits, pour devenir des faits juridicisés. Les faits sont taillés, débarrassés des détails particuliers qui colorent la décision « réelle » pour entrer dans le moule du droit et devenir signifiants au regard de la disposition légale discutée. Ce processus d'abstraction permet également de les rendre comparables aux cas précédemment tranchés.

C'est cette **ressource interprétative** que les magistrats tentent de trouver lorsqu'ils cherchent un précédent. Ils opèrent des comparaisons entre le cas concret à trancher et les cas déjà tranchés. Ils tentent de ramener l'inconnu du cas d'espèce au connu du précédent. Pour pouvoir établir une analogie entre deux cas, le magistrat **construit du comparable** en se dotant de points de comparaison. Ceux-ci sont, nous l'avons vu, de deux ordres. Soit le magistrat compare les cas, c'est-à-dire les contextes factuels particuliers, soit il compare la structure juridico-cognitive, c'est-à-dire le problème juridique du cas par rapport à celle des cas déjà tranchés, qu'il synthétise sous la forme d'une norme prototypique. Dans ce dernier cas de figure, le magistrat dégage de la jurisprudence des grands principes qui apportent une solution au problème juridique. Cette solution ne prend pas les traits d'une réponse concrète et contextualisée, comme c'est le cas lorsque l'auditeur cherche un cas similaire. La solution réside dans la spécification de la règle. À la question posée, l'auditeur trouve une réponse formulée de manière générale mais concrète. La norme est spécifiée en fonction du contexte d'application. La jurisprudence crée un réseau de règles générales secondaires qui collent aux types de cas d'espèces. De cette manière, la jurisprudence contextualise les dispositions légales. A partir de la jurisprudence, l'auditeur dégage une norme intermédiaire, synthèse des différentes affaires compilées. Cette norme aura pour centre de gravité le problème juridique qui ne sera plus formulé sous forme d'une question, mais qui prendra les traits d'une règle plus générale.

La jurisprudence offre aux magistrats un corpus de règles contextualisées par un arrière-fond factuel similaire. Les cas ont été abstraits et réduits à leurs éléments factuels saillants et pertinents, ce qui permet la comparabilité des cas. Le droit est interprété et mis en lien avec ces éléments factuels. La disposition légale ainsi précisée se déploie à travers ses cas d'application, entraînant en retour un nouvel éclairage de la règle qui voit son « champ conceptuel » (Hofstadter et Sander, 2013) s'élargir à mesure qu'elle est utilisée. Cette plasticité du droit est rendue possible par son médium et sa condition d'existence. Le droit s'incarne à travers des actes de langage. Papaux se réfère d'ailleurs à Umberto Eco pour rappeler la perméabilité de la catégorie aux entités concrètes (Papaux, 2003, p.365). La dialectique type-occurrence reprise par Papaux et Ost informe sur la catégorie juridique qui ne peut alors plus être appréhendée comme un type clos, mais comme un prototype ayant une texture ouverte (Dupret, 2006a) ou encore une texture graduelle (Papaux 1999).

Faits et droit sont synthétisés ; ils sont inextricablement liés au point de créer un nouvel ordonnancement juridique particulier, mais également une nouvelle application générale de la règle de droit. La jurisprudence particularise la disposition légale abstraite tout en maintenant, par la formulation de ses arrêts, son caractère général et donc généralisable à des cas similaires. Elle se situe à mi-chemin entre la concrétude du fait et l'abstraction du droit. Autrement dit, l'arrêt de

jurisprudence contient des faits abstraits et des règles juridiques contextualisées. Formulée de manière à maintenir une distance neutralisante (Bourdieu, 1986, p.9) à l'égard de la singularité des faits, la jurisprudence accède à un certain niveau de généralité dans la mesure où le savoir est rendu transférable, tout en incarnant la mise en relation concrète, la rencontre unique et pourtant généralisable du cas particulier et de la règle de droit.

Précisons enfin que les arrêts de jurisprudence ne sont pas utilisés de la même manière par les auditeurs et par les conseillers. Les auditeurs ont tendance à se référer au corpus de jurisprudence déjà là. La jurisprudence équipe la situation d'action décisionnelle en offrant des ressources mobilisables parfois ressenties comme contraignantes. Elle permet d'orienter le rapport de l'auditeur en anticipant la décision de la chambre. En effet, les arrêts formalisent les décisions prises *in fine* par les conseillers. Suivre la jurisprudence existante maximise les chances d'être suivi par la chambre. Quant aux conseillers, ils appréhendent la jurisprudence comme un objet sur lequel ils travaillent en permanence. Ils s'inscrivent dans une vision prospective de la jurisprudence, évaluant l'impact que chaque décision, que chaque mot utilisé, pourrait avoir sur les recours futurs ainsi que sur les pratiques administratives concrètes.

FAIT ET DROIT : QUALIFICATION

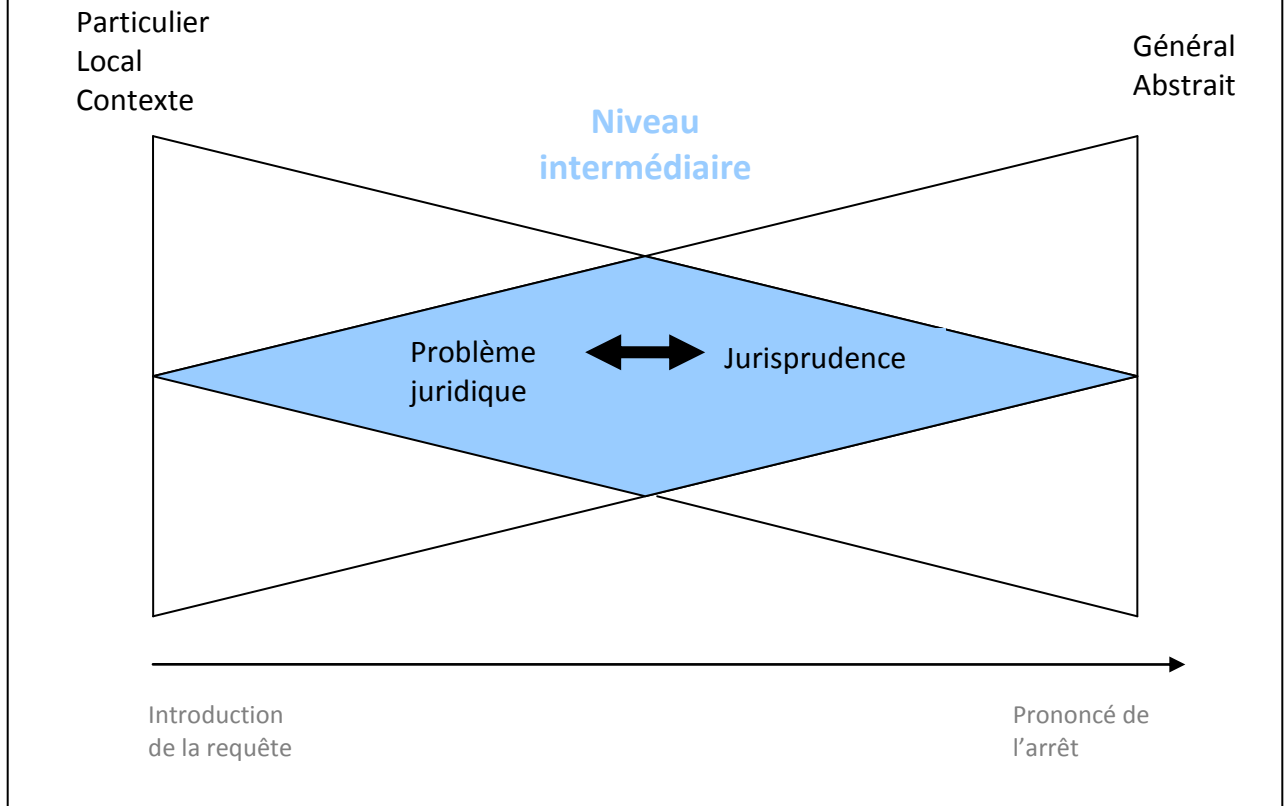


Figure 10



## Conclusions : le raisonnement en tant que processus de liaison d'entités factuelles et d'entités juridiques

Le processus tel qu'il apparaît dans son déploiement permet de montrer que la décision juridictionnelle peut être appréhendée comme un long processus composé d'opérations pratiques de nature matérielle et cognitive. Ces opérations ont un caractère largement routinier. Des scénarios-types permettent de résoudre les problèmes liés à la rédaction du rapport. Sur base de leur expérience pratique, les magistrats construisent des grilles d'interprétation des mémoires, comparent et font dialoguer pièces et mémoires afin d'éprouver les prétentions des parties. La vérité juridictionnelle est dès lors basée sur une épreuve procédurale. Quel mémoire résistera à la contradiction des autres mémoires et surtout à la confrontation des pièces du dossier administratif ? Les magistrats cherchent les indices qu'ils savent fructueux afin de rédiger l'exposé des faits, mais également pour forger leur conviction.

Examiner la légalité de la décision administrative ne se résume dès lors pas à une opération mentale ponctuelle que l'on pourrait formaliser comme une subsomption. Cet examen apparaît comme un long processus cumulatif, collaboratif, prospectif et rétrospectif. Chaque opération, chaque pratique, chaque micro-procédure (Latour, 2004) participe à la solution du litige. Celles-ci sont largement routinières en ce qu'elles mobilisent des savoirs d'expérience disponibles pour interpréter, sélectionner, synthétiser, comparer les faits et les dispositions légales qui leur sont soumis par les parties.

Cependant, affirmer que le processus décisionnel au Conseil d'État est largement routinier ne consiste pas à le réduire à des opérations mécaniques<sup>226</sup>. Le magistrat puise dans son stock de savoirs d'expérience les ressources décisionnelles qui l'aideront à trancher le cas. Au cœur de ces opérations, l'analogie permet de réduire la distance entre les ressources cognitives basées sur l'expérience et le cas à trancher. En effet, les cas ne sont jamais les mêmes et les magistrats tentent de réduire la distance en allant au cœur du lien qui unit fait et droit.

---

<sup>226</sup> Seuls les « cas faciles », relativement rares, peuvent s'apparenter à un raisonnement routinier mécanique. Ces cas demandent un effort d'interprétation très restreint. Ils concernent des affaires dont les normes applicables sont claires, la jurisprudence fixée et les faits peu équivoques.

Durant ce processus, les faits sont réduits, c'est-à-dire qu'ils sont sélectionnés et abstraits alors que le droit s'amplifie. Ces mouvements de réduction des faits et d'amplification du droit permettent de dessiner le processus décisionnel, le passage du droit (Latour, 2004). Pour permettre ce passage, le magistrat mobilise des instances d'intermédiation que constituent le problème juridique et la jurisprudence. Celles-ci permettent la synthèse de ces deux mouvements, de ces mondes *a priori* incommensurables : le monde des faits concrets et particuliers et le monde du droit général et abstrait. Les magistrats s'outillent pour pouvoir lier et penser le rapport du concret au général dans l'application du droit (De Munck, 1999). Ils se dotent de dispositifs afin de construire la commensurabilité de ces entités qualitativement différentes.

Après avoir largement décrit les processus décisionnels, penchons-nous à présent sur la question que nous avons mise de côté pour mieux la traiter comme une question de recherche à part entière. Au cœur du processus décisionnel, se trouve la décision administrative qui fait l'objet du recours. Voyons comment la décision administrative est appréhendée par les magistrats ; comment elle est comprise et évaluée lors de l'examen du litige.

## CHAPITRE 3 – LA GRAMMAIRE DU RAISONNABLE

---

### Introduction

Nous avons vu, dans la première partie de ce travail, comment les magistrats construisent le lien qui unit le cas qui leur est soumis et la norme juridique. Nous avons décrit comment cette entreprise de mise en relation du fait et du droit se construit à travers des opérations pratiques, qui ont un caractère largement routinier. Des procédures éprouvées, des catégories professionnelles basées sur l'expérience permettent de trier, de sélectionner, d'agencer les « bons » faits et les « bons » moyens par l'intermédiaire du problème juridique pertinent et de la jurisprudence adéquate. Pour ce faire, nous avons fait émerger des activités quotidiennes de travail les ressorts pratiques que les magistrats mobilisent pour construire une décision pertinente juridiquement.

Lors de la description du processus décisionnel, nous avons rendu compte du caractère largement routinier<sup>227</sup> des pratiques décisionnelles. Cependant, l'activité décisionnelle, bien que routinisée, peut s'avérer complexe. Il arrive que surgisse au détour d'un dossier particulièrement « interpellant » un problème qui ne trouve pas de solution immédiate dans les procédures habituellement utilisées. Comment ce problème est-il interprété ? Quelles procédures les magistrats mobilisent-ils pour pouvoir s'en saisir et lui donner du sens ? Comment construisent-ils l'acceptable ? C'est dans de tels cas problématiques que la question du raisonnable intervient.

Si, dans le deuxième chapitre, nous avons tenté de comprendre comment les magistrats adoptent une décision juridictionnelle, en mettant en exergue les opérations matérielles et cognitives qui composent le raisonnement juridique pratique, le présent chapitre s'intéresse plus précisément aux

---

<sup>227</sup> Sudnow a montré à quel point le travail juridictionnel était routinisé. Stephen Hester et Peter Eglin reviennent sur la définition de la normalité mise en avant par Sudnow dans son étude des crimes normaux. « *By normal is meant the typical, the usual, the commonplace. Lawyers and judges have to deal with thousands of cases each year. Over the course of their work they come to recognize common or typical features of these crimes for the jurisdictions in which they work. [...] Equipped with these preconceptions of what constituted the normal or typical for any of crime the lawyers routinely typified each and every case* » (Hester et Eglin, 1992, p.219).

raisonnements ordinaires<sup>228</sup> qui interviennent à certains moments du processus décisionnel jugés particulièrement délicats. Lorsque le terrain n'est pas balisé par la jurisprudence ou lorsque la solution proposée par la jurisprudence ne paraît pas « convenir » au cas, les magistrats se trouvent devant des « cas difficiles » à résoudre qui font appel à leurs compétences de sens commun.

Ce chapitre sera consacré au raisonnable, ou plus précisément à la décision administrative jugée déraisonnable. La décision adoptée par l'autorité administrative constitue l'objet du recours au Conseil d'État. Nous verrons comment elle est appréhendée par les juges dans les situations particulièrement délicates à trancher. Ainsi nous verrons comment le raisonnable imprime le raisonnement pratique des magistrats lorsqu'ils se penchent sur la décision administrative.

Quand la décision administrative est-elle taxée de déraisonnable ? Lorsque la décision semble absurde, dénuée de tout fondement, incompréhensible affirment les magistrats. Dresser une liste de tels comportements – qualifiés d'illégaux au terme de la procédure juridictionnelle – est impossible. C'est dans la concrétude du cas tranché que le raisonnable s'incarne véritablement. La difficulté de donner un contenu *a priori* à ce principe va à l'encontre d'un des principes qui fondent la théorie du droit : la prévisibilité du droit et la sécurité juridique qui lui est consubstantiellement liée. C'est pourtant le cas concret qui donne du corps à cette notion juridique<sup>229</sup>. Tracer l'acceptation du raisonnable dans le travail juridictionnel au Conseil d'État ne peut passer que par une approche contextualisée. Ce concept n'est pas une catégorie abstraite et surplombante à laquelle les magistrats se réfèrent pour trancher le cas qui leur est soumis, mais une grammaire que les magistrats déclinent au gré des cas à trancher, des circonstances de l'affaire.

Se pencher sur « le » raisonnable permet d'ouvrir le raisonnement juridique à une problématique de sens commun. La question théorique sous-jacente dans ce chapitre sera donc la suivante : comment les pratiques cognitives de sens commun s'immiscent-elles dans le processus décisionnel ? Nous proposons de saisir l'imbrication concrète des savoirs juridiques et des savoirs de sens commun à travers la résolution de cas pratiques.

---

<sup>228</sup> A la suite d'Ogien, nous proposons de saisir les raisonnements ordinaires selon une approche d'inspiration ethnométhodologique. La « sociologie de la connaissance ordinaire » (Ogien 2009) propose d'expliquer le réel par la pratique plutôt que par la raison afin de démontrer la nature sociale de l'activité cognitive. La connaissance ordinaire est une forme d'activité pratique particulière qui renvoie aux « *manières dont les individus effectuent ces « opérations épistémiques » de base (objectiver, catégoriser, abstraire, généraliser ou anticiper) nécessairement engagées dans l'accomplissement de l'action en commun.* » (Ogien 2009, pp. 499-500)

<sup>229</sup> En réalité, la juridicité du principe du raisonnable est débattue. Il ne fait aucun doute qu'il existe un principe général de droit du délai raisonnable. Par contre, l'existence du principe général du « raisonnable » en tant que tel est loin de faire l'unanimité parmi les juristes. Voir notamment Daurmont et Batselé (1990), Jaumotte (1996), et Monette (2002).

Nous aborderons alors le raisonnable praxéologiquement (titre 2). Le but de la démarche praxéologique « *n'est pas tant d'identifier les défaillances des pratiques juridiques au regard d'un modèle idéal ou d'une règle formelle que de décrire les modes de production et de reproduction, l'intelligibilité et la compréhension, la structuration et la manifestation publique de la nature structurée du droit et des différentes activités qui lui sont liées* » (Dupret et Ferrié, 2004, p.42). Il s'agira de décrire la manière dont les magistrats convoquent la notion de raisonnable dans les cas problématiques. Dans une première section, nous verrons comment les magistrats se saisissent du raisonnable pour fonder leurs pratiques compréhensives (schème compréhensif). Dans une deuxième section, nous nous pencherons sur le rôle du raisonnable dans leurs pratiques évaluatives (schème évaluatif).

Avant de « respécifier » (Dupret, 2006) la question du raisonnable au Conseil d'État, nous aborderons la question du raisonnable en droit telle qu'elle a été théorisée par la science juridique. Le raisonnable s'inscrit dans le discours juridique et juridictionnel. En tant que tel, il a fait l'objet d'études juridiques, essentiellement en théorie et en philosophie du droit. Nous ferons un détour par ces travaux car ils permettent de saisir la prégnance de certaines catégories dans la pensée juridique (titre 1). Ces catégories ponctuent d'ailleurs le discours des magistrats. Si ces catégories sont utiles pour comprendre les catégories du savoir professionnel des magistrats, elles ne structurent pas les activités pratiques telles qu'elles nous ont été décrites par ceux-ci.

# Titre 1 – Le raisonnable : quelques perspectives théorico-juridiques

Comment le « monde du droit » appréhende-t-il le « concept » de « raisonnable » ?

La réponse n'est pas univoque.

Nous examinerons d'abord la littérature et plus spécifiquement la philosophie et la théorie du droit pour saisir la manière dont elles se sont théoriquement emparées de la question du raisonnable en droit (sous-titre 1).

Ensuite, nous verrons comment le discours sur le raisonnable au Conseil d'État est structuré autour de grandes catégories juridico-professionnelles (sous-titre 2).

## 1. Le raisonnable dans la théorie et la philosophie du droit

Depuis une trentaine d'années, juristes et philosophes s'intéressent au raisonnable en droit et tentent de définir son rôle dans le droit.

Les quelques auteurs que nous envisageons dans cette section partagent la même ambition : saisir la place du raisonnable dans le raisonnement juridique formalisé. L'entreprise paraît téméraire, le raisonnable étant rétif à toute définition abstraite *a priori*.

Le raisonnable, dont le statut dans l'ordre juridique diffère selon les auteurs, occupe de manière unanime une place importante dans l'interprétation des règles juridiques puisque cette opération, dans le raisonnement juridique, est synonyme de pouvoir d'appréciation. Selon Corten, « aucune interprétation n'échappe à cette dimension subjective, dans la mesure où toute détermination du sens est une construction, et que toute construction est historiquement et socialement située » (Corten, 1998, p.188).

Le raisonnable renvoie, selon les auteurs, soit à cette subjectivité qui doit être maîtrisée, rationalisée, objectivée soit à la justification du jugement naturel. Le caractère raisonnable de l'interprétation ou de

son résultat – la décision – a dès lors un caractère dual<sup>230</sup>. Il renvoie à une forme de rationalité logique et à la conformité à certaines valeurs. Ainsi, une décision qui contient des incohérences ou des contradictions ne sera pas qualifiée de raisonnable. D'autre part, la décision contraire à certaines « *valeurs communément admises dans une société* » (Perelman, 1984, p.79) sera également taxée de déraisonnable (Corten, 1997, p.16).

Baliser théoriquement le raisonnable s'avère dès lors peu confortable, cette notion étant coincée entre des catégories souvent présentées comme antagonistes : la raison et les valeurs extrajuridiques. Selon l'obédience des auteurs, ils insisteront sur l'une ou l'autre catégorie pour penser le rôle du raisonnable dans le droit.

## 1.1. Raisonnable et raison : les approches positivistes

Les approches positivistes du droit soumettent l'interprétation et l'application du droit aux lumières de la Raison. L'utilisation du raisonnable doit donc être rationnelle. Bien qu'incarnant la variabilité (Perelman, 1984), l'ambiguïté (Aarnio, 1992, p.203) ou la texture ouverte du droit (Aarnio, 1992, p.202), bref, l'irréductible concrétude de son application, le raisonnable est rapatrié dans un modèle abstrait d'application du droit qui offre des balises objectives à l'interprétation.

Ainsi, Olivier Corten – qui s'est penché sur l'utilisation du raisonnable en droit international – montre l'importance du raisonnable dans le discours juridique. Il propose une définition rationnelle du « raisonnable » grâce à l'analyse des discours développés par les juridictions internationales statuant sur base du droit international. Il propose une méthode d'interprétation générale – et donc, selon lui, objective – du raisonnable.

Dans son analyse de l'interprétation du raisonnable par les juridictions internationales, Corten insiste sur le caractère juridique d'un tel concept. « *Le déraisonnable est bien assimilé à tout ce qui s'écarte du droit. Au contraire, le « raisonnable » renvoie implicitement à la raison du droit et donc à son unité et à sa cohérence [...]. Si la notion présente la caractéristique de permettre la prise en compte de valeurs extrajuridiques, cette prise en compte ne s'opère que dans la mesure où la valeur considérée acquiert une signification en tant qu'élément du système juridique* » (Corten, 1998, p.28).

---

<sup>230</sup> Cette dualité dans l'appréhension du raisonnable suit la ligne de fracture qui structure la théorie du droit entre juristes juspositivistes et juristes jusnaturalistes.

Le raisonnable est ramené dans le giron du droit ou dans celui du raisonnement rationnel. Le raisonnable comme « normal » renvoie au « modèle idéal de l'Homme raisonnable » (Corten, 1997, p.470). Quant à la « méthode de la mesure » (*Ibid.*, p.478) qui traite du raisonnement pratique ordinaire des juges, elle ne parvient pas à rendre compte des ressorts pratiques du jugement d'équivalence, jugement qui constitue pourtant la clé de voûte d'un tel raisonnement de sens commun. Cependant, ses résultats sont inhérents à la méthodologie employée. Ceux-ci ne sauraient aller au-delà du modèle rationnel qu'il propose car, pour fonder ses analyses, Corten s'est uniquement penché sur la jurisprudence, qu'il considère être la « *formalisation de la pensée du juge dans un écrit* » (*Ibid.*, p.20).

Cette posture méthodologique utilisée pour saisir le raisonnable paraît pourtant peu appropriée. Il nous semble que le raisonnable n'a pas la prétention de faire partie du corpus juridique au sens strict, – exception faite du principe du délai raisonnable – mais fait partie des notions de sens commun qui permettent au juge de ne pas être en porte à faux avec le monde réel. Or, la décision juridictionnelle ne donne à voir que ce qui ressortit du droit. Pour le dire autrement, il y a une différence entre ce que le juge dit officiellement dans son arrêt et ce qu'il fait pratiquement, *a fortiori* dans les pratiques juridictionnelles où le formalisme est exacerbé. Cette posture méthodologique fait fi de la distinction opérée par les praticiens du droit entre la *ratio decidendi* et la justification formelle en droit, entre la motivation et les motifs de la décision.

Dominique Lagasse s'est également intéressé au raisonnable, mais de manière périphérique, à travers l'étude systématique de l'erreur manifeste d'appréciation. Sa thèse s'inscrit dans une vision politique du droit (Commaille, 1994) qui offre au juge des ressources pour limiter l'arbitraire de l'autorité administrative, arbitraire qui est assimilé au déraisonnable en droit. L'administration a, dès lors, une obligation d'utiliser ses pouvoirs discrétionnaires de manière raisonnable<sup>231</sup>.

L'enjeu du raisonnement consiste évidemment à définir l'arbitraire. La définition qu'en propose Lagasse se réfère au modèle rationaliste. La décision administrative raisonnable doit être « **objectivement compréhensible** » (Lagasse, 1986, p.181) et ne pas apparaître « *comme irrationnelle, mais comme une démarche de la pensée, saisissable par quiconque est doué de raison. Sinon, [...] la décision doit être tenue pour arbitraire* » (*Ibid.*, p. 87).

---

<sup>231</sup> La fonction de l'erreur manifeste d'appréciation consiste à « réprimer les usages abusifs de pouvoir discrétionnaire lorsque l'autorité administrative est allée au-delà des limites du raisonnable dans le jugement qu'elle a porté sur des éléments d'opportunité » (Lagasse, 1986, p.10).



Lagasse propose une grille d'interprétation objective de l'erreur manifeste d'appréciation. Le juge se borne à **constater** – émettant ainsi un jugement de réalité – une inopportunité **objective**. « *Soit une question d'existence d'un fait – l'opportunité invoquée dans la décision est erronée –, soit une question d'existence d'une motivation – la justification de la décision manque. Dans l'un et l'autre cas, son jugement ne constitue pas une appréciation d'opportunité, mais seulement une **constatation d'inopportunité objective**, et partant une constatation d'excès de pouvoir dans le chef de l'administration* » (Ibid. p.378).

Ces travaux étudient le raisonnable à travers la jurisprudence. Cette option méthodologique n'offre, selon nous, pas la possibilité de rompre l'épistémologie positiviste<sup>232</sup> qui imprègne le discours juridictionnel. La décision juridictionnelle se présente de manière syllogistique et la solution découle de manière rationnelle de la règle juridique.

D'autres auteurs tentent toutefois de sortir le raisonnement juridique d'une telle épistémologie en adoptant une approche plus pragmatique.

## 1.2. Raisonnable et valeurs

Certains auteurs entendent se démarquer d'une épistémologie positiviste<sup>233</sup> en réhabilitant le rôle de la raison pratique dans le raisonnement juridique. Deux auteurs se sont particulièrement penchés sur la question du raisonnable en droit : Chaïm Perelman et Aulis Aarnio.

Chaïm Perelman a fondé l'école de Bruxelles. Sa théorie de l'argumentation (1979) – la nouvelle rhétorique – fait la part belle à la logique du raisonnable qui permet de justifier certaines décisions. Sa thèse consiste à dire que pour être raisonnable, la décision doit être acceptable au regard des valeurs de la société. Sa théorie du droit s'est développée autour d'une critique du positivisme juridique qui

---

<sup>232</sup> Atias définit le « positivisme épistémologique » en droit par la distinction entre l'être et le devoir être, dans l'acte de connaître les normes juridiques. « *Une théorie épistémologique ne pourrait être dite positiviste que si elle parvenait à éviter totalement de prescrire. [...] L'épistémologie juridique doit parvenir à une pure description, à la détermination des critères auxquels pourraient se reconnaître des propositions juridiques vraies* » (Atias, 1994, p.36). Dans cette perspective, le juge doit décrire l'objet juridique de manière objective. Cette théorie épistémologique est dans la droite ligne de pensée cartésienne selon laquelle « *l'existence du monde extérieur n'est pas une évidence, il faut se doter d'une certitude qui sera nécessairement élémentaire et qui conditionnera toute connaissance : telle est la fonction du cogito dont l'existence se déduit* » (Atias, 1994, p.35).

<sup>233</sup> « *Alors que les notions de « raison » et de « rationalité » se rattachent à des critères bien connus de la tradition philosophique, tels que les idées de vérité, de cohérence et d'efficacité, le raisonnable et le déraisonnable sont liés à une marge d'appréciation admissible et à ce qui, excédant les bornes permises, paraît socialement inacceptable* » (Perelman, 1984, p.19).

demeure incapable de fournir des critères de validité substantielle de l'interprétation juridique (Corten, 1998, p. 86). Il propose alors une théorie du droit ouverte à des considérations extra juridiques. « *Le caractère raisonnable d'une décision en appelle à des critères qui sont moins juridiques que sociologiques : est déraisonnable ce que l'opinion commune ne peut pas accepter, ce qu'elle ressent comme manifestement inadapté à la situation ou contraire à l'équité* » (Perelman, 1984, p.119). La marge de manœuvre du juge réside dans l'interprétation qu'il fait du texte juridique. « *Les diverses interprétations favorisent l'un ou l'autre intérêt, l'une ou l'autre valeur qui sont en conflit dans chaque cas d'espèce. L'interprétation choisie, en restreignant ou en étendant le champ d'application de la norme, se prononcera en faveur de l'une des valeurs opposées* » (Perelman 1984, p.30). Le juge, plutôt que d'appliquer les textes de façon rigide et formaliste, arbitre entre des valeurs en conflit. Il utilise ensuite la rhétorique afin de persuader ses interlocuteurs que la solution qu'il propose est acceptable<sup>234</sup>. C'est l'acceptabilité de la décision au regard des valeurs sociétales qui guide son choix.

Aulis Aarnio (1992) s'est également penché sur les rapports entre le rationnel et le raisonnable en droit. Il s'inscrit d'ailleurs explicitement dans la lignée des travaux de Perelman. Il fonde sa théorie de l'interprétation juridique sur l'impératif de sécurité juridique, entendue comme le rejet de l'arbitraire et par le caractère approprié de la décision. Pour être correcte, une décision juridique doit non seulement être licite, mais également acceptable, c'est-à-dire s'accordant avec les « *normes morales et sociales qui se trouvent en dehors du droit* » (Aarnio, 1992, p.6). La légitimité de la décision tient à sa double appartenance à la validité formelle du raisonnement juridique et à l'acceptabilité de la décision. Elle doit à la fois être rationnelle et raisonnable, le caractère raisonnable d'une interprétation dépendant de l'accord sur un univers commun de valeurs<sup>235</sup>.

Les auteurs qui se réfèrent aux valeurs extra-juridiques proposent un modèle d'interprétation basé sur un raisonnement pratique qui rend leur théorie plus proche du raisonnement concrètement tenu par les magistrats. Toutefois, le passage des valeurs admises au sein d'une société dans le raisonnement juridique concret reste largement énigmatique, leur ambition étant ailleurs puisqu'ils proposent une théorie générale de l'argumentation ou de l'interprétation en droit. L'arbitrage entre les valeurs se fait par un acteur rationnel au nom du raisonnable, qui constitue le critère de validité de l'action juridique et juridictionnelle. Cette manière d'appréhender le raisonnement juridique met en lumière la

---

<sup>234</sup> « *Le rôle du juge, comme serviteur de l'État de droit, est de contribuer à l'acceptation du système en montrant que les décisions qu'il est amené à prendre sont non seulement légales, mais qu'elles sont aussi acceptables, parce que raisonnables. Chaque fois qu'il doit arbitrer des conflits d'opinions, d'interprétations, d'intérêts et de valeurs, le juge recherche des solutions qui soient, à la fois conformes au droit et acceptables* » (Perelman, 1984, p.87).

<sup>235</sup> « *Ce qui est raisonnable ne peut pas se définir indépendamment d'une prise de position sur les valeurs sociales et culturelles* » (Aarnio, 1992, p.140).

proximité des modèles proposés avec le paradigme fonctionnaliste qui repose sur le postulat que les valeurs morales sont intériorisées au cours de la socialisation et qu'elles peuvent influencer les finalités de l'action. Adopter ce point de vue permet d'élaborer une théorie des dispositions à agir, mais ne parvient pas à offrir une compréhension de la décision juridictionnelle en action.

### 1.3. Conclusions

Quelles que soient les approches adoptées, les théories proposées restent dans une optique rationalisante des pratiques juridiques. La raison, qu'elle soit formelle ou pratique, demeure l'horizon du jugement. Les théories du droit proposent soit une compréhension autoréférentielle du droit, le droit s'expliquant par une rationalité qui lui est propre (c'est typiquement le cas de la théorie de l'exégèse) soit une compréhension valorielle-morale du droit, le droit s'expliquant par la référence à des valeurs (Kuty, 2004). Peu de cas a été fait des contraintes cognitives<sup>236</sup> relatives au raisonnement juridique, l'utilisation massive des concepts de « raison », « rationalité », « raisonnement » venant pallier sémantiquement cet impensé juridique.

L'approche que nous proposons dans ce chapitre est davantage pragmatique que rationnelle. Cette approche permet d'ouvrir la focale : ne sont plus uniquement étudiées les décisions juridictionnelles mais également ce qui se trouve en amont, c'est-à-dire les raisonnements pratiques tenus par les magistrats plutôt que leur rationalisation *a posteriori*<sup>237</sup>. *« Si on prend le texte d'un jugement, on remarque que le contexte de sa production nous échappe. Le document juridique est écrit à des fins juridiques et tend de ce fait à cacher les conditions spécifiques de sa propre constitution. Autrement dit, le jugement est une version « lissée » qui occulte l'action qui a conduit à sa production »* (Dupret, 2006-b, p.189).

Le raisonnable n'apparaît pas clairement dans l'arrêt, le rapport ou le projet d'arrêt<sup>238</sup>, si ce n'est incidemment. La référence au « manifestement déraisonnable » est davantage une formule de style qu'un argument de droit. Si le « principe du raisonnable » n'apparaît pas comme tel dans les arrêts, il joue cependant un rôle considérable dans la prise de décision juridictionnelle. L'acte de juger et de décider s'inscrit dans un processus qui nécessite des ressources de compréhension, des critères pratiques d'évaluation et un horizon de jugement partagé qu'incarne le terme « raisonnable ». Avant

---

<sup>236</sup> Bourcier et Mackay ont investigué l'émergence de la problématique cognitive en droit. Voir « Lire le droit. Langue, texte, cognition », L.G.D.J., 1992.

<sup>237</sup> Cette pratique rationalisatrice n'est pas propre aux magistrats ou aux juristes mais à tout professionnel qui détient un savoir expert. Freidson (1984), Champy (2009), Strauss (1992), Michel et Willemez (2007).

<sup>238</sup> La décision manifestement déraisonnable sera qualifiée d'illégale dans l'arrêt.

d'étudier le raisonnable dans les pratiques décisionnelles des magistrats, faisons un détour par les catégories du discours juridique appariées à la notion de raisonnable en droit.

## 2. Le raisonnable comme catégorie du discours professionnel en droit administratif

Le Conseil d'État a pour mission d'apprécier la régularité, la légalité de l'acte administratif. La justesse, l'efficacité, la sagesse de la décision doivent demeurer des considérations étrangères à son contrôle.

« *Il n'appartient pas au Conseil d'État de substituer son appréciation à celle de l'autorité sauf à censurer une appréciation manifestement **déraisonnable**.* » Cette formule rituelle placée dans les arrêts peu avant le dispositif rappelle la compétence du Conseil d'État : le juge administratif contrôle la légalité de l'acte et non son opportunité... **sauf** si l'autorité a opté pour une décision manifestement inopportune. La boîte de Pandore est ouverte.

Le raisonnable renvoie au contrôle, *dans certaines conditions*<sup>239</sup>, du pouvoir discrétionnaire de l'administration. C'est lorsque le discrétionnaire se mue en arbitraire que le Conseil d'État s'autorise à sanctionner l'administration en s'en déclarant compétent.

« Finalement c'est vérifier le bon ou le mauvais travail de l'administration. On est le gardien de l'arbitraire. » (Conseiller 17, p.9)

Cette dichotomie entre l'arbitraire et le discrétionnaire renvoie à une autre distinction qui se trouve au fondement du recours administratif : la distinction entre le contrôle de légalité, compétence du Conseil d'État, et le contrôle d'opportunité dont le Conseil d'État ne peut en principe pas connaître. Légalement, le Conseil d'État a pour mission de contrôler la légalité des actes administratifs ; sa compétence est limitée au contentieux objectif. Le Conseil d'État doit répondre à la question de savoir si un acte administratif est ou n'est pas conforme aux normes juridiques applicables.

Revenons sur l'opposition entre le pouvoir discrétionnaire raisonnable et le pouvoir discrétionnaire déraisonnable.

Dès lors que l'action administrative se situe en dehors d'une compétence liée, elle jouit d'un pouvoir discrétionnaire. Autrement dit, lorsque l'autorité administrative dispose de la faculté de choisir, elle

---

<sup>239</sup> Nous verrons que ce sont ces conditions qui permettent de comprendre la notion de raisonnable en droit. Ces conditions d'application renvoient à une approche pragmatique de la notion de raisonnable que nous adopterons dans la deuxième partie de ce chapitre.

jouit d'un pouvoir d'appréciation. Ce choix n'est toutefois pas absolu : il est encadré par une série d'impératifs légaux et réglementaires. Il appartient au Conseil d'État de vérifier que ce pouvoir d'appréciation répond à ces exigences juridiques.

Au sens strict, le pouvoir discrétionnaire est souvent synonyme, pour les magistrats, d'opportunité et coïncide avec la limite du contrôle, le Conseil d'État étant uniquement compétent pour juger la légalité des actes administratifs et non leur opportunité. S'immiscer dans le contrôle d'opportunité signifie toucher à l'essence de la décision, à son contenu, à la manière dont l'autorité administrative a décidé ou aurait dû décider. Or, « le Conseil d'État ne peut se substituer à l'autorité administrative ». Les magistrats parlent généralement du pouvoir d'appréciation de l'autorité comme d'un temple auquel ils n'ont pas accès, excepté lorsque le pouvoir discrétionnaire dégénère et se mue en arbitraire. Dans ce seul cas, ils s'autorisent à sanctionner l'administration qui a manifestement dépassé les bornes<sup>240</sup>. L'arbitraire constitue alors l'exercice – manifestement – déraisonnable du pouvoir discrétionnaire. La décision arbitraire est, selon les magistrats, une décision qui ne repose sur aucun motif ou sur aucun motif admissible ou raisonnable.

« L'autorité doit faire un choix **raisonnable** face aux différentes possibilités qui s'offrent à elle quant à la mesure à adopter. Il importe qu'elle opère un choix qui ne défie pas la raison. Le principe de proportionnalité apparaît comme une variante du principe du raisonnable : le juge contrôle **l'opportunité** de la décision et non plus sa **légalité**. Il doit limiter son contrôle aux décisions manifestement déraisonnables ou disproportionnées. C'est un contrôle marginal. » (Auditeur 11, p.3)

« L'arbitraire, c'est la décision qui n'a aucun sens, qui, compte tenu des données du dossier, ne reçoit aucun appui. Donc ça devient **arbitraire**. C'est qu'on a vraiment voulu contre toute attente, contre toute raison, décider ça plutôt que quelque chose de **raisonnable**, de logique par rapport au dossier. » (Conseiller 17, p.2)

	<b>Raisnable</b>	<b>Déraisonnable</b>
Exercice du pouvoir administratif	Discrétionnaire	Arbitraire
Contrôle du Conseil d'État	Opportunité	Légalité

**Tableau 4**

Ce tableau synthétise un terrain sémantiquement bien balisé et structuré de manière dichotomique. Ce qui est déraisonnable est arbitraire et peut être contrôlé par le Conseil d'État. L'inopportunité manifeste se mue en illégalité relevant de la compétence du Conseil d'État. Par contre, ce qui est raisonnable relève du pouvoir d'opportunité discrétionnaire de l'administration, dont le Conseil d'État ne peut connaître.

<sup>240</sup> Nous verrons dans le chapitre suivant les cas où les magistrats estiment que les bornes ont été dépassées.

Toutefois, si d'un point de vue théorique, la distinction entre l'arbitraire et le discrétionnaire paraît claire, dans la pratique, ces notions sont peu utiles pour guider le raisonnement. Certains magistrats sont d'ailleurs lucides quant à la nature du contrôle lorsque des moyens tels que l'erreur manifeste d'appréciation sont soulevés.

« C'est ce qui est difficile, on n'exerce pas le pouvoir d'appréciation de l'autorité, mais ce faisant, on a quand même une idée de la façon dont une autorité normalement constituée devrait l'exercer. On est à la limite. Certains collègues disent d'ailleurs hypocritement, que nous disons dans la jurisprudence que le Conseil d'État ne peut pas se substituer à l'appréciation de l'autorité qui ne peut sanctionner que des erreurs manifestes d'appréciation mais en sanctionnant l'erreur manifeste d'appréciation, on exerce soi-même une appréciation. Je crois que c'est un peu vrai. » (Conseiller 1, p.8)

D'autres magistrats sont, par contre, beaucoup plus timorés, rappelant que le Conseil d'État ne peut effectuer qu'un contrôle de légalité et que, ce faisant, il est habilité à sanctionner l'erreur manifeste d'appréciation qui est une illégalité, sans se prononcer plus avant sur la nature réelle d'un tel contrôle.

L'arbitraire et le discrétionnaire ne constituent pas des moyens de droit, mais des catégories du savoir professionnel<sup>241</sup>. Les magistrats ne mobilisent d'ailleurs jamais ces concepts pour trancher les cas qui leur sont soumis. L'arbitraire et le discrétionnaire ne constituent pas des catégories pratiques pertinentes, structurantes de l'activité de juger, mais ont une fonction justificatrice, argumentative. Ces concepts sont mobilisés *a posteriori* de l'activité juridictionnelle. Nous verrons que les magistrats ont recours à des notions faisant appel au « bon sens » pour tracer la limite entre l'admissible et l'inadmissible, le compréhensible et l'incompréhensible, le justifié et l'injustifiable, concepts pragmatiques qui permettent aux magistrats d'exercer leur jugement sur l'action administrative déraisonnable – et donc arbitraire – ou raisonnable – et donc discrétionnaire.

Qu'est ce qui paraît suffisamment déraisonnable aux yeux des magistrats pour qu'ils sanctionnent l'autorité? Quand les magistrats se réfèrent-ils au raisonnable? Comment se construit le raisonnement autour du raisonnable? Que recouvre concrètement cette notion?

Les grandes catégories qui structurent le droit administratif ne permettent pas de répondre à ces questions. Nous achevons cette section sur le constat que les approches théoriques visant à cerner le raisonnable en droit ne permettent pas de comprendre la mécanique du raisonnement. Nous proposons donc de saisir le raisonnable par la pratique.

---

<sup>241</sup> Quant à retracer leur genèse, elles font partie de la théorie du droit, des grandes catégories du droit public, de la philosophie politique et constituent donc des savoirs professionnels communs aux magistrats du Conseil d'État, comme à tout juriste publiciste ou administrativiste.

## **Titre 2 – La « grammaire du raisonnable » : quelques perspectives praxéologiques.**

### **Introduction : Le caractère raisonnable de la décision administrative comme horizon du jugement**

Il ressort de l'étude du processus décisionnel que certains cas sont jugés faciles par les magistrats, alors que d'autres sont jugés délicats. Si les premiers sont réglés de manière routinière, les seconds demandent aux magistrats une approche plus compréhensive du dossier. Nous émettons l'hypothèse que pour résoudre les cas délicats, le magistrat utilise une balise cognitive qui le guide dans son jugement de la décision administrative : « le raisonnable ». C'est à la description de ces pratiques qu'est consacré ce chapitre.

Nous avons vu que le raisonnable constitue une catégorie du discours professionnel, catégorie appariée à la dichotomie arbitraire – discrétionnaire. Le raisonnable est également une catégorie pratique mobilisée pour résoudre des cas jugés problématiques. Afin de cerner le raisonnable dans les pratiques des magistrats du Conseil d'État, nous convoquerons une problématique d'inspiration praxéologique<sup>242</sup>.

Quelle place occupe le raisonnable dans le raisonnement du magistrat ? Que recouvre concrètement cette notion ? Qu'est-ce qui paraît suffisamment déraisonnable aux magistrats pour qu'ils sanctionnent l'autorité ? Ces questions constituent le point de départ de ce titre.

**Comment se saisir du raisonnable lorsque le raisonnable n'existe pas ?** L'objectif n'est pas de réifier un concept ni de rendre compte des propriétés sémantiques du mot en décomposant son sens en une pluralité de traits conceptuels constituant sa définition (Coulter, 1994, p.55). Tenter de circonscrire le raisonnable en passant par une définition<sup>243</sup> abstraite *a priori* est une entreprise vouée à l'échec. Cette démarche théorique ne permet pas de comprendre la mécanique du raisonnement.

---

<sup>242</sup> « Sous le label praxéologie du droit, l'on regroupe les études qui se rattachent à l'ethnométhodologie, c'est-à-dire à l'étude des manières (les « méthodes » du terme « ethnométhodologie ») par lesquelles les gens (les membres d'un groupe, d'une « ethnie » quelconque, l'« ethno » de l'« ethnométhodologie ») prêtent un sens à leur monde d'action, s'orientent vers ce monde et le pratiquent quotidiennement et routinièrement » (Dupret 2006b, p.173).

<sup>243</sup> Comme le dit Rials dans sa thèse à propos de la technique du standard en droit administratif, « le standard est en effet, [...] de ces notions dont la pratique est plus instructive encore que la nature propre » (Rials, 1980, p.6).

Selon le contexte d'utilisation du raisonnable, son acception varie. Il paraît à ce stade difficile de dégager les propriétés nécessaires et suffisantes explicites abstraitement pour définir le raisonnable. Pour doter cette notion floue de contenu, il faut un cas concret, une décision singulière. Comme le dit Dupret, « *il faut s'intéresser aux usages situés des thèmes épistémiques, partant du principe que la seule cohérence nominale (l'usage d'un même mot dans différents contextes) ne garantit rien quant à l'identité des usages de ce mot*<sup>244</sup> » (Dupret, 2006a, p.18).

La posture adoptée, d'inspiration ethnométhodologique, consiste à explorer l'usage du raisonnable dans ses différents contextes d'utilisation. Cette catégorie n'est pas donnée à l'avance, fixée une fois pour toutes. Son sens dépend de son contexte d'utilisation. La catégorie « raisonnable » est une notion ambiguë qui appelle une connaissance du contexte d'utilisation pour comprendre ce à quoi elle renvoie. Le flou qui entoure cette catégorie renforce le « *caractère irrémédiablement **indexical** de toute catégorisation* » (Hester, 1994, p.225). Autrement dit, aucun mot ou concept n'a une définition claire et générale. Son sens émerge dans la catégorisation elle-même, par référence à d'autres mots ou concepts ainsi que du contexte de leur énonciation (Amiel, 2010, p.23). Pour comprendre le raisonnable, il faut prendre en compte les circonstances immédiates de son usage. Dès lors, plus qu'une définition en compréhension de cette notion, nous tenterons de délimiter un périmètre d'application de cette idée dans l'action de juger.

Nous verrons que le mot raisonnable est utilisé pour qualifier une décision, un acte, le comportement d'une administration, un processus décisionnel, les conséquences d'une décision, les raisons qui fondent l'acte administratif, bref l'action décisionnelle de l'administration. L'action administrative déraisonnable est celle qui paraît, aux yeux du magistrat, « contraire au bon sens », « incohérente », « insensée », « incompréhensible », « pas justifiée », « aberrante », « inadmissible », « choquante », « disproportionnée », « démesurée », « inadéquate ». Se dessine alors le **réseau conceptuel** qui entoure la notion de raisonnable au Conseil d'État. Ce réseau conceptuel<sup>245</sup> met en avant la nature

---

<sup>244</sup> Pour ce faire, nous avons analysé le raisonnable lorsqu'il était invoqué par les magistrats. Nous avons également étudié l'utilisation d'autres catégories d'appartenance qui étaient associées au raisonnable. Nous émettons l'hypothèse que « le bon sens », « l'arbitraire » remplissaient des fonctions similaires dans le jugement. Sont assimilés au raisonnable l'ensemble du réseau conceptuel qui entoure cette notion. Le raisonnable trouve dans les concepts juridiques flous – ce qui est spécialement le cas des concepts juridiques à contenu variables qui doivent être interprétés tels que le principe de proportionnalité, l'erreur manifeste d'appréciation, le bon aménagement des lieux, l'exigence de motivation adéquate etc. – des terrains particulièrement fertiles à ce types de raisonnement puisque la règle formelle est largement indéterminée.

<sup>245</sup> Le réseau conceptuel du raisonnable peut être ramené à la « ressemblance de famille » mise en avant par Wittgenstein dans ses investigations philosophiques. « *« Ressemblance de famille »; car c'est de la sorte que s'entrecroisent et que s'enveloppent les unes sur les autres les différentes ressemblances qui existent entre les*



protéiforme du raisonnable mais ne nous informe pas sur la définition intensionnelle de cette catégorie.

Les termes appariés au raisonnable permettent toutefois de souligner un trait saillant de cette notion : l'exigence de « raisonnabilité » apparaît comme une exigence négative. Il s'agit d'une norme de comportement que les magistrats invoquent ou à laquelle ils se réfèrent implicitement lorsque les limites sont dépassées, lorsque l'administration se conduit de manière incohérente, heurtante, inadmissible, bref, lorsque la décision administrative est prise « en dépit du bon sens ». Ces notions de sens commun qui forment le terreau du jugement devront être traduites en termes juridiques pour répondre aux critères formels du jugement en droit. La circularité du raisonnement (Teubner, 1993) et de l'argumentation des magistrats a le mérite de rendre le (dé)raisonnable incontournable dans la résolution pratique des cas difficiles.

Le déraisonnable constitue l'horizon du jugement pratique. L'analyse des pratiques cognitives de résolution des cas difficiles révèle que les termes qui se réfèrent au raisonnable renvoient à des cadres interprétatifs utilisés par les magistrats pour déterminer et évaluer l'action administrative. Ces cadres descriptifs et évaluatifs renvoient à trois types de questions que le magistrat se pose lorsqu'il tente de comprendre le dossier :

- l'acte administratif est-il justifié ou justifiable ?
- la décision est-elle compréhensible ou absurde ?
- la décision est-elle admissible ?

Dès lors, le raisonnable permet de faire ressortir les opérations de compréhension et d'évaluation ordinaire de la décision administrative. Celle-ci se déploie dans trois dimensions : sa dimension formelle, sa dimension processuelle et sa dimension substantielle.

Le raisonnable, dans ses déclinaisons pratiques, permet de valider ou d'invalidier la décision administrative. Il offre un outil heuristique pour comprendre les points nodaux du processus décisionnel là où la routine cède la place au problème qu'il faut résoudre. Lorsque le magistrat découvre certains signes qui lui laissent présager la présence d'un « problème », il se plonge dans le dossier et tente de dégager des éléments saillants, une « première impression » qui permettra

---

*différents membres d'une famille; la taille, les traits du visage, la couleur des yeux, la démarche, le tempérament etc. [...] Et nous étendons ce concept [...] à la manière dont nous lions fibre à fibre en filant un fil. Et la résistance du fil ne réside pas dans le fait qu'une fibre quelconque le parcourt sur toute sa longueur, mais dans le fait que plusieurs fibres s'enveloppent mutuellement. » (Aphorisme 67)*

d'orienter son examen. L'impression qui ressort du dossier peut également s'avérer problématique. Or, repérer un problème dans un dossier est l'indicateur incontournable de la présence du raisonnable dans le raisonnement du magistrat. Le problème est perceptible parce que les choses ne suivent pas leur cours normal. La décision administrative est questionnée. A partir du « sentiment qu'il y a un problème », le magistrat va déployer son examen dans deux directions : si le problème est manifeste, c'est-à-dire choquant ou heurtant, le magistrat aura une approche évaluative de la décision (sous-titre 2). Si le problème ne paraît pas manifeste, le magistrat adoptera une approche compréhensive de la décision (sous-titre 1). Cette approche du contentieux rend incontournable la question du jugement ordinaire en droit et pose la question de l'imbrication des savoirs de sens commun et des savoirs juridiques<sup>246</sup>.

## **1. Le schème compréhensif : le problème n'est pas manifeste**

S'intéresser au raisonnable amène à aller au-delà du formalisme de l'acte administratif soumis au contrôle du Conseil d'État. L'acte administratif<sup>247</sup> constitue la formalisation, l'aboutissement du processus décisionnel de l'autorité administrative. Pour le dire de manière triviale, derrière chaque acte administratif, il y a une décision prise par l'administration. Nous avons vu comment les auditeurs reconstruisent la décision à partir des éléments du dossier et des écrits de procédure. C'est lors de cette étape de reconstruction de la décision que celle-ci peut s'avérer discutable.

Rappelons que, confronté à un dossier dans lequel il ne repère pas une illégalité manifeste – que ce soit à la lecture de la requête ou de l'acte attaqué –, le magistrat consulte le dossier pour tenter de trouver des éléments saillants afin d'orienter son examen juridique (voir chapitre 2).

La lecture du dossier peut faire ressortir un problème de sens commun manifeste<sup>248</sup>, comme nous le verrons dans la section suivante, mais également un problème qui n'est pas d'emblée catégorisé comme choquant. « Il y a quelque chose qui ne va pas » mais ce n'est pas manifeste. Le magistrat perçoit un problème, sans pouvoir d'emblée l'identifier. Il tente alors de lui donner du sens. Afin de comprendre la décision problématique, le magistrat infère des motifs, reconstruit la démarche

---

<sup>246</sup> Nous traiterons systématiquement ces questions dans le chapitre 4.

<sup>247</sup> Suivant la portée de l'acte, il s'agira d'un acte individuel ou d'un acte réglementaire.

<sup>248</sup> Il importe de distinguer les illégalités manifestes qui donnent lieu à des cas catégorisés de « faciles » et qui suivent un processus décrit au point 2.2.2. du chapitre 2, des problèmes de sens commun manifestes qui touchent au caractère déraisonnable de la décision administrative que nous exposerons dans la section suivante.

décisionnelle de l'autorité et interprète la motivation de l'acte. Le schème sous-tendant sa démarche est compréhensif.

Les magistrats disposent de certains appuis pour conclure à la compréhensibilité ou à l'incompréhensibilité de la décision. Ces appuis sont, premièrement, la motivation formelle censée expliciter les motifs de la décision, deuxièmement, les signes d'une démarche réflexive de l'administration qui émanent du dossier administratif et, troisièmement, les motifs qui constituent les raisons de la décision. Ces appuis sont transcrits dans les écrits de procédures et dossiers de pièces que les magistrats confrontent, analysent et interprètent. La première section (section 1.1.) sera consacrée à l'explicitation des appuis pratiques qui permettent aux magistrats de donner du sens à la décision. Dans une deuxième section (section 1.2.), nous verrons comment les magistrats arbitrent entre ces trois dimensions de la décision lorsque celles-ci ne convergent pas.

## 1.1. Les appuis pratiques à la compréhension de la décision

Pour comprendre la décision litigieuse, le magistrat ne se contente pas de lire l'acte adopté par l'administration et attaqué par le requérant. Il se plonge dans le dossier administratif, lit et compare les exposés des faits, interprète l'exposé des faits à la lueur des arguments juridiques soulevés par les parties. Lors de cet examen, la décision administrative est reconstruite, interprétée et analysée. Ce faisant, il est particulièrement attentif à trois choses.

« On est attentif à la **manière dont l'administration a travaillé (1)**. Si elle vient avec un dossier fourni, bien ficelé, on voit que l'administration s'est posée un certain nombre de questions et a essayé de prendre la **décision la mieux motivée (2)**, la **plus raisonnable (3)**, qu'est-ce qu'on peut attendre de plus finalement ? » (Auditeur 13, p.8)

Les magistrats vérifient que la décision est justifiée, motivée, ce qui consiste à examiner la motivation de l'acte. Les magistrats sont également attentifs à la démarche suivie par l'autorité. Enfin, les magistrats jaugent le caractère intrinsèquement raisonnable de la décision. Les magistrats disposent de trois prises qui sont autant de prismes pour juger de la validité de la décision administrative. Celle-ci se déploie dans trois dimensions qui seront investiguées par le magistrat.

Premièrement, la décision doit être **formellement valide**, c'est-à-dire qu'elle doit être justifiée. L'autorité a l'obligation légale d'expliquer formellement son raisonnement et les raisons qui l'ont amenée à opter pour la solution contestée. Cette dimension pose la question de **L'EXPLICITATION DU COMMENT ET DU POURQUOI**. Ce critère de validité renvoie à l'exigence de motiver formellement les actes administratifs en explicitant la (les) raison(s) qui fonde(nt) la décision (section 1.1.1.).

Deuxièmement, pour être raisonnable, la décision doit résulter d'une démarche réflexive de la part de l'administration. Elle doit être **processuellement valide**. L'administration doit recueillir les éléments pertinents pour pouvoir décider en connaissance de cause et elle doit tenir un raisonnement compréhensible. Cette dimension pose la question du **COMMENT**. Comment la décision est-elle adoptée ? (section 1.1.2.)

Troisièmement, la décision doit être **substantiellement valide**. Cette dimension renvoie à l'existence et à l'admissibilité des motifs qui sont au fondement de la décision. Il s'agit des raisons qui fondent l'acte, de la *ratio decidendi*. Cette dimension pose la question du **POURQUOI** de la décision. Ce critère de validité renvoie généralement à l'erreur manifeste d'appréciation ou au principe de proportionnalité (section 1.1.3).

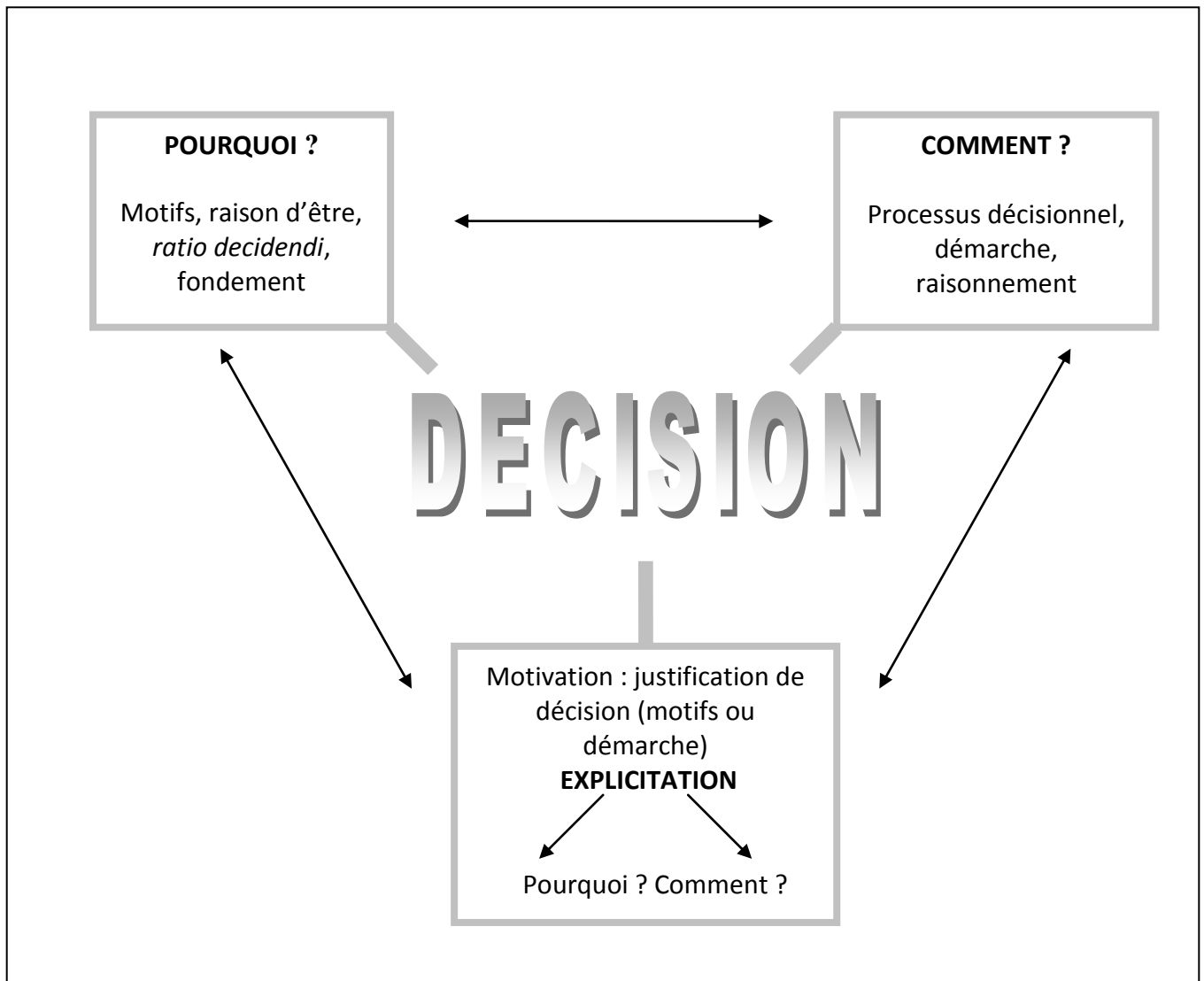


Figure 11

Ces trois dimensions convergent lorsque la décision ne pose pas problème.

« Il faut que l'autorité **explique** son raisonnement. C'est la première partie du jugement. C'est d'abord de voir si l'autorité a bien **motivé et justifié son appréciation**. A partir du moment où on a une motivation correcte et suffisante, on peut entrer dans le **raisonnement**. Moi en tous cas c'est comme ça que je fonctionne. Et alors à ce moment-là, voir si le raisonnement, la justification est raisonnable et si elle ne débouche pas sur des énormités, des inadéquations par rapport à la pratique. » (Conseiller 15, p.12)

Par contre, lorsque certaines dimensions posent problème, le magistrat doit pondérer ces trois dimensions. Nous verrons comment les magistrats opèrent concrètement lorsqu'ils doivent donner plus de poids à l'une ou l'autre dimension (section 2.1.2).

Examinons à présent les trois dimensions de la décision administrative soumise au contrôle du Conseil d'État.

### 1.1.1. La motivation : l'obligation d'explicitement les raisons qui fondent la décision

La motivation formelle est censée traduire le cheminement de la pensée de l'administration. Depuis la loi du 29 juillet 1991<sup>249</sup> relative à la motivation formelle des actes administratifs, l'administration a l'obligation d'indiquer, dans l'acte, les considérations de droit et de fait qui servent de fondement à sa décision. L'article 3 de cette loi précise en outre que la motivation doit être adéquate.

L'autorité doit, dès lors, justifier son acte, c'est-à-dire expliciter les raisons qui l'ont amenée à opter pour une telle décision. Existe-t-il une motivation correcte et suffisante ? L'autorité administrative a l'obligation de justifier ses choix. Le magistrat attend de l'explication livrée par l'administration dans la motivation de l'acte qu'elle soit suffisamment claire, précise, explicite pour qu'il puisse comprendre les raisons qui l'ont poussée à adopter l'acte.

« J'ai eu le cas par exemple d'une enseignante, mais là je n'ai pas retenu le moyen pris de l'erreur manifeste d'appréciation, je me suis plutôt contenté d'un contrôle assez serré de la motivation formelle. Une enseignante qui avait déjà eu des problèmes disciplinaires, qui en avait de nouveau, qui reconnaissait certaines fautes, mais disait : « Ah non, je veux bien être mutée, parce que j'ai effectivement fauté, mais pas plus. » Et elle avait fait l'objet de la sanction immédiatement supérieure à la mutation, une suspension disciplinaire. La **justification du choix** de cette sanction-là plutôt que de la mutation, dans la motivation formelle de l'acte, elle était très fragile, j'ai démolé cet aspect de la motivation, et comme ça je n'ai pas eu à me préoccuper de l'erreur manifeste parce que bon, entre la

---

<sup>249</sup> M.B. du 12/09/1991, p. 19976

suspension disciplinaire et la mutation, vous voyez bien que... est-ce qu'il y a vraiment une place pour l'erreur manifeste d'appréciation ? » (Auditeur 35, p.26)

La motivation formelle est censée refléter le processus d'adoption de l'acte. Si l'autorité administrative ne tient pas compte des avis qui lui sont soumis, elle doit expliquer pourquoi elle s'en écarte. Si elle ne le fait pas, le Conseil d'État peut annuler pour défaut de motivation.

« Moi, je serais quand même très prudent, *a priori*, surtout je dirais dans le domaine de l'urbanisme, parce qu'il y a tellement de mesures d'instruction qui sont prises avant d'arriver au Conseil d'État, que pour arriver à ce que l'administration fasse une erreur manifeste d'appréciation, il faut déjà qu'ils y aillent fort. Il y a tellement d'avis. À la rigueur, ce qu'on va plutôt constater, c'est que, par exemple, il y a un avis défavorable du fonctionnaire délégué, dont l'autorité n'a pas tenu compte, là, on va plutôt annuler l'acte sous l'aspect motivation, **vous n'avez pas expliqué suffisamment pourquoi** vous ne suiviez pas. » (Conseiller 6, p.26)

Toutefois, pour contrôler le processus d'adoption de l'acte, le magistrat se penche sur les pièces du dossier administratif alors que pour contrôler la motivation de l'acte, la pièce de référence est l'acte administratif lui-même.

« Quand t'es à ton bureau et que tu dois dire que la construction d'un truc est une erreur manifeste d'appréciation sur base de quelques photos, c'est pas si facile que ça. Par contre c'est beaucoup plus **facile** de dire : « **Vous ne m'indiquez pas les raisons pour lesquelles vous avez trouvé que c'était opportun de faire ça** ». C'était peut-être opportun, je n'en sais rien, mais je crois que l'exigence de motivation, qui est extrêmement stricte, permet finalement de devoir faire moins appel au concept d'erreur manifeste d'appréciation. » (Auditeur 16, p.16)

Lorsque l'explicitation des motifs est suffisante, lorsque la justification formelle de la décision paraît plausible, bref, lorsque la motivation paraît raisonnable, le contrôle s'arrête à ce stade. Le magistrat ne va pas plus loin. **La raisonnabilité touche à la manière dont l'acte se donne à voir.** S'il existe des éléments dans la motivation qui permettent de comprendre les raisons de la décision et que ces éléments sont confirmés par les pièces du dossier, la décision sera jugée raisonnable. La congruence entre motivation formelle et pièces du dossier est indispensable. A l'inverse, si pièces du dossier et motivation divergent, le magistrat interprètera cette divergence comme le signe d'un problème, qu'il tentera alors de comprendre.

La motivation formelle constitue donc un appui à la compréhension de l'acte, mais elle apparaît surtout comme une ressource juridique<sup>250</sup> pour sanctionner les décisions peu compréhensibles qui ne contiennent pas la justification, l'explicitation des raisons qui ont présidé à l'adoption de l'acte contesté.

---

<sup>250</sup> Nous verrons dans la dernière section de ce chapitre les traductions juridiques du caractère déraisonnable de l'acte.

En effet, si la motivation formelle est incomplète, insuffisante, et qu'elle ne permet pas de comprendre les raisons qui donnent du sens à l'acte, le magistrat plongera dans le dossier pour trouver des éléments aptes à expliquer le raisonnement suivi par l'administration. C'est ce que nous allons examiner dans la section suivante.

### 1.1.2. La posture de l'autorité administrative : démarche réflexive

Lorsque la motivation formelle ne suffit pas à comprendre la décision, les magistrats tentent de comprendre **comment** la décision a été adoptée en se penchant sur la manière dont l'administration a traité le dossier. Il s'agit de retracer la démarche de l'autorité afin de saisir le cheminement de sa pensée, le raisonnement qui l'a amenée à adopter l'acte. Les magistrats retracent le chemin de l'acte administratif, se plaçant dans les conditions dans lesquelles l'administration se trouvait pour prendre sa décision, ce qui les amènent à vérifier les éléments qui ont conduit l'administration à opter pour la décision contestée. En refaisant le « chemin » de l'acte, les magistrats reconstruisent et analysent le processus décisionnel de l'autorité. Ca faisant, ils cherchent à vérifier si le raisonnement de l'administration est compréhensible.

A travers les pièces du dossier, les magistrats retracent le « cheminement de la pensée de l'autorité ». Ils essaient de repérer une « démarche de réflexion ». Les magistrats doivent trouver dans le dossier administratif les éléments qui permettent de fonder le processus décisionnel de l'administration.

« Ca dépend aussi de l'existence **d'éléments sur lesquels l'autorité peut s'appuyer pour prendre sa décision**. Si on constate qu'il n'y a **aucun élément**, ou vraiment très peu d'éléments, dans le dossier administratif pour prendre une telle décision, on en déduira plus facilement que ça présente un caractère **choquant**, par rapport à la décision qui est prise. Mais si on a une décision qui peut ne pas être celle que personnellement on aurait prise, mais s'il y a des éléments dans le dossier qui permettent de **justifier** cette décision, alors là voilà, on n'aurait peut-être pas pris cette décision-là mais elle peut se rattacher et se fonder sur des éléments qu'il faut laisser au bénéfice des autorités administratives, et donc en déduire que ce n'est en tout cas pas *manifestement* déraisonnable. » (Auditeur 36, p.7)

Dans le même ordre d'idées, les magistrats vérifient que les informations dont disposait l'autorité étaient complètes ou suffisantes. Ils examinent les éléments pris en compte par l'administration pour étayer sa décision, qu'il s'agisse des éléments de fait ou des avis qui jalonnent le processus décisionnel. En effet, l'administration doit recueillir les informations nécessaires et pertinentes pour pouvoir décider en connaissance de cause.

« Quand je vois qu'il y a dans la démarche de l'autorité administrative une démarche de réflexion par les avis qu'elle a recueillis, la manière dont elle tient compte des avis, dans nos dossiers au Conseil d'État, on voit souvent les notes que fait le ministre au gouvernement après avoir recueilli l'avis de telle commission. Il y a des choses intéressantes et d'autres qui ne le sont pas. Je ne les retiens pas

pour tel motif. Voilà l'autorité a réfléchi. Et si en plus ça se traduit dans la motivation. Voilà il y a eu exercice du pouvoir d'appréciation discrétionnaire admissible. » (Conseiller 7, p.10)

Outre les éléments matériels qui ont permis à l'autorité de décider, le magistrat vérifie que celle-ci a suffisamment réfléchi, qu'elle s'est posée les « bonnes questions », bref qu'elle a adopté une attitude de réflexion durant le processus décisionnel.

« Il y avait une maison existante et sur le terrain à côté, des gens qui ont voulu construire et qui ont demandé un permis. Mais le problème, c'est que, dans la maison existante, il y avait une fenêtre sur le terrain à côté. Et donc, les voisins ont fait un recours contre le permis, en disant, ça va pas, on va boucher notre fenêtre, on verra plus rien etc. Et l'autorité a simplement dit : « Oui, mais cette fenêtre n'est couverte par aucune servitude, donc, il n'y a pas lieu d'en tenir compte. » Et moi, je trouvais que c'était, en quelque sorte, une erreur de motivation, mais aussi une erreur manifeste d'appréciation, que d'avoir simplement dit ça. Dire simplement, je sais plus ce qu'elle a dit, ce que l'autorité a dit précisément, mais voilà, ça ne relevait pas d'un **examen suffisant** de l'intégration du projet dans le cadre environnant. Donc voilà, en se limitant à dire ce qu'elle a dit, l'autorité, pour moi, aurait commis une erreur manifeste d'appréciation. Elle devait aller plus loin. C'est une **appréciation insuffisante des éléments de l'espèce**. Sur le fond, c'est vrai que c'était pas un problème, c'était vraiment dans la **manière dont l'administration a traité l'affaire**, c'est pas vraiment sur le fond. Moi, elle m'aurait **donné une autre explication** pour laquelle il fallait pas tenir compte de cette fenêtre, voilà, j'aurais peut-être accepté, enfin, j'aurais considéré que c'était suffisant. Mais là, en l'occurrence, le **motif** qu'elle donnait dans son acte était pour moi **insuffisant**. » (Auditeur 4, p.12)

Dans cet extrait, un moyen de droit n'est pas clairement identifié. Plusieurs moyens sont envisageables pour fonder l'argumentation en droit. L'administration n'a, non seulement, pas expliqué sa décision – motivation insuffisante – mais elle n'a pas traité correctement l'affaire – son examen était insuffisant. Elle n'a pas utilisé son pouvoir d'appréciation de manière adéquate. Le problème principal de cette décision administrative réside dans la **déficiences de la démarche** de l'administration. L'auditeur s'abstient par contre de se prononcer sur le fond de la décision.

Dans des cas de promotion, de nomination ou de recrutement, tout comme dans les affaires de marché public, les magistrats sont confrontés à une série de critères que doit appliquer l'administration pour opérer un choix – choix du candidat, choix de la meilleure offre, etc. Ces critères peuvent être imposés à l'administration ou choisis par elle. Le magistrat tente alors de **comprendre le raisonnement de l'administration** et vérifie si celle-ci a appliqué correctement les critères.

« Chaque fois qu'une administration choisit un candidat plutôt qu'un autre, elle doit toujours pouvoir démontrer suffisamment, non pas par une pure clause de style, il faut qu'elle puisse démontrer par une **argumentation suffisamment compréhensible** pour n'importe qui qu'elle a pu appliquer ce raisonnement-là, qu'il n'y a pas des choses complètement **illogiques ou contradictoires** dans sa **démarche**. **J'essaie de comprendre...** si je peux comprendre le raisonnement suivi par la partie adverse et qu'il ne me paraît pas aberrant, je trouve que c'est suffisant, et je n'ai pas à me dire : « On n'aurait pas dû prendre ce critère-là, on aurait dû... » Pour moi non, je ne veux pas entrer dans ce débat. » (Auditeur 29, p.4)

Lorsque les magistrats vérifient que les critères de sélection des candidats ont été correctement appliqués sans remettre en cause les critères eux-mêmes, ils interrogent le raisonnement de



l'administration. Ils s'arrêtent au contrôle de la démarche décisionnelle et ne vont pas jusqu'à contrôler le fond de la décision, ce qui serait le cas s'ils évaluaient la pertinence des critères de sélection retenus.

Sur base des informations dont ils disposent (pièces du dossier, motivation de l'acte, exposés des faits, etc.), les magistrats tâchent de reconstruire la décision à travers les activités qui ont probablement conduit à son adoption. Ils s'imaginent le cours d'action tel qu'il s'est sans doute déroulé (Sharrock et Coulter, 2001). Cet exercice de reconstruction n'est possible que grâce aux documents dont ils disposent ainsi qu'aux savoirs acquis à propos des manières habituelles dont l'administration fonctionne. Les magistrats se réfèrent à des cours d'action socialement structurés en utilisant leurs connaissances de l'administration, en invoquant la façon typique qu'a l'autorité administrative de fonctionner dans des contextes singuliers, de poursuivre des objectifs particuliers, d'interagir avec ses agents ou avec les citoyens, etc. Tous ces éléments permettent aux magistrats de reconstruire le contexte décisionnel de l'acte ayant contribué à façonner la décision administrative, dans sa dimension processuelle.

A partir de la reconstruction du cours d'action probable, le magistrat tente de déceler les failles du raisonnement de l'administration. Si la démarche de l'autorité paraît bancal, peu réfléchi, le magistrat se dirigera probablement vers une annulation ou une suspension. A l'inverse, si le magistrat comprend le raisonnement, si celui-ci ne lui semble pas aberrant, il rejettera la requête.

### 1.1.3. Les motifs : la *ratio decidendi* de l'autorité administrative

Le motif<sup>251</sup> est présenté comme la raison de l'acte, son fondement intellectuel. L'existence de motifs légaux et admissibles permet d'attester que la décision n'est pas arbitraire, déraisonnable. Pour comprendre la décision, la question que le magistrat se pose est la suivante : « **pourquoi** l'administration a-t-elle fait un tel choix ? » Cette question permet de poser le problème de l'intentionnalité de sens commun qui offre des clés d'intelligibilité à l'action d'autrui. Les intentions, raisons d'agir, motifs, sont des états d'esprit que le magistrat attribue ordinairement à l'administration afin de produire l'intelligibilité de sa conduite en la rationalisant (Quéré, 1990).

---

<sup>251</sup>Lewalle (2002, p.890 et s.) distingue les motifs de droit et les motifs de fait. Les motifs de droit font référence à la hiérarchie des sources qui fondent la décision administrative. Quant aux motifs de fait, ils se rapportent aux circonstances qui ont amené l'autorité administrative à agir.

La motivation est censée expliciter les motifs de l'acte. Toutefois, la simple lecture de l'acte ne permet pas toujours de comprendre *l'ultima ratio* de l'acte, c'est-à-dire ses motifs réels entendus comme ce qui fonde réellement la décision. Dans ce dernier cas, le magistrat cherche dans le dossier administratif des éléments qui permettraient de comprendre la décision. Lorsque la motivation est illogique ou lorsque le raisonnement tenu par l'autorité n'a pas de sens, le magistrat tente alors de découvrir les « vrais motifs » qui sous-tendent l'acte. Si ceux-ci n'apparaissent pas à la lecture du dossier, la décision demeure illogique ou incompréhensible et sera sanctionnée comme telle, sans autre investigation (point 1.1.3.1.). Par ailleurs, le magistrat peut découvrir ou inférer, à partir de l'interprétation des pièces du dossier, des motifs sous-jacents (point 1.1.3.2.) qui rendent la décision compréhensible mais inacceptable, faisant passer le raisonnement du magistrat du schème compréhensif au schème évaluatif.

### *1.1.3.1. L'absence de motifs*

Lorsque la décision semble illogique, le magistrat ne découvrant pas les raisons qui pourraient expliquer cette incohérence, l'annulation est presque automatique. C'est par exemple le cas lorsque la conclusion n'est pas soutenue par la mineure du raisonnement : le ministre s'écarte de l'avis de l'administration et octroie un permis alors que les avis dont il dispose pour se positionner par rapport au projet sont tous négatifs et suffisamment argumentés dans ce sens. La motivation est incompréhensible et le dossier n'offre aucune perspective d'explication de la décision incompréhensible.

« On se demande : « Mais **pourquoi** est ce que l'acte attaqué a été adopté tel quel alors qu'il y avait des avis défavorables ? » et puis, on se rend compte, en examinant mieux les pièces du dossier, de la justification du processus et donc ça permet de **mieux comprendre** l'évolution d'une décision. Un cas assez classique : une décision est prise, un recours est introduit, par exemple auprès de la Région wallonne et le ministre qui va délivrer le permis attaqué a différentes instances qui donnent des avis préalables qu'il peut suivre ou ne pas suivre. Et quand on se rend compte que ces avis préalables sont super négatifs par rapport à l'octroi d'un permis et que **contre toute attente**, alors que sa première garde de conseillers lui déconseillent de prendre la décision, proposent d'ailleurs une carcasse de décision qu'il n'a plus qu'à signer, qui va vers un rejet et que le ministre, finalement, prend une autre décision et octroie le permis alors que tous les avis étaient négatifs, c'est **interpellant**, on se demande : « Mais **pourquoi** ?! » Mais ça, **on ne saura pas...** alors, en général, c'est une annulation, parce que parfois, le ministre a décidé, pour des **raisons X ou Y**, envers et contre tout, qu'il fallait octroyer le permis, il va prendre la carcasse du refus de permis que lui proposent ses services et il va rajouter une petite phrase, assez creuse, qui dit : « Il convient, étant donné les circonstances, de délivrer le permis ». Ça c'est une annulation. Ça, c'est un cas assez facile de motivation formelle inadéquate. Mais il peut toujours s'écarter des avis, il a le pouvoir de décider mais il doit **justifier**. Ça ne se voit que petit à petit, en examinant le dossier. Le dossier administratif c'est la base, c'est là qu'on voit tout et tout le processus décisionnel. Ça permet déjà de sentir si la décision... si la procédure est tout à fait **régulière** ou si des choses **bizarres** interviennent. » (Auditeur 18, p.11)

Cet extrait d'entretien est riche d'enseignements. La première moitié de ce témoignage contient des considérations de sens commun – « contre toute attente » – à propos du caractère compréhensible de

la décision de l'autorité administrative incarnée par le ministre. Ce dernier a reçu des avis négatifs qu'il ne suit pas et l'auditeur se demande « pourquoi ». L'entretien bascule : « on ne saura pas ». Le raisonnement n'a pu être compris. Dès lors, la seconde partie de l'entretien se déroule sur le terrain du droit. L'incompréhension de sens commun est traduite en termes juridiques : il s'agit d'une motivation formelle inadéquate.

Le raisonnement pratique de l'auditeur suit un schème d'interprétation compréhensif de la décision administrative. Il se demande d'abord pourquoi le ministre n'a pas suivi les avis. L'auditeur est « interpellé » par cette manière de fonctionner. Lorsque celui-ci ne parvient pas à comprendre la décision, soit que les éléments ne se trouvent pas dans la motivation, soit que le dossier administratif ne permet pas d'inférer des raisons ou des justifications, il propose l'annulation car la décision paraît incohérente. « Contre toute attente », « c'est interpellant », « des choses bizarres interviennent ». Ces locutions soulignent l'anormalité de la décision qui n'a trouvé ni justification formelle – motivation formelle – ni fondement substantiel – motifs et raisonnement acceptables dans le dossier administratif.

### *1.1.3.2. Les raisons cachées*

Les raisons cachées n'apparaissent pas clairement dans l'acte, mais sont ressenties au détour d'une motivation absurde ou illogique ou à travers un processus décisionnel défaillant. Certains « problèmes » permettent de révéler l'existence de raisons cachées qui fondent l'acte. C'est le cas d'une motivation incompréhensible.

« En matière de nomination, il y a la comparaison des titres et mérites, et on va comparer un diplôme universitaire avec un certificat obtenu, en tant que huissier de justice pour prendre un exemple, on compare des pommes et des poires et on dit ben voilà, vous avez obtenu une grande distinction pour ce certificat et donc on en déduit que vous êtes meilleur que le juriste qui a obtenu une distinction, et là **ça n'a pas de sens**, et donc, soit ce n'est pas matériellement établi par le dossier, soit le raisonnement porte parce que là **on sent que derrière ça on a voulu privilégier une personne plutôt qu'une autre**. » (Auditeur 36, p.9)

Le raisonnement officiellement soutenu par l'administration dans la **motivation formelle** est disqualifié par l'auditeur : « ça n'a aucun sens ». Les motifs explicités dans la motivation ne sont pas pris en compte. Pour donner du sens à la décision, l'auditeur émet l'hypothèse qu'il y a une autre raison que celle affichée par l'autorité. Cette raison cachée permet d'expliquer la décision et de lui donner du sens. Le magistrat fait des inférences de sens commun et impute des intentions à partir des connaissances qu'il a des modes de fonctionnement probables de l'administration.

De la même manière, derrière un **processus décisionnel défaillant**, se cachent parfois des raisons cachées. Les raisons ne paraissent pas « honorables ». Le magistrat « sent » que pour des « raisons obscures » le candidat a été évincé. L'existence de raisons cachées, même si elles ne sont pas clairement identifiées, constitue un motif suffisant d'annulation de la décision administrative.

« On est attentif à la manière dont l'administration a travaillé. Si elle vient avec un dossier fourni, bien ficelé, on voit que l'administration s'est posée un certain nombre de questions et a essayé de prendre la décision la mieux motivée, la plus raisonnable, qu'est-ce qu'on peut attendre de plus finalement ? Alors que dans certains dossiers on se rend compte que l'administration ne s'est pas acquittée de cette tâche-là, qu'elle n'a pas cherché à recueillir des informations, qu'elle a pris une décision comme ça de manière un peu brutale, sans qu'on sache pour quelles **raisons obscures** on rejette froidement la demande de quelqu'un, parfois pour des **raisons dont on sent bien qu'elles ne sont pas très honorables**. Donc ça se sont des choses qu'on attend de l'administration donc il faut qu'elle monte un dossier. Et dans le pouvoir d'appréciation, elle doit montrer qu'elle l'a exercé en s'entourant de toutes les **informations utiles**. » (Auditeur 13, p.8)

Les « raisons obscures », les « raisons cachées<sup>252</sup> », constituent les vraies raisons de l'acte, le véritable motif de la décision<sup>253</sup>. Ces raisons, quand bien même seraient-elles mises à jour et permettraient-elles de comprendre la décision, n'en resteraient pas moins illégitimes. Le fait que celles-ci soient non explicites renforce leur caractère illicite. Si ces raisons étaient légitimes, elles ne devraient pas être cachées. Dans un tel cas, le schème d'interprétation compréhensif de la décision cède le pas au schème d'interprétation évaluatif. Le magistrat comprend les raisons qui ont fondé l'acte mais les juge inadmissibles. C'est la raison pour laquelle l'existence de telles raisons fonde l'annulation.

#### 1.1.4. La convergence des trois dimensions

Lorsqu'une décision administrative cumule une motivation lacunaire ou illogique, un processus décisionnel défaillant et des motifs incompréhensibles ou inacceptables, l'annulation paraît automatique.

Dans le cas suivant, la motivation de l'acte laisse clairement apparaître que l'entreprise soumissionnaire est « catastrophique » ; le processus de sélection tend d'ailleurs à désavantager cette entreprise. Le magistrat en déduit donc que l'autorité a voulu l'écarté.

---

<sup>252</sup> Les raisons cachées sont des « motifs hybrides » relevant à la fois du schème compréhensif lorsque le magistrat essaie de comprendre les motifs officiels et du schème évaluatif lorsqu'il a découvert les vraies raisons. Face à des cas, de prime abord, incompréhensibles, insensés, le magistrat donne du sens à la décision en y cherchant une intention cachée, qui sera qualifiée d'illégitime.

<sup>253</sup> Le même cheminement intellectuel est suivi par les magistrats lorsqu'ils examinent l'intérêt au recours du requérant en ce qui concerne les mesures d'ordre intérieur. Ils adoptent une posture compréhensive en cherchant à identifier l'intention de l'administration. La raison d'être de l'acte a une visée sanctionnatrice ? Il s'agit alors d'une sanction déguisée pour laquelle le recours au Conseil d'État est recevable. La raison d'être vise au contraire le bon fonctionnement du service ? Il s'agit d'une mesure d'ordre intérieur pour laquelle le recours est irrecevable.

« - Auditeur : S'il y a vingt erreurs qui chaque fois sont défavorables au même... chaque fois des petites, mais bon, il y a quand même un moment où on se dit : « **On lui en veut** », enfin...  
 - J. Colemans : Ca veut dire qu'à ce moment-là, vous essayez de voir quelle était l'intention de l'administration quand vous dites : « Là on lui en veut » ?  
 - Auditeur : Parfois ça transparait , ça saute aux yeux. On ne cherche pas, non, on ne cherche pas vraiment mais parfois **ça saute aux yeux**. On  **motive explicitement** que c'est quelqu'un, on ne sait pas qui, qui a dit qu'il le connaissait bien et que c'était une catastrophe... C'est peut-être vrai tout ça. Moi, j'ai été avocat avant, et on peut **comprendre que légitimement** si on a eu une mauvaise expérience avec une entreprise, on n'a pas envie de retravailler avec la même donc ce n'est **pas illégitime, immoral**, etc., mais voilà les règles, ça ne va pas, on ne peut pas. Et donc celui-là, oui, là quand j'ai vu le **processus**, l'exposé des faits, je me suis dit : « Celui là **on a vraiment voulu le descendre** » et on a cherché les moyens pour le descendre et ce sont des moyens qui sont illégaux. Et ça saute aux yeux. Les marchés publics, c'est une matière très technique. Alors commettre une illégalité, on peut commettre cent cinquante faux-pas sans le savoir, **sans mauvaise intention** et sans du tout vouloir favoriser l'autre ou l'autre, hein, ça c'est vraiment... Et dans 99% des cas, c'est ça qui se passe. **J'en ai la conviction ici et j'en ai l'expérience**. Voilà, ils sont confrontés à une difficulté dans l'analyse des offres, ils essayent de la résoudre parfois de manière correcte et parfois maladroitement, mais sans intention de favoritisme, contrairement à ce qu'on croit, je veux dire dans le milieu non-juridique. Il y a des **annulations techniques**, quoi, le plus souvent. Et donc sans... sans qu'il y ait d'autres enjeux derrière. C'est vrai qu'une fois ou l'autre on se dit « Là, on a voulu en défavoriser un », c'est autre chose, on a cherché le moyen d'en descendre un ou de l'éviter, ou peut-être aussi pour des motifs légitimes mais vraiment là **on a instrumentalisé la procédure**. » (Auditeur 9, p.15)

Le motif de l'autorité n'est pas jugé selon des principes moraux : le magistrat comprend les raisons qui peuvent pousser les administrations à ne pas travailler avec des entreprises qui ne respectent pas le cahier des charges, qui posent des problèmes. Mais le droit a une force qui peut faire plier les intentions les plus légitimes, particulièrement dans des matières techniques. Dans des matières très réglementées, la correction processuelle occupe une place importante et influence l'interprétation des autres dimensions. Les motifs corroborent la procédure illégale : « on a vraiment voulu le descendre », c'est explicitement dit dans la motivation et les moyens pour le faire étaient illégaux. L'extrait est par ailleurs très nuancé sur la question des motifs. L'intention n'est pas mauvaise en soi, mais elle est contraire à l'esprit de la procédure qui, en l'occurrence, a été instrumentalisée.

Dans cette section, nous avons vu comment les magistrats éprouvent la compréhensibilité de la décision à travers trois dimensions. Ces dimensions, lorsqu'elles concordent, mènent généralement à l'annulation. La latitude du magistrat réside alors dans l'optique qu'il va adopter. Souhaite-t-il contrôler la décision dans son versant processuel ou plutôt formel ? Décide-t-il d'aller jusqu'au contrôle des motifs de la décision, en interrogeant sa raison d'être ou se contente-t-il d'examiner les motifs explicités par l'administration ? Ce choix est contraint par le type de moyens qui lui sont soumis, mais également par le contexte de l'affaire.

## 1.2. La divergence entre les différentes dimensions

Nous avons vu que les magistrats s'appuient sur trois dimensions de la décision afin de l'interpréter. Lorsque ces trois dimensions convergent, il n'y a guère de difficulté : les critères se renforcent et aboutissent généralement à l'annulation.

Par contre, lorsque les dimensions analysées se contredisent, les magistrats sont tenus de choisir le prisme par lequel ils interpréteront la décision. De cette manière, ils optent pour la dimension à travers laquelle ils appréhenderont l'acte administratif. Comment arbitrent-ils entre ces dimensions ?

Nous verrons dans un premier point que la dimension formelle a généralement moins de poids dans le raisonnement (section 1.2.1.). Ensuite, nous examinerons comment les magistrats résolvent les conflits entre la dimension processuelle du litige et sa dimension substantielle, entre la démarche suivie par l'autorité administrative et le motif qui fonde la décision (section 1.2.2.).

### 1.2.1. La dimension formelle est minorée

Depuis une vingtaine d'années, les actes administratifs doivent être formellement motivés. La motivation participe à l'identification de la rationalité – *rationalité processuelle* en ce qui concerne la démarche cognitive ou *rationalité substantielle* en ce qui concerne les motifs – de la décision administrative, ou au contraire à constater son défaut de rationalité.

Certaines décisions peuvent être correctes sur le fond mais défailtantes sur la forme. Le magistrat peut choisir de ne pas prendre en compte l'illégalité formelle en tentant de « sauver » l'acte. Le fond l'emporte alors sur la forme, l'esprit sur la lettre. C'est le cas lorsque le magistrat décide de rejeter le recours qu'il qualifie alors de « formaliste<sup>254</sup> » (section 1.2.1.1.).

A l'inverse, certaines décisions peuvent être correctes sur la forme mais suspectes sur le fond. Dans ce cas, le magistrat tente de découvrir les vraies raisons qui fondent la décision. Cette sorte de contre-lettre émane du dossier administratif et permet d'invalider la motivation formelle ostensible (section 1.2.1.2.).

---

<sup>254</sup> Le suffixe suffit à saisir le sens péjoratif qu'a ce terme pour les magistrats. Le droit est une discipline formelle qui, lorsqu'elle n'est réduite qu'aux formes, pose problème aux hommes de loi.

### 1.2.1.1. Le rejet du formalisme

Les exigences formelles sont généralement tournées vers un objectif de protection du justiciable. Elles offrent des garanties quant à la protection des droits de chacun ou au respect de la procédure. Lorsque le magistrat constate que l'objectif qui sous-tend les dispositions légales touchant à la forme de l'acte a été atteint d'une autre manière, il peut décider de rejeter le moyen.

Les déficiences formelles, telles que les motivations formelles incomplètes ou approximatives, sont minimisées lorsqu'il ressort du dossier que le destinataire de l'acte dont l'annulation est recherchée a malgré tout compris la *ratio decidendi*. Le recours formaliste sera alors rejeté.

« J'ai parfois tendance à me laisser influencer par le fond en me disant : « Ben voilà, **toutes les raisons sont là. Le requérant finalement sait très bien pourquoi.** » Et alors, j'interprète les notions de motivation formelle en me disant : « Est-ce que le destinataire de l'acte, le requérant, a bien compris pourquoi l'administration a pris l'acte ou pas ? » Et si je vois que dans le dossier, il y a des éléments clairs etc., qui ont permis au requérant de savoir pourquoi l'administration a pris cette décision à son égard, mais qu'il y a un petit problème de motivation formelle, je vais plutôt laisser passer, quelque part, et donner tort au requérant qui se plaint uniquement d'un problème de forme. » (Auditeur 30, p.14)

L'extrait suivant va dans le même sens.

« - Auditeur : La loi de 1991 ne nous aide pas du tout. Finalement on demande à la décision administrative d'être des modèles d'exposés à l'instar de thèses universitaires. [...] par exemple, un administrateur s'exprime mal dans son dossier. On comprend ce qu'il a **voulu dire**. On va lui taper sur les doigts pour lui faire la leçon ?

- J. Colemans : Dans ces cas-là vous faites quoi ?

- Auditeur : Souvent, c'est dans ces cas là qu'on n'est pas sûr. Dans ce genre d'appréciation-là, oui. Tout devient subjectif évidemment.

- J. Colemans : Quand vous comprenez l'action administrative sans pour autant qu'elle soit correctement motivée, vous avez tendance à...

- Auditeur : Moi oui, mais c'est pas du tout partagé par tout le monde. J'exprime une opinion tout à fait personnelle. J'estime que ce qui est important c'est que l'administré et le juge puissent savoir quel est le **motif** qui fait qu'on arrive à telle décision. Je ne lui demande pas de faire un exposé universitaire sur les sources et les principes de droit. » (Auditeur 7, p.9)

Certains magistrats passent outre ce formalisme en recherchant les motifs de l'acte, plutôt qu'en sanctionnant la motivation. Le fond prime alors sur la forme. Ils préfèrent privilégier le contexte qui transparaît du dossier administratif et qui permet d'identifier la raison d'être de la décision plutôt que la lettre de l'acte.

La motivation formelle a également moins de poids lorsqu'elle est mise en balance avec le processus décisionnel effectif. S'il ressort des éléments du dossier que l'administration avait toutes les pièces en mains pour décider en connaissance de cause, bien que la motivation ne traduise pas cette correction processuelle, certains magistrats préfèrent faire primer la dimension processuelle sur la dimension formelle. Ce faisant, ils reconnaissent la correction processuelle de la décision administrative, bien que

son explicitation formelle soit défailante. La réalité de l'action décisionnelle l'emporte sur les apparences formelles, sur le « formalisme ».

« On a eu un cas, on discute le fait de savoir si on peut estimer que l'administration n'a pas statué en connaissance de cause, bon, l'auditeur nous dit : « Non, manifestement, ils n'ont pas statué en connaissance de cause parce que tel et tel aspect, voilà, le rapport d'environnement, la notice d'évaluation d'environnement n'est pas complète. » L'avocat de la partie adverse répond : « Oui mais, bien sûr, la motivation n'est pas tout à fait parfaite sur ce point, ne rend pas compte de ça, mais, en réalité, vous verrez **dans le dossier que l'administration avait toutes les pièces en mains et qu'il y a tout de même une référence aux pièces importantes qui se trouve dans la motivation.** » Voilà, on va à ce moment-là pondérer en réfléchissant à ce qui a déjà été décidé dans des cas similaires. Donc, c'est vrai que là, on est dans un cas, je vais dire, si on veut être très **formaliste**, on va considérer que l'administration n'a pas statué en connaissance de cause. Parce que formellement, tous les éléments, il y a des erreurs dans les pièces qui ont été remises à l'administration. Si on veut être **moins formaliste**, on va prendre en compte que l'administration, **en réalité**, pouvait décider, arriver à cette solution-là, enfin, pas exactement qu'elle pouvait arriver à cette solution-là, que l'administration, en réalité, avait des informations, qu'elle les avait dans son dossier et que donc, on ne peut pas soutenir que, même si formellement ça n'apparaît pas clairement, de l'acte attaqué, on ne peut pas dire qu'elle n'était pas informée de certains faits, par exemple, de... du fait qu'il y avait une étale à tel endroit, ou un truc dans ce genre-là. Et là, le choix qu'on va devoir faire dans ce cas-là, ça va parfois être influencé aussi par des évolutions de la jurisprudence qui vont quand même progressivement vers moins de formalisme. » (Conseiller 6, p.18)

### 1.2.1.2. Les motifs réels et la motivation ostensible

Le type de situation examinée dans ce point est l'exact opposé de celle examinée sous le précédent paragraphe. L'acte contient une motivation formelle qui, *prima facie*, est correcte, mais qui, à l'analyse, n'est pas congruente avec les pièces du dossier. De nouveau, les magistrats ne s'arrêtent pas aux apparences, au formalisme de la motivation. Ils recherchent les « vraies raisons » de l'acte qui émanent du « contexte factuel ». L'acte n'est donc pas détaché de son contexte d'adoption qui recouvre plusieurs choses : la démarche intellectuelle de l'autorité, le processus d'adoption de l'acte, l'état de la relation entre l'administration et le requérant, les intentions cachées ou réelles de l'autorité administrative, etc. Dès que le magistrat aborde la question des motifs, apparaît en filigrane la question de l'intentionnalité. En recherchant la raison qui constitue le fondement de la décision, le magistrat est amené à s'interroger sur les intentions des parties, particulièrement sur les intentions de l'administration. Ces raisons, apparaissent dans les discours des magistrats sous le vocable de motifs de la décision.

«- Auditeur : Apparemment, le pouvoir organisateur n'aime pas la personnalité d'une personne et ne veut pas la nommer parce que cette personne va être une catastrophe et on sent qu'ils font vraiment tout pour ne pas la nommer et ils restent dans des règles juridiques *prima facie* correctes. On peut sentir les intentions. On sent ça très fort dans les dossiers.

- J. Colemans : Ca entre en compte pour trancher ?

- Auditeur : Oui mais la simple **intention** ne suffit pas, il faut quand même des pièces qui attestent. Je ne la suppose pas l'intention. Il faut des preuves : des lettres, des e-mails, je ne prête jamais de mauvaise intention à qui que ce soit sans un début de preuve. » (Auditeur 19, p.6-7)



Les apparences – « *prima facie* » – sont incarnées par la motivation de l'acte administratif tandis que les motifs, les vraies raisons, se trouvent dans le dossier administratif. Les documents sont interprétés pour découvrir, derrière la façade juridique, ce que l'administration a voulu dire, a voulu faire. Certains magistrats choisissent d'aller au-delà des apparences. Dans cette étape du processus, c'est l'intention de l'administration qui compte, plus que l'acte dans sa matérialité désincarnée. Bien que les magistrats ne cherchent pas activement une intention cachée, dans certains cas, la *ratio decidendi* paraît douteuse. L'intention, ayant dans ce cas une connotation nettement négative, transparaît, saute aux yeux des magistrats qui ne peuvent plus l'ignorer. L'intention n'est pas présumée mais constatée sur base des pièces du dossier.

« Ce soumissionnaire-là, on l'a très fortement décoté parce que il n'a pas fourni les [spécifications techniques]. Ca, c'est la **motivation**. Et puis le soumissionnaire dit : « Mais le carnet de charges ne demandait pas de fournir les [spécifications techniques] ». Et d'ailleurs lui n'avait pas l'offre de l'autre mais je ne sais pas si l'autre a fourni les [spécifications techniques]. Donc je vérifie, je vois que dans son offre, il n'y a effectivement pas cette [spécification technique], je lis le cahier de charges et je ne vois nulle part parler de [cette spécification technique], je regarde l'offre du soumissionnaire retenu et je ne vois pas plus de [spécifications techniques] chez lui. Donc là, je ne peux pas dire quelle cote il aurait fallu mettre à celui qu'on a décoté mais manifestement **les motifs** de sa décote **sont faux**, ce n'est pas qu'ils sont injustes, ils sont faux en fait. Donc il y a nécessairement une erreur de cotation. Alors je ne peux pas dire : « On aurait dû lui mettre le maximum » mais je peux dire qu'on aurait dû lui mettre plus. » (Auditeur 9, p.14)

Rechercher l'intention de l'administration ne fait cependant pas partie des tâches que s'assignent les magistrats. Lorsqu'on aborde la question de l'intentionnalité, les magistrats évoquent le détournement de pouvoir.

« Souvent, l'administration n'est pas animée de mauvaises intentions. Parfois elle est très sévère, mais... je ne pense pas que cela révèle des intentions cachées, ou alors c'est bien caché. On ne parle jamais des intentions, sauf dans le cas du détournement de pouvoir mais les arrêts pour détournement de pouvoir il n'y en a pas 10 sur 200 000. Et détournement de pouvoir c'est vraiment : « j'utilise mes pouvoirs pour favoriser X, défavoriser Y, j'utilise mes pouvoirs à d'autres fins que ceux pour lesquels la loi me les a attribués. » (Auditeur 34, p.18)

Les magistrats utilisent très peu le terme « intention » pour désigner le choix qui touche à la *ratio decidendi*. Ce terme est apparié, en droit administratif, au détournement de pouvoir. Ils préfèrent parler des motifs de l'acte<sup>255</sup>, de l'explication de la décision ou de sa raison d'être. Ces expressions renvoient à la même réalité de sens commun, c'est-à-dire au choix qui donne du sens à l'action de l'administration. La recherche de l'intention permet simplement de comprendre ordinairement la décision dans sa dimension substantielle. L'imputation d'intentions sous la forme de raisons d'agir constitue une procédure interprétative visant à donner du sens à la décision administrative. « *Le caractère intentionnel est configuré dans des explications et des justifications, qui rationalisent l'action « sous une description ».* L'action y est rapportée à des raisons d'agir de telle sorte qu'elle apparaisse

---

<sup>255</sup> Benamouzig (2006) s'arrête sur l'ontologie hybride des motifs qui se trouvent au croisement de trois registres de subjectivité, d'objectivité et d'intersubjectivité.

*cohérente à la lumière de ce qui l'a motivé ; elle est présentée comme un effet intentionnel dont les raisons d'agir sont les causes » (Quéré, 1990, p.87).*

L'interprétation de la dimension substantielle de la décision administrative est un ressort compréhensif largement non problématique. L'utilisation des termes pour désigner cet aspect du contrôle est significative. Le terme « intention » est uniquement utilisé au Conseil d'État lorsqu'il souligne la visée morale et évaluative de cette description. Lorsque le magistrat évoque des raisons cachées, il est plus enclin à parler d'intention<sup>256</sup>. En revanche lorsqu'il tente de comprendre l'action il évoque les raisons d'être de l'acte, son motif.

## 1.2.2. La dimension processuelle versus la dimension substantielle

Que se passe-t-il lorsque le magistrat est face à des décisions administratives qui présentent un processus décisionnel correct mais dont l'opportunité paraît discutable ? Les exemples qui émanent des entretiens convergent pour privilégier la dimension processuelle de la décision lorsque la dimension substantielle paraît raisonnable. Cette manière de procéder met en évidence la reconnaissance par le Conseil d'État du pouvoir d'appréciation de l'administration que celui-ci ne peut censurer.

L'extrait suivant concerne un recours à l'encontre d'un permis d'extraction octroyé en zone d'extraction. Plutôt que de refuser le permis, la commune veut faire changer le plan de secteur.

« La décision de mise en révision du plan de secteur est très clairement prise pour empêcher l'extraction. Alors, je crois que les deux options se défendent. L'administration aurait très bien pu se contenter de refuser le permis. Est-ce qu'elle pouvait aller plus loin et mettre en route la révision du plan de secteur ? Moi, je crois que oui, donc c'est un **motif valide** pour moi mais ça ne veut pas dire que moi j'aurais fait ça. Donc mon contrôle s'arrête là. Est-ce que finalement j'aurais pris la même décision... ? Là-bas, je n'en sais rien, mais en tous cas il y a un **motif valide** qui fait que voilà mon contrôle s'arrête là-bas. » (Auditeur 16, p.22)

Le cheminement intellectuel du magistrat est le suivant : il recherche d'abord l'intention de l'administration. Celle-ci souhaite empêcher l'extraction. Ensuite, il identifie les deux manières d'y

---

<sup>256</sup> L'utilisation de termes différents pour désigner la raison d'être de l'acte administratif traduit les nuances du raisonnement pratique et l'indexicalité des expressions qu'il mobilise. « *Tout énoncé est indéfectiblement indexical, sa production ne s'adresse pas à une audience indifférenciée et sa compréhension s'inscrit dans cette réflexivité de l'action où la présence physique et le statut de l'interlocuteur sont toujours partie intégrante de la formulation elle-même* » (Ogien, 2007, p.143). Ainsi l'« intention de l'administration » est une expression connotée qui, au Conseil d'État ne sera utilisée que dans certains cas particulièrement choquants et qui n'apparaîtra pas dans la formalisation du raisonnement qu'est l'arrêt.

parvenir. Soit l'autorité refuse le permis, soit elle modifie le plan de secteur. Le magistrat a reconstruit le raisonnement de l'administration ; il l'a compris et validé. L'administration a posé des choix qui relèvent de son pouvoir d'appréciation discrétionnaire. L'auditeur parle de motif valide qui justifie l'acte. L'auditeur reconnaît la marge de manœuvre de l'autorité administrative. Cette décision ne paraît pas choquante, et ne réclame pas un examen plus poussé.

Dans le passage suivant, le conseiller émet un jugement sur le fond de la décision : la décision est certes sévère, mais pas trop. Sur base de ce premier jugement qui place la décision dans la catégorie des décisions qui ne sont « pas manifestement déraisonnables », il adopte une posture compréhensive et recherche s'il y a des éléments qui fondent le raisonnement. Le conseiller vérifie l'intelligibilité du raisonnement poursuivi par l'autorité et ne pousse pas le contrôle plus loin. Peut-être le magistrat aurait-il agi différemment s'il trouvait la sanction – manifestement ! – trop lourde.

« Si l'agent avait déjà eu des épisodes de ce genre-là, qu'il a fait l'objet d'avertissements, que son arrivée en retard a eu des conséquences lourdes pour le service et pour quelqu'un, là il est clair que ce sera peut-être **sévère**, que ce sera peut-être... mais il y a des éléments sur lesquels l'autorité s'est fondée » (Conseiller 1, p.8)

Le conseiller se garde de se *prononcer* sur le fond de la décision car celle-ci ne lui paraît pas choquante. C'est bien parce qu'il estime que la décision n'est pas heurtante, pas anormalement sévère que le magistrat se contente d'examiner celle-ci de manière compréhensive. Le jugement du fond de la décision apparaît en filigrane mais la décision n'étant pas déraisonnable, l'examen des motifs ne se justifie pas.

Dans l'un et l'autre cas, les magistrats n'auraient peut-être pas pris la même décision<sup>257</sup> que celle qu'a adoptée l'autorité. Néanmoins, ils reconnaissent une marge d'appréciation à l'autorité et ce, parce qu'elle a agi dans les limites du raisonnable. Faisant preuve d'« autolimitation » (Ost, 2002), le juge s'abstient « d'aller trop loin dans le contrôle du pouvoir discrétionnaire de l'administration ». Leur schéma d'interprétation de la décision n'est pas évaluatif mais compréhensif : ils se contentent de relever que la démarche de l'administration est compréhensible. Il existe des éléments sur lesquels l'autorité s'est appuyée pour fonder sa décision et leur contrôle ne peut aller plus loin. Le même raisonnement n'aurait sans doute pas été tenu s'ils étaient convaincus de l'inopportunité flagrante de la décision administrative<sup>258</sup>. Un tel cas de figure renvoie aux développements du schème évaluatif.

---

<sup>257</sup> Nous verrons dans la partie consacrée au schème évaluatif que la décision virtuelle du magistrat occupe beaucoup plus de place lorsque la décision paraît manifestement déraisonnable. Voir section 2.2.2.2.

<sup>258</sup> Un raisonnement inverse est tenu pour les cas qui concernent *l'exceptio obscuri libelli* soulevée par l'administration. La décision qui paraît choquante entraîne une interprétation bienveillante des requêtes. Les magistrats disent qu'ils vont « chercher le moyen à la petite cuillère ».

## 2. Le schème évaluatif : le problème est manifeste

Cette section vise à décrire les procédures pratiques grâce auxquelles les magistrats interprètent et sanctionnent la décision qui pose un gros problème. Il arrive que les magistrats découvrent, à la lecture des pièces de procédure – particulièrement en lisant les pièces du dossier administratif – un problème. Celui-ci est ressenti comme choquant, heurtant : « ça ne va pas », « c'est contraire au bon sens ». Se trouve au cœur du jugement un sentiment fort que « quelque chose ne va pas ». Ce problème est alors qualifié de « manifeste ». Cette incongruité, cet écart par rapport à ce qui devrait se faire, n'est ni justifiable, ni compréhensible, ni admissible, ce qui place le cas dans un schème d'interprétation évaluatif.

Parler de l'activité du Conseil d'État en termes d'évaluation de l'action administrative n'est pas neuf. En 1993, Jean-Paul Costa appréhendait déjà le travail du juge selon le prisme évaluatif<sup>259</sup>. « *C'est donc, et souvent au-delà du droit, à une évaluation du comportement de l'administration que le juge administratif procède : il tient d'ailleurs compte des circonstances de temps et de lieu, ce qui est bien éloigné d'une simple comparaison d'une règle de droit à d'autres règles de droit préexistantes* » (Costa, 1993, p.224).

L'évaluation est un terme polysémique<sup>260</sup> qui ne se précise jamais tant que lorsqu'il est comparé au contrôle<sup>261</sup>. Pour Bonniol et Vial (1997), toute évaluation présuppose un référentiel, fût-il non explicite, qui fournit des critères de jugement de l'objet ou de l'action. Si l'on accepte d'envisager l'évaluation non pas comme une pratique spécifique mais comme une déclinaison de l'action, un attribut du jugement qu'il soit juridique ou ordinaire<sup>262</sup>, l'évaluation traverse l'activité juridictionnelle de part en part.

---

<sup>259</sup> Voir également Caillosse (2010) et Livet (2007).

<sup>260</sup> Bonniol et Vial (2009) mettent en avant trois modèles d'évaluation. Une évaluation comme mesure (le produit est comparé à une échelle), une évaluation comme gestion (la focale est mise sur le respect des procédures) et une évaluation comme problématique du sens (approche par les processus).

<sup>261</sup> Ardoino et Berger (1986) dans un article fondateur tentent de préciser les deux notions en les rattachant à deux épistémologies distinctes. Bonniol et Vial (2009) s'y réfèrent largement pour distinguer l'évaluation et le contrôle. Pour eux, le contrôle consiste à « *comparer le degré de conformité, sinon d'identité, entre un modèle de référence, et des phénomènes échéants ou occurrents* » (Bonniol et Vial, 1997 p.235) tandis que l'évaluation se pense en termes de signification. « *Elle implique un questionnement sur le sens. [...] ce qui spécifie l'évaluation, c'est la notion de valeur, non pas au sens économique mais philosophique du terme* » (Ibid.).

<sup>262</sup> Pour une analyse de la normativité du jugement ordinaire, voir Dupret 2006a, pp. 39 s.

Le référentiel évaluatif se construit dans l'action. Comme le dit Dupret (2006a, p.60), « *les gens rendent compte de leur conformité à une normalité constamment produite et reproduite, motivent leur écart par rapport à celle-ci et voient imputer à l'écart par rapport à cette normalité une motivation et une signification. En ce sens, la conduite apparaît comme intelligible, descriptible et évaluable.* » Nous verrons que normalité et raisonabilité de l'action administrative sont étroitement liées.

Dans une première sous-section nous examinerons comment les magistrats perçoivent certains indices et développent certaines procédures pratiques pour juger du caractère manifeste d'un problème.

Dans une deuxième sous-section, nous verrons que les problèmes manifestes relèvent du savoir de sens commun. Il ressort du matériau empirique que la normalité de l'action administrative constitue une ressource de sens commun pour juger, une base d'inférence du jugement pratique. Dans le raisonnement juridique pratique, la normalité, ou plus exactement l'anormalité, joue un rôle considérable. En effet, ce n'est pas tant le caractère raisonnable de la décision que son caractère manifestement déraisonnable qui constitue le moteur du jugement.

Les magistrats soumettent alors ce sentiment d'incongruité à des opérations pratiques en vue de le confirmer ou de l'infirmer. Ils utilisent notamment la méthodologie de la substitution.

Lorsque l'écart par rapport à la norme de l'administration raisonnable n'est ni justifiable, ni compréhensible, ni admissible, le magistrat propose l'annulation. Or, pour pouvoir satisfaire aux exigences juridiques du recours juridictionnel, la tentative de normaliser l'incongruité sera rapportée à des moyens de droit. Le magistrat essaie alors de lier le problème de sens commun à un problème juridique. Pour ce faire, il met en lien son jugement évaluatif de l'action administrative et les moyens qui peuvent être accueillis par le Conseil d'État. Nous verrons qu'il existe des affinités entre certains moyens d'une part, et certains schèmes d'interprétation et d'évaluation de l'action administrative d'autre part.

## 2.1. La perception d'un problème manifeste

Schématiquement, le cheminement pratique de la pensée se déroule comme suit : en abordant le cas – en lisant l'acte administratif, la requête ou le dossier administratif –, le magistrat s'aperçoit qu'il y a un **problème** : « *on sent bien qu'il y a quelque chose qui ne va pas* », « *ça saute aux yeux* » ; et que le problème est **manifeste**.

Dans un premier point, nous verrons comment sont perçus les problèmes manifestes. Le deuxième point sera consacré au compte rendu des épreuves pratiques que les magistrats mettent en place pour entériner le caractère manifeste du problème.

### 2.1.1. L'évidence comme critère du manifeste

Le contentieux administratif a comme particularité d'imposer aux magistrats de se prononcer uniquement sur la légalité des actes administratifs. Pour s'aventurer sur le terrain du contrôle de l'opportunité des décisions administratives, les magistrats doivent être certains qu'ils sont confrontés à un excès de pouvoir [discrétionnaire] manifeste. Ils ne disposent en effet que d'un pouvoir marginal<sup>263</sup> de contrôle du bien-fondé des décisions administratives.

De manière unanime, ce qui est manifeste est ce qui **saute aux yeux**. Plus c'est évident, percutant, plus c'est manifeste. Pour pouvoir se saisir du caractère manifeste de l'illégalité, le magistrat ne doit pas s'appesantir longuement sur les pièces afin d'en faire un examen minutieux et approfondi. La simple lecture du dossier suffit à révéler l'évidence du problème.

« Le **manifeste** doit sauter aux yeux. Il faut que face au dossier on considère que toute autre administration face au même dossier aurait pris une décision différente. Pour que le Conseil d'État puisse sanctionner il faut que clairement il y ait un problème, que ce **problème saute aux yeux** à la lecture du dossier. C'est vraiment au cas d'espèce mais nécessairement les dossiers que nous traitons sont des cas matériels. Ce sont des faits et chaque fait peut déboucher sur une solution différente donc c'est lorsqu'on lit tout le dossier qu'on se rend compte oui clairement, ici il y a un problème.» (Auditeur 17 p.1)

« Une erreur **manifeste** d'appréciation c'est vraiment l'erreur grossière qui apparaît à la première lecture, c'est vraiment quelque chose gros comme une maison qui **saute aux yeux** quand on ouvre le dossier. » (Auditeur 31, p.5)

Le problème manifeste saute aux yeux : il est directement perçu à la lecture du dossier. Il s'agit de perception et non d'une analyse poussée. *A contrario*, l'extrait ci-dessous illustre un problème qui n'a pas paru manifeste à l'auditeur.

« Dans ce marché, il y a peut-être une différence de points, etc., mais moi je ne peux pas dire que c'est **déraisonnable**, il y a une différence, c'est peut-être **un peu injuste**, ça ne saute pas aux yeux qu'il y ait une injustice et qu'il y ait une erreur donc moi, **je ne peux pas la censurer**. » (Auditeur 9, p.31)

Soulignons au passage le rapprochement sémantique entre l'erreur manifeste et l'injustice manifeste...

---

<sup>263</sup> Le juge est conscient de ce que les actes qu'il pose – ses jugements – sont des actes graves, spécialement quand il s'agit d'actes d'annulation. En effet, l'arrêt d'annulation aura comme effet de faire disparaître avec effet rétroactif un acte du pouvoir exécutif ayant la confiance du parlement. Le juge annulera uniquement lorsqu'il est certain du caractère manifeste de la violation, même s'il ne le dit pas toujours.

## 2.1.2. Les indices pragmatiques de l'évidence : l'absence d'hésitation et l'unanimité

Lorsque les magistrats ressentent ou perçoivent directement à la lecture du dossier qu'il y a un gros problème, ils doivent s'assurer que ce problème est bien manifeste. Ils doivent tester pratiquement l'énormité du problème. Pour ce faire, ils mettent en place des procédures pratiques pour s'assurer de l'évidence du problème. Ces procédures constituent une première étape vers l'objectivation de leur perception du problème. Deux procédures permettent d'éprouver le caractère manifeste du sentiment d'incongruité.

D'une part, **l'hésitation** joue un rôle important dans l'établissement du caractère manifeste de l'illégalité. A partir du moment où le magistrat hésite, celui-ci estime que ce n'est plus manifeste.

« Si **j'hésite** plus de vingt-quatre heures, c'est que ce n'est pas si manifeste quoi et dans ce cas-là, je considère que c'est proportionné et qu'il n'y a pas d'erreur manifeste d'appréciation. [...] J'ai mis quand même vingt-quatre heures à hésiter mais je me suis dit que je peux hésiter comme ça pendant des jours. Si j'hésite autant, c'est que ce n'est pas si évident que ça. Quand c'est vraiment manifeste, pour moi, c'est une **évidence** telle qu'on n'a pas besoin de réfléchir pendant des heures. » (Auditeur 33, p.13)

« Notre contrôle est marginal et tout ce qui peut nous faire **hésiter** normalement doit pouvoir relever en théorie du pouvoir d'appréciation de l'autorité administrative qu'on ne peut pas censurer. » (Auditeur 7, p.6)

D'autre part, ce qui est manifeste échappe à la discussion tellement c'est évident. L'évidence renvoie à l'idée de consensus, d'horizon commun du jugement, d'**unanimité**, d'absence de controverse.

« Ce qui est manifeste c'est ce qui **saute aux yeux. Sans aucune discussion** possible. Je pense que c'est ça le critère. À partir du moment où on doit commencer à réfléchir, « et si je considère ceci et si je », et qu'on commence à mettre en balance, pour moi ce n'est plus manifeste. » (Conseiller 18, p.3)

« Normalement les conclusions auxquelles on arrive devraient être **hors discussion**. C'est-à-dire ne pas donner lieu à la controverse. Elles doivent pouvoir être acceptées par n'importe quel être humain agissant en raison. Nous n'avons pas de légitimité politique. Ma légitimité par rapport à un homme politique est nulle. Donc si je peux lui faire censurer sa décision, c'est au nom de quelque chose qui est **incontestable**, qui est susceptible d'être accepté par tout être raisonnable. » (Auditeur 7, p.6)

Dans cet extrait, le pouvoir d'appréciation de l'administration ne peut être censuré. Le tiers référent au jugement est « n'importe quel être humain agissant en raison », « tout être raisonnable ». Le manifeste entretient des liens étroits avec le jugement de sens commun qui paraît d'une telle évidence qu'il semble incontestable, hors de toute discussion.

Si le problème est facilement perceptible à la lecture du dossier, il est nettement moins aisé d'objectiver le caractère manifeste du problème en termes juridiques. L'objectivation passe par la traduction du problème de sens commun en problème juridique contenu dans un moyen de droit. Il y

a une nette différence entre le fait de percevoir l'évidence du manifeste « qui saute aux yeux » et la difficulté de démontrer objectivement et légalement ce problème.

Nous venons de voir que les magistrats s'appuient sur des procédures de sens commun pour tester leur sentiment à l'égard du caractère manifeste du problème ressenti. Il s'agit d'une première étape dans la tentative d'objectivation du problème. Ensuite, les magistrats doivent trouver des arguments de droit pour qualifier le problème de sens commun en problème juridique.

Certains cas sont tellement évidents que toute argumentation s'avère superflue. C'est le cas idéal-typique de la sanction disciplinaire manifestement disproportionnée. Lorsque les magistrats sont amenés à expliciter la notion de manifeste, ils s'appuient sur des exemples prototypiques d'application de ces principes. En matière de sanctions administratives, un exemple nous a été relaté des dizaines de fois. Le fonctionnaire arrive quelques fois en retard de cinq minutes et est révoqué. C'est évident : la sanction est disproportionnée. Ces cas, on s'en doute, ne constituent pas le quotidien des magistrats.

« Qu'est-ce qui est manifeste pour l'un qu'est-ce qui est manifeste pour l'autre ? C'est éminemment subjectif. Il y a des cas qui peuvent être **évidents**. Le fonctionnaire qui arriverait deux fois par semaine cinq minutes en retard, il se ferait révoquer pour ça alors qu'il fait parfaitement son travail. C'est vrai qu'on ne va pas révoquer quelqu'un qui n'a jamais eu d'antécédents, qui fait bien son boulot pour cinq minutes de retard deux fois par semaine. On peut lui mettre autre chose : un blâme, un avertissement. Là effectivement, ça paraît énorme. Mais entre énorme comme ça et d'autres cas qui peuvent donner lieu à erreur manifeste d'appréciation il y a quand même parfois de la marge.» (Auditeur 26, pp.3-4)

Les magistrats, lorsqu'ils se prononcent sur le manifeste, sont conscients de la liberté interprétative qu'offrent des concepts juridiques tels que l'erreur manifeste d'appréciation ou encore le principe de proportionnalité. Parvenir à rendre objectif et incontestable un problème, autrement dit, prouver le caractère manifeste d'un problème, d'une erreur pose des difficultés aux magistrats. Concrètement, la démonstration du manifeste, pour être considérée comme évidente et indiscutable, doit être courte, ce qui renvoie logiquement aux indices pragmatiques qui fondent le manifeste.

« Démontrer le caractère manifeste pose beaucoup de difficultés. Tout le monde essaie d'avoir des arguments d'évidence. Plus la démonstration est longue, moins le cas est manifeste. C'est ça qui est paradoxal. Si vous faites dix pages sur la proportionnalité, c'est que ce n'est pas manifeste. Si vous démontrez quelque chose de manifeste, c'est difficile de vous contredire.» (Auditeur 23, p.2)

Les critères qui permettent au juge de se prononcer sur le caractère manifeste d'un problème ne sont pas des critères théoriques et formels. Ce sont des critères qui se forment dans et par l'action. Ils permettent d'évaluer les moyens avancés par les requérants (les moyens sont-ils courts et percutants ?) ; Ils ont un caractère réflexif (ai-je hésité longuement ?) ; Le problème peut-il faire



consensus ? Ces méthodes de raisonnement ordinaire fournissent des balises au magistrat qui en effectuant un tel contrôle, sait qu'il effectue un travail délicat.

Allons un pas plus loin et penchons-nous sur la perception du problème. Qu'est-ce qui, dans un dossier, est perçu comme problématique ? La section suivante permettra de saisir les ressorts du jugement pratique qui se construit autour de la perception du problème.

## 2.2. La normalité ou le bon sens juridictionnel en action et en contexte

Lorsque le magistrat est convaincu que le problème est manifeste et que la solution est évidente, il ne se pose généralement plus de questions et arrête sa décision.

« – Conseiller : On sort parfois de l'audience et on se dit qu'il n'y a aucun problème, la solution est **évidente : ça ne va pas**.

- J. Colemans : C'est quoi l'évidence ?

- Conseiller : C'est ce qui est d'évidence, c'est ce qui en **bon sens** ne va pas » (Conseiller 12, p.8)

Amenés à expliciter le cheminement de leur pensée, les magistrats évoquent le bon sens qui clôture l'explication et fait figure d'*ultima ratio* du raisonnement pratique. L'évidence ne s'explique pas<sup>264</sup>... L'explication est superfétatoire, puisque « ça va de soi<sup>265</sup> ». Il est fait référence au savoir de sens commun<sup>266</sup> pour fonder le raisonnement pratique.

L'idée que nous voudrions développer dans cette section est la suivante : confrontés à des problèmes manifestes, les magistrats posent des jugements de sens commun et empruntent des raisonnements ordinaires. Par conséquent, l'erreur, l'inopportunité, l'incohérence, l'injustice, bref, le déraisonnable est appréhendé grâce au bon sens, au sens commun.

Se pencher sur le sens commun nous amène à mettre en lumière ce qui va de soi et est donc rarement explicité. Le bon sens ne se laisse définir que par la bande, au détour de quelques cas particulièrement interpellant. Nous tenterons donc d'analyser ces « non-sens » au travers d'exemples livrés par les magistrats. Comprendre le raisonnement pratique nécessite de saisir le contexte factuel qui constitue

---

<sup>264</sup> On retrouve cette idée dans la force symbolique du droit que Bourdieu décrit dans son rapport dialectique avec sa force historique. La force symbolique du droit réside pour Bourdieu dans la naturalisation de cette force symbolique qui, parce qu'elle est naturelle ne pose pas la question de sa légitimité (Bourdieu, 1986, p.13).

<sup>265</sup> « D'un point de vue analytique, parler de sens commun vise simplement le fait que, au sein d'une collection donnée de personnes organisées en quoi que ce soit qui puisse être appelé de manière sensée une collectivité, il y aura un ensemble de questions que ces gens trouveront évidentes, allant de soi et au-delà du doute et de l'investigation. Ce que sont ces questions variera d'une collectivité à l'autre » (Sharrok et Anderson, 1991, pp. 63-64 cités par Dupret 2006a, p.187).

<sup>266</sup> « Pour que les fondements logiques d'une argumentation s'imposent comme allant de soi, il faut qu'ils soient à ce point ancrés dans le sens commun qu'ils suscitent une impression d'universalité » (Coenen-Huther 2010 p.7).

la situation de décision. C'est la raison pour laquelle les extraits d'entretien qui suivront seront relativement longs.

Si la référence à de telles (pré)notions n'apparaissent jamais dans les documents de travail et encore moins dans les arrêts<sup>267</sup>, ces considérations s'immiscent sans cesse dans les pratiques cognitives et normatives des magistrats. Grâce à la méthodologie employée, les magistrats nous ont décrit leurs pratiques professionnelles, ce qui nous a permis d'accéder à ce matériau particulièrement riche.

Dans une première sous-section, nous prendrons la mesure de la place qu'occupe l'idée de la normalité des choses dans le raisonnement et particulièrement l'idée de l'administration normale. Le schéma de l'administration naturelle et normale constitue le point de référence du jugement. C'est uniquement quand la situation ne correspond pas au « type normal » de l'administration raisonnable que le magistrat cherche à comprendre les raisons de cet écart.

Dans une deuxième sous-section, nous verrons comment l'écart par rapport à ce qui est considéré comme normal est interprété et évalué dans la procédure en incongruité, brillamment décrite par Baudouin Dupret (2006a) dans son étude sur le jugement de moralité en droit égyptien.

### 2.2.1. La place de la normalité dans le jugement

Garfinkel émit très tôt l'hypothèse que toute action a une structure normative sous-jacente et que c'est la menace portée à l'ordre normatif des événements qui provoque l'indignation (Héritage *et al.*, 1991, p.100). La question de la normalité de l'action a été reprise par Dupret qui la définit en ces termes : « *La normalité recouvre ces situations qui ont une allure familière et dont on attend qu'elles reproduisent leurs caractéristiques typiques. En somme, l'idée de normalité constitue le point de référence du raisonnement pratique. Et c'est parce que les normes morales sont construites de manière à faire référence à ce qui est censément connu et attendu par les acteurs d'un contexte donné (la normalité) qu'elles jouissent d'un statut d'inquestionnabilité. En quelque sorte « naturalisées », elles se retrouvent de facto à l'abri de la discussion (Moore 1993), « naturalisantes », elles donnent à l'objet sur lequel elles portent sa dimension normative » (Dupret, 2006a, pp.76-77).*

---

<sup>267</sup> Nous avons vu que qualifier en droit consiste à faire correspondre du fait et du droit. Or, comme l'a montré B. Dupret, le processus de qualification est tributaire d'un « *processus de normalisation, par quoi il faut entendre l'ensemble des opérations par lesquelles le magistrat sélectionne de manière routinière certaines des caractéristiques qui, dans le cas en considération, s'apparente à un type commun, normal, usuel. [...] Le jugement opère de manière justificative, en identifiant l'ensemble des règles procédurales et substantielles auxquelles il satisfait tout en cachant le caractère pratique de sa propre constitution* » (Dupret, 2006a, p.21.).

Les magistrats sont particulièrement sensibles aux dossiers qui échappent à la routine, aux modes opératoires habituels et à la standardisation administrative. Le Conseil d'État a d'ailleurs juridicisé cette idée d'indérogeabilité aux régularités des pratiques administratives en accueillant le principe général de droit « *patere legem quam ipse fecisti*<sup>268</sup> ». Ce principe implique qu'une autorité administrative ne puisse déroger par une décision individuelle à la règle de conduite qu'elle s'est antérieurement fixée (Jaumotte, 1999, p.644).

L'idée de normalité convoque deux acceptions différentes de la norme. D'une part, la norme renvoie à la régularité des conduites, c'est-à-dire à ce qui se fait généralement, ce qui paraît commun, normal au plus grand nombre, ce qui est ordinaire (section 2.2.1.1.). D'autre part, la norme renvoie au caractère mesuré, équilibré d'une décision et dans cette acception, fuit les extrêmes (section 2.2.1.2.). La décision administrative sera donc jaugée en regard de ces deux conceptions de la normalité.

### **2.2.1.1. La norme probabiliste : « *Ex eo quod plerumque fit* <sup>269</sup> »**

Pour juger de la normalité ou de l'anormalité d'une situation, le juge se réfère à ce qui se fait ou ce qui pourrait communément se faire.

« Est-ce que chanter à trois heures du matin sur la Grand Place de Mons, peut être qualifié de manquement grave, grave à un point tel que cela implique l'interdiction d'exercer un emploi ? Alors est-ce que ces faits-là, est-ce que, à partir de faits matériellement établis, je peux arriver à cette sanction-là ? La réponse est assez **évidente**, on ne retire pas à un bonhomme, avec les **conséquences** que ça a pour lui, pour sa famille, pour ses enfants, une autorisation d'exercer une profession pour un comportement, c'est peut-être pas glorieux mais... à mon avis **tous les jours sur la Grand Place de Mons il doit y avoir quelques fêtards qui sortent des bistrots et qui chantent**, alors... Et à tous ces gars-là il faut retirer l'autorisation d'exercer la profession ? Faut pas rire hein. Moi je trouve que c'est **exagéré**, c'est disproportionné par rapport aux faits. » (Auditeur 34, p.45)

Pour évaluer la qualification opérée par l'autorité administrative, le magistrat se réfère à des considérations de sens commun. L'administration a décidé de retirer l'autorisation d'exercer sa profession à un individu qui était ivre sur la place publique. Elle a jugé que l'état d'ébriété pouvait être considéré comme un manquement grave et constituer un motif valable de retrait de l'autorisation d'exercer une profession. Le problème juridique est formulé par l'auditeur : est-ce qu'on peut retirer l'autorisation d'exercer sa profession à quelqu'un qui a chanté à trois heures du matin sur la Grand Place de Mons ? La structure du raisonnement est la suivante : il n'est pas anormal de chanter sur la Grand Place du Mons : chaque jour, il y a des fêtards qui s'y trouvent. Ce comportement relativement commun, qui n'est pas anormal et donc pas grave, ne justifie pas une sanction aussi grave. La

---

<sup>268</sup> « Souffre la loi que tu as faite toi-même »

<sup>269</sup> « A partir de ce qui se produit le plus souvent. »

traduction juridique de ce jugement ordinaire s'opérera grâce au principe de proportionnalité entre les faits commis et la sanction infligée.

### *2.2.1.2. Dans la norme : le rejet des cas extrêmes : « in medio stat virtus<sup>270</sup> »*

Une autre conception de la normalité mobilisée par les magistrats dans leur jugement pratique trouve son fondement philosophique dans la bonne mesure aristotélicienne, le juste milieu qui fuit les extrêmes. « *La mesure s'entend principalement de « bonne mesure », le fameux « juste milieu » attribué à Aristote et trop souvent compris comme moyenne au lieu d'optimum : un sommet ou summum entre deux extrêmes, le « trop » et le « trop peu »* (Papaux, 2007, p.116).

Le caractère déraisonnable de la décision réside dans le caractère extrême de la solution retenue. Contrairement à la solution raisonnable qui aurait été modérée, le choix posé était le plus extrême. La décision est choquante parce qu'elle n'est pas mesurée.

« L'erreur manifeste d'appréciation, je ne la retiens que dans l'hypothèse extrême où la solution adoptée me **choque**. Où j'estime que vraiment c'est une solution qui ne pouvait pas être retenue par l'autorité administrative. Lorsque plusieurs possibilités existent, il faut quand même que la solution qui, en définitive, est retenue par l'autorité, soit une **solution raisonnable**. Donc quand à un moment donné je m'aperçois que, dans la palette des possibilités, on a retenu la **solution la plus extrême** et que ça a quelque chose de choquant pour la vie de la personne par exemple, la manière dont sa vie va s'organiser à la suite de la décision prise. » (Auditeur 13, p.6)

De la même manière, dans cette affaire, le magistrat a sanctionné l'administration parce que, parmi les choix possibles qui s'offraient au demandeur de permis pour construire le bâtiment, la solution la plus dommageable a été retenue. Selon cet auditeur, l'administration aurait dû refuser le permis car il autorisait la construction la plus préjudiciable pour le voisinage.

« - Auditeur : J'ai un autre dossier où j'ai retenu le moyen de l'erreur manifeste d'appréciation. Ça, c'était un quartier résidentiel et vous avez des gens qui s'installent dans les années septante et qui ont un projet pour construire leur maison et qui vont consulter les voisins. Des gens apparemment **charmants** ; tout ça ressort de pièces qu'ils ont écrites aux voisins qui ont confirmé qu'ils ont reçu ces pièces à l'époque. Bref, des gens qui font tout en fonction du bon voisinage. On construit quelque chose de cohérent, ça pourrait embêter le voisin, donc on va lui demander. Vraiment quelque chose de **chouette**. Puis vingt ans plus tard, ils habitaient à côté d'une parcelle de terrain non bâtie, des **gens bien moins soucieux des autres** qui introduisent une demande de permis d'urbanisme et ils construisent une énorme villa. Ils ont une vue dégagée sur une parcelle de terrain, quatre-vingt ares, quelque chose comme ça, et ils demandent un permis en même temps pour construire quatre ou cinq garages, un énorme bâtiment pour rentrer de gros 4x4. Ce bâtiment-là, les demandeurs de permis ne veulent pas l'avoir dans les pattes et donc ils le construisent vraiment sur la limite mitoyenne. Face à la maison de ces gens qui sont arrivés dans les années septante soucieux de leurs voisins. Ces gens introduisent un recours et demandent la suspension de ce permis qui autorise ce bâtiment. Là, je

---

<sup>270</sup> Littéralement, « la vertu se tient au milieu ».

retiens le préjudice et je ne suis pas suivi et je retiens un moyen comme étant sérieux et je ne suis pas suivi. Cette construction est érigée et puis on examine au fond, deux ans plus tard, mais c'est trop tard, le bâtiment est construit et on annule. La commune re-délivre un permis de régularisation puisque le bâtiment est construit et là, la commune motive à outrance parce qu'elle est un peu coincée et il faut qu'elle justifie sa décision : « C'est un choix judicieux que d'avoir implanté ce bâtiment ». Là je suis rentré dedans : c'est une erreur manifeste d'appréciation ! Venir dire que c'est un choix judicieux, je ne peux pas, je ne suis pas d'accord. Parce qu'il y avait 10.000 autres possibilités d'installer sur cette énorme parcelle ces garages, juste en face de la maison de ces gens. Là j'ai été suivi.

- J. Colemans : C'est quoi qui vous dérangeait le plus ?

- Auditeur : C'est qu'il **y avait d'autres possibilités pour implanter ces bâtiments de manière moins dommageable aux voisins**. Et qui n'était pas de nature à incommoder plus avant les propres bénéficiaires de l'acte attaqué. Là ils ont vraiment voulu mettre cette construction le plus loin possible de leur propre maison pour garder un certain espace et une vue magnifique sur le paysage. Et au détriment des voisins, donc j'ai trouvé ça très **choquant**. Là j'ai trouvé ça **scandaleux** ! Et venir dire c'est un choix judicieux, ça non ! » (Auditeur 12, pp. 12-13)

Le déraisonnable apparaît comme une rupture de la normalité qui renvoie à deux conceptions de la normalité différentes : une normalité probabiliste et une normalité du juste milieu. L'administration qui rompt, par sa décision, le cours normal des choses, s'expose à la sanction du Conseil d'État.

## 2.2.2. La procédure en incongruité

Nous venons de voir comment les magistrats se réfèrent à une idée de la normalité pour définir ce qui constitue, dans le contexte de l'affaire, une action administrative raisonnable. Or, la figure de l'administration raisonnable n'est convoquée que lorsque la décision semble problématique, c'est-à-dire en cas de rupture de normalité.

La procédure en incongruité, selon la définition qu'en donne Baudouin Dupret, permet d'apprécier l'écart par rapport aux attentes d'arrière-plan en ce qui concerne la manière normale dont l'administration travaille. Il définit la procédure en incongruité comme une procédure qui « *mettant en parallèle le comportement attendu et le comportement perçu, tire de leur convergence ou de leur divergence des conséquences quant à la nature de la personne considérée* » (Dupret, 2006a, p.76), en l'espèce, l'autorité administrative. Cette procédure permet de comprendre et d'évaluer la décision administrative.

L'atteinte à la normalité résulte du différentiel entre le « comportement » normalement attendu et le « comportement » tel qu'il se dégage du dossier. De la convergence ou de la divergence de ces rapprochements, le magistrat tire des conséquences sur la nature raisonnable de l'action administrative. Cette procédure constitue dès lors une méthode pratique afin d'évaluer l'anormalité d'une décision administrative (section 2.2.2.1.). En outre, elle se base sur un stock de savoirs typifiés faisant appel à des schémas normaux, en l'occurrence, à l'administration normale (section 2.2.2.2.).

### 2.2.2.1. La substitution comme procédure en incongruité

Lorsque le magistrat évalue substantiellement la décision, il se demande si une autre – n'importe quelle autre – administration aurait agi de la même manière. Pour rendre opérationnelle la figure de l'administration raisonnable, le magistrat met en place une procédure qui lui permet d'éprouver la décision administrative. « Il se met à la place de l'administration pour voir si, dans les circonstances de l'espèce, il aurait adopté une décision semblable ». Si la décision qu'il prendrait est proche de celle qu'a prise l'administration, il rejette le recours. Dans le cas contraire, la requête sera probablement accueillie et la décision annulée ou suspendue.

« On adopte un peu la même démarche que celle qu'on demande à l'administration d'adopter, c'est-à-dire qu'on regarde les **faits**, on regarde s'ils sont **établis**, déjà s'ils sont **prouvés**, ça c'est une première chose. Alors on va regarder leur **qualification**. Est-ce que c'est une faute déontologique ou pas, ou est-ce que c'est une faute qui paraît grave ou pas ? Je ne sais pas, arriver un jour en retard d'une heure, ça ne paraît pas tellement grave ; voler dans la caisse, ça paraît plus grave. Et alors, en regard de ça, on va regarder dans **l'échelle des peines** qui existent, quelles sont les différentes peines qui existent. Ça va du blâme qui est une sorte d'admonestation à la révocation qui est le fait d'être renvoyé de l'administration avec perte des droits à la pension, donc c'est ce qu'il y a de plus grave, et on va **regarder dans cette échelle où nous-mêmes on mettrait la graduation, et où l'administration l'a mise**. Et donc, si par rapport à la graduation qu'on a mise il semble qu'il y a une forte disproportion, donc si nous on aurait mis un blâme et que la personne est révoquée, là il y aura sans doute une erreur manifeste. Maintenant, si nous, on aurait admis la démission d'office, c'est-à-dire la sanction juste en-dessous de la rétrogradation, parce que là, il n'y a pas de perte de droits à la pension, et que l'administration, elle, a considéré que ça entraînait la révocation, peut-être qu'on ne va pas considérer que c'est une erreur manifeste. Ça dépend des circonstances, des faits qui sont établis, la qualification et l'échelle des peines existantes. » (Auditeur 28, p.2)

L'extrait suivant met en avant la temporalité du jugement de droit qui s'appuie sur un jugement préalable de sens commun. Le magistrat fonde ensuite sa décision sur des arguments juridiques *ad hoc*.

« **Moi je vais me mettre à la place de l'administration. Face à tel cas, qu'est ce que j'aurais fait ?** Ça c'est du fait : soit je suis d'accord avec la décision de l'administration, soit je ne le suis pas. Si je le suis, je développe les raisons pour lesquelles il n'y a pas de disproportion, qu'il n'y a pas d'erreur dans les motifs, que la partie adverse a fait correctement son travail. Par contre, si j'estime qu'elle est à côté de la plaque, je vais expliquer les raisons pour lesquelles j'estime qu'elle a pris une sanction trop lourde par rapport aux faits qui sont reprochés mais en intégrant à ce moment-là des éléments juridiques qui sont la loi de 91 sur la motivation formelle, qui sont les conditions dans lesquelles se sont passées les auditions et les droits de la défense. A ce moment-là, j'intègre les éléments juridiques. [...] La jurisprudence est assez bien fixée, donc j'ai des béquilles bien solides et je travaille en fonction de tous ces éléments mais je pense que c'est vraiment quelque chose qu'on ressent. Dans un dossier, soit on ressent l'injustice, soit on ne la ressent pas. Et quand on la ressent, on trouve les éléments pour parler notamment de la proportionnalité. » (Auditeur 19, p.2)

Comme nous l'avons vu dans le deuxième chapitre, la jurisprudence joue un rôle non négligeable dans la résolution du problème.

« Un moyen qui revient très régulièrement dans nos arrêts, dans les recours qui sont déposés devant nous, c'est la motivation des actes administratifs. « Ah c'est pas assez motivé, heu c'est pas clair ».

Bon, alors moi souvent je me dis : « OK, je reprends l'acte qui est attaqué, et je me dis : « Qu'est ce que j'aurais expliqué, pour être plus complet ? Parce que, visiblement, le requérant estime que c'est pas assez complet. Qu'est-ce que j'aurais dit de plus que ce qui dans la décision attaquée, **si c'était moi qui avait du rédiger l'acte** ? » Et ça souvent pour moi c'est la balance quoi. Quand je n'arrive pas moi-même à faire mieux, je me dis, peut-être qu'on attend trop de l'autorité, elle n'a pas non plus à dire les motifs des motifs. Ce qui est là permet déjà de comprendre pourquoi elle a pris cette décision. Il y a assez d'éléments qui viennent étoffer sa décision. » (Conseiller 13, p.9-10)

Ces cas sont vécus comme des cas difficiles car ils posent la question de l'étendue du contrôle du pouvoir d'appréciation de l'administration. Pour poser la limite de l'acceptable, c'est-à-dire du raisonnable, les magistrats ont mis en place une procédure pratique qui leur permet de juger l'action administrative en situation. Ils se projettent dans la situation concrète de décision et font « comme si » ils décidaient. Ils comparent ensuite le résultat de leur raisonnement juridique à la décision prise par l'administration. En fonction de l'écart entre les deux décisions, le magistrat estimera manifeste ou non l'erreur d'appréciation de l'autorité administrative. La méthodologie de la substitution mise en place par les magistrats permet d'éprouver le sentiment premier, le problème manifeste. Résiste-t-il à la substitution ? Le problème est-il toujours aussi manifeste ? Cette procédure s'inspire de l'adage populaire « la critique est aisée mais l'art est difficile ».

#### ***2.2.2.2. L'administration normale comme horizon de jugement***

« Toute autre administration raisonnable – donc normale ! – n'aurait pas pris cette décision ». L'administration raisonnable constitue le point de référence du raisonnement juridique pratique. Elle incarne le jugement d'acceptabilité à l'égard de l'action administrative. Catégoriser un acte, une décision ou une administration de déraisonnable dépend d'un schéma typique, celui de l'administration raisonnable entendue comme une administration normale. Or, définir de manière abstraite la notion d'administration raisonnable est un exercice impossible. L'administration raisonnable ne se laisse saisir qu'au cas par cas, de manière située, par le truchement de quelques critères qui permettent d'évaluer la qualité de la décision – de son fondement ou de son processus d'élaboration.

Au Conseil d'État, la normalité<sup>271</sup> est incarnée par l'idée que se font les magistrats d'une administration normale, c'est-à-dire « n'importe quelle administration placée **dans les mêmes**

---

<sup>271</sup> Selon Dupret (2001, p.452) qui cite Husserl les individus typifient le réel comme appartenant à une espèce à l'aune d'un « horizon de familiarité et de pré-connaissance qui, comme tel, est tenu pour évident, jusqu'à preuve du contraire, en tant que stock de savoir disponible non questionné bien que questionnable à n'importe quel moment. Cela signifie que les événements suivent dans leur occurrence, des « schémas normaux » et des « causes habituelles » auxquels on peut se fier. Ces schémas sont bien entendu vagues mais les acteurs affichent d'abord leur perception de la normalité des événements et ce n'est qu'en situation d'incongruité qu'ils cherchent des

**circonstances** ». L'administration raisonnable comme administration normale constitue l'horizon du jugement pratique. Les magistrats se réfèrent sans cesse à cette figure pour étayer leur jugement.

« Le requérant dit que ce n'est pas une petite industrie et donne une série de critères et l'administration dit que c'est une petite industrie pour une série de raisons. Il faut choisir entre les deux. Mais de nouveau, on se place du point de vue de **l'administration raisonnable. Est-ce que n'importe quelle administration placée dans les mêmes conditions aurait pris la même décision ?** » (Auditeur 14, p.13)

Cette expression cristallise la nature normative et contextuelle de la compréhension ordinaire. L'administration doit être raisonnable, c'est-à-dire qu'elle doit éviter d'agir de manière anormale, incongrue, incompréhensible. Mais ce standard ne peut agir qu'en contexte. « *La contextualité des actions ordinaires constitue une ressource cruciale pour leur compréhension* » (Héritage et al., 1991, p.100). Comme toute catégorie, l'administration normale est une expression indexicale qui doit être contextualisée pour déployer son sens en situation. L'administration raisonnable renvoie à des schèmes interprétatifs et justificatifs différents selon son contexte d'utilisation.

Lorsque le magistrat utilise la méthodologie de la substitution, il se réfère à une vision de l'administration raisonnable réaliste (sous-section 2.2.2.2.1.). Il arrive toutefois que les magistrats invoquent à l'appui de leur jugement un référent plus éloigné de la situation décisionnelle concrète : la personne sensée, douée de raison (sous-section 2.2.2.2.2.).

### ***2.2.2.2.1. L'administration raisonnable : l'évaluation du processus décisionnel***

L'administration raisonnable constitue le point de référence du raisonnement juridique pratique. Ce tiers référent au jugement n'est pas une catégorie abstraite, mais se déploie au travers de la sélection et de la description des faits pertinents pour aboutir à la réalisation du modèle de l'administration normale. Ce type<sup>272</sup> s'ancre dans la réalité et la contextualité du dossier, puisque c'est l'administration placée dans les mêmes conditions<sup>273</sup> qui est invoquée.

« Je me suis rendu compte que si je suivais le raisonnement qui m'était proposé, je vidais la règle de sa substance. Donc elle n'avait plus lieu d'exister. Or, elle a été adoptée pour avoir un effet. [...] je me dis que une **administration raisonnable** n'aurait jamais tenu le raisonnement qui a été tenu par

---

*explications à cette menace pesant sur la normalité. [...] Ainsi l'idée de personne normale constitue un des points de référence du raisonnement juridique pratique. »*

<sup>272</sup> Dupret se réfère à Schütz pour définir l'opération de catégorisation. « *Nous saisissons d'emblée les objets, les événements les personnes comme étant d'une certaine sorte, nous les appréhendons dans leurs propriétés typiques, c'est-à-dire selon des déterminations générales, liées au type, et non pas dans leurs particularités individuelles. [...] La réflexion opère en se rapportant à des types déjà disponibles, organisés en schèmes d'expérience, qui se sont articulés lors d'expériences passées et sont consignés dans les réserves d'expérience de l'acteur* » (Dupret, 2006a, p.59).

<sup>273</sup> Il s'agit des circonstances qui ont présidé à l'adoption de la décision querellée.



l'administration dans l'acte que je propose d'annuler parce qu'une administration raisonnable n'aurait pas tenu un raisonnement qui l'aurait conduit à ne jamais appliquer la règle qu'elle avait prise elle-même. » (Auditeur 14, p.11)

La manière dont les magistrats perçoivent les problèmes est étroitement liée aux connaissances que ce dernier a accumulées au sujet du fonctionnement de l'administration normale. Se placer dans les conditions dans lesquelles la décision a été prise nécessite d'avoir une connaissance minimale de l'administration, de ses contraintes et de ses modes de fonctionnements habituels. La référence à l'administration raisonnable se base sur un savoir expérientiel. Les magistrats convoquent leur expérience professionnelle antérieure durant laquelle ils ont côtoyé l'administration, en tant que fonctionnaire ou en tant qu'avocat. Ils tiennent dès lors compte des contraintes réelles de l'administration et de ses habitudes de travail.

«- Auditeur : Pour savoir comment une décision se prend, quels sont les problèmes qui se posent au quotidien dans l'administration, le poids de la hiérarchie, les délais habituellement pratiqués, mon expérience est très utile. Et aussi comme avocat.

- J. Colemans : Et donc ça vous aide à apprécier les éléments de fait du dossier, vos expériences si je comprends bien?

- Auditeur : Oui tout à fait. Pour revenir au délai déraisonnable, par exemple, si je n'étais qu'un simple citoyen, le fait qu'une administration ait besoin de tant de semaines, de tant de mois pour prendre une décision aurait tendance à me **choquer**, alors qu'en ayant travaillé dans une administration et bien je me dis que c'est plus **normal** que ce qu'il n'y paraît à première vue. » (Auditeur 31, p.12)

Leur point de référence, pour juger l'action administrative, est ancré dans une expérience passée concrète. Pour appréhender cette idée d'administration raisonnable, les magistrats ne se placent pas forcément du point de vue du simple citoyen, mais mobilisent un savoir acquis durant leur parcours professionnel.

« S'il y a un moyen de délai raisonnable, je vais regarder quel délai me semblait raisonnable. Je vais regarder les différentes étapes de la procédure : on a entendu telle personne tel jour, on a fait rapport tel jour, on a transmis à la personne compétente tel jour, elle a mis autant de jours pour statuer, elle a mis autant de jours pour envoyer sa décision ... ayant été confronté à des administrations, je sais que les choses peuvent prendre un peu de temps. Par rapport aux administrations que j'ai connues, est-ce que ça va beaucoup plus vite, beaucoup moins vite ? » (Auditeur 28, p.11)

La conception réaliste de l'administration raisonnable renvoie à une connaissance typique de l'activité administrative : ses contraintes, ses obligations, ses manières usuelles de fonctionner.

### *2.2.2.2. La personne douée de raison : l'évaluation des motifs*

Pour souligner l'évidence du jugement, les magistrats se réfèrent à un tiers extérieur à l'affaire qui incarnerait la normalité, car délié des circonstances émotionnelles, des enjeux politiques ou stratégiques de l'affaire. En somme, un référent plus neutre ayant comme caractéristique d'être sensé, d'avoir du bon sens, bref, d'être raisonnable.

« - Auditeur : L'arbitraire, c'est lorsque à la première ou à la deuxième lecture du dossier, clairement, j'ai une sonnette dans la tête qui me dit : « Il y a un **problème** ».

- J. Colemans : une sonnette de quelle nature ? Qu'est-ce que vous pensez ? Qu'est-ce que vous ressentez face à un tel cas ?

- Auditeur : c'est de me dire, **n'importe qui** face à ce dossier n'aurait pas pris la décision qui a été prise. N'importe qui **d'un peu sensé**. » (Auditeur 17, p.7)

« On a eu ça dans une affaire où un gardien, qui venait d'être engagé dans une société, avait participé à une expédition punitive contre d'autres gardiens, dont la société avait obtenu le contrat que la société qui venait d'engager le gardien avait avant. Alors pour se venger entre guillemets d'avoir perdu un contrat, on mène une expédition punitive sur une salle où se déroule une activité qui est gardée par cette société-là. Le ministre de l'intérieur scalpe tout le monde en disant que des gardiens ne peuvent pas participer à une expédition punitive comme ça. Ben là on dit : « Ben non, ça c'est pas disproportionné, c'est quand même **pas admissible** que pour un agent de gardiennage on aille participer à une expédition punitive pour un règlement de compte entre sociétés. » Là on a dit : « Ah non, le Ministre il a pu considérer que, c'était de ...l'imbuvable. » Et ça à mon avis **ça ne choque personne**. La **population, citoyen lambda peut dire** : « **Bah oui, ça ça ne va pas quand même.** » » (Auditeur 34 p.46)

« N'importe qui d'un peu sensé », « 95% de la population », « le citoyen lambda » « toute administration placée dans les mêmes circonstances », un être humain raisonnable.

Deux idées reviennent dans l'argumentation. D'un part, l'idée du consensus, de comportement commun, normal, d'autre part, la qualité de la personne raisonnable, sensée.

Le référent varie selon la dimension de la décision contrôlée. Lorsque les magistrats contrôlent le **processus décisionnel** de l'administration, ils se réfèrent à **l'administration raisonnable**. Par contre, lorsqu'ils évaluent la **dimension substantielle** de la décision, ses motifs, le référent s'élargit, prenant comme référent **l'homme de la rue** afin de rendre le jugement indiscutable, l'erreur inadmissible.

### 2.3. Le passage du jugement ordinaire au jugement juridique

Certains moments du processus décisionnel cristallisent les intrications des savoirs de sens commun et des savoirs juridiques. C'est particulièrement le cas lorsque la décision paraît déraisonnable. Quand la décision administrative paraît choquante, incompréhensible, inadmissible, absurde, sans que le magistrat puisse donner du sens – la comprendre, la justifier, l'admettre – à cette anomalie décisionnelle, il décidera d'invalider la décision en l'annulant.

Dès lors, le magistrat entreprend un travail de traduction des jugements de sens commun en jugements de droit. Dès que le débat se déploie selon les formes du droit – ce qui est le cas lorsque les magistrats rédigent l'arrêt ou le rapport –, la factualité du conflit s'efface au profit d'un débat policé, neutre et impartial. Les considérations de sens commun ne peuvent d'ailleurs légitimement pas figurer

dans le jugement, les magistrats devant se positionner juridiquement en utilisant des savoirs professionnels.

Percevoir un problème de sens commun dans le dossier et le rendre communément inadmissible en droit nécessite donc un travail de traduction : le problème de sens commun doit apparaître comme un problème juridique dans les documents que sont le rapport ou l'arrêt.

Lorsque les magistrats constatent qu'il y a un problème dans le dossier soumis à leur examen et que ce problème est manifeste, ils doivent s'appuyer sur des arguments juridiques pour en parler en droit.

« Il y a un contexte factuel, des choses qui... des éléments factuels qui colorent un dossier qui font qu'on peut être **choqué** de la manière dont une personne a été traitée. Et se dire voilà, **sous les apparences**, voilà ce qu'il y a, je sais qu'il y a ça sous ce dossier et je veux en tenir compte, même si dans mon examen je ne peux pas le dire de cette manière-là et que je dois m'en tenir à la légalité. »  
(Auditeur 13, p.7)

Certains concepts juridiques entretiennent des affinités avec les problèmes de sens commun liés au raisonnable. C'est le cas du principe de proportionnalité, de l'erreur manifeste d'appréciation ou du détournement de pouvoir. Parce qu'il se situe aux confins de la légalité et de l'opportunité, l'examen de l'erreur manifeste d'appréciation ou du principe de proportionnalité insécurise les magistrats. C'est d'ailleurs pour cette raison que certains magistrats refusent d'accueillir ce type de moyen au profit de moyens qu'ils estiment plus légalistes, comme par exemple celui pris de la violation de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs. Ce type de moyens de droit plus formels peut également soutenir un raisonnement juridique dont l'impulsion première ressort du jugement ordinaire.

L'évaluation de la décision peut porter sur le **raisonnement de l'autorité** (section 2.3.1.), sa démarche intellectuelle, bref le processus décisionnel. L'examen de la situation et l'adoption de la décision ne se sont pas déroulés correctement.

L'évaluation peut également porter sur le **bien-fondé des motifs** (section 2.3.2.). Évoquer le contrôle du fond des décisions administratives au Conseil d'État amène à s'aventurer sur un terrain miné. Le Conseil d'État est compétent pour contrôler la légalité des actes administratifs, et non leur opportunité, apanage de l'autorité. Cette distinction entre légalité et opportunité fonde la

compétence du Conseil d'État et est prégnante dans le discours des magistrats. Toutefois, le bien-fondé de la décision n'est pas sans influencer le raisonnement du magistrat<sup>274</sup>.

Comme c'était le cas lorsque les magistrats se situaient dans une logique d'action compréhensive, les magistrats peuvent être confrontés à des cas où les dimensions processuelles et substantielles divergent. Nous verrons comment ceux-ci résolvent ces divergences (section 2.3.3.).

Enfin, la dernière section illustrera un cas de complémentarité des critères d'évaluation (section 2.3.4.).

### 2.3.1. L'évaluation du processus décisionnel administratif

Dans le cas évoqué dans l'extrait suivant, l'appréciation a été faite, mais **mal** faite. Le magistrat évalue le raisonnement ayant abouti à la décision contestée : les pièces n'ont pas été appréciées correctement par l'autorité qui, par conséquent, a commis une erreur manifeste d'appréciation en infligeant une évaluation négative à l'agent. Ce qui est mis en cause dans ce cas, c'est le caractère démesuré de l'évaluation, au regard des faits.

« J'ai eu un cas où un officier de police a eu une mention « réservé » pour son évaluation. Il devait participer à la confection du budget de sa zone de police. Il est venu avec des propositions budgétaires qui ont été jugées excessives par l'autorité de tutelle et du coup, il a fait l'objet d'une évaluation réservée. Le premier moyen qu'il a invoqué, c'était l'erreur manifeste d'appréciation en disant : « J'ai fait des propositions budgétaires de cette nature-là mais elles étaient étayées par des pièces qui démontraient que la police de ma zone avait bien besoin de ceci, de tel matériel, de tel équipement. Maintenant le budget, ce n'est pas moi qui le fais et qui le vote. Ce sont les conseillers communaux qui sont chargés d'avaliser les demandes budgétaires. » Et je l'ai suivi parce qu'effectivement dans les pièces qu'il nous a transmises chaque dépense avait une **justification raisonnable** et donc le fait de lui attribuer une mention réservé, pour moi, l'autorité avait commis une **erreur manifeste d'appréciation**. Elle n'avait pas **apprécié correctement les pièces** qui lui avaient été soumises par l'agent en question et la mesure qu'elle avait prise dans ces conditions-là pour ce motif-là n'était pas justifiée, enfin l'évaluation réservé n'était pas **justifiée** dans ce cas-là. » (Auditeur 25, p.10)

### 2.3.2. Le bien fondé des motifs

Nous avons vu dans la section précédente que la *ratio decidendi* de l'acte administratif fait l'objet d'un examen attentif par les magistrats. Généralement, quand ceux-ci comprennent les raisons qui ont

---

<sup>274</sup> « Si c'est une décision que j'estime **opportune**, j'aurai a priori un **coup d'œil plus favorable** sur l'ensemble du dossier. Compte tenu du lieu, de ce que je vois, de ce qu'on nous montre, compte tenu du quartier, de l'habitat autour, du type de voisinage, de tout, le type de route qu'il y a autour, tout enfin tout le contexte, compte tenu du contexte, on a très vite une idée, de savoir si c'est opportun ou non. Et on n'est pas plus coulant ou moins coulant mais on a un certain coup d'œil et si on estime que c'est **pas du tout opportun**, on aura peut-être tendance à **accueillir plus vite**. » (Auditeur 10, p.15)

probablement conduit l'autorité à adopter l'acte, ils rejettent le recours, tandis que les motifs incohérents ou contradictoires conduisent le magistrat à invalider la décision administrative.

Dans cette section, les motifs sont appréhendés sous un autre angle : la visée n'est pas uniquement compréhensive, mais aussi évaluative. Les motifs de la décision sont identifiés. Ils découlent de la motivation et du dossier administratif s'ils sont explicites. Ils sont par contre inférés des pièces du dossier s'ils ne sont pas explicités ou s'ils sont délibérément occultés.

Cela est illustré par l'extrait suivant. Le conseiller soulève le problème de la politisation des nominations qui permet de donner du sens à certains choix posés par l'administration. Pour le conseiller, c'est la seule manière de comprendre qu'un moins bon candidat ait été retenu alors qu'un bien meilleur postulait pour le même poste. Ce motif est présumé pour ensuite être invalidé : cette raison est inadmissible et ne peut fonder une décision raisonnable.

« Si c'est **raisonnable** mais que c'est pas ce que moi j'aurais fait mais que le dossier a permis à l'autorité de décider ça je ne peux rien dire. C'est le pouvoir discrétionnaire de l'autorité. Dans le cadre de nominations. Imaginons que c'est au grand choix mais qu'il y en a un qui a eu 99 % au concours et qu'un autre a réussi mais qu'il en a 58. Il faudra fameusement me convaincre que c'est celui qui a 58 % qui doit être retenu plutôt que celui qui a 99. Là ça peut devenir arbitraire quand on veut favoriser ses copains et laisser sur la route quelqu'un qui n'a pas la bonne couleur. Faut quand même pas se leurrer. Ça existe encore. » (Conseiller 17, p.2)

Dans le cas suivant, le magistrat a découvert les raisons qui fondent la décision et les estime inadmissibles. Il s'agissait d'un règlement de comptes entre le ministre [...] et un de ses hauts fonctionnaires.

« J'ai le cas X en tête. C'est le moment où Mr Y était ministre [...] et où il avait dans son collimateur Monsieur X – cette histoire est finie, il est pensionné. C'était un des hauts fonctionnaires du département de [...] et qu'il a voulu écartier de sa fonction principale. Là, j'ai considéré que les **bornes** avaient été **dépassées**. Quand est-ce qu'on peut parler de disproportion ou d'erreur manifeste d'appréciation ? C'est notamment quand on s'aperçoit – et on n'est pas loin du détournement de pouvoir – que ce n'est pas l'intérêt général qui préside à la décision qui est prise. Quand on s'aperçoit que ce sont des intérêts particuliers qui sont recherchés sans même qu'il y ait eu détournement de pouvoir et pas l'intérêt général, là on peut commencer à se poser des questions. Et quand on voit que ce sont des **règlements de compte**, encore plus évidemment. » (Auditeur 11, p.8)

Dans des cas nettement plus rares, les motifs jugés inacceptables sont clairement exposés dans la motivation de l'acte administratif contesté. L'évaluation de la décision ne se fonde alors pas sur des raisonnements inférentiels qui permettent de dégager le motif réel de l'acte, puisque le motif est explicité dans la motivation formelle. Dans l'exemple décrit ci-dessous, l'acte contesté est relatif à la nomination de pompiers après un examen de recrutement. Le problème juridique se situe au niveau de la comparaison des titres et mérites. Les moyens retenus sont la motivation insuffisante et l'erreur manifeste d'appréciation. Pour l'auditeur, la motivation est aberrante : le candidat le moins bon a été

sélectionné parce que son père était lui-même pompier. Ce type de « favoritisme éhonté » est inconcevable pour l'auditeur qui procède à une évaluation substantielle des motifs de l'acte.

« - Auditeur : Vous avez une centaine de postes de sapeurs-pompiers qui sont vacants, donc ils organisent un examen, ce qui est tout à fait normal, vous avez alors là, le requérant, qui obtient 96 % aux examens, donc qui est vraiment heu... et qui est classé troisième et en plus il a vraiment un très bon parcours parce qu'il était secouriste Croix Rouge pendant de nombreuses années, volontaire en section locale etc. La candidature parfaite. Mais évidemment, c'est... ce n'est pas un concours, donc ils ne sont pas tenus par le classement, c'est un examen, et il n'est pas désigné dans les cent, donc il attaque ces différentes nominations, et on constate que, un des **motifs** qui a été **retenu** pour retenir des candidats beaucoup beaucoup moins bien placés qui certes avaient les 60 % requis parce qu'il fallait 60 % de base, sinon vous ne pouviez pas être désigné, et la motivation était de dire, le candidat retenu, **son père lui-même était sapeur-pompier**, et donc il a été élevé dans, je sais plus exactement la formule qui avait été retenue et donc voilà, on écarte quelqu'un qui a des examens cent fois meilleurs et qui était volontaire à la croix rouge, par le fait que, ben celui qu'on a nommé, ben son père était déjà pompier à X. Et on l'écrit hein. On l'écrit. Donc évidemment, ça, ça ne résiste pas à l'analyse, ça ne résiste pas.

- J. Colemans : Et quelle a été votre analyse justement sur ce cas-là ?

- Auditeur : Elle a été de dire que c'est une **motivation** évidemment **insuffisante**, et que là, là, je retiens **l'erreur manifeste d'appréciation** évidemment. Donc que je lie de nouveau à la motivation. Vous savez la motivation elle existe, mais elle est **aberrante**, donc si elle est aberrante vous avez à la fois un défaut de motivation, parce qu'elle ne tient pas la route mais en même temps vous avez l'administration qui commet une erreur manifeste d'appréciation, c'est-à-dire, l'erreur que ne commettrait pas un **bon gestionnaire**, une autre commune par exemple mise dans la même situation. C'est ça, et donc ben voilà, ça c'est l'annulation à tous les coups. [...] Ils avaient un pouvoir d'appréciation mais ils ne peuvent pas pour autant en user n'importe comment. Et dire : « Je préfère tel pompier parce que son père était lui-même pompier », bon ben...non seulement **ça cache évidemment un favoritisme éhonté**, hein, mais c'est une motivation qui n'est **pas justifiable** par rapport au fait que le requérant...on peut si vous voulez mettre de côté les résultats d'examens, mais le CV montrait qu'il avait été secouriste à la Croix Rouge pendant de nombreuses années, qu'il a été breveté, qu'il avait des tas de brevets supplémentaires que les gens qui ont été nommés à sa place n'avaient pas, donc on avait des éléments concrets ici si vous voulez donc voilà. » (Auditeur 2, p.26)

La décision est formellement **justifiée** puisque la motivation explicite les raisons qui ont poussé la commune à ne pas choisir le candidat à l'examen, mais cette décision n'est pas justifiable. Un tel cas est relativement rare.

La plupart du temps, l'autorité essaie de donner à la décision des apparences de légalité en motivant correctement la décision. Or, lorsque l'acte est justifié, il est nettement plus difficile de sanctionner l'administration.

« - Auditeur : L'erreur manifeste sera plus difficile à être déclarée fondée si il y a une bonne **justification** apportée par l'autorité administrative. Si elle est parvenue à expliquer pourquoi elle a apporté une telle appréciation, l'appréciation du Conseil d'État sera d'autant plus réduite. Mais ça reste deux notions différentes.

- J. Colemans : Si la justification est bonne, quel critère vous permettra de trancher la question ?

- Auditeur : De dire malgré les **justifications** opérées par l'administration quant à son appréciation, son appréciation dépasse les limites du **raisonnable**. » (Auditeur 17, p.9)

Les raisons de l'acte sont explicitées, mais le magistrat ne les trouve pas convaincantes, bonnes, admissibles, bref raisonnables. Comme c'était le cas dans l'étude du schème compréhensif, les motifs

prévalent sur la motivation. La dimension substantielle a plus de poids que la dimension formelle dans l'examen que font les magistrats de la décision administrative.

Examinons à présent certains cas où les dimensions processuelles et substantielles divergent.

### 2.3.3. Les divergences entre la dimension processuelle et la dimension substantielle de la décision

Dans des cas plus rare, une décision peut être jugée déraisonnable bien que la procédure prévue par la loi ait été scrupuleusement respectée. La dimension procédurale de la décision est correcte, mais sa dimension substantielle est problématique. C'est le cas de cette affaire de marché public.

« Objectivement, on pouvait dire que le marché était légal, les critères avaient été annoncés, publiés, ils étaient bien rédigés, c'était clair. Donc formellement je dirais qu'il n'y avait pas d'illégalité. Puis ce moyen a été soulevé. Dans la jurisprudence je n'ai jamais rencontré ça, j'ai regardé depuis que le Conseil d'État existe : rien trouvé. J'en discute avec mon collègue de l'auditorat et on dit : « Mais **ça ne va pas** ! On arrive à une **solution qui s'écarte du bon sens**. Qu'on ait pris la meilleure offre sur le plan technique et pas nécessairement la moins chère, ça, ça peut se comprendre. Une entreprise qui est bonne sur le plan technique, justement, elle est peut-être tellement bonne qu'elle doit peut-être mettre en œuvre des procédés qui font que ça coûte plus cher. Ou inversement qu'on ait pris la moins chère qui ne soit peut-être pas la meilleure. Mais arriver à l'entreprise qui à cause de la formule utilisée, l'application des critères où on arrive à la formule qui n'était pas la meilleure sur le plan technique ni la moins chère, là il y avait un **problème**. » » (Conseiller 15, p.11)

Malgré sa correction procédurale, la solution adoptée concernant la conclusion d'un marché public est contraire au bon sens. Le magistrat ne sanctionne pas une illégalité formelle ou procédurale puisque les critères légaux sont respectés. Il sanctionne une décision qui, bien que procéduralement correcte, a été prise en dépit du bon sens, selon ses termes. La décision n'est simplement pas raisonnable et sera annulée.

Dans l'extrait suivant qui concerne un dossier d'urbanisme, deux critères d'évaluation s'affrontent : un critère processuel et un critère plus substantiel, touchant à la rationalité de la décision, à son caractère raisonnable. Les magistrats, en définissant le problème juridique, choisissent également l'objet de leur contrôle, plus exactement la dimension de la décision qui fera l'objet du contrôle, ainsi que les critères d'évaluation de cette dimension.

«- Auditeur : Tous les avis qui ont été donnés dans cette procédure qui a conduit à la délivrance du permis d'urbanisme pour les bâtiments [...] étaient favorables, même la commission des monuments et sites ne s'est pas opposée au projet. Il [un collègue] me demandait : « Comment peux-tu conclure à l'erreur manifeste d'appréciation quand toutes les commissions d'avis ont donné un *avis favorable* sur le projet ? » C'est vrai que si on se réfère à la définition courante de l'erreur manifeste d'appréciation qui est un acte qu'aucune autorité ne pourrait prendre sans défier la raison, mais bon il peut aussi y avoir un phénomène de folie collective, une erreur généralisée. L'avis de la commission des

monuments et sites est **incompréhensible**. On ne peut l'expliquer que par des **pressions** qui auraient été faites sur des membres de la commission. [...]C'est un **acte qui défie la raison**.

- J. Colemans : Ca défie la raison... ?

- Auditeur : C'est quelque chose qui n'est pas **admissible** par le commun des mortels. On pourrait soumettre ce projet, faire un sondage, prendre des gens qui n'ont rien à foutre du [bâtiment] et de l'endroit où on veut l'installer, donc des gens très éloignés de la politique locale et leur demander : « Qu'est-ce que vous pensez de ça ? » En leur montrant des photos. Et je parie que 95% des gens trouveront ça épouvantable. » (Auditeur 24, p.4)

Dans la première partie de l'entretien, s'opposent deux manières d'envisager la validité de la décision. La première manière, incarnée par le collègue, se focalise sur des critères procéduraux. C'est le processus décisionnel qui est entériné : les avis étant unanimes, l'erreur manifeste d'appréciation n'a pas lieu d'être accueillie puisque toutes les autorités qui se sont prononcées – critère processuel de l'évaluation – ont opté pour la même décision. Ce qui compte, c'est que toutes les autorités aient eu le même avis. Par contre, en parlant d'avis incompréhensible, l'auditeur ancre l'évaluation de la décision sur un autre plan : le critère d'évaluation de la décision n'est plus lié à son processus d'élaboration mais à sa substance, à son bien-fondé. Bien qu'unanimes, ces avis demeuraient « incompréhensibles » pour l'auditeur. « C'est un acte qui défie la raison », « qui n'est pas admissible par le commun des mortels ». Deux schèmes évaluatifs s'affrontent : un schème processuel et un schème substantiel.

Dans la deuxième partie de l'entretien, le tiers référent au jugement est élargi à l'ensemble de la population afin de montrer le caractère largement inadmissible d'une telle décision. Afin de donner du sens à celle-ci, l'auditeur, se plaçant toujours sur la dimension substantielle des motifs de la décision, évoque les raisons cachées qui fonderaient un tel acte. La décision n'est compréhensible que par des pressions qui auraient été exercées sur les membres de la commission des monuments et sites.

Les deux cas qui viennent d'être rapportés ont une structure similaire. Il s'agit de décisions qui, d'un point de vue processuel, sont correctes mais qui, lorsque les magistrats se penchent sur ses motifs ou sur le fond de la décision, paraissent déraisonnables, contraires au bon sens. Le fond de la décision semble prendre le pas sur sa correction processuelle. Lorsqu'il existe une contrariété entre la dimension substantielle et la dimension processuelle<sup>275</sup>, la première dimension l'emporte-t-elle toujours sur la seconde ? Nous ne pouvons généraliser ces cas singuliers. Rappelons cependant que

---

<sup>275</sup> La dimension substantielle et la dimension processuelle de la décision telles que nous les avons décrites ne correspondent pas totalement aux catégories légales et à leur interprétation jurisprudentielle et doctrinale. Ainsi, Michel Leroy (2004) distingue les « formes prescrites à peine de nullité », les « formes substantielles » qui elles-mêmes renvoient à deux sous-catégories : les « formes qui sont tellement importantes que leur connaissance altère la substance même de l'acte » et les « formes substantielles destinées à protéger les droits de la défense » et enfin les « formes qui ne sont pas prescrites à peine de nullité et qui ne sont pas considérées comme substantielles » par la jurisprudence. Ces dernières exigences formelles sont considérées comme de simples formalités.



nous avons vu dans le deuxième chapitre (section 2.2.2. – les cas faciles) que certaines exigences procédurales n’offrent aucune marge d’appréciation au magistrat qui doit simplement constater la contrariété aux procédures prescrites. C’est notamment le cas de l’omission de l’étude d’incidence pour l’octroi de certains permis d’urbanisme, de l’obligation de faire une enquête publique, etc. Ces cas sont d’ailleurs catégorisés comme des cas faciles à résoudre puisqu’ils nécessitent, de la part du magistrat, une simple comparaison entre la procédure prescrite et le processus décisionnel. Or, lorsque la dimension processuelle de la décision est correcte, mais qu’elle est mise en balance avec sa dimension substantielle, le magistrat doit opérer des arbitrages nettement plus délicats.

En revanche, la complémentarité des critères d’évaluation simplifie la tâche du magistrat.

### 2.3.4. La complémentarité des critères d’évaluation

Le caractère manifeste d’une illégalité peut ressortir de la complémentarité des critères d’évaluation. Le cas suivant concerne le licenciement d’une enseignante temporaire qui a pour conséquence l’annulation de ses années d’ancienneté. Cette sanction est très sévère, eu égard aux conséquences sur la carrière enseignante. Il faut donc que les faits commis soient très graves pour pouvoir fonder le choix du licenciement. Le premier critère d’évaluation de la décision mis en avant par l’auditeur a trait à son **fondement substantiel**. L’auditeur se demande si la sanction est proportionnée aux faits commis. Ce dernier en doute. Le deuxième prisme à travers lequel l’auditeur évalue la décision administrative concerne sa **correction processuelle**. Il juge celle-ci contestable puisque le licenciement a été effectué sur base de dénonciations.

« L’acte attaqué, c’était un licenciement d’une temporaire, un licenciement fondé sur son comportement. Alors ce licenciement avait un double effet. Le premier effet évident, c’est que sa désignation prenait fin avant terme. Ça c’était l’effet le plus évident. Mais le moins grand, parce qu’elle ne perdait que deux, trois mois de prestations. Par contre, ce qui était terrible pour cette femme, c’est que les dispositions statutaires prévoyaient que quand on était dans ce cas-là, on perdait le bénéfice de toute son ancienneté, et de toutes ses candidatures dans la fonction. Donc le licenciement avait des **conséquences absolument drastiques**, c’était une sorte de **mort civile pour le temporaire en cause**. Elle était ramenée à zéro, alors que cette personne, d’après son âge et d’après ce que je voyais, était dans l’enseignement depuis vingt ans. Donc vous travaillez à titre temporaire pendant vingt ans, et puis un jour, parce que vous avez commis une faute, une erreur, non seulement on vous vire, mais en plus c’est comme si vous sortiez de l’école. Pour qu’on puisse **déceintement** infliger une telle mesure à quelqu’un, il fallait vraiment que le temporaire ait commis une faute tout à fait impardonnable. Or, en l’espèce... ce n’était pas vraiment établi... il y avait chez elle des éléments d’inaptitudes professionnelles, ce n’était pas vraiment des éléments de faute, mais plutôt d’inaptitude professionnelle. Par exemple, c’était le chahut permanent dans sa classe. Et ce chahut allait jusqu’à des dégradations à la classe, ou matérielles, les classes voisines ne savaient plus travailler, tellement il y avait du bruit. Donc vous voyez, c’était... et en plus, certains de **ces faits n’étaient pas prouvés véritablement, ou plutôt avaient été établis d’une manière que je trouvais contestable**, c’est-à-dire qu’il y avait dans cet établissement là une urne dans laquelle chacun pouvait déposer des **dénonciations**. Et donc les élèves se dénonçaient entre eux, mais dénonçaient aussi des profs. Et

c'était à partir de ça qu'on avait véritablement monté, qu'on avait poussé finalement la requérante à la porte. Donc c'était un cas tout à fait particulier. La requérante avait évidemment commis certaines erreurs, même certaines fautes, mais c'était clair que ça ne justifiait pas une mesure aussi énorme. C'était assez manifeste. Mais c'est le seul cas où moi, j'ai demandé au Conseil de retenir ce moyen, et c'est le seul cas en quatorze ans. » (Auditeur 35, p.8)

Les critères d'évaluation de la décision administrative se renforcent donc pour aboutir à l'annulation de la décision.

### 3. Le raisonnable, boussole du raisonnement juridictionnel pratique

Lors du traitement du dossier, se pose la question de l'étendue du contrôle. Jusqu'où le magistrat va-t-il s'aventurer dans l'examen du dossier ?

Y a-t-il des catégories de magistrats plus intrusifs dans l'action administrative, que d'autres ? Y a-t-il des types de contentieux plus propices à un contrôle étendu, tandis que d'autres litiges appellent un contrôle plus restreint ? Ces variables interviennent sans doute, mais la méthodologie de recherche que nous avons adoptée ne nous permet pas d'en discuter. Dans les cas qui nous ont été rapportés, deux choses participent à l'action de juger. Tout d'abord la perception des dispositions législatives en tant qu'elles sont objectivement applicables ainsi que leurs interprétations jurisprudentielles délimitent juridiquement le champ des possibles. Ensuite, dans les « cas difficiles » qui nécessitent une approche compréhensive ou évaluative de la décision, le critère central paraît être celui du **caractère raisonnable de l'acte**. Si les raisons qui fondent l'acte paraissent suffisantes et admissibles, le contrôle s'arrête au constat que l'acte est motivé et compréhensible. Si par contre, après avoir identifié les motifs de l'acte, ceux-ci paraissent illégitimes, démesurés, ou choquants, le contrôle sera plus étendu et touchera au fond de la décision, à sa dimension substantielle.

Autrement dit, dans les cas limites qui sont aux confins du contrôle d'opportunité et de légalité – contrôle qui les insécurise par ailleurs – les magistrats modulent leur examen en fonction de ce qui leur paraît raisonnable. Plus exactement, lorsque la décision ne paraît **pas manifestement déraisonnable**, le magistrat adopte une **posture compréhensive** et non pas évaluative. Par contre, lorsque la décision paraît **manifestement déraisonnable**, le magistrat appréhende la décision administrative de manière **évaluative**. Dans cette perspective, nous pouvons affirmer que le raisonnable paraît guider pratiquement le raisonnement juridictionnel lorsque les cas ne sont pas résolubles de manière routinière.

Ainsi, la dimension formelle est minorée, ce qui renvoie à l'attention portée à la véracité des faits rapportés dans l'exposé des faits au regard des pièces du dossier. Le lien avec le réel l'emporte sur les formulations *ad hoc*, sauf lorsque des dispositions légales prévoient des formes prescrites à peine de nullité ou lorsque, en référence à l'article 14 des LCCE, les « formes » sont jugées à ce point « substantielles » que leur non-respect entraîne l'annulation. Dans ce dernier cas, **l'incorrection procédurale réhibitoire**<sup>276</sup> ne souffre aucune interprétation. Néanmoins, l'acte bien motivé rend le travail d'interprétation des motifs et du processus décisionnel de l'administration plus ardu.

La dimension processuelle est privilégiée lorsque l'examen de la décision fait apparaître des motifs admissibles, raisonnables. Le magistrat aurait-il adopté la même décision ? Cette question n'est pas jugée pertinente par les magistrats qui **s'autocensurent** en reconnaissant à l'administration une marge d'appréciation qu'ils ne peuvent contrôler que de manière marginale.

La dimension substantielle de la décision est prépondérante lorsque le motif de la décision est « manifestement » déraisonnable. Les motifs de la décision sont censés être explicités dans la motivation formelle, mais il arrive que la motivation soit lacunaire. Dans ce cas, les magistrats infèrent des pièces du dossier et des mémoires des parties les motifs de l'acte sans se limiter à l'examen de la motivation formelle.

---

<sup>276</sup> Ce que nous résumons sous l'expression incorrection procédurale réhibitoire sont les formalités légales qui sont considérées comme des formes substantielles à peine de nullité telles que les avis conformes ou autorisations préalables, études d'incidence, enquête publique (Lewalle, 2002, n°491).

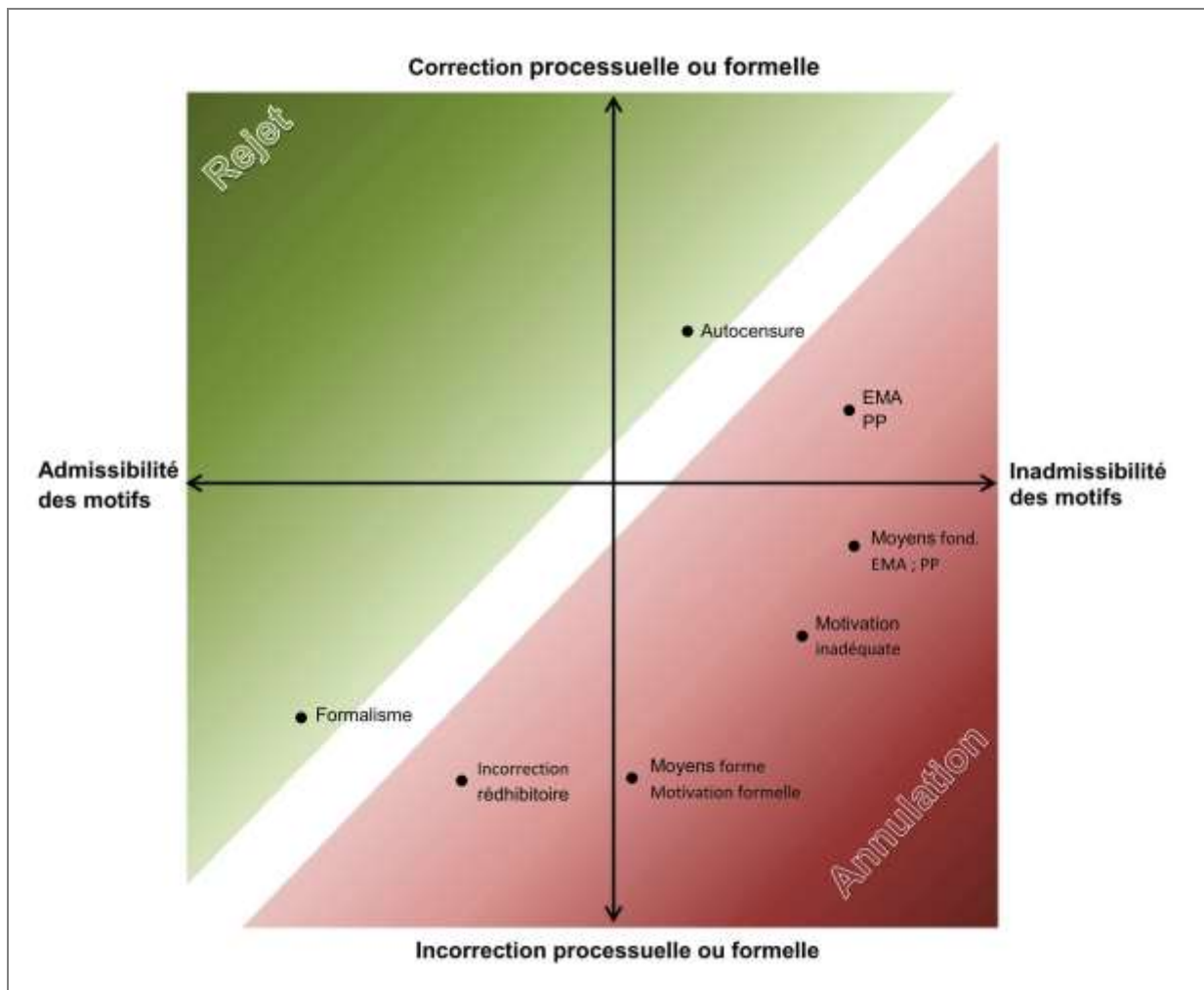


Figure 12

Cette figure schématise de manière synthétique les trois dimensions de la décision. L'abscisse matérialise la dimension substantielle de la décision, tandis que l'ordonnée contient les dimensions formelle et processuelle de la décision. Nous avons rassemblé ces deux dimensions sur un seul axe afin de proposer un seul schéma synthétique<sup>277</sup> des arbitrages effectués par les magistrats lorsqu'ils interprètent la décision administrative et qu'ils doivent choisir le moyen de droit qui permettra d'appréhender le problème sous l'angle juridique.

Nous voyons apparaître une ligne de fracture entre les cas annulés où l'illégalité est constatée, et les cas rejetés où l'illégalité n'est pas constatée. Cette ligne de fracture entre les actes légaux et illégaux ne suit pas l'ordonnée, mais les cas concrets qui nous ont été rapportés se dispersent sur trois quart

<sup>277</sup> Nous aurions pu proposer deux schémas. Un premier reprenant en ordonnée la dimension formelle et en abscisse la dimension substantielle ; un second reprenant en ordonnée la dimension processuelle et en abscisse la dimension substantielle. Si nous avons procédé de la sorte, nous aurions retrouvé les mêmes configurations sur les deux schémas, c'est pourquoi nous avons préféré proposer un schéma synthétique.

du tableau. Seule la case supérieure gauche est inoccupée. Elle contient les cas clairs de rejets car la décision est correcte d'un point de vue formel, processuel et substantiel<sup>278</sup>. La partie inférieure droite contient les cas qui cumulent des illégalités internes et externes. Enfin, les parties du schéma qui sont les plus intéressantes sont la case supérieure droite et la case inférieure gauche. Dans ces deux configurations, la dimension substantielle et la dimension formelle ou processuelle sont mises en balance.

Une fois la décision administrative interprétée, les magistrats doivent se positionner sur le terrain du droit en mobilisant les arguments juridiques pour disqualifier la décision ou, au contraire, pour rejeter le recours. Le jugement<sup>279</sup> ordinaire (Thévenot, 1992) – qui renvoie au schème évaluatif – ou la compréhension ordinaire – qui renvoie au schème compréhensif – doit être **traduit**<sup>280</sup> en jugement juridique, en exposé des faits objectifs. Les magistrats doivent trouver les mots justes pour changer le problème perçu en moyens de droit, afin que le problème de sens commun relève du « régime d'énonciation » juridique (Gutwirth, 2013, p. 111).

Les moyens les plus couramment invoqués, lorsqu'est mis en doute le caractère raisonnable de la décision, sont le principe de proportionnalité, l'erreur manifeste d'appréciation ou l'article 3 de la loi de 1991 sur la motivation formelle des actes administratifs. Ces moyens sont relativement interchangeables dans le sens où ils permettent au juge de contrôler la légalité interne de la décision administrative. Ils n'ont toutefois pas la même portée symbolique, ni les mêmes conséquences juridiques, notamment en matière de réfection de l'acte.

Nous avons vu que les **motifs** de la décision occupent une place prépondérante dans le raisonnement pratique des magistrats. Les motifs de fait de l'acte administratif tiennent dans les circonstances qui ont amené les autorités administratives à agir. Plusieurs moyens peuvent être pris pour contester une décision au regard de ses motifs de fait : l'inexactitude matérielle des faits, l'erreur manifeste de qualification, l'erreur manifeste d'appréciation et l'absence du respect du principe de

---

<sup>278</sup> On peut douter que ce type de décision soit contestée devant le Conseil d'Etat.

<sup>279</sup> Le jugement renvoie, selon Thévenot (1992) aux manières dont les acteurs ordinaires saisissent les actions des autres à partir de repères qui servent à l'ajustement des conduites. Il fait donc reposer la coordination sur le jugement qu'il soit juridique ou ordinaire. « *La coordination repose sur les jugements que les acteurs portent sur la situation et sur les actions des autres* » (Thévenot, 1992, p.1282).

<sup>280</sup> Gutwirth parle d'ailleurs de « l'herméneutique particulière du droit » afin de définir ce qu'est le droit, et plus simplement pour interpréter les normes existantes. « *De ce point de vue, devient « juridique » toute chose ou affaire que l'on saisit à partir de l'herméneutique particulière du droit, c'est-à-dire, à la façon des juristes, ou, en d'autres mots encore, en anticipation du travail singulier qu'opérera sur elle une instance judiciaire, que de la décision qu'elle prendra. La singularité du droit s'exprime dès lors à travers son propre « régime d'énonciation », de la « pratique » qu'il constitue* » (Gutwirth, 2013, p. 111).

proportionnalité. Ces moyens touchent directement au pouvoir d'appréciation de l'autorité administrative en offrant un outil juridique pour l'évaluation de la démarche discrétionnaire. Le principe de proportionnalité et l'erreur manifeste d'appréciation sont les exemples les plus frappants d'interpénétration de concepts évaluatifs de l'action administrative parmi les moyens d'excès de pouvoir. Selon Chevallier, le contrôle de proportionnalité conduit le juge administratif à « *analyser les situations concrètes et à vérifier les appréciations factuelles effectuées par les administrateurs* » (Chevallier, 1993, p.113).

Si ces moyens permettent d'effectuer un contrôle du même objet, à savoir la décision administrative, les effets de l'arrêt n'auront pas la même portée. Symboliquement, l'erreur manifeste d'appréciation s'immisce dans le pouvoir discrétionnaire de l'autorité administrative, ce qui n'est pas – ou moins – le cas de la loi de 1991 sur la motivation formelle des actes administratifs. Pour autant, le contrôle du Conseil d'Etat n'en sera pas moins étendu. Le cas suivant illustre le rejet du moyen pris de l'erreur manifeste d'appréciation, l'erreur n'étant pas manifeste. L'auditeur a par contre proposé l'annulation sur base de la loi de 1991 sur la motivation formelle des actes administratifs.

« J'ai eu le cas par exemple d'une enseignante, mais là je n'ai pas retenu le moyen pris de l'erreur manifeste d'appréciation, je me suis plutôt contenté d'un contrôle assez serré de la motivation formelle, une enseignante qui avait déjà eu des problèmes disciplinaires, qui en avait de nouveau, qui reconnaissait certaines fautes, mais disait : « Ah non, je veux bien être mutée, parce que j'ai effectivement fauté, mais pas plus. » Et elle avait fait l'objet de la sanction immédiatement supérieure à la mutation, une suspension disciplinaire. La justification du choix de cette sanction-là plutôt que de la mutation, dans la motivation formelle de l'acte, elle était très fragile, j'ai démolé cet aspect de la motivation, et comme ça je n'ai pas eu à me préoccuper de l'erreur manifeste parce que bon, entre la suspension disciplinaire et la mutation, vous voyez bien que, est-ce qu'il y a vraiment une place pour l'erreur manifeste d'appréciation ? » (Auditeur 35, p.26)

« Je crois que notre raisonnement a changé depuis la loi de 1991. Depuis qu'elle existe justement pour éviter de passer la frontière de la substitution de l'appréciation, très souvent on dit : « Votre motivation ne tient pas. » On considère que ça ne tient pas, mais on se garde bien de dire la façon dont il aurait fallu décider. Très souvent et si vous voyez la jurisprudence c'est manifeste, dès qu'on peut sanctionner la motivation formelle elle-même on s'en tient là. Recommencez votre boulot, et puis après on verra. Très souvent **on se retranche** uniquement derrière un problème de motivation pour justement ne pas aller plus loin et justement ne pas risquer d'empiéter sur les compétences de l'administration. » (Conseiller 17, p.1)

Par contre, quand un acte administratif a déjà été sanctionné par le Conseil d'Etat et qu'il lui est à nouveau soumis, les magistrats vident le dossier en fondant le recours sur des moyens de légalité interne.

« Il y a parfois où je vais me dire : « Ben c'est juste un problème de motivation formelle, ça va revenir. » Disons qu'en règle générale pour avancer dans les faits, je vais parfois me contenter de dire : « Voilà, il y a un problème de motivation formelle, le moyen est soulevé et voilà ça reviendra. » Je crois que de manière générale, j'ai plutôt tendance à faire comme ça. Mais ça m'est déjà arrivé, si le dossier est déjà revenu, par exemple, une ou deux fois, de me dire : « Bon ben là, je vais plus traiter le fond pour que ça ne revienne plus. » » (Auditeur 30, p.16)

«- Auditeur : Mais de manière générale, comme je ne suis pas quelqu'un de particulièrement répressif, ni pour le requérant ni pour la partie adverse... Si je propose une annulation qui laisse encore à la partie adverse, la possibilité de refaire son acte... Moi, je ne suis pas là pour, pour jouer au professeur qui dit voilà ce que vous ne pouviez absolument pas faire, pour pourrez plus jamais le faire. Si la partie adverse refait un acte et le requérant n'attaque pas, il n'attaque pas voilà, c'est son problème aussi au requérant.

- J. Colemans : Ca veut dire que si l'acte revient à nouveau au Conseil d'Etat, à ce moment-là, vous allez plus loin dans votre contrôle?

- Auditeur : Oui, forcément. Si l'acte revient et qu'il a été corrigé sur le vice, dans les conditions d'annulation, à ce moment-là, il faudrait aller voir sur le fond exactement ce qu'il en est. » (Auditeur 15, pp.12-13)

Les critiques liées à ces moyens sont les mêmes, que les magistrats choisissent la motivation formelle ou l'erreur manifeste d'appréciation. Elles visent toutes la subjectivité du magistrat.

Les magistrats qui privilégient les moyens de légalité interne reprochent à la loi de 1991 de laisser aux magistrats la faculté d'exprimer leur subjectivité dans l'appréciation de l'adéquation de la motivation.

« La loi sur la motivation formelle des actes administratifs oblige l'administration à indiquer dans l'acte les motifs de sa décision. Or dans l'appréciation de ce qu'on va avoir de ce qu'est cette motivation et si elle est adéquate, surtout, il y a une certaine **subjectivité**. C'est très rare qu'il y ait des actes ou il n'y a pas un seul motif. Ca c'est manifeste : il n'y a pas de motivation formelle, il n'y a pas de doute. Mais dès qu'il y a des motifs, il y a la question de savoir s'ils sont adéquats. S'ils sont suffisants. Par exemple, si c'est une sanction, il va falloir indiquer les faits qui donnent lieu à la sanction. En quoi ils sont punissables et pourquoi on a choisi telle sanction plutôt que telle autre. On va devoir examiner ces différentes questions et si la motivation formelle est suffisante. » (Auditeur 28, p.6)

« La meilleure définition qu'on puisse donner d'un acte mal motivé est l'acte que le juge a envie d'annuler. Mais c'est plus sécurisant, **moins offensif** d'annuler pour violation de la loi de 1991 ; les apparences sont sauves, c'est pas si grave si on annule pour une erreur de motivation. Par contre, l'erreur manifeste d'appréciation, ça a des conséquences beaucoup plus radicales parce que ça empêche l'autorité de reprendre la même décision. L'inconvénient de la loi de 1991 c'est que ça provoque des carrousels : la même affaire qui revient plusieurs fois avec une autre motivation et de nouveau un recours. J'ai pas connaissance d'un cas où l'autorité aurait renoncé à prendre sa décision après l'annulation sur base de la violation de la loi sur la motivation. » (Auditeur 24, p.2)

Les magistrats qui préfèrent annuler sur base de moyens de légalité externe, quant à eux, reprochent à l'erreur manifeste d'appréciation de pousser le contrôle du Conseil d'Etat trop loin et de substituer l'appréciation du Conseil d'Etat à celle de l'administration.

«- Auditeur : Notamment la motivation formelle sauf vraiment pataqués, mais **il y a toujours moyen de tirer dans un sens comme dans l'autre**. Il y a toujours moyen de dire qu'une décision est mal motivée ou insuffisamment motivée, qu'on n'a pas été assez loin dans l'examen. A l'inverse, pour la même décision on peut dire que la motivation est tout à fait suffisante, adéquate, pertinente et qu'il ne faut pas en demander plus sinon ce serait demandé les motifs des motifs. On l'a déjà dit dans des arrêts. Voilà ça dépendra...

- J. Colemans : De quoi justement ?

- Auditeur : De plein de choses. De la façon dont les moyens sont rédigés, la façon dont les parties vont réagir... Je crois qu'il y a quand même des dossiers où je les fais plus à la grosse louche disons parce

que c'est un avocat qui vient pour la troisième fois et que j'en ai marre, de nouveau, des pinailleurs, des procéduriers, ça irrite. » (Auditeur 18, p.20)

« Je suis souvent confronté au moyen pris de l'erreur manifeste d'appréciation mais j'ai l'impression que je ne le retiens jamais comme fondé. Ce que je retiens plus comme fondé c'est la motivation formelle inadéquate ou insuffisante. C'est un peu voisin de l'erreur manifeste d'appréciation. Mais il me semble que la loi de 1991 a des contours plus précis. Je n'ai pas envie de mettre ma propre **subjectivité** à la place de celle de l'administration. Je suis mal à l'aise par rapport à ça donc j'essaie toujours de trouver des règles plutôt procédurales ou l'incompétence de l'auteur de la décision, ou le dépassement du délai raisonnable. » (Auditeur 29, p.3)

« Je suis très prudent vis-à-vis des principes qui ne sont pas d'ordre public, non écrits et à qui tout le monde peut faire dire n'importe quoi. Les principes sont parfois fort flous et notamment en matière de proportionnalité c'est **subjectif**. Donc il faut vraiment que ce soit clairement déraisonnable. Personne en Belgique n'aurait osé prendre une décision pareille pour qu'on l'applique. » (Conseiller 17, p.2)

Devant les critiques identiques que suscitent ces moyens et devant le contrôle concret qu'ils permettent, pouvons-nous conclure à leur relative interchangeabilité, en y apportant les nuances évoquées plus haut ? Rappelons d'abord que, outre ceux qui relèvent de l'ordre public, les magistrats peuvent uniquement choisir parmi développés par le requérant. Ni la loi de 1991 ni l'erreur manifeste d'appréciation ne sont des moyens d'ordre public que le magistrat peut soulever d'office. Par ailleurs, nous avons mis en avant certains paramètres liés au contexte décisionnel du cas particulier (dossier ancien, carrousel), qui permettent de comprendre les choix en faveur d'un moyen plutôt qu'un autre lorsque les deux moyens apparaissent dans la requête. Notons également que dans ce débat, la motivation formelle adéquate a un statut hybride à chemin entre le contrôle de légalité interne et le contrôle de légalité externe de l'acte administratif.

Enfin, si la seule analyse des arrêts de jurisprudence ne nous paraît pas offrir des clés de compréhension suffisante pour saisir la manière dont se construit l'arrêt au Conseil d'Etat, il serait intéressant de mettre sur pied un dispositif méthodologique permettant d'étudier le processus décisionnel en train de se faire, en suivant particulièrement l'échange des mémoires ainsi que la rédaction des documents intermédiaires par les magistrats. Comme nous l'avons souligné dans la méthodologie, une telle entreprise est très difficile à mettre en œuvre dans une juridiction dont l'organisation est notamment fondée sur le secret du délibéré et les droits au procès équitable sont des principes qui fondent son organisation.



### Conclusions du chapitre 3

Mis en situation d'expliciter les ressorts de leur raisonnement pratique, les magistrats se réfèrent constamment à l'administration raisonnable. Le raisonnable apparaît dès lors comme une ressource interprétative qui forme le « *socle routinier du raisonnement juridique ordinaire*<sup>281</sup> » (Garfinkel, 1967) afin d'opérer des choix juridiques en fonction de considérations liées au bon sens, et ce, à toutes les étapes du processus. Le raisonnable fait figure d'attente d'arrière-plan<sup>282</sup>, ce qui explique que le raisonnable est peu remarquable. En revanche, le déraisonnable est particulièrement saillant dans les dossiers. En effet, le raisonnable n'est jamais autant visible que lorsqu'il est absent. Les magistrats repèrent le déraisonnable, laissant au raisonnable une proximité quasi fusionnelle avec le pouvoir d'appréciation de l'administration. Le raisonnable n'est saisi que par effet miroir lorsque la décision est déraisonnable et qu'elle a donc été prise par une administration qui n'était par conséquent pas raisonnable...

L'administration raisonnable incarne la « normalité » par rapport à laquelle les magistrats jaugent les cas qui leur sont soumis. En cas d'écart important entre le comportement constaté et le comportement attendu, le magistrat tente d'interpréter ou de sanctionner, le cas échéant, ce différentiel. « *Les gens rendent compte de leur conformité à une normalité constamment produite et reproduite, motivent leur écart par rapport à celle-ci et voient imputer à l'écart par rapport à cette normalité une motivation et une signification. En ce sens, la conduite apparaît comme intelligible, descriptible et évaluable* » (Dupret, 2006a, p.60).

La tradition ethnométhodologique ne distingue pas les dimensions cognitives et morales dans les méthodes de raisonnement pratique qu'elle décrit. Dupret (2006a) résume cette idée lorsqu'il décrit la « normativité du raisonnement ordinaire » : « *L'ordre social est un phénomène cognitif et moral produit par et dans les méthodes de raisonnement pratique des membres d'un groupe social donné* » (Dupret, 2006a, p.65). Le schème de l'administration normale et raisonnable oriente les pratiques interprétatives du magistrat selon deux modalités distinctes et permet de révéler deux configurations de pratiques interprétatives différentes. D'une part, une configuration où les pratiques compréhensives dominent lorsque l'incongruité liée à la décision administrative n'est pas manifeste.

---

<sup>281</sup> Nous empruntons cette expression à H. Garfinkel qui y consacre le deuxième chapitre de ses recherches en ethnométhodologie.

<sup>282</sup> Garfinkel fait du monde de sens commun le « *noyau problématique de la sociologie* » (Garfinkel, 2007 [1967], p.98). Pour comprendre le monde, les acteurs – qu'il désigne comme « membres » de la société – utilisent des attentes d'arrière-plan comme schème d'interprétation. Ces attentes qui sont « *vues sans qu'on y prête attention* » (*seen but unnoticed*) » (Garfinkel, 2007 [1967], p. 99), ont comme propriété d'être standardisées et standardisantes.

D'autre part, une configuration de pratiques évaluatives lorsque le problème lié à la décision administrative est jugé manifeste.

Le sentiment d'incongruité d'une décision administrative doit pouvoir trouver des prises afin de satisfaire aux exigences juridiques du recours. Ces prises permettent aux magistrats de saisir la décision dans ses dimensions juridictionnellement contrôlables. Si la décision est simplement bizarre, le magistrat tentera de comprendre la décision dans une de ses trois dimensions : dans sa raison d'être, dans la démarche de l'autorité ou dans son explicitation. Le magistrat tente de normaliser le problème en lui attribuant des causes, des explications, des raisons, des motivations. A partir de la reconstruction du cours d'action probable, le magistrat met en œuvre des procédures afin de déceler les failles du raisonnement de l'administration. Si la démarche de l'autorité paraît bancal, peu réfléchi, le magistrat se dirigera probablement vers une annulation ou une suspension. A l'inverse, si le magistrat comprend le raisonnement, si ce dernier ne lui semble pas aberrant, il rejettera la requête.

Les cadres interprétatifs utilisés par le magistrat, qu'il s'agisse du schème compréhensif ou du schème évaluatif, mobilisés pour déterminer ce qu'il s'est passé (comment la décision a été prise, comment elle a été justifiée et pourquoi elle a été prise) ont donc un impact sur les actions des magistrats et particulièrement sur leur conviction à l'égard du litige. Les magistrats, en définissant le problème juridique, choisissent également l'objet de leur contrôle, la dimension de la décision qui sera contrôlée, ainsi que les critères d'évaluation.

Le motif de la décision a un poids prépondérant dans le jugement de sens commun : il participe à la compréhension de la décision ainsi qu'à son évaluation. L'horizon du jugement n'est pas un horizon de justice ou de moralité, mais renvoie à un jugement de normalité. Le droit n'est donc pas dans un rapport dichotomique avec la morale ou avec certaines conceptions de la justice, mais s'apparente à un raisonnement ordinaire. Nous verrons dans le quatrième chapitre quelles sont les spécificités du raisonnement juridique au regard du modèle scientifique et du modèle de sens commun.

Dans le schème compréhensif, lorsque les dimensions sont contradictoires, la dimension formelle est minorée au profit des autres dimensions. Les magistrats font prévaloir la réalité qu'ils extraient du dossier plutôt que la formalisation de la décision qui se trouve dans la motivation formelle ; on retrouve le principe de **vérité** qui guide la rédaction de l'exposé des faits.

Cette mise en sens du « problème perçu », autrement dit ce qui apparaît déraisonnable au magistrat, aboutit à un changement dans les termes utilisés pour le désigner. La décision administrative est manifestement déraisonnable parce qu'elle est « contraire au bon sens », « incohérente », « insensée », « incompréhensible », « pas justifiée », « aberrante », « inadmissible », « choquante », « disproportionnée », « démesurée », « inadéquate ». Ces termes permettent de qualifier la décision déraisonnable ou bien parce qu'elle n'est pas compréhensible ou bien parce qu'elle n'est pas admissible. Ce jugement de sens commun sera par la suite traduit en termes juridiques. De manière explicite, l'impératif de raisonabilité de l'action administrative affleure dans des concepts juridiques forts tels que le principe de proportionnalité, l'erreur manifeste d'appréciation ou la motivation adéquate. De manière latente, il apparaît que l'exigence de raisonabilité sous-tend un raisonnement apparemment moins audacieux (motivation formelle, respect des procédures, compétence de l'auteur de l'acte, etc.).

## CHAPITRE 4 – LE RAISONNEMENT JURIDICTIONNEL PRATIQUE AU CONSEIL D'ÉTAT. QUELQUES RÉFLEXIONS FINALES

---

### Introduction

Comment comprendre la manière dont les jugements de droit se forment au Conseil d'État ? En rendant compte de la manière dont les magistrats comprennent leurs propres actions. Ce chapitre tend dès lors à mettre en exergue les méthodes pratiques par lesquelles les magistrats attribuent du sens à la procédure contentieuse ainsi qu'à l'acte administratif soumis à leur examen.

Le deuxième chapitre a décrit la manière dont la décision juridictionnelle se construit pratiquement, processuellement et en contexte. Le paradigme de l'action située et l'approche méthodologique développée par Bruno Latour ont permis de rendre compte du processus décisionnel au Conseil d'État en inscrivant le phénomène juridique dans sa matérialité textuelle, tout en explorant les opérations matérielles et cognitives constitutives de ces inscriptions (Akrich, 1992 ; Latour 1997 et 2004).

Renonçant à une problématique qui réduit la décision juridictionnelle à une opération de la pensée, nous avons adopté une posture de recherche proche de celle de Bruno Latour (2004). Dans « la fabrique du droit », celui-ci décrit le processus de constitution textuelle et intertextuelle du droit. Pour comprendre le phénomène juridique, il focalise son attention sur la matérialité du droit saisi à travers le mouvement des documents, les transformations d'objets de valeurs<sup>283</sup> lors des interactions. Il propose une lecture « relationniste » du droit, où des entités (humains, matériaux, procédés, pensées, animaux, techniques, etc.), une fois mises en relations, configurent l'action. Ces chaînes d'association doivent pouvoir résister aux épreuves qui visent à tester la solidité de leurs liens (Quéré, 1989, p.100). De cette manière il décrit les « secrets de fabrication<sup>284</sup> » du droit, prenant le parti assumé de rester dans la superficialité du phénomène juridique. « *Les juges ne raisonnent pas : ils sont aux prises avec un dossier qui agit sur eux, qui les presse, qui les force, qui leur fait faire quelque chose* » (Latour, 2004,

---

<sup>283</sup> Latour cite huit objets de valeurs qui sont modifiés au cours de l'épreuve. Ces objets sont l'autorité des magistrats, le cheminement de la requête, l'intérêt – ou *libido judicandi* –, l'organisation des plaintes, le poids des textes, le contrôle qualité du processus décisionnel, l'hésitation, le moyen de droit, la cohérence du droit et les limites du droit.

<sup>284</sup> Les secrets de fabrications renvoient au monde de l'entreprise engagée dans des processus de conception. Latour a choisi d'étudier le phénomène juridique de l'intérieur, dans l'institution qui le fabrique.

pp.200-201). Latour n'est donc pas cognitiviste. Pour lui, nos actions ne sont pas uniquement ou principalement guidées par notre compréhension du monde, ou par l'intelligibilité de celui-ci. Autrement dit, faire du droit n'est pas une affaire d'esprit, de compétences logiques ou de capacités cognitives.

Dans un premier temps, cette posture a été méthodologiquement féconde puisqu'elle a permis de décrire le parcours du dossier tel qu'il se déroule, en attirant l'attention sur des détails matériels qui révèlent les pratiques routinières et qui ne sont généralement pas étudiées en tant que telles. Dans un second temps, cependant, une fois le processus décrit, demeure un sentiment d'inaboutissement. La conception latourienne de l'acteur-réseau – qui « n'agit pas » mais qu'« on fait agir » – ne nous satisfait pas. Le mouvement du droit s'appuie et se développe sur des opérations de nature cognitive. Les magistrats lisent, résument, rédigent, classent, sélectionnent, comparent, interprètent, catégorisent les documents qui composent le cas à trancher. Ils sont les artisans du passage du droit qu'ils rendent possible. Or, se priver du sens qu'ils attribuent à leurs actions et aux actions des autres appauvrit, nous semble-t-il, la compréhension du phénomène. Bref, si le travail juridictionnel n'est pas réductible à un phénomène mental il convoque cependant une série d'opérations de nature cognitive. L'activité de penser est incarnée, située dans des pratiques, dans un monde d'objets et apparaît alors comme une tâche descriptible (et partiellement observable).

Dans cette perspective, le paradigme de l'action située<sup>285</sup> offrait une ressource théorique intéressante qui a permis de dépasser le parti pris matérialiste de Latour afin d'appréhender les pratiques cognitives de manière située. L'arrêt se construit dans l'action, à travers les activités contingentes qui forment le travail quotidien des magistrats. Pour en rendre compte fidèlement, la description détaillée des circonstances dans lesquelles ces activités émergent est indispensable. Les **objets intermédiaires** forment en grande partie le **contexte** de l'action de juger. Ils équipent la situation décisionnelle du magistrat, délimitent son périmètre d'action et offrent des ressources interprétatives<sup>286</sup>. En différant les interactions et en les médiatisant, ils offrent des prises permettant de saisir l'action de décider (et non seulement la rationalité du décideur) puisque les documents incarnent des positions, des prétentions, des arguments de droit. Envisager le travail juridictionnel de cette manière, en s'attachant aux opérations que les magistrats font quotidiennement ainsi qu'aux objets intermédiaires sur

---

<sup>285</sup> Cognition située, cognition distribuée, action située appartiennent au même paradigme mais sont labellisés différemment en fonction des disciplines auxquelles ils se rattachent.

<sup>286</sup> « Il n'est pas d'énoncé qui ne soit formulé en contexte, séquentiellement, de manière orientée vers la réalisation de certains objectifs situés. Comme l'affirme Sacks (1995, vol. 1 : 742), l'adéquation de sens d'une expression renvoie à son positionnement dans un contexte local d'interaction et à ce qui l'a juste précédée, alors que les idéalizations langagières sont incapables de rendre compte des caractéristiques constitutives de l'usage du langage naturel » (Dupret, 2006a, p.73).

lesquels ils agissent, permet de prendre en compte l'épaisseur et le pluralisme du travail lié à l'application du droit.

Dans le troisième chapitre, nous nous sommes penché sur l'objet du recours administratif, à savoir la décision adoptée par l'autorité administrative. Nous avons vu que le préalable à tout jugement de droit jugé délicat était **l'interprétation**. Le juge soumet la décision administrative qu'il perçoit comme problématique à un schème d'interprétation – évaluatif ou compréhensif selon la perception qu'il a du problème. Soit le problème lui paraît d'emblée manifeste, soit le problème doit être spécifié. Dans le premier cas, le problème manifeste renvoie à une incongruité évidente. L'action administrative anormale est taxée de déraisonnable et est sanctionnée par le magistrat. Par contre, lorsque le problème n'est pas perçu comme manifeste, la posture adoptée par le magistrat est toute autre. Il tente de comprendre la décision qui se déploie à travers trois dimensions : ses motifs, son processus d'adoption et l'explicitation de ses motifs. Lorsque le magistrat est en mesure de comprendre le bien-fondé de la décision ou sa démarche, il cesse ses investigations et rejette le moyen. Si, par contre, le magistrat ne parvient pas à comprendre la décision, il proposera l'annulation. La compréhension de la décision administrative apparaît dès lors comme une activité incontournable du processus décisionnel, un préalable indispensable au jugement de droit.

Les « phénomènes cognitifs » apparaissent tout au long de ce travail. De manière éparse, nous avons mentionné des pratiques interprétatives, des schèmes compréhensifs ou évaluatifs, des processus d'abstraction des faits sans traiter cette question de manière systématique. Il convient à présent de faire le point sur ces raisonnements qui permettent et constituent l'action de juger. La perspective adoptée pour s'en saisir s'inscrit dans l'approche procédurale de la cognition proposée par Harold Garfinkel. « *Le monde social est conceptualisé et [que] son mode de conceptualisation est un aspect central de son organisation* » (Conein, 1990, p.96). L'enjeu empirique est donc de rendre compte des procédures par lesquelles « *les acteurs sociaux reconnaissent, produisent et reproduisent des actions et des structures sociales* » (Heritage et al., 1991, p.92). Après avoir décrit le processus décisionnel en suivant le chemin du dossier, en voyant comment fait et droit se transforment, ce chapitre propose une synthèse des **procédures d'interprétation** mises en œuvre par les acteurs pour donner du sens à leurs actions et à celles des autres (Coulon 2007 [1987]), ce qui passe par une réflexion sur la manière dont les **savoirs** sont mobilisés dans l'action par les acteurs.

Dans le premier titre, nous reviendrons sur la place qu'occupent les savoirs dans le processus décisionnel au Conseil d'État. Nous distinguerons les **savoirs ordinaires** qui permettent aux magistrats de comprendre le monde dans lequel ils évoluent et d'orienter leurs actions, des **savoirs juridiques**.

Dans le deuxième titre, nous tenterons d'apporter des pistes de réflexion afin de répondre à la question fondamentale suivante : les pratiques décisionnelles des magistrats répondent-elles à une rationalité proprement juridique, autrement dit, le jugement de droit est-il spécifique ? Pour ce faire, il importe de différencier les **contenus** des savoirs mobilisés par les magistrats de la **structure du raisonnement**.

# Titre 1 – Le rôle des savoirs dans le jugement de droit

Les magistrats du Conseil d'État ont pour mission de se prononcer sur la légalité ou l'illégalité de l'acte administratif contesté. Autrement dit, ils doivent lier un cas concret et des règles juridiques, « qualifier les faits » disent les juristes, c'est-à-dire leur attribuer une catégorie légale. Or ce travail de qualification n'est ni une opération ponctuelle de la pensée, ni une action automatique. Cette activité est une activité pratique qui nécessite nombre d'opérations matérielles – largement détaillées dans les chapitres précédents – et cognitives.

Dans une première section, nous verrons quel rôle jouent les savoirs de sens commun dans l'activité décisionnelle des magistrats. Dans une deuxième section, nous verrons comment le savoir juridique oriente les pratiques et comment il est pratiquement mis en œuvre.

## 1. Les savoirs de sens commun et la compréhension ordinaire au Conseil d'État

Qu'avons-nous appris sur la manière dont les acteurs appréhendent leur environnement, équipé principalement de documents et d'artefacts cognitifs ? Comment attribuent-ils du sens à l'action à laquelle ils prennent part ? Quelles sont les procédures et les raisonnements pratiques qu'ils mettent en œuvre pour agir ?

La compréhension est au cœur du travail décisionnel des magistrats. Pour juger en droit, les magistrats **interprètent**, d'une part, la manière dont se déroule la **procédure contentieuse** (section 1.2.) et d'autre part, la **décision administrative** qui fait l'objet du recours (section 1.3.). Avant de revenir sur les procédures interprétatives et l'expertise des magistrats nous préciserons l'approche théorique que nous mobiliserons (section 1.1).



## 1.1. Jalons théoriques pour une compréhension des raisonnements pratiques

Comment se saisir des raisonnements qui permettent et constituent l'action de juger ? Nous avons opté durant ce travail pour des approches théoriques, le paradigme de l'action située et la praxéologie du droit, qui imbriquent inextricablement l'action, d'une part, et les procédures de traitement du savoir des acteurs<sup>287</sup>, d'autre part.

Cette manière de lier la pensée à la pratique s'inscrit dans le courant de pensée d'inspiration ethnométhodologique. Garfinkel (1967) – qui se réfère à Schütz – propose une théorie de l'action indissociable de l'analyse des savoirs ordinaires. Cependant, lier action et savoir ne signifie pas, pour lui, expliquer l'action par les motivations. La cognition ne se déploie pas comme une sphère autonome ou préexistante qui détermine l'action. Il ne s'agit dès lors pas de relever les intentions, les computations et autres opérations mentales qui permettraient au magistrat d'adopter une décision, mais de rendre compte des **pratiques en contexte**.

Il importe donc de montrer comment les magistrats analysent les situations auxquelles ils participent et comment ils partagent la compréhension intersubjective qu'ils en font (Heritage et al, 1991, p.92). Car en effet, *« la compréhension n'est pas un processus ou un état cognitif intérieur du sujet mais un accomplissement collectif, publiquement exhibé dans le déploiement de la séquentialité de l'interaction. Chaque tour de parole, en effet, projette sur le tour successif des attentes normatives et exhibe en même temps une compréhension à toutes fins pratiques du tour précédent en y enchaînant d'une certaine façon : la séquentialité s'établit ainsi par des liens à la fois prospectifs et rétrospectifs au fur et à mesure que se déroule la conversation »* (Mondada et Pekarek Doehler, 2000, p.11). Autrement dit, le lieu de la cognition ne se trouve pas dans la tête des acteurs mais dans un « entre-deux », entre l'acteur et l'environnement humain – conversation avec les collègues, anticipation des réactions des parties et des magistrats, par exemple – et matériel – composé des objets intermédiaires<sup>288</sup> et des artéfacts cognitifs (Theureau, 1992). Cette manière d'appréhender les opérations cognitives permet d'ancrer les opérations qui peuvent paraître évanescences et insaisissables. Cognitions et interactions sont imbriquées au cœur même de l'action. Toutefois, comme

---

<sup>287</sup> « Si on renonce à des conceptions idéales de l'action rationnelle, il devient possible de se pencher sur les caractéristiques du savoir que l'acteur met en œuvre lorsqu'il a à choisir raisonnablement entre diverses lignes de conduite, c'est-à-dire sur « les opérations de jugement, de choix, d'évaluation des conséquences et tout ce qu'il utilise de fait » (Heritage 1991, p.96).

<sup>288</sup> Les objets intermédiaires sont peu ou prou les documents qui constituent les pièces de procédure, à savoir, la requête, les mémoires des parties, les dossiers de pièce, le rapport de l'auditeur, le projet d'arrêt et l'arrêt.

le précise Dechaux (2010, p.727), les relations qui lient les capacités cognitives à l'action ne s'inscrivent pas dans un schéma de réponse à un stimulus environnemental.

Ces savoirs peuvent être formalisés, mais relèvent surtout de la **connaissance<sup>289</sup> de sens commun**. « *Le monde social est interprété en fonction de catégories et de constructions de sens commun. [...] Ces constructions constituent les ressources à l'aide desquelles les acteurs sociaux comprennent les situations d'action qui sont les leurs, appréhendent les intentions et les motivations des autres, parviennent à une compréhension intersubjective et à des actions coordonnées* » (Heritage et al. 1991, p.95). Les savoirs ou compétences de sens commun sont rarement explicités dans les discours qui rationalisent *a posteriori* les pratiques.

Dès lors, étudier le travail des magistrats tel qu'il se fait dans la concrétude du cas à trancher implique de diriger l'attention vers la part d'invention, de « recettes » qui sont le siège de **savoirs implicites et de routines** qui ne sont pas immédiatement visibles. Ces routines de travail mises en œuvre par les magistrats s'incarnent dans des activités pratiques, telles la lecture des documents, leur comparaison, leur interprétation, la rédaction des rapports, des projets d'arrêt ou des arrêts, les discussions entre collègues, les consultations de codes, de législations, de recueils de jurisprudence, ou encore, la participation aux audiences.

Selon Dupret, les **routines** de travail sont des « *réalisations ponctuelles d'un ensemble d'attentes sur ce qu'est l'ordinaire du travail et la nature banale des cas présentés à l'attention des professionnels* » (2006a, p.134). Les routines<sup>290</sup> sont souvent perçues péjorativement, car elles sont généralement synonymes de lourdeurs et de régularités<sup>291</sup> machinales et immuables. Or, les routines apparaissent au cœur de l'action. En effet, elles permettent de mettre en exergue « *l'acquisition individuelle de compétences situées* » (Breviglieri, 2006, p. 208) qui révèlent un **savoir-faire** peu explicité. Cette expérience incorporée, ces « ficelles du métier » (Becker, 2002), aident à comprendre l'action en train de se faire, car elles constituent des appuis pratiques incontournables.

---

<sup>289</sup> Pour Ogien (2009, p.501-502), la connaissance est une « *faculté qui s'exerce directement et exclusivement dans et pour l'action et qui se trouve au principe de la coordination de l'action. Cette approche repose sur un postulat, dont l'enquête empirique a pour tâche d'éprouver la validité : connaître, c'est ordonner le monde dans lequel on agit de façon telle que cet ordonnancement soit reconnaissable par tous les participants et assure, de ce simple fait, la continuité de l'action en commun* ».

<sup>290</sup> La sociologie de la décision fait également référence à des « *schémas d'exécution* » qui sont des routines, des procédures qui ont « *prouvé leur efficacité dans des situations semblables ou proches* » (Weil, 2000, p.28). Ces schémas d'exécution sont mis en place par les acteurs afin de diminuer le coût d'énergie qu'implique la théorie du choix rationnel qui implique que l'acteur inventorie les options possibles et analyse leurs conséquences.

<sup>291</sup> Les routines sont classées par la sociologie classique du côté des procédures informelles ou formalisables, qui cadrent l'action mais qui sont difficilement conciliables avec l'action en tant que telle.

Ces raisonnements de sens commun sont peu visibles. Lorsqu'ils ne posent pas problème, ils passent d'ailleurs inaperçus (Goffman, 1973). « *Le savoir de sens commun est incorporé dans des anticipations, des usages et des conventions, et ne devient véritablement explicite que lorsque des erreurs viennent interrompre le cours normal de la vie ordinaire* » (Kaufmann et Clément, 2011, p.26). Pour saisir le raisonnement ordinaire, rien n'est plus éclairant que les cas qui **sortent de l'ordinaire**. En se penchant sur les écarts ou les ambiguïtés par rapport aux activités habituelles, il devient possible de reconstruire le savoir de sens commun mobilisé en situations non problématiques et, de cette manière, expliciter « *l'expérience des inférences tacites de la vie quotidienne* » (Widmer, 2010, p.79).

En outre, les situations problématiques convoquent un surcroît des ressources interprétatives. En effet, les magistrats<sup>292</sup> mettent alors en place des procédures pour tenter de **normaliser** le phénomène inhabituel. Ils peuvent, par exemple modifier le cadre de compréhension de la décision ou adopter un cadre interprétatif évaluatif.

Selon que l'on se penche sur la manière dont se déroule l'action juridictionnelle ou sur la manière dont les magistrats interprètent la décision administrative, le problème permet de rendre explicite des pratiques largement implicites. Autrement dit, en tant qu'indicateur d'anormalité, le problème peut porter soit sur le **déroulement de la procédure contentieuse** (audience, écrits de procédures qui équipent la situation de décision) ce qui mobilise un savoir pratique, expérientiel, sur la manière dont se déroule habituellement le recours au Conseil d'État (section 1.1.), soit sur la **décision** adoptée par l'administration (section 1.2.).

## 1.2. La compréhension du processus juridictionnel : le cours d'action comme ressource interprétative

Les magistrats sont confrontés à des situations complexes où les informations textuelles sont pléthoriques. Leur contexte décisionnel est en effet essentiellement composé des documents qui forment le dossier. Afin de donner un sens aux données factuelles et aux arguments de droit qui leur sont soumis, les magistrats mobilisent un savoir d'expérience. Ces savoirs d'expérience (section 1.1.1.)

---

<sup>292</sup> Garfinkel a voulu étudier la normalité des événements « de l'extérieur », sans recourir aux conceptions subjectives des acteurs. Pour ce faire, il mit au point une série d'expérimentations, les « breaching experiments » qui visaient à faire apparaître la manière dont les événements sont perçus et traités comme normaux en introduisant dans l'échange des comportements aberrants, dénués de sens, confus afin de déstabiliser l'interlocuteur. Cela permet de mettre en avant les procédures par lesquelles les acteurs tentent de « normaliser » les écarts perçus entre les événements anticipés et leur occurrence dans la réalité (Heritage et al., 1991, p.98).

renvoient à des heuristiques, des schémas interprétatifs, des catégories pratiques qui relèvent d'une logique des impressions. Les impressions qui ressortent de ces procédures cognitives permettent d'orienter et d'organiser son activité décisionnelle (section 1.1.2.).

### 1.2.1. Un savoir d'expérience

Le magistrat acquiert, au cours de son expérience professionnelle, un stock de **savoirs pratiques** au sujet de la manière usuelle dont se déroule le recours. Ce savoir expérientiel se construit dans un « *processus de familiarisation avec un domaine d'action, d'incorporation progressive de pratiques, d'abord étrangères et qui se transforment progressivement en une compétence incarnée* » (De Munck, 1999, p.59).

Ces **connaissances expérientielles** lui permettent d'interpréter les écrits de procédures et les interactions, qu'elles soient différées par les documents ou directement observables lors des audiences. Plus qu'un savoir formalisé explicitable<sup>293</sup>, elles renvoient à des savoirs de sens commun acquis dans l'expérience, qui sont autant de recettes pratiques, de routines qui ont déjà fait leur preuve dans des cas similaires. Grâce à ces réserves d'expérience acquises durant leur parcours biographique, les magistrats résolvent les problèmes qu'ils rencontrent quotidiennement. « *La réflexion opère en se rapportant à des types déjà disponibles, organisés en schèmes d'expériences, qui sont articulés lors d'expériences passées et sont consignés dans les réserves d'expérience de l'acteur* » (Dupret, 2006a, p.59).

Ces compétences, formes de savoir-faire qui naissent de l'expertise, sont généralement tacites. « *On n'apprend pas le métier du connaisseur ou du diagnostiqueur en se bornant à mettre en pratique des règles préexistantes. Dans ce type de connaissance entrent en jeu (comme on dit habituellement) des éléments impondérables : l'odorat, le coup d'œil, l'intuition* » (Ginzburg, 1980, p.31). En outre, elles résistent à une articulation<sup>294</sup> discursive : « *on ne peut le mettre complètement en mots et le transmettre par des descriptions précises et exhaustives* » (Ogien et Quéré, 2005, p.117).

---

<sup>293</sup> « *Ces formes de savoir étaient plus riches que toute codification écrite ; elles n'avaient été acquises dans des livres mais de vive voix, par des gestes, des coups d'œil ; elles se fondaient sur des subtilités évidemment impossibles à formaliser, voire, carrément intraduisibles verbalement* » (Ginzburg, 1980, p.22).

<sup>294</sup> « *L'articulation est la possibilité de saisir les principales composantes d'une pratique dans une pensée claire et distincte, de les définir formellement, ou de les formuler dans un discours* » (Ogien et Quéré, 2005, p.119).

Soulignons enfin que ce qui apparaît comme routinier ou facile à un magistrat rompu à une matière peut paraître fort compliqué à un novice<sup>295</sup> qui ne maîtrise alors pas encore le savoir-faire professionnel.

## 1.2.2 La logique des impressions et l'heuristique<sup>296</sup> du problème comme appuis cognitifs à la compréhension pratique

Nous l'avons déjà souligné, le magistrat travaille souvent seul, face à son dossier. Devant interpréter les documents, il tente de trouver des prises pour l'action (Bessy et Chateaufort, 1995), des appuis au jugement, des indices<sup>297</sup> (Ginzburg, 1980) à partir desquels orienter son travail décisionnel. Les documents, objets intermédiaires qui diffèrent et intermédiennent l'échange langagier<sup>298</sup>, doivent être interprétés, c'est-à-dire rendus signifiants.

Certains signes relèvent de la **perception**, rendue possible par un savoir disponible sous forme typifiée qui rend visible des détails qui passent inaperçus aux yeux d'un profane. A la lecture des pièces de procédure, le magistrat repère directement un problème qu'il doit investiguer. C'est par exemple le cas d'un **exposé des faits** qui n'est pas rédigé de manière chronologique par une des parties. Le magistrat interprète les incongruités procédurales comme des signes d'un problème plus fondamental. Le problème repéré par le magistrat cache parfois et permet de repérer un processus décisionnel défaillant ou une *ratio decidendi* douteuse.

---

<sup>295</sup> Cela fait écho à l'équilibre que recherchent les auditeurs entre l'expertise acquise au sein d'une section afin de gérer efficacement le dossier et la mécanisation à outrance du travail répétitif. « L'abatage » peut être le fait de certains contentieux relativement répétitifs et strictement balisés. C'était le cas du contentieux des étrangers lorsqu'il ressortait de la pleine juridiction du Conseil d'État. Ce peut également être le fait d'un magistrat particulièrement expérimenté qui a emmagasiné un grand stock d'expériences utiles pour résoudre routinièrement les litiges.

<sup>296</sup> Les heuristiques sont, selon Le Moigne (1994, p.19), « *des raisonnements plausibles, qui ne « marchent pas » toujours, mais qui s'avèrent parfaitement descriptibles* ». Ces raisonnements plausibles, selon le même auteur, permettent de « deviner », contrairement au raisonnement déductif qui permet de « démontrer ».

<sup>297</sup> Ginzburg (1980) retrace la genèse d'un paradigme indiciel qui se développe à la fin du XIX<sup>e</sup> siècle en Europe au sein de plusieurs disciplines, telle l'histoire de l'art (Morelli), la psychanalyse (Freud), la médecine ou la littérature policière (Conan Doyle). Ces disciplines indicielles ont pour principale caractéristique d'avoir pour objet des cas individuels, « **considérés en tant que tels, et qui pour cette raison, aboutissent à des résultats qui comportent une marge d'incertitude irréductible** » (Ginzburg, 1980, p.13).

<sup>298</sup> Cette configuration de l'interaction a des répercussions importantes. Seul devant ses documents, le magistrat qui ne comprend pas doit attendre des documents supplémentaires ou mettre en place des procédures interprétatives complémentaires, comparer d'autres documents, puisque la réparation (Goffman, 1973) n'est pas possible.

Grâce à leur expertise des moyens, les magistrats orientent le processus décisionnel sur base de la lecture de la requête. A partir des moyens, les magistrats infèrent un recours sérieux, un examen facile du dossier, la faiblesse ou la robustesse d'un raisonnement juridique.

Certains signes émergent par contre de **procédures interprétatives** mises en place par le magistrat. Parmi celles-ci, la **mise en dialogue des mémoires** de parties est particulièrement exemplative de cette heuristique du problème. La procédure contentieuse est organisée de manière telle que l'interaction est différée et intermédiée par les écrits de procédure. L'interprétation des documents est capitale pour comprendre les faits et les moyens de droit. Faire dialoguer les mémoires permet au magistrat de se doter de ressources interprétatives supplémentaires que la lecture isolée de ces mêmes textes ne fournirait pas. Ainsi, le fait pour une partie de s'entêter dans ses allégations ou, au contraire, de sembler faire machine arrière, le fait pour une partie de ne pas parvenir à répondre aux arguments de son adversaire, sont autant de signes que les magistrats interprètent et qui peuvent révéler un problème de légalité sous-jacent. Nous avons déjà évoqué cette propriété des procédés pratiques de l'interprétation qui consiste à clarifier le contenu d'une description en attendant des précisions ultérieures ou à l'inverse s'apercevoir que des événements antérieurs éclaircissent le discours présent (Cicourel, 1979, p.70).

Une autre procédure pratique consiste à comparer les pièces du dossier administratif à l'exposé des faits des parties, d'en tester la congruence afin d'en déduire la véracité des faits qui soutiennent le raisonnement juridique.

Ces indices constituent non seulement des appuis pratiques dont les magistrats disposent et à partir desquels ils orientent leurs pratiques. En outre, ces signes préfigurent, à des degrés divers, des problèmes qui seront liés à la légalité de la décision. En effet, l'activité juridictionnelle est orientée vers cet horizon ultime du recours qui est de dire le droit en se prononçant sur la légalité de la décision administrative. La seule perception d'un problème ne suffit pas. Elle doit être éprouvée. Cette épreuve, selon que le problème perçu est catégorisé comme un problème facile ou difficile varie. Les cas faciles subissent l'épreuve des faits, tandis que les cas difficiles subissent l'épreuve des moyens. Nous avons vu que le problème de sens commun doit résister à la mise en forme juridique. Nous nous permettons de renvoyer à ce sujet aux développements de la deuxième section de ce titre consacrée aux savoirs juridiques

### 1.3. La compréhension de la décision administrative comme préalable indispensable au jugement de droit

Selon qu'ils sont jugés faciles ou difficiles, les dossiers empruntent des cheminements différents. Les magistrats résolvent les « cas faciles » rapidement et routinièrement<sup>299</sup>, tandis que les « cas difficiles » demandent un travail interprétatif parfois conséquent. Pour parvenir à identifier les problèmes à résoudre dans les cas difficiles, le magistrat choisit de se plonger dans le dossier administratif pour comprendre la décision. Cette étape du processus, qui peut prendre plusieurs jours – et qui est souvent corrélée à la rédaction de l'exposé des faits – est un préalable indispensable au jugement. La décision administrative, objet du recours devant le Conseil d'État, est interprétée avant de subir un traitement juridique. Les arguments de droit ne peuvent s'accrocher à la réalité lissée de l'acte administratif, mais ont besoin d'aspérités pour pouvoir véritablement « coller aux faits ».

Les magistrats se plongent dans le dossier et tentent d'y trouver les éléments saillants, une première impression qui permettra d'orienter leur examen. Le temps de l'examen du dossier, les magistrats se focalisent sur la décision administrative, avec, en arrière-fond de leur examen, les arguments de droit développés par les parties qui sont autant de prismes interprétatifs possibles. Ils sondent le dossier, font parler les documents afin d'interpréter la décision administrative. L'immersion dans la factualité du cas permet au magistrat de saisir la décision dans son épaisseur, dans ses différentes **dimensions**. La décision a-t-elle été correctement adoptée, grâce à une démarche intellectuelle compréhensible ? Le magistrat examine la **dimension processuelle** de la décision administrative. La raison d'être de la décision, ses motifs, sont-ils compréhensibles et admissibles ? Le magistrat se penche alors sur sa **dimension substantielle**. L'autorité explicite-t-elle les raisons qui l'ont poussée à adopter l'acte ainsi que la manière dont elle l'a adopté ? Il s'agit cette fois de se prononcer sur la **dimension formelle** de la décision. Ces questions sont tout à la fois des appuis à la compréhension de l'acte et des critères d'évaluation de celui-ci. Ces dimensions font écho aux moyens de droit qui permettent l'ouverture d'un recours en annulation, tout en offrant des prises concrètes pour saisir la décision administrative. Celle-ci n'est pas appréhendée dans sa totalité désincarnée, c'est-à-dire en tant qu'acte administratif.

Lorsqu'une – ou plusieurs – dimension est défailante, la décision pose **problème**. Le magistrat subodore un éventuel problème de légalité. Il « sent » que quelque chose ne va pas ou au contraire que la décision est correcte. Ainsi, un processus décisionnel jugé défailant permet parfois d'interroger

---

<sup>299</sup> Selon Ogien et Quéré, la routine désigne un régime d'action lié à la maîtrise d'un savoir-faire. « *Acquise à force d'exercice et ne perdurant que par sa pratique continue (sans pratique, elle se perd), la routine est ce qui lui permet d'être tout à sa tâche, de se concentrer sur ce qu'il fait, de se passer de représentation de buts et d'économiser la réflexion et le raisonnement, la délibération et la planification* » (Ogien et Quéré, 2005, p.112).

le bien-fondé de l'acte. Le magistrat découvre alors, derrière une incongruité processuelle, des motifs cachés peu honorables. Les raisons cachées peuvent également être pressenties au détour d'une motivation absurde ou illogique.

Le magistrat perçoit une incongruité qui touche à la dimension substantielle ou processuelle de la décision. Il « sent » que pour des « raisons obscures » le candidat a été évincé, le fonctionnaire harcelé, l'entreprise adjudicataire écartée. Ce genre de décision est alors taxée de déraisonnable<sup>300</sup>, quand ce problème paraît difficilement surmontable, c'est-à-dire lorsqu'elle s'avère irrémédiablement incompréhensible ou inadmissible.

A partir du « sentiment qu'il y a un problème », le magistrat déploie son examen dans deux directions en fonction du sentiment qu'il a sur le problème : si le problème est **manifeste**<sup>301</sup>, c'est-à-dire choquant ou heurtant, le magistrat adopte un schéma d'interprétation évaluatif de la décision. Si, par contre, le problème n'apparaît **pas manifeste**, le magistrat interprétera la décision selon un schéma d'interprétation compréhensif. Repérer un problème dans un dossier est l'indicateur incontournable de la présence du raisonnable dans le raisonnement du magistrat. Le problème est perceptible parce que les choses ne suivent pas leur cours normal.

Le raisonnable constitue la boussole du raisonnement pratique des magistrats lorsque ces derniers se penchent sur la validité de la décision administrative. L'administration doit être raisonnable, autrement dit, elle doit éviter d'agir de manière anormale, incongrue, incompréhensible. Mais ce standard, pour pouvoir servir d'appui interprétatif, demande à être contextualisé. « *La contextualité des actions ordinaires constitue une ressource cruciale pour leur compréhension* » (Héritage et al., 1991, p.100). Cette catégorie pratique, irréductiblement indexicale, renvoie à des schèmes interprétatifs et justificatifs différents selon son contexte d'utilisation<sup>302</sup>. Ainsi, lorsque le Conseil

---

<sup>300</sup> La décision raisonnable allie une motivation complète et adéquate, une correction processuelle et des motifs admissibles.

<sup>301</sup> Nous avons vu que les magistrats mettent en place des procédures pratiques afin d'éprouver ce premier sentiment et surtout son caractère manifeste. Nous renvoyons aux développements des pages 275 et suivantes.

<sup>302</sup> Ainsi le raisonnable ne constitue pas une norme substantielle à laquelle les magistrats se réfèrent pour jauger le cas, mais indique la présence de procédures interprétatives du contexte décisionnel administratif. La nécessaire contextualisation du problème renvoie aux expériences réalisées par Garfinkel. Ce dernier, dans l'expérience de « conseil étudiant », arrive à des résultats qui peuvent paraître paradoxaux, relativement aux résultats obtenus dans les expériences déstabilisantes. Dans la première expérience, les étudiants ont continué à croire que les conseils qui leur étaient prodigués l'étaient par des spécialistes. Ils ont rivalisé d'ingéniosité pour trouver du sens dans les réponses pourtant fournies aléatoirement par le « conseiller expérimentateur ». En revanche, les expériences déstabilisantes ont débouché sur des réactions d'indignation et d'hostilité à l'égard de l'expérimentateur. Ces deux types de réactions sont liées au caractère intelligible et raisonnable ou au contraire inintelligible et déraisonnable que les sujets de l'expérimentation ont pu attribuer au comportement de



d'État contrôle le processus décisionnel, il se réfère à l' « administration raisonnable ». Par contre, lorsqu'il évalue la dimension substantielle de la décision, ses **motifs**, le référent s'élargit et devient l'homme de la rue raisonnable – « n'importe qui d'un peu sensé », « 95% de la population » –, rendant le jugement indiscutable, l'erreur inadmissible.

Les magistrats, lorsqu'ils se réfèrent au standard de l'administration raisonnable mobilisent des savoirs professionnels communs sur la manière dont fonctionne ou devrait fonctionner l'administration. Le raisonnable cristallise les « *attentes normatives d'arrière plan qui sont relatives au fait de reconnaître des cours d'action comme « normaux »* » (Barthélemy et Quéré, 2007, p.28).

## 1.4. Quelques éléments conclusifs sur la compréhension ordinaire

La compréhension renvoie à un savoir-faire professionnel, à des routines, à une expertise qui s'inscrit dans une logique des **impressions**. Les magistrats perçoivent une série **d'indices** qui constituent soit des signes à interpréter soit des indices révélateurs d'un problème.

D'une part, face à certains **signes** qui émanent généralement des documents, les magistrats infèrent des scénarii plausibles, une conviction sur le fondement des moyens, ou sur la validité d'une décision. Ils anticipent le cours normal des choses.

D'autre part, les signes d'incongruité constituent des « attracteurs catégoriels<sup>303</sup> » (Relieu, 1994 ; Aboubeker, 2009) d'un **problème** qui fera l'objet de procédures visant à l'éprouver, pour pouvoir *in fine* le formaliser comme un problème de légalité de la décision administrative.

Cette méthode indiciaire permet au magistrat de donner du sens au réel<sup>304</sup>, en ramenant l'irréductible singularité du cas à un cas connu, à des scénarios typiques, à un air de déjà vu. Cette méthode obéit

---

l'expérimentateur. « *Aussi longtemps que les expérimentateurs ont eu un comportement dont les procédures s'avéraient appropriées au contexte dans lequel ils se situaient, les sujets étaient prêts à réagir sur une base de « confiance » et à laisser passer en recourant à une interprétation dotée de « sens »* » (Heritage et al., 1991, p.103). En revanche, quand les expérimentateurs ont adopté un comportement inadéquat relativement au contexte de l'action, ce comportement a été socialement sanctionné.

<sup>303</sup> Marc Relieu a étudié la manière dont était perçue et se donnait à voir une leçon d'apprentissage de traversées de rue par des non-voyants. A cette occasion, il parle de la canne blanche tenue par la personne aveugle non pas comme d'« *un outil servant à détecter des obstacles et à construire un trajet, mais comme un **attracteur catégoriel**, comme un objet qui permet à son porteur de « monter en visibilité », c'est-à-dire de bénéficier d'une observabilité particulière, et surtout d'escompter des conséquences pratiques de l'utilisation, par les autres, de la catégorie comme **base d'inférence et d'action** »* (Relieu, 1994, p. 194).

non pas à une logique analytique mais à une logique **analogique**. Le jugement de reconnaissance relève de la **perception**<sup>305</sup>. Les magistrats reconnaissent perceptivement un cas facile, un avocat convaincu, une décision arbitraire, un exposé des faits objectif, un moyen sérieux ou un cas de jurisprudence similaire. Il s'agit d'une « *véritable activité cognitive, largement analogique, qui fonctionne pour l'acteur comme réducteur d'incertitude : face à une situation nouvelle, l'acteur recherche dans son stock d'expériences passées des situations analogues et s'en inspire pour prendre une décision et agir* » (Dechaux, 2010, p.727).

L'un et l'autre cas renvoient à l'existence d'un savoir professionnel commun, le plus souvent tacite, constitué de routines d'actions et de référents partagés. Lorsque les indices ne posent pas problème, ils permettent d'inférer, sur la base de ce qui se fait généralement, des cours d'action éprouvés. Lorsqu'ils révèlent un problème, ils font ressortir la « *nature normative de la compréhension ordinaire* » (Dupret, 2006a, pp. 57-82).

Le savoir ordinaire n'est jamais autant visible que lorsqu'il est problématique. Ainsi, l'incongruité d'un exposé des faits, d'une plaidoirie, du motif d'une décision administrative ou d'une manière de procéder de l'administration, rend tangible les « *propriétés d'arrière-plan des scènes quotidiennes en tant qu'elles sont attendues, standardisées et standardisantes, « vues sans qu'on y prête attention » (seen but unnoticed). Le membre de la société utilise les attentes d'arrière-plan comme schème d'interprétation. Par là les apparences réelles lui sont reconnaissables et intelligibles comme apparences-d'événements-familiers. [...] Il réagit à cet arrière-plan, tout en étant tout à fait incapable de nous dire précisément en quoi ces attentes consistent. Si on l'interroge à leur propos il a peu, sinon rien à en dire* » (Garfinkel 2007 [1967], p.99).

Selon que le magistrat interprète le cours de l'action juridictionnelle ou la décision administrative, cet arrière plan du jugement varie. Celui-ci s'incarne dans des **savoirs typiques**<sup>306</sup> à propos de

---

<sup>304</sup> Les acteurs comprennent le monde qui les entoure grâce à un **savoir de sens commun** conservé sous forme typifiée. « *L'objectivité et la typicité des objets et des événements ordinaires s'appréhendent sur une base d'allant de soi. [...] Les objets du monde social sont constitués dans un cadre de familiarité et de connaissance préalable alimenté par un stock de savoirs disponibles. [...] Ce stock de constructions sociales est conservé sous une forme typifiée. Ce savoir typifié, en fonction duquel les acteurs analysent le monde social est approximatif et révisable* » (Heritage et al., 1991, p.95). Le savoir typifié constitue une ressource interprétative pour les magistrats. Ce savoir est approximatif c'est-à-dire qu'il n'est pas codifié ou systématisé sous forme de règles, et révisable. Pour autant, les magistrats sont compétents et appréhendent le monde de manière routinière et non problématique (Schütz).

<sup>305</sup> La perception est première mais ne suffit pas. L'impression sera généralement éprouvée par la suite, ce qui est généralement corrélé à la traduction juridique du problème perçu.

<sup>306</sup> Ces savoirs typiques sont contextuels et révisables. Ils s'inscrivent dans un horizon d'intersubjectivité. « *L'intersubjectivité apparaît ainsi comme une base essentielle de l'action : chacun agit en présupposant que les autres se réfèrent aux mêmes cadres institutionnels et aux mêmes croyances légitimes concernant la vie sociale*

l'administration normale pour appréhender la décision administrative, tandis que le magistrat mobilise des savoirs typiques relatifs au déroulement habituel de la procédure contentieuse lorsqu'il doit attribuer du sens aux interactions différées par les documents et aux audiences, sachant que ceux-ci constituent leur situation d'action. Quoi qu'il en soit, ces savoirs professionnels partagés fournissent des appuis cognitifs au jugement, disponibles sous forme typifiée et formés par l'expérience.

Ces impressions permettent d'orienter les activités pratiques en donnant du sens aux cours d'action. « Ce sont les « certitudes » qui nous habitent au sujet de l'ordinaire des choses qui nous permettent de prêter une intelligibilité immédiate (même si elle est provisoire, incomplète et révisable) à ce qui se passe ou devrait se passer » (Ogien, 2007, p.165). Autrement dit, les conditions d'intelligibilité de l'action sont processuelles, en ce sens qu'elles sont constituées de « réinterprétations successives du passé et d'anticipations du futur, exhibant le caractère rétroactif et prospectif du raisonnement humain » (Cicourel, 1979, p.130). Pour Ogien et Quéré (2005), ces conditions sont thématiques par le concept de « réflexivité de l'action » qui est un « mouvement de constitution perpétuelle dans lequel chaque circonstance occurrente dans une interaction dépend totalement de la circonstance qui l'a immédiatement précédée en fixant, à son tour, les constituants de la circonstance suivante, sans qu'on puisse attribuer une finalité à cette dialectique puisque aucun des partenaires n'est en mesure d'en connaître le terme, ni dans le temps, ni dans ses conséquences » (Ogien et Quéré, 2005, p.103).

La compréhension a un caractère « incontournable **contextuel** » (Heritage et al., 1991, p.92). La situation d'action fournit les ressources nécessaires à leur interprétation. Les comportements sont directement compréhensibles dans et par l'action, leur signification est directement accessible sans qu'il soit nécessaire de convoquer les états mentaux de l'acteur. Le sens de l'action est public<sup>307</sup>, c'est-à-dire disponible dans le processus même de l'agir<sup>308</sup>. « L'espace **public** est constitué par le caractère méthodique des procédures du sens commun, garantissant cette lisibilité. Nous nous rendons

---

que lui, et que tout un chacun, socialisé dans le même contexte, connaît ces cadres et ces croyances et y souscrit. Ou encore : chacun agit en présupposant que les autres perçoivent les mêmes événements que lui, ne procèdent pas à des interprétations autres que celles qui sont fondées sur le sens commun, ou souscrivent à une conception identique de ce qu'est le cours normal des choses, ou la manière normale de procéder, dans la vie en société. Il s'agit de présuppositions pragmatiques révisables, qui, habituellement, sont tacites (elles ne sont pas posées par des actes exprès). Leur présence opératoire ne devient manifeste que quand un problème de coordination surgit » (Ogien et Quéré, 2005, p.69).

<sup>307</sup> « L'objectif revient ici à expliquer comment les membres ordinaires de la société comprennent leurs propres actions, plutôt qu'à ironiser à ce sujet. Il y a cependant plusieurs manières de théoriser le sens et l'action. L'ethnométhodologie – et c'est la clé de sa compréhension –, considère que le sens doit être considéré comme un **phénomène public** plutôt qu'interne et mentaliste, un phénomène pour lequel elle développe un intérêt procédural » (Travers 2001, p.352).

<sup>308</sup> Le raisonnement pratique intervient, selon Ogien et Quéré (2005, p.99), « dès lors que la sérialité d'une conduite, la séquentialité d'un procès et l'intentionnalité d'une action sont organisées de façon intelligible et justifiable, soit avant, soit dans le cours même de leur effectuation ».

*mutuellement intelligibles nos actions, nos intentions, nos sentiments. Cette intelligibilité mutuelle est inscrite dans des routines d'action et d'interprétation* » (Paperman, 1992, p. 104).

En rendant compte du travail cognitif c'est-à-dire des pratiques de connaissance ordinaire qui rendent publiques « *dans et pour l'action en cours, les significations distribuées dans l'environnement ou contenues dans les mots, les choses, les événements* » (Ogien, 2007, p.138), nous avons montré comment avocats, auditeurs et conseillers construisent publiquement et de manière collaborative<sup>309</sup> le jugement. Les réactions de chaque intervenant servent d'appuis évaluatifs des positions de chacun et participent de l'acceptabilité de la décision finale.

## 2. Les savoirs juridiques et le raisonnement juridique

Nous venons de voir comment la compréhension ordinaire permet de donner sens à l'action en train de se faire. L'identification du problème est centrale dans ce processus. Voyons à présent comment le droit, et plus particulièrement les catégories juridiques, orientent les pratiques juridictionnelles.

Les **catégories juridiques** équipent le raisonnement pratique des magistrats. Elles sont perçues comme objectives et signifiantes pour les acteurs sociaux (Dupret et Ferrié, 2004, p.43). « *La doctrine joue un rôle crucial dans la définition, la systématisation et surtout, l'enseignement des catégories juridiques* » (Cumyn, 2011, p.278). S'il y a lieu d'identifier les catégories juridiques, il est important de décrire les manières dont les magistrats s'orientent vers elles (Dupret et Ferrié, 2004, p.43). Devant relier un cas concret à une norme juridique, les catégories font partie des outils conceptuels du magistrat. Cependant, qu'elles s'originent directement dans la disposition légale ou qu'elles aient été mise en forme et en cohérence par la doctrine (Atias, 1994), les catégories juridiques, par leur niveau d'abstraction et de généralité, ne fournissent pas les appuis pratiques de leur application. Entre le

---

<sup>309</sup> Nous avons vu que **l'action juridictionnelle est distribuée**. Non seulement entre les différents corps de magistrats, mais entre les parties et les magistrats ce qui est particulièrement visible dans la construction de la conviction, dans la recherche de la jurisprudence ou dans la rédaction de l'exposé des faits. « Le Conseil d'État a décidé » s'inscrit dans une vision de l'acteur social rationnel, source de toute action. Il apparaît pourtant à l'analyse qu'il s'agit plutôt d'un processus de distribution et d'interdépendance de l'action décisionnelle. Chaque acteur (requérant, autorité administrative, auditeur et conseiller(s)) apporte sa pierre à l'édifice juridictionnel. Le requérant par sa requête délimite un cadre juridique à l'intérieur duquel le débat pourra avoir lieu. L'autorité administrative fournit les pièces et arguments pour soutenir la légalité de son acte. L'auditeur construit une proposition de décision qui sera discutée, amendée ou contestée par le(s) conseiller(s).

droit et le cas, s'ouvre un espace d'interprétation<sup>310</sup> qu'il importe de comprendre. C'est dans cet espace qu'interviennent les routines, les savoirs d'expérience, les savoirs de sens commun, l'utilisation d'artefacts cognitifs, qui permettent de réaliser le travail de liaison du cas et du droit. Ces procédures interprétatives du savoir juridique constituent les appuis nécessaires à la qualification des faits.

En droit, la catégorisation juridique est appelée qualification juridique. Nous ferons un détour par la science juridique afin d'évoquer la manière dont cette discipline formalise l'opération qui lie le cas concret et le droit grâce à la subsumption (section 2.1). Nous reviendrons ensuite sur les procédés d'interprétation du savoir juridique que sont le problème juridique et à la jurisprudence (section 2.2).

## 2.1. La qualification formalisée par la science juridique

Pour Rigaux (1997), la qualification juridique est considérée comme le « *nerf du raisonnement juridique* » (Rigaux, 1997, p.18). « *Qualifier c'est établir une relation d'appartenance entre la situation factuelle et un certain type de situation désigné dans l'hypothèse de la règle de droit* » (Ibid. p.67).

La qualification en droit est théorisée comme une opération intellectuelle qui « relie » les faits, c'est-à-dire une « *réalité tangible et matérielle* », et le droit, qui est « *l'ensemble des normes juridiques préexistantes, en tant que système de normes juridiques*<sup>311</sup> » (Janville, 2004, p.24). « *La qualification juridique des faits n'aboutit pas en soi à désigner une norme juridique en sa substance mais une composante conceptuelle par laquelle cette norme juridique appréhende le réel* » (Janville, 2004, p.24). L'élément conceptuel est, pour Janville, l'hypothèse envisagée par l'auteur de la norme juridique, la situation de fait envisagée abstraitement par la loi qu'il appelle encore la « *réalité idéale* ». La

---

<sup>310</sup> Cicourel parle des « *procédés interprétatifs* » qu'il considère comme des ressources de sens des structures sociales. Il fait du processus interprétatif une étape préalable indispensable à l'opération de qualification juridique. « *Les membres d'une société doivent apprendre à assigner une signification à leur environnement pour pouvoir établir les rapports entre les règles de surface et les cas particuliers. Les procédés interprétatifs sont donc des propriétés invariables du raisonnement pratique quotidien et sont nécessaires pour attribuer une signification aux règles* » (Cicourel, 1979, p.66).

<sup>311</sup> Les faits et le droit apparaissent comme des données présentées au juge dans leur objectivité. Le juge « *n'a plus qu'à* » identifier le droit applicable et à l'appliquer aux faits, éventuellement après avoir interprété les normes. Pourtant, ni les faits de la cause, ni les normes juridiques ne sont des données objectives du procès. Nous avons montré le travail de sélection, d'interprétation, de compréhension, de remaniement des faits et du droit. Pour autant, les faits du litige et les règles applicables ne sont pas des constructions subjectives et arbitraires. Comme nous l'avons vu, il appartient aux parties de soumettre au juge administratif les arguments de droit qui permettront de fonder le recours. Les magistrats ne peuvent soulever de nouveaux moyens pendant la procédure, exception faite des moyens d'ordre public. Les moyens contraignent donc le magistrat dans le choix des normes applicables sans pour autant déterminer mécaniquement son travail. Le magistrat peut choisir le moyen le plus pertinent, l'interpréter, choisir le problème juridique adéquat ainsi que la jurisprudence appropriée. Les règles sont appréciées sévèrement ou de manière plus souple. Du côté des faits, le magistrat est également lié par l'exposé des faits des parties et par les dossiers de pièces qu'elles fournissent au Conseil d'État. Bien que l'auditeur ait une compétence d'instruction, il ne demande pas systématiquement des pièces complémentaires.

qualification est alors l'opération qui consiste à créer une correspondance, une identité, entre la réalité casuelle et la réalité idéale, la réalité casuelle étant constituée des faits sélectionnés sur base de leur pertinence juridique.

Formaliser le raisonnement juridique sous les traits du syllogisme judiciaire est un des « lieux communs de la pensée juridique » (Rigaux, 1997). C'est dans les théories du raisonnement juridique et spécifiquement à propos de la qualification qu'il a été le moins fondamentalement mis en question.

La pensée juridique est traditionnellement associée à une logique d'inférence de type identité-conformité (Delmas-Marty, 1988 ; Papaux, 2003). Le cas singulier est subordonné à une règle déjà connue. La subsumption<sup>312</sup> est une opération logique, une procédure qui consiste à lier une règle à une donnée et renvoie à une opération de classement de l'espèce sous le genre. Cette logique de classement caractérise la théorie classique de la catégorisation, qui définit l'appartenance à une catégorie selon que l'occurrence à classer présente l'ensemble des propriétés jugées nécessaires et suffisantes pour définir intensionnellement la catégorie (Quéré, 1994). Qualifier des faits, objets, actes revient à les subsumer sous des catégories légales, par le biais des opérations d'étiquetage (Amselek, 1995, p.24 et 25). Certains auteurs interrogent cependant cette logique et proposent d'appréhender le droit selon une autre logique que ce soit une logique de proximité-compatibilité (Delmas Marty, 1988, p.22), une logique d'abduction (Papaux, 2003), une logique pragmatique (Frydman 2013) ou une logique herméneutique d'inspiration phénoménologique (Ricoeur, 2001) ou ontologique (Gadamer, Ost).

En dehors de cas d'écoles ou de problèmes juridiques relativement simples, le syllogisme paraît insuffisant. Il doit être **répété** – chaînes de syllogismes (Bergel, 2001), chaîne logique<sup>313</sup> (Ancel, 1998) – , **associé** à d'autres formes de raisonnement, notamment le raisonnement dialectique, ou encore **ajusté**<sup>314</sup> tout en demeurant la base conceptuelle qui permet au théoricien du droit de formaliser le raisonnement « *Pour que les deux ensembles conceptuels [le cas et la règle] puissent se fondre dans le*

---

<sup>312</sup> Classer sous, c'est-à-dire sub-sumer.

<sup>313</sup> Pour Ancel, qualifier, c'est définir « *la question de droit à résoudre, ce qui implique à la fois l'identification de la situation de fait à une notion juridique, et l'énoncé de la règle juridique applicable. [...] Il existe donc un **lien logique** qui conduit d'une situation de fait (la chute, le dommage, la réclamation de la victime) à sa qualification c'est-à-dire son **identification** au regard des catégories juridiques admises (il s'agit de responsabilité contractuelle), et à l'affirmation du droit substantiel qui s'y applique (les art. 1147 et s. C.civ.)* » (Ancel 1998, pp.846-847). La catégorie juridique « responsabilité contractuelle » fait ici fonction d'intermédiaire entre les faits et les dispositions légales. Ancel qualifie le raisonnement du juge de « *chaîne logique* ».

<sup>314</sup> Pour autant, l'application du droit n'est pas mécaniciste relevant uniquement de la logique. Le juge a un pouvoir créatif qui réside dans le rapprochement des faits et du droit, et plus particulièrement dans leur « *ajustement mutuel* » (Rigaux, 1997, p.65).

*jugement de subsomption ou de qualification, il faut, comme on ajuste un vêtement ou une tapisserie, tirer tantôt d'un côté, tantôt de l'autre* » (Rigaux, 1997, p.51). Cependant, rares<sup>315</sup> sont les théories de la qualification juridique qui proposent de saisir l'office du juge selon un autre modèle que celui du classement (Boukhari 2010).

Bref, quels que soient les bémols apportés par les théories du raisonnement juridique, le socle fondamental sur lequel repose la théorisation du raisonnement juridique reste inchangé : le syllogisme juridique demeure la figure de formalisation dominante. Cette convention théorique est, en outre, renforcée par l'utilisation par les juges de cette structure de raisonnement dans les décisions de justice. Sans mettre en cause la formalisation de la décision juridictionnelle, nous nous interrogeons sur les vertus heuristiques du syllogisme. Le syllogisme permet-il de comprendre le raisonnement du juge ? Est-il nécessaire de recourir à cette formulation ? Le syllogisme n'épuise pas la compréhension du phénomène juridique. Nous avons rendu compte, le plus fidèlement possible, des opérations matérielles et cognitives des magistrats sans avoir à recourir à cette figure logique. Comment cette conception syllogistique imprime-t-elle l'activité des juges ? La formalisation de la décision doit prendre une forme syllogistique. Elle oriente donc les pratiques de rédaction. Or, nous avons vu que les pratiques rédactionnelles commencent à l'entame du processus décisionnel.

## 2.2. Des manières de lier les faits et les droits : les pratiques de catégorisation au Conseil d'État

Partons de la conception largement répandue de la qualification juridique entendue comme l'opération qui lie des données factuelles à des prescriptions juridiques. Nous avons vu que cette entreprise, loin d'être un choix ponctuel guidé par la raison ou une opération logique mécanique, est un processus pratique qui engendre des descriptions de faits (exposé des faits), des catégorisations et des typifications. Ces deux dernières activités se réfèrent aux catégories légales mais également à d'autres appuis (jurisprudence, problème juridique, savoirs ordinaires relatif aux manières dont l'administration fonctionne habituellement). Entre le cas à résoudre et l'arrêt qui dit le droit, un monde de pratiques se déploie. Nous avons montré, dans le deuxième chapitre, que cet entre-deux est habité par deux mouvements : un processus de transformation des faits (mouvement de réduction des faits) et un mouvement d'amplification du droit.

---

<sup>315</sup> Papaux (2003) est l'auteur qui a remis le plus fondamentalement en question la théorie de la qualification juridique.

Au point de rencontre de ces deux mouvements, le problème juridique et la jurisprudence permettent d'opérationnaliser la **catégorisation juridique**. D'une part, les faits trouvent un point d'attache au droit grâce au problème juridique et d'autre part, la jurisprudence contextualise les dispositions légales. La jurisprudence et le problème juridique soutiennent le raisonnement juridique, le constituent et ce, parce que ce sont des entités juridiques hybrides, contenant à la fois des données juridiques et des données factuelles. Ils opèrent la synthèse entre l'abstraction de la règle formelle et la concrétude du cas à trancher.

Cette section vise à montrer que le problème juridique et la jurisprudence ont non seulement une fonction d'intermédiation entre des entités ontologiquement différentes – les entités factuelles particulières et concrètes et les entités juridiques générales et abstraites – mais, en outre, d'un point de vue cognitif, que ces artefacts cognitifs permettent l'intermédiation entre les savoirs juridiques et les savoirs professionnels ordinaires. Nous avons vu que les magistrats repèrent perceptuellement des problèmes, des incongruités. Or, ceux-ci, doivent subir l'épreuve du droit.

### 2.2.1. Le problème juridique traduit le problème de sens commun

Comment le problème juridique nous aide-t-il à rendre compte du raisonnement juridique pratique ? Ogien (2009) distingue la **sociologie de la connaissance ordinaire** qui met en avant les opérations épistémiques permettant de rendre publiques les significations déposées dans le monde et les **conceptions et savoirs de sens commun** qui permettent d'interpréter le monde. Dans le cadre de cette section, nous nous intéresserons à la connaissance ordinaire des magistrats et particulièrement aux processus de catégorisation juridique.

A condition de se détacher d'une vision objectivante<sup>316</sup> et aprioriste des **catégories**<sup>317</sup>, nous pouvons affirmer avec Hofstadter et Sander (2013), qu'elles sont le « cœur de la pensée ». Elles sont

---

<sup>316</sup> A la suite de Baudouin Dupret, nous proposons d'adopter une approche située de la catégorisation. « Observer, décrire et comprendre comment les gens font usage de catégories dans l'accomplissement de leurs activités en sorte de rendre le monde reconnaissable et organisable de manière pertinente pour eux » (Dupret, 2006a, p.16).

<sup>317</sup> « L'approche objectiviste de la définition ne parvient pas à expliquer notre compréhension des concepts : pour elle, une catégorie se définit en termes de théorie des ensembles ; elles se caractérise par un ensemble de propriétés inhérentes aux entités de la catégorie. Tous les objets de l'univers sont soit à l'intérieur, soit à l'extérieur de la catégorie. Les objets situés dans la catégorie sont ceux qui ont toutes les propriétés inhérentes requises. S'il manque à un objet une ou plusieurs propriétés inhérentes, il est situé en dehors de la catégorie. Cette analyse ensembliste ne correspond pas à la façon dont nous catégorisons les objets et les expériences. Pour



omniprésentes dès qu'il s'agit d'appréhender le réel en le mettant en mots. Les catégories nous aident à comprendre et à agir sur le monde qui nous entoure, elles constituent le support de la cognition.

L'hypothèse que nous défendons est la suivante : le problème juridique apparaît comme une catégorie juridique pratique de niveau intermédiaire, qui lie la catégorie légale et le cas concret. Dès lors, le magistrat ne subsume pas le cas particulier sous la règle générale, mais il entreprend un processus de rapprochement des faits et de la catégorie juridique. Pour ce faire, il abstrait et sélectionne progressivement les faits et opérationnalise la catégorie juridique grâce à une question problème. Cette catégorie juridique opérationnalisée, que nous appelons problème juridique, articule de manière particulière une disposition légale qu'il interprète et des faits conceptualisés. Ce travail de liaison opère singulièrement, au cas par cas, selon une logique prototypique.

La disposition légale constitue l'enveloppe formelle de la catégorie, son expression lexicale mais renseigne peu sur son noyau conceptuel. Les règles de droit sont des expressions indexicales, des prétextes (Ost, 2009), figés par le législateur dont le sens est autorisé par les juridictions. Derrière les mots coulés dans la disposition légale, derrière la rigidité lexicale des termes réglementaires, s'ouvre un vaste champ d'interprétation structuré, organisé et mobilisé grâce au processus de catégorisation opérationnalisé par le problème juridique et la jurisprudence. **Le problème juridique permet de typifier le cas concret qui gagne en généralité. Cette typification se fait en référence aux règles juridiques et aux concepts juridiques tels qu'ils sont mobilisés dans les moyens**<sup>318</sup>. Dans le processus de qualification, l'entité qui fait office de catégorie n'est donc pas la disposition légale<sup>319</sup> mais le problème juridique. Le problème juridique, c'est-à-dire la disposition telle qu'elle est concrétisée par le cas particulier typifié, constitue une catégorie d'un niveau intermédiaire (Rosch, 1978) en ce sens qu'il n'est plus tout à fait concret ni totalement abstrait.

---

*les êtres humains, la catégorisation est principalement un moyen de comprendre le monde* » (Lakoff et Johnson, 1985, p.132).

<sup>318</sup> Pour rappel, nous avons vu que le magistrat cosélectionne les éléments du dossier et les arguments juridiques et les ordonne autour d'un problème juridique qui leur donne du sens. Les faits ne deviennent pertinents que parce qu'ils font échos à des prétentions juridiques contenues dans le moyen. Le moyen n'est lui-même relevant qu'au regard des faits. Cette cosélection, cette mise en lien des faits pertinents et des moyens aptes à fonder l'annulation se construit à travers les opérations pratiques que sont l'analyse des pièces du dossier administratif, la lecture des mémoires, la rédaction du rapport et du projet d'arrêt, les discussions informelles entre collègues, la recherche de précédents, la consultation des travaux préparatoires, la comparaison des différentes pièces de procédure. Ces pratiques qui constituent le quotidien des magistrats ne sont pas un simple préalable à l'action de juger mais configurent les séquences d'action qui composent le processus décisionnel. Elles concourent toute, de manière cumulative à la mission ultime du Conseil d'État qui est de dire le droit en se prononçant sur le fondement des moyens.

<sup>319</sup> Ancel (1998) a déjà montré l'utilité de penser la catégorisation juridique grâce au concept juridique qui fait figure d'intermédiaire entre la réalité factuelle et la règle juridique.

## 2.2.2. La jurisprudence apporte une solution au problème

Une fois le cas typifié, relevant d'une catégorie explicitée sous la forme d'une question problème, la jurisprudence est sollicitée afin de proposer des réponses concrètes. Nous avons vu dans le deuxième chapitre comment les magistrats recherchent les arrêts de jurisprudences similaires. Ils identifient le problème juridique et tentent de trouver un cas proche, ou dégagent une norme prototypique d'une série d'arrêts sélectionnés en fonction du problème juridique retenu. La catégorisation juridique n'opère pas tel un classement de l'espèce sous un genre, passant du même au même, mais va de l'analogie à l'analogie, par le rapprochement de l'occurrence – le cas à trancher – à un modèle prototypique – le cas déjà tranché ou la norme prototypique jurisprudentielle (Papaux 2003).

Les catégories légales, générales et abstraites doivent nécessairement être accompagnées d'exemples ou de modèles « *non pas simplement pour les illustrer mais pour les signifier, pour qu'elles puissent faire sens et non demeurer dans des formules creuses* » (Papaux 2007, p.131). Ces exemples prototypiques participent de la compréhension de la règle. Ils existent en tant que corpus de jurisprudence et nécessitent, de la part du magistrat qui les consulte, une sélection, un choix d'occurrence qui incarne une référence prototypique.

L'analogie est au cœur des pratiques situées des magistrats. L'inférence analogique a suscité un regain d'intérêt ces trente dernières années, et ce, dans plusieurs disciplines (De Coster, 1978 ; Lakkof et Johnson, 1985, Ricoeur, 1995, Dworkin, 1994). En droit, le tournant linguistique (Bourcier et Mackay, 1991 ; Van Andel et Bourcier, 1999) a ouvert le phénomène juridique à une problématique sémiotique. La manière dont l'analogie a été intégrée dans la théorie du raisonnement juridique a été l'abduction<sup>320</sup>. Cette troisième inférence formelle<sup>321</sup> développée initialement par Pierce (Angue, 2009), renvoie au raisonnement par analogie, qui, dans la littérature juridique, concerne le plus souvent des cas de vide juridique (Falcon y Tella, 1998). Le juge doit alors pallier l'insuffisance ou l'incomplétude de la loi en appliquant par analogie des règles qui, de prime abord, en étaient exclues. Un des exemples les plus fameux d'un tel raisonnement abductif est le vol d'électricité<sup>322</sup> (Frydman, 1995).

---

<sup>320</sup> L'abduction est un mode inférentiel de raisonnement qui introduit une hypothèse dans la seconde prémisse (la règle) pour proposer une explication à la survenance d'un cas surprenant. Ce raisonnement s'inscrit dans les inférences logiques classiques qui interdisent que la conclusion comporte un élément nouveau, non déjà contenu dans les prémisses. L'explication émerge dans l'expérience et non à l'issue d'un raisonnement construit (Angue 2009, p.75).

<sup>321</sup> Sont considérées, par la logique, comme des inférences formelles, la déduction, l'induction et l'abduction (Van Andel et Bourcier, 1999).

<sup>322</sup> A la fin du XIX<sup>ème</sup> siècle, les juridictions ont été confrontées à des cas de branchements illicites d'appareils électriques. Face à ces cas, pouvaient-ils qualifier ces branchements de vol au sens du Code pénal alors que le vol

Selon Falcon y Tella, l'analogie juridictionnelle<sup>323</sup> se déroule lorsqu'il existe notamment une similitude de cas et une identité de raison.

L'analogie en droit est pourtant plus fréquente que les rares cas d'école qui illustrent le rôle supplétif de ce type de raisonnement *a pari*<sup>324</sup>. Loin d'être exceptionnel, le raisonnement analogique est omniprésent dès que l'on sort du cadre imposé par la logique juridique et qu'on accepte de se focaliser sur autre chose que sur l'opération formelle qui lie le cas à la loi. Comprendre ce qui se joue *entre* le cas et la loi implique de comprendre le raisonnement pratique, et particulièrement le rôle que joue la jurisprudence comme instance d'intermédiation. Dans une telle perspective, l'analogie est au « cœur de la pensée<sup>325</sup> » juridictionnelle. L'analogie est l'opération cognitive qui structure le raisonnement juridique pratique.

---

porte sur une chose matérielle ? Le raisonnement tenu par la Cour de cassation française a assimilé l'électricité à l'eau.

<sup>323</sup> Falcon y Tella M.J. (1998, p.68) relève quatre conditions indispensables à l'existence d'analogies : l'existence d'une lacune normative ; l'existence d'une disposition juridique analogue ; l'existence d'une similitude de cas et d'une identité de raison et l'inexistence d'une volonté du législateur contraire à l'analogie.

<sup>324</sup> Benoit Frydman (1995, p.1056) situe l'origine de ce raisonnement dans les arguments logiques développés par la pensée scolastique.

<sup>325</sup> En référence à l'ouvrage de Hofstadter D. et Sander E., « L'analogie. Cœur de la pensée », Odile Jacob, 2013.

## Titre 2 - Le savoir juridique est-il spécifique ?

Qu'est-ce qui fait la spécificité du savoir juridique ? Les juristes connaissent le droit. Est-ce la connaissance des normes juridiques qui fait le juriste ? Est-ce la connaissance du dictionnaire italien qui fait que l'on sait parler cette langue ?

Pour répondre à cette question de la spécificité de l'expertise juridique, il importe de distinguer la structure du raisonnement, c'est-à-dire la nature des inférences d'une part et les contenus des savoirs<sup>326</sup> d'autre part. Sur base des données empiriques disponibles, nous émettons l'hypothèse que la structure du raisonnement n'est pas spécifique mais que le contenu des savoirs est commun aux juristes, et pour ce qui nous concerne, aux magistrats du Conseil d'État.

### 1. La structure du savoir

#### 1.1. L'analogie comme inférence ordinaire

Nous avons montré que les magistrats réalisent des inférences à tout moment (logique indiciaire, heuristique du problème, etc.). Cependant, les inférences qui nourrissent le raisonnement pratique orientent l'action, ce qui les distingue des règles d'inférences formelles<sup>327</sup>. La formalisation en logique consiste à codifier des règles d'inférence valide dans l'argumentation (Coulter, 1994, p. 44). Le syllogisme appartient à cet effort de formalisation. La théorie du droit a d'ailleurs repris cette structure formelle, pour abstraire le raisonnement juridique. La logique formelle apparaît comme un instrument de validation du raisonnement, ce qui renvoie à des critères de véridiction des propositions.

---

<sup>326</sup> Cette distinction rappelle les activités qui composent la compréhension telle qu'Albert Ogien la définit. « La compréhension implique deux types d'activité : celui, premier, qui met en jeu ces opérations épistémiques de la connaissance ordinaire qui rendent publiques l'objectivité des significations déjà déposées dans le monde ; et celui, auxiliaire, qui est constitué par l'incessant travail d'interprétation que les individus mettent publiquement en œuvre en mobilisant à cette fin l'ensemble des conceptions et des savoirs de sens commun dont ils disposent » (Ogien, 2009, p.513).

<sup>327</sup> « Comment les philosophes se trompent lorsqu'ils cherchent dans la **correspondance** des mots et des choses l'explication de la véridiction. Il y a bien vérité, réalité, mais il n'y a ni correspondance, ni adéquation. Il existe un mouvement beaucoup plus sûr pour attester, avérer ce que nos disons, qui nous fait aller de biais, de travers, en crabe, à travers les couches successives de transformations, perdant à chaque fois la plupart des éléments, en gagnant chaque fois de nouveaux, sautant le pas qui sépare la matière de la forme sans autre aide parfois qu'une ressemblance plus ténue que ces rampes de fer qui aident parfois les grimpeurs dans les passages trop acrobatiques » (Latour 2007, p.210).

Lorsqu'on adopte une vision praxéologique de la cognition, la question n'est pas d'identifier le modèle de raisonnement qui permet de rendre compte de la pensée formelle ou rationnelle, mais de mettre en lumière toutes les opérations épistémiques (Ogien 2009) pratiques qui contribuent à tracer les chaînes inférentielles du raisonnement. Elle consiste alors à savoir comment les magistrats catégorisent, classent, comprennent, comparent, trient à toute fin pratique. Ces opérations tendent à domestiquer (Callon et al., 1986) le réel en ramenant l'inconnu du cas singulier à des savoirs d'expérience.

Donner du sens au réel, en ramenant l'inconnu au connu, que cette opération soit nommée « abduction » (Papaux, ), « grammaire cognitive » (De Munck, 1999), « ressemblance de famille » (Wittgenstein), analogie (Hofstadt et Sander, 2013), métaphore (Wunenburger, 2000 ; Lakoff et Johnson, 1985) obéit non pas à une logique analytique mais analogique. Cette reconnaissance relève de la **perception**. Les magistrats reconnaissent perceptivement un cas facile, un avocat convaincu, une décision arbitraire, un exposé des faits objectif et un moyen sérieux, un cas de jurisprudence similaire. Que ce soit dans la **perception de la manière dont la procédure contentieuse se déroule**, dans la perception du problème lié à une **décision administrative** ou dans la perception de la **similarité d'un cas de jurisprudence**, le savoir acquis permet de ramener la nouveauté du phénomène à quelque chose de connu. La logique analogique est la forme d'inférence pratique qui rend la pensée pratique possible.

Le raisonnement juridique pratique, tout comme la compréhension ordinaire, convoque un raisonnement qui ne répond pas à une logique de classement mais à une logique **d'analogie**. En droit, on ne classe pas, on rapproche, on construit du comparable. La métaphore est le moteur du raisonnement (De Munck, 1999). Pour Hofstadt et Sander, « *L'analogie n'est autre que l'élan vital faisant battre le cœur de la pensée ; et lorsque nous parlons du « cœur de la pensée », c'est la catégorisation que nous avons en tête* » (Hofstadter et Sander, 2013, p.25).

## 1.2. Les catégories

Depuis Platon et Aristote, la **catégorie** est définie par une série de conditions nécessaires et suffisantes. L'ensemble de ces critères d'appartenances forment *l'intension* de la catégorie tandis que l'ensemble des entités qui peuvent être classées sous la catégorie, constitue son *extension* (Fradin et

al., 1994). Cette conception de la catégorisation vise à saisir l'essence des objets qui nous entoure, malgré leur singulière diversité, et poursuit une logique classificatoire du monde.

Cette logique classificatoire a l'avantage de la systématisme et de la cohérence, mais bute contre la complexité et la nouveauté de l'entité à classer. En effet, même pour les objets quotidiens de la vie courante, la catégorisation peut s'avérer complexe. Une olive est-elle un fruit ? Les sandales sont-elles des chaussures ? Une éponge est-elle un ustensile de cuisine<sup>328</sup> ? Une chaise à trois pieds demeure-t-elle une chaise, tout comme un tigre en est-il toujours un s'il a un pelage blanc plutôt que fauve ? Au regard des critères intensionnels classique, ces cas qui paraissent ordinairement évident, ne résistent pas à la logique analytique. La logique des ensembles renforce l'hésitation quant à l'appartenance des objets sociaux (Conein<sup>329</sup>, 2011), ce qui amène Hofstadt et Sander à affirmer que les catégories sont aussi « *évanescences et insaisissables, aussi floues et vagues que les nuages* » (Hofstadt et Sander, 2013, p.75).

Bien que la logique formelle peine à rendre précisément compte de la catégorisation d'objets ou de phénomène hybrides ou inconnus, le raisonnement de sens commun appréhende naturellement, c'est-à-dire, sans difficulté majeure, le monde vécu. Celui-ci est saisi, la plupart du temps, dans un horizon de familiarité (Schütz, 2010), car il est ramené, de manière analogique à une expérience passée. La signification de la catégorie ne dépend pas de critères analytiques fixés une fois pour toutes, mais d'un état du **savoir sur le monde**, synthétique et évolutif. Ce savoir de type encyclopédique<sup>330</sup> ne peut jamais être entièrement explicité, sauf à le ramener à une logique du dictionnaire. Un savoir entièrement codifié, s'il permet la systématisme, ne permet pas de rencontrer la contingence et la **nouveauté** du réel non explicité dans la règle.

Appréhender les catégories comme des entités sémantiques existant en dehors du monde vécu paraît impraticable. La cognition se révèle procédurale<sup>331</sup> (Cardon, 1995) car les catégories sont des expressions indexicales, c'est-à-dire des « *propositions dont la valeur de vérité est toujours locale, circonstanciée et relative à l'action en train de se faire* » (Ogien, 2007, p.129). La signification des

---

<sup>328</sup> Le livre d'Hofstadt et Sander (2013) regorge d'exemples évocateurs et savoureux.

<sup>329</sup> Utilisant une définition restreinte de la catégorisation entendue comme un jugement perceptif recognitionnel, Conein exclut même la possibilité de catégoriser les faits sociaux.

<sup>330</sup> « *L'analogie n'offre pas seulement le moyen de résoudre une affaire délicate ; elle peut contribuer à cette occasion à la construction du système juridique considéré comme une encyclopédie en expansion constante* » (Frydman, 1995, p.1062).

<sup>331</sup> « *L'approche de la catégorie ne serait plus sémantique mais procédurale ; elle ne reposerait pas sur l'incorporation de représentations individuelles mais sur une connaissance de sens commun, partagée, publique et observables, de la structure sociale* » (Cardon, 1995, p.132).

catégories se déroule en contexte. Ce dernier renvoie à deux choses. En tant que background (De Munck, 1999) ou **d'attentes d'arrière plan** (Garfinkel, 1967), le contexte dresse un espace de familiarité et d'évidences élémentaires avec le monde. Le contexte culturel est un savoir d'acculturation *taken-for-granted*. Les institutions, les interactions cadrent les significations possibles. Les connaissances partagées ne trouvent pas leur source dans un stock de connaissances communes mais sont rendues possibles grâce à des procédures garantissant l'établissement de **l'intersubjectivité**<sup>332</sup> (Mondada, 2000).

« On ne décide pas si un objet appartient à une catégorie en examinant s'il présente chacune des propriétés nécessaires et suffisantes spécifiées par la définition de la catégorie, mais en le comparant à des membres typiques de la catégorie, à des exemples standards ou à des propriétés typiques » (Quéré, 1994, p.13-14). A partir de l'exemplaire central d'une catégorie (Rosch, 1973), on évalue le degré d'appartenance à la catégorie. L'extension d'une catégorie n'est donc pas déterminée par des critères binaires d'inclusion-exclusion. C'est la ressemblance avec certains traits typiques de l'exemplaire central qui déterminer son appartenance à la catégorie.

De même, les catégories pratiques utilisées par les magistrats sont des catégories prototypiques, qu'il s'agisse du problème juridique ou de la jurisprudence. Analogie et catégories prototypiques forment la structure du raisonnement juridique comme du raisonnement ordinaire. Affirmer que la structure du raisonnement juridique pratique n'est pas spécifique n'implique pas que les pratiques concrètes ne soient pas spécifiques à une communauté de magistrats qui partagent un langage commun ainsi que des savoir-faire professionnels et institutionnels.

## 2. Le contenu des savoirs

Nous envisagerons deux types de savoirs juridiques. Dans une première section, nous proposerons d'envisager l'expertise commune à l'ensemble des juristes comme la maîtrise du langage juridique. Dans une deuxième section, nous reviendrons sur le savoir-faire professionnel commun aux magistrats du Conseil d'État.

---

<sup>332</sup> « Quand on avance que les membres d'un monde social se rapportent les uns aux autres selon la modalité de l'intersubjectivité, cela veut dire, d'une part, qu'ils présupposent un monde partagé en commun, d'autre part, que le milieu dans lequel ils agissent et interagissent est un milieu où chacun se sent obligé vis-à-vis des autres. [...] La présupposition d'un monde commun est la présupposition d'une communauté de personnes dont on suppose qu'elles perçoivent, ou peuvent percevoir, les mêmes choses que soi, adopter la même perspective ou partager les mêmes systèmes de pertinence » (Ogien et Quéré, 2005, p.68).

## 2.1. Le savoir juridique comme une compétence langagière

Latour (2004 ; 2012) affirme que le droit connaît un « régime de véridiction » particulier que le néophyte peut retracer en suivant l'adjonction du terme « juridique » aux opérations qu'il observe. Dupret parle d'un « régime d'énonciation » spécifique. Ce dernier caractérise le savoir juridique par la maîtrise du langage juridique : « *Le savoir profane se fonde le plus souvent sur des éléments de savoir technique et, inversement, le savoir professionnel comporte un substrat profane important. En fait, il importe surtout de constater à quel point les éléments sont imbriqués, chacun des deux types de sens de la justice s'appuyant sur des bribes de savoirs partagés. La différence essentielle vient peut-être alors plus du mode d'énonciation des règles de référence que de la substance même de ces règles, de la **pragmatique de leur énonciation** et non de leur sémantique* » (Dupret, 2006a, p.131).

Brunet ne dit pas autre chose lorsqu'il commente l'ouvrage de Schauer<sup>333</sup> relatif au raisonnement juridique. Dans le débat entre réalistes et dogmatiques américains au sujet de l'explication du raisonnement juridique, la question est peu ou prou celle-ci : est-ce le juge qui détermine la solution du litige ou est-ce la règle de droit ? Brunet tranche le débat comme suit : « *La résolution du paradoxe est ici non pas une question de logique mais de connaissance empirique et de savoir-faire. Pour penser comme un juriste (ou comme un avocat), il faut non seulement connaître les arguments auxquels sont sensibles les juges mais aussi savoir les dissimuler derrière des règles de droit qui parviendront à justifier telle solution plutôt que telle autre. Ainsi, même le plus réaliste des juristes a besoin de connaître le droit et de tenir compte des méthodes les plus classiques avec lesquelles les juges parviennent à justifier les règles qu'ils font. **En d'autres termes, les droit n'est pas qu'un langage obéissant à certaines règles logiques, il est aussi une langue qu'il faut apprendre à parler pour se faire comprendre de ses locuteurs*** » (Brunet, 2013, p.202).

Pierre Noreau (Cumyn, 2010, p.278) affirme que « *les catégories juridiques ne permettent pas de penser le droit. Elles permettent de penser juridiquement, ce qui est très différent.* »

La maîtrise du langage juridique est fondamentale. Cette maîtrise caractérise pour une grande part l'expertise des professionnels du droit et particulièrement des magistrats du Conseil d'État. Ceux-ci sont compétents car ils maîtrisent les catégories juridiques (qui sont les catégories légales et les catégories du savoir doctrinal). C'est particulièrement remarquable lorsqu'un requérant décide d'attaquer l'acte administratif sans l'aide d'un avocat. Entre la partie requérante et le Conseil d'État,

---

<sup>333</sup> Schauer Frederick, "Thinking Like A Lawyer. A New Introduction To Legal Reasoning", Harvard University Press, 2009.



l'avocat joue un rôle de traducteur : il traduit les plaintes de son client en griefs, traduit dans le langage du droit son mécontentement ou l'injustice qu'il ressent. Lorsque le requérant décide de venir critiquer seul l'acte administratif, il parle le langage de sens commun, formule des injustices ordinaires que le magistrat bienveillant interprète et retraduit en moyens de droit et en illégalités.

*« En droit comme dans les autres domaines, les catégories ont cette caractéristique qu'une fois apprises, leur utilisation devient intuitive : elle paraît aller de soi » (Cumyn, 2011, p.278).*

La maîtrise de cette sémiotique, naturelle pour les magistrats, demeure impénétrable pour le profane. *« Le droit jurisprudentiel n'est réellement connaissable que par des juristes. Littéralement, la règle de droit ne [se] lit directement nulle part. Elle n'existe que comme déchiffrement d'un message codé à plusieurs degrés : connaître les décisions, en dégager au-delà de la solution d'espèce la signification normative, structurer ces données sur le plan historique, distinguer ce qui est répétition, développement, revirement » (Vedel, 1980, p.38).*

Lorsque les magistrats interprètent la procédure contentieuse et la décision administrative, à toutes fins pratiques, ils repèrent des problèmes de sens commun. Ils sont tenus de traduire ce problème en problème juridique pour que leur décision soit juridiquement pertinente.

## 2.2. Le savoir professionnel pratique des magistrats

Outre la maîtrise pratique des catégories juridiques, les magistrats ont acquis expérimentalement un savoir typifié qui leur permet de comprendre leur environnement. Nous ne reviendrons pas sur les contenus de ces savoirs sur lesquels nous nous sommes étendu longuement sous le titre précédent.

## Conclusions du chapitre 4 : Les modèles de la cognition

Quand l'administration prend-elle une décision déraisonnable ? Lorsque la décision paraît absurde, dénuée de tout fondement, incompréhensible répondent les magistrats. Quelle est dès lors la différence entre le rationnel et le raisonnable<sup>334</sup> ? Sont-ils synonymes dans l'esprit des magistrats ?

Dans l'affirmative, les magistrats n'utilisent pourtant jamais le terme rationnel. Pourquoi préfèrent-ils utiliser le terme raisonnable ? A titre d'hypothèse, on pourrait avancer que la Rationalité n'est pas symboliquement neutre. Elle est intrinsèquement liée à la modernité et au déclin du modèle scientifique des lumières.

Deux mondes, deux modèles de pensée s'opposent. Un modèle hérité du positivisme cartésien qui a imprégné et imprègne encore une partie non négligeable des travaux en sciences juridiques et en sociologie du droit, et un modèle pragmatique hérité de la phénoménologie (Husserl, 1992 ; Wittgenstein, 1953 ; Schütz, 1987) et de la dialectique aristotélicienne (Papaux<sup>335</sup>, 2003 ; Ost<sup>336</sup>, 2009).

Dans le **modèle analytique**<sup>337</sup>, la connaissance est formalisée et vise à « *construire des modèles abstraits des phénomènes en fonction d'une théorie générale* » (Garfinkel, 2001 [1996], p.32). Ces modèles visent la « *nécessité logique, la distinction apodictique du vrai et du faux* » (Dechaux, 2010, p.728). Quant aux raisonnements, ils sont théorisés sous les traits d'inférences logiques, telle que la déduction ou la subsomption. « *Dans le cas de la subsomption-déduction, on s'attache à repérer des identités de structure permettant d'établir un constat de conformité : le cas n'est que la reproduction du modèle, l'application de la catégorie* » (Ost, 2009, p.51). La catégorisation répond à une logique classificatoire qui identifie et classe un objet d'expérience – un fait en langage juridique – comme un exemplaire particulier d'un même général – la catégorie factuelle visée par la disposition légale. Le couple identité-conformité forme le noyau du raisonnement.

---

<sup>334</sup> Le couple rationnel-raisonnable a été particulièrement étudié par Perelman (Le raisonnable et le déraisonnable en droit, LGDJ, 1984), puis, sur ses traces, par Aarnio (Le rationnel comme raisonnable. La justification en droit, LGDJ, 1992) et plus récemment par Corten (L'utilisation du raisonnable par le juge international, Bruylant, 1998).

<sup>335</sup> Papaux (2003) distingue la « catégorisation statique », caractérisée par une « métaphysique cartésienne de l'univocité » d'une « catégorisation dynamique » héritée de la « métaphysique aristotélicienne de l'analogie ».

<sup>336</sup> « *Le premier monde est celui de Descartes et de la métaphysique de l'univocité : on part d'un point-origine absolu d'où l'on croit pouvoir inférer par déduction une connaissance ferme et apriorique. Le monde de la complexité en revanche est celui d'Aristote : un monde de réalités relatives et mouvantes qu'on n'appréhende que par un jeu d'analogies, aptes à saisir à la fois les ressemblances et les dissemblances. L'aristotélisme dynamique se présente comme la recherche en acte, le passage du connu à l'inconnu par l'établissement de proportions dont il faut juger de la pertinence* » (Ost, 2009, p.55).

<sup>337</sup> De Munck (1999) dénomme ce modèle le modèle de la Règle.

Abduction (Papaux, 2003), raisonnement prototypique (De Munck, 1999) ou analogie (Hofstadt et Sander, 2013) partagent une même critique du modèle formel et tentent d'apporter une théorisation alternative au modèle de la logique déductive que nous désignerons comme le **modèle pragmatique**. Dans ce modèle, les activités cognitives « relèvent de la connaissance ordinaire, une connaissance tacite et étroitement articulée à l'action qui ne vise pas la nécessité logique, la distinction apodictique<sup>338</sup> du vrai et du faux, mais plutôt le vraisemblable, le probable, le possible » (Dechaux, 2010, p.728).

Wittgenstein, dans ses derniers écrits, a dénoncé l'omniprésence des critères scientifiques comme critères de rationalité et d'intelligibilité du monde qui laissent de côté le langage ordinaire et le raisonnement pratique de sens commun. La logique formelle lui semblait inadéquate pour saisir les pratiques langagières<sup>339</sup>. Il a dès lors proposé de substituer aux règles de calcul logique du langage idéal une grammaire logique du langage naturel. Les règles de calcul logique sont « supposées exactes, complètes, et interprétables indépendamment de tout contexte » (Coulter, 1994, p.46). Il s'inscrit en faux contre la recherche d'une essence des formes d'expression ou des concepts et propose l'analogie de la « ressemblance de famille ».

On doit notamment à la psychologue, E. Rosch, d'avoir développé, le concept de « ressemblance de famille » dans le domaine de la psychologie cognitive. Elle a développé une théorie du **prototype** qui permet de sortir de la vision aristotélicienne de la catégorisation<sup>340</sup>.

---

<sup>338</sup> « L'apodicticité désigne ce dont le contraire est possible. L'ordre propositionnel du raisonnement logique exclut d'admettre à la fois A et non-A. le raisonnement naturel ou ordinaire se déploie sur un autre plan qui traite davantage du vraisemblable que de la nécessité logique » (Dechaux, 2010, p.728).

<sup>339</sup> Dans les Investigations philosophiques (1986), Wittgenstein se demande comment définir les « jeux ». Plutôt que de chercher des caractéristiques stables et communes à tous les jeux, il soutient qu'on ne peut donner une définition aristotélicienne en termes de conditions nécessaires et suffisantes. Mais il souligne que, pour autant, l'usage du mot « jeu » n'est ni chaotique, ni arbitraire. Le concept est flou et largement indéterminé, ce qui n'empêche pourtant en rien son usage dans le langage courant. Il introduit alors la notion de « ressemblance de famille » qui permet de tracer un réseau conceptuel à partir des analogies et des affinités que les concepts entretiennent entre eux.

<sup>340</sup> Il existe deux grandes conceptions de la catégorisation. « L'une raisonne en termes extensionnels d'affiliation des objets à des classes ou à des catégories d'appartenance : l'acte de déterminer et d'individuer a alors pour moments essentiels l'abstraction et la comparaison de traits, la subsomption et l'inférence (application des propriétés générales de la catégorie au cas considéré). L'autre insiste plutôt sur le choix d'une propriété, sur la spécification d'un « moment caractéristique » ou sur la sélection d'une description, ainsi que sur le caractère opératoire du concept ou de la catégorie. [...] les concepts ne sont pas des entités isolées, closes sur elles-mêmes : ils sont organisés en réseaux, où ils renvoient les uns aux autres et s'entre-signifient. Quiconque maîtrise un langage dispose d'une capacité de connecter les choses les unes aux autres » (Quéré, 1994, p.21). Ces deux conceptions de la catégorisation renvoient à deux modèles cognitifs antagonistes.

En sciences sociales, Garfinkel et Sacks poursuivront le projet de Wittgenstein de praxéologie de la communication. Ils insisteront notamment sur l'**indexicalité** des expressions du langage naturel qui fait dépendre du contexte d'utilisation le sens des expressions indexicales. L'analyse de conversations a montré que bien que la logique formelle puisse élucider certaines méthodes de raisonnement, elle ne constitue pas une structure sous-jacente d'intelligibilité sociale. Sous leur impulsion, la logique devient informelle et s'ancre dans la *praxis*.

*« Cette aperception se fait par « réveil » ou « rappel » d'expériences sédimentées, par le biais de synthèses d'association, accouplement, appariement ou apprésentation (Husserl, 1939). [...] Les types ne sont pas des concepts de l'activité intellectuelle ; leurs relations ne sont pas réglées par des lois de la logique formelle » (Cefaï p.109).*

La recherche de la Vérité<sup>341</sup> et les conditions de validité du raisonnement ne constituent pas l'horizon épistémologique de la connaissance ordinaire. Celle-ci prend appui sur l'intersubjectivité qui renvoie aux savoirs de sens commun. La compréhension des acteurs ne se base pas sur des critères de validité objectifs explicites mais sur un horizon de savoirs partagés.

---

<sup>341</sup> Notons que les sciences sociales relativisent la notion de Vérité et lui préfèrent le terme de véracité. A propos de l'intervention sociologique, O. Kuty attirait en effet l'attention sur le fait que *« les sciences sociales d'aujourd'hui sont devenues des sciences de la contingence : la rationalité est limitée, la plurinormativité est la règle. [...] Le travail de la raison n'est plus production d'un principe de rationalité unique traversant tous les champs sociaux comme le fonctionnalisme ou un certain marxisme nous l'avaient fait penser. La « one best way » a également déserté le champ scientifique. De ce fait, la question de la légitimation scientifique d'ordre contingent se pose dans des termes nouveaux : l'invocation de la science par les acteurs n'est plus celle d'un principe d'intégration unique, transcendant objectivement les intentions des acteurs. La question de la véracité devient centrale »* (Kuty, 2001, p.136).

## Conclusions générales

Comment décident les juges (Troper 2010) du Conseil d'État ? Pour comprendre le raisonnement juridictionnel nous avons choisi de le saisir par ses pratiques les plus concrètes, les plus ordinaires. Il s'agissait de rendre compte du droit en action (Dupret, 2006a), c'est-à-dire du droit tel qu'il est interprété et tel qu'il sert de référence aux magistrats du Conseil d'État. Cette approche du raisonnement a permis de déployer des espaces aplanis par l'abstraction et la formalisation.

Dans un premier temps, nous avons cherché à rendre compte de la progression du dossier au sein du Conseil d'État afin de comprendre comment l'arrêt s'élabore processuellement, matériellement et en contexte. Ensuite, nous avons montré que le raisonnable matérialise les attentes d'arrière-plan de compréhension et d'évaluation de la décision administrative et en ce sens, sert d'appui interprétatif de la décision administrative qui est l'objet du recours. Enfin, nous avons proposé une lecture cognitivement située de l'action juridictionnelle.

Décrire l'office du juge tel qu'il se fait, renvoie à une figure du juge hésitant, interprétant, évaluant et choisissant qui inquiète car il bouscule la représentation, dans la pensée juridico-politique continentale, de l'œuvre juridictionnelle comme de la figure du juge objectif et impartial. Si le droit ne s'applique pas de manière mécanique, selon la modalité du « tout-ou-rien »<sup>342</sup> ; si le juge est un acteur qui dispose d'un pouvoir d'appréciation ; si le raisonnement juridique n'opère pas de manière objective en s'appuyant sur un savoir standardisé dont les fondements se réfèrent à une épistémologie scientifique mais à une épistémologie ordinaire ; comment éviter l'**arbitraire** ?

Une des craintes de la doctrine juridique est la déliquescence de la sécurité juridique, pierre angulaire de l'État de droit, dans la médiation subjective de la singularité du cas. Notre thèse tend à proposer une réponse pragmatique à ces peurs philosophico-politiques. Lorsque les magistrats se réfèrent au raisonnable, ils exercent un jugement de normalité et réintroduisent une forme de régularité. Cette régularité est pragmatique, et non plus juridique.

---

<sup>342</sup> Zagrebelsky distingue la « *scientia juris* » qui renvoie à une rationalité formelle de la « *juris prudentia* » se référant à une rationalité matérielle qui s'intéresse au contenu du droit. « *Alors que le critère des premières est l'opposition qualitative vrai-ou-faux ; tout-ou-rien, dans les secondes, c'est une progression quantitative du moins au plus approprié, du moins au plus opportun, du moins au plus adéquat* » (Zagrebelsky, 2000, p.120).

Le droit n'a pas une normativité intrinsèque. Les acteurs s'orientent vers le droit, en l'interprétant et en s'y référant. La normativité du droit, qu'il s'agisse de la normativité de la règle invoquée par les parties ou de la normativité de la jurisprudence, est immanente ; elle se situe dans le social, dans l'action d'appliquer le droit en contexte, c'est-à-dire dans un horizon d'attentes partagées qui sont incarnées par la notion du raisonnable.

Les données empiriques, si elles montrent l'étendue du pouvoir discrétionnaire du juge, montrent également une très grande homogénéité des pratiques malgré un travail de plus en plus solitaire. Les magistrats ne sont pas des francs-tireurs excentriques non pas parce qu'ils appliquent mécaniquement le droit, non pas parce qu'ils obéissent à des normes sociales contraignantes ou parce qu'ils sont mus par une logique de classe<sup>343</sup>. Les magistrats jugent raisonnablement parce qu'ils travaillent et agissent dans un horizon d'attentes partagées, étant membres d'une communauté de langage (Garfinkel, 1967). Ils partagent un même langage, le langage juridique, mais ils parlent surtout la même langue, celle objectivante et bienveillante<sup>344</sup> du contentieux administratif. Pour Zagrebelsky (2010, p. 120) le **raisonnable**, expression de sens commun n'est autre que ce qu'on appelle classiquement « la « prudence » dans le traitement du droit ». Le sens commun apparaît comme une soupape de sécurité entre un positivisme rigide et un droit de façade auquel on tord le cou. Le respect de la légalité fait partie de ce savoir partagé au Conseil d'État.

Dès lors, plus qu'un standard juridique (Rials, 1980), le raisonnable apparaît comme un standard praxéologique. Un arrêt ne peut y faire référence pour fonder en droit sa décision. Il ne peut servir de référence au jugement. Par contre, il constitue un « procédé interprétatif » (Cicourel, 1979) de la légalité de la décision administrative et par cette fonction contribue à construire et à maintenir l'ordre social<sup>345</sup>.

---

<sup>343</sup> Dans une perspective non-dispositionnaliste de l'action, l'acteur est mu par des objectifs propres. Se pose le « problème de l'ordre hobbesien » (Heritage et al., 1991, p.93) et de la coordination des actions. Les pères fondateurs de la sociologie ont proposé une solution normative : les acteurs intériorisent durant leur socialisation un certain nombre de valeurs morales qui orientent les actions individuelles (Durkheim, Parsons). Ces valeurs sont institutionnalisées par la société d'où émerge la cohésion sociale.

<sup>344</sup> « *Le principe de proportionnalité invite chaque intervenant à mettre de la proportion dans ses actions... et doit dissuader à la fois le citoyen d'abuser de ses droits, l'administration d'excéder ses pouvoirs, le législateur d'abîmer les libertés, le juge d'exaspérer son contrôle, le politique d'exacerber ses rancœurs, le professeur d'exagérer ses critiques, le journaliste d'échauffer les esprits* » (Martens, 1992, pp.65-66).

<sup>345</sup> « *Les membres de la société utilisent les propriétés des **procédés interprétatifs** pour comprendre de façon pratique leur propre environnement, et les sociologues doivent considérer de telles activités (et leurs propres travaux) comme des méthodes efficaces pour construire et maintenir l'**ordre social*** » (Cicourel, 1979, p. 70).

C'est peut être finalement la vocation de la sociologie du droit : dérouler les pratiques pour faire apparaître, dans les routines d'interprétations et dans la quotidienneté des raisonnements, la force du langage juridique et la nature structurante et structurée de l'action juridictionnelle.

## TABLE DES MATIERES

<b>INTRODUCTION GÉNÉRALE .....</b>	<b>5</b>
<b>1. L'objet de recherche : comment se construit le processus décisionnel ? .....</b>	<b>6</b>
<b>2. Se saisir de la décision juridictionnelle : du choix rationnel à l'action située .....</b>	<b>9</b>
2.1. Le paradigme rationaliste de l'action .....	10
2.2. Le paradigme de l'action située pour saisir le phénomène juridictionnel. ....	15
2.2.1. La dimension processuelle de l'action .....	19
2.2.2. La dimension matérielle de l'action.....	20
<b>3. La méthodologie de recherche .....</b>	<b>22</b>
3.1. La méthode de récolte du matériau empirique : les entretiens approfondis .....	23
3.2. Le matériau recueilli .....	26
3.3. La posture méthodologique et épistémologique adoptée.....	27
<b>4. Le plan de thèse .....</b>	<b>30</b>
 <b>CHAPITRE 1 – LE CONSEIL D'ÉTAT. QUELQUES ÉLÉMENTS DE CONTEXTUALISATION</b>	 <b>33</b>
<b>1. Présentation de la section du contentieux du Conseil d'État comme objet d'étude .....</b>	<b>34</b>
1.1. Le contentieux administratif : compétences .....	34
1.2. L'organisation (conseillers, auditeurs et attachés juristes) .....	35
1.2.1. Les auditeurs.....	35
1.2.1.1. Les compétences.....	35
1.2.1.2. L'organisation des sections .....	36
1.2.2. Les conseillers d'État .....	38
1.2.3. Les attachés juristes .....	40
<b>2. Les procédures contentieuses au Conseil d'État .....</b>	<b>40</b>
2.1. Les différentes voies procédurales.....	40
2.1.1. Le recours en annulation .....	41
2.1.2. Le recours en suspension .....	44
2.1.3. Le recours en suspension d'extrême urgence .....	46
2.1.4. Le recours en cassation .....	46
2.2. La procédure en débats succincts .....	47
2.2.1. Les requêtes en annulation .....	47
2.2.2. Les requêtes uniques : l'impasse sur le préjudice .....	48
2.2.3. Les critères de classement procédural des dossiers.....	50
2.3. Des différentes manières de clore les procédures.....	52
2.3.1. L'aboutissement de la procédure : l'arrêt est rendu .....	52
2.3.2.1. Le retrait d'acte.....	53
2.3.2.2. Le défaut d'envoi du mémoire en réplique .....	53
2.3.2.3. Le désistement d'instance .....	53
2.4. Processus et procédures : quels choix pour la thèse ?.....	53
 <b>CHAPITRE 2. LES PROCESSUS DECISIONNELS AU CONSEIL D'ÉTAT .....</b>	 <b>55</b>
<b>Introduction .....</b>	<b>55</b>



## **TITRE 1- LE PROCESSUS DÉCISIONNEL AU CONSEIL D'ÉTAT : UNE APPROCHE SITUÉE DE L'ACTION JURIDICTIONNELLE .....57**

### **Introduction .....57**

#### **1. L'action située : action et situation se conditionnent mutuellement .....58**

#### **2. Le contexte d'action .....59**

##### 2.1. Notre posture de recherche face aux documents ..... 60

###### 2.1.1. Les documents sont des objets intermédiaires ..... 61

###### 2.1.2. Les trois dimensions des objets intermédiaires ..... 62

###### 2.1.2.1. La dimension cognitive des objets intermédiaires ..... 62

###### 2.1.2.2. La dimension représentationnelle des objets intermédiaires ..... 63

###### 2.1.2.3. La dimension processuelle des objets intermédiaires ..... 64

##### 2.2. Les interactions différées et intermédiées par les documents ..... 66

#### **3. L'action.....68**

##### 3.1. La dimension intersubjective et le statut de l'acteur ..... 69

##### 3.2. La dimension pratique et cognitive de l'action ..... 71

## **TITRE 2 – LE CHEMINEMENT DU DOSSIER À L'AUDITORAT. COMPTE RENDU DES PROCESSUS DÉCISIONNELS .....73**

### **Introduction .....73**

#### **1. La gestion du flux des requêtes et l'ouverture des nouveaux dossiers .....75**

##### 1.1. La répartition des requêtes au sein de l'auditorat ..... 75

##### 1.2. La désignation des parties et la mise en état du dossier..... 75

###### 1.2.1. L'auditeur désigne les parties ..... 75

###### 1.2.2. Le pré-classement des dossiers en fonction des problèmes juridiques soulevés ..... 76

###### 1.2.3. La mise en état du dossier ..... 78

##### 1.3. Le retour et le classement des dossiers mis en état : le traitement immédiat ..... 78

###### 1.3.1. Le tri des dossiers selon des critères pragmatiques de priorité ..... 79

###### 1.3.1.1. Les choix liés au contenu : les dossiers simples et rapides ..... 79

###### 1.3.1.2. Les choix procéduraux ..... 81

##### 1.4. L'ouverture d'un nouveau dossier : les dossiers prioritaires ..... 81

###### 1.4.1. Les règles officielles de priorité ..... 81

###### 1.4.2. Les dossiers « pilotes » ..... 82

###### 1.4.3. La hiérarchisation des dossiers selon leur nature ..... 83

###### 1.4.4. L'urgence induite par le requérant ou son avocat..... 83

###### 1.4.5. La gestion de la charge de travail au sein de son propre cabinet..... 84

#### **2. L'examen d'un nouveau dossier .....86**

##### 2.1. Le préalable à l'examen du fond du dossier : la décision de recevabilité ..... 86

###### 2.1.1. La recevabilité du recours..... 86

###### 2.1.1.1. Les causes d'irrecevabilité ..... 87

###### 2.1.1.2. L'intérêt au recours..... 88

###### 2.1.1.2.1. Le défaut d'intérêt : la décision ne fait pas grief..... 88

###### A. Les critères objectifs ..... 88

###### B. Les critères subjectifs ..... 89

###### 2.1.1.2.2. La perte d'intérêt liée à l'écoulement du temps..... 91

##### 2.1.2. La recevabilité du moyen : *l'exceptio obscuri libelli* ..... 92

###### 2.1.2.1. La lecture littérale des moyens..... 93

###### 2.1.2.2. La lecture compréhensive des moyens ..... 94

###### 2.1.2.2.1. Les contextes incitatifs à la bienveillance ..... 94

###### 2.1.2.2.2. La limite de la lecture bienveillante ..... 95

2.1.3. L'appréciation de la recevabilité : entre la lettre et l'esprit du recours .....	96
<b>2.2. L'examen du fond du dossier .....</b>	<b>98</b>
2.2.1. Première lecture superficielle des écrits de procédure .....	100
2.2.1.1. L'appréhension globale du dossier .....	100
2.2.1.2. Une première impression sur le sérieux des moyens.....	103
2.2.1.2.1. Les moyens sérieux manifestement fondés .....	103
2.2.1.2.2. Le « Moyen qui ne tient pas la route » .....	104
2.2.1.2.3. Les « Moyens sérieux qui prêtent à discussion ».....	104
2.2.1.3. Une première impression sur la facilité ou la difficulté du cas.....	105
2.2.2.1. Une première impression : le moyen manifestement fondé .....	106
2.2.2.2. L'épreuve : le moyen subit l'épreuve des faits .....	109
2.2.2.3. La rédaction du rapport.....	110
2.2.2. Les « cas difficiles » .....	111
2.2.2.1. L'émergence d'une impression qui guide le travail .....	112
2.2.2.1.1. L'interprétation des signes qui fondent l'impression .....	113
A. La première impression qui émane du style rédactionnel et du dialogue des mémoires .....	113
B. L'écart entre les qualités attendues et constatées de l'exposé des faits.....	115
2.2.2.1.2. La rédaction de l'exposé des faits.....	116
A. La genèse de l'exposé des faits : les appuis pratiques à la rédaction .....	116
a) L'exposé des faits original : le dossier administratif et les pièces du requérant.....	117
b) L'exposé des faits copié-collé : les mémoires des parties.....	118
• Copiés-collés intégraux.....	118
• Copiés-collés partiels .....	119
c) L'exposé des faits synthétique : synthèse entre les mémoires et le dossier.....	119
• L'exposé d'une partie comme structure de base .....	119
• La comparaison des exposés des faits.....	120
• Le dossier comme pièce décisive.....	120
B. Les trois formes d'objectivité.....	121
C. Le contenu de l'exposé des faits .....	122
a) Contrainte « formelle » à la rédaction : l'exposé des faits chronologique .....	123
b) Le processus de cosélection des faits et de moyens.....	124
c) Le choix des faits pertinents et objectivité.....	126
D. Le langage des signes pour se forger une impression .....	128
2.2.2.2. L'absence de « première impression » au terme de l'examen du dossier administratif, la rédaction de l'exposé des faits et la confrontation des mémoires.....	129
2.2.2.3. L'examen des moyens : la première impression est soumise à l'épreuve des moyens .....	130
2.2.2.3.1. Le problème juridique.....	131
2.2.2.3.2. La rédaction de la synthèse des moyens .....	134
A. La synthèse originale des moyens .....	134
a) Le résumé des moyens .....	134
b) La réorganisation et le remaniement des moyens .....	135
B. Le copié-collé des moyens .....	136
2.2.2.3.3. Le problème juridique : l'opérationnalisation du problème juridique par la « question-problème ».....	138
2.2.2.4. La solution concrète à la question posée par le problème : la jurisprudence.....	141
2.2.2.4.1. La jurisprudence comme une réponse à la question posée par le problème juridique .....	142
2.2.2.4.2. Les pratiques de recherches jurisprudentielles .....	143
A. La recherche exploratoire : la jurisprudence répond à la question problème et apporte une solution .....	143
a) La recherche casuistique.....	145
b) La recherche prototypique .....	147
B. La recherche confirmatoire : la jurisprudence comme critère d'évaluation de la solution dégagée par l'auditeur .....	150
a) La jurisprudence trouvée paraît concordante .....	151
b) La jurisprudence trouvée paraît discordante.....	151
i. L'absence de similarité des cas .....	151

ii. Le renvoi à l'assemblée générale .....	153
2.2.2.4.3. La citation des arrêts.....	154
2.2.2.4.4. Le caractère contraignant de la jurisprudence .....	155
2.2.2.5. La discussion des moyens et la finalisation du rapport .....	156
2.2.2.5.1. Le moyen – manifestement – fondé .....	157
2.2.2.5.2. L'examen de plusieurs, voire de tous les moyens.....	158
A. Les vieux dossiers .....	158
B. La conviction chancelante .....	158
C. Les carrousels .....	159
D. Les conceptions de l'efficacité .....	160
2.2.2.6. L'évaluation de la décision juridictionnelle : l'intérêt au moyen.....	161
2.2.2.6.1. Les recours purement formalistes .....	161
2.2.2.6.2. Le bénéfice concret de l'annulation.....	162
2.2.2.6.3. La différence entre l'intérêt au recours et l'intérêt au moyen .....	164

### **TITRE 3 – LE CHEMINEMENT DU DOSSIER DANS LES CHAMBRES DU CONSEIL. COMPTE RENDU DES PROCESSUS DÉCISIONNELS ..... 166**

#### **Introduction .....166**

#### **1. La fixation de l'audience.....166**

#### **2. L'examen du dossier par le conseiller rapporteur .....168**

2.1. La lecture des pièces de procédure.....	168
2.1.1. Les premières impressions sur le rapport .....	168
2.1.2. Une première épreuve : les derniers mémoires.....	169
2.1.3. La lecture du dossier administratif pour arrêter la conviction du conseiller .....	170
2.1.3.1. Le rapport sérieux est éprouvé par le dossier .....	170
2.1.3.2. Le rapport ne tient pas la route et le conseiller rapporteur doit trouver la solution du litige ...	170
2.2. Le processus rédactionnel : le projet d'arrêt.....	172
2.2.1. La rédaction du projet d'arrêt <i>ex ante</i> ou <i>ex post</i> ? .....	172
2.2.2. La rédaction de l'exposé des faits.....	173
2.2.3. La rédaction de l'exposé des moyens .....	176
2.2.3.1 La procédure en annulation.....	176
2.2.3.1.1. Le choix des moyens .....	177
A. Un seul moyen a été examiné par l'auditeur .....	177
B. Plusieurs / tous les moyens ont été examinés par l'auditeur .....	178
2.2.3.1.2. Le choix du raisonnement.....	179
2.2.3.1.3. La réouverture des débats pour pouvoir choisir le moyen .....	180
2.2.3.2. La situation particulière des débats succincts .....	181
2.2.4. L'examen pratique des moyens.....	182
2.2.4.1. Les conséquences de l'arrêt.....	183
2.2.4.1.1. L'impact sur le cas concret.....	183
A. Les effets de l'annulation dans le chef du requérant.....	184
B. Les effets de l'annulation dans le chef de l'autorité administrative : l'hypothèse de la réfection de l'acte .....	184
a) Eviter de se substituer à l'administration.....	184
b) Donner des indications utiles à l'administration .....	185
2.2.4.1.2. L'impact de la décision sur la jurisprudence .....	186
A. La cohérence : les arrêts qui confirment ou nuancent la jurisprudence existante .....	186
B. Pour les arrêts novateurs, la prudence est de mise .....	187
a) Limiter le flux des futurs recours.....	188
b) Impacter les pratiques concrètes de l'administration.....	190
2.2.4.2. L'impact de la composition du siège sur les nouvelles questions de droit .....	190

#### **3. Le déroulement de l'audience .....191**

3.1. Le rapport du conseiller rapporteur .....	192
3.2. Les plaidoiries .....	192
3.3. L'avis oral de l'auditeur .....	194
3.3.1. L'avis oral confirme l'avis écrit .....	194
3.3.2. L'avis oral nuance l'avis écrit .....	195
3.4. Les questions orales des conseillers .....	195
<b>4. Les délibérations .....</b>	<b>196</b>
4.1 Les choix liés à la composition de la chambre .....	196
4.1.1 Le référé et les débats succincts : prise de responsabilité individuelle ou collégiale ? .....	196
4.1.2. La concertation informelle .....	197
4.1.3. La collégialité renforcée : le délibéré à quatre .....	198
4.1.4. La collégialité tripartite .....	198
4.2. Le déroulement du délibéré .....	199
4.2.1. La délibération autour du projet d'arrêt .....	199
4.2.1.1. Corriger et/ou avaliser le projet .....	200
4.2.1.2. Amender le projet .....	201
4.2.1.3. Modifier le projet et discuter du fond de l'affaire .....	201
<b>5. L'approbation, la signature et la numérotation de l'arrêt .....</b>	<b>202</b>

## **TITRE 4 – LES PROCESSUS DECISIONNELS AU CONSEIL D'ETAT : UN DOUBLE MOUVEMENT DE REDUCTION FACTUELLE ET D'AMPLIFICATION JURIDIQUE .....**

<b>Introduction .....</b>	<b>204</b>
<b>1. Le mouvement de réduction des faits .....</b>	<b>206</b>
1.1. De l'acte à la décision .....	206
1.2. De la décision aux faits juridiques de l'exposé des faits .....	206
1.2.1 Le processus de sélection .....	207
1.2.1.1 L'horizon pratique de la rédaction de l'exposé des faits : la véracité et la pertinence juridique .....	207
1.2.1.1.1. La neutralité et l'objectivité .....	207
1.2.1.1.2. La pertinence juridique et la véracité .....	208
1.2.1.2. Le processus de sélection proprement dit .....	210
1.2.2. Le processus d'abstraction des faits .....	210
<b>2. L'amplification du droit : de l'impression sur le moyen à l'arrêt qui dit le droit .....</b>	<b>213</b>
2.1. Les catégorisations pragmatiques et les impressions typiques .....	215
2.1.1. La catégorisation pragmatique des moyens : les premières impressions .....	215
2.1.2. La logique indiciaire des impressions : les indices d'un problème .....	217
2.1.2.1. Un savoir d'expérience .....	218
2.1.2.1.1. Les indices d'un problème de légalité dans la manière dont sont rédigés les écrits de procédure .....	218
A. La contrariété à la manière habituelle de procéder .....	219
B. Les signes de la conviction .....	220
C. Le dialogue des mémoires .....	220
2.1.2.1.2. La base d'inférence : l'audience comme une scène signifiante .....	222
2.1.2.2. La nature des signes interprétés .....	223
2.2. La conviction .....	224
2.2.1. Les moments où la conviction apparaît .....	225
2.2.1.1. Les cas faciles .....	225
2.2.1.2. Les cas difficiles .....	227
2.2.2. Le caractère public de la conviction .....	229
2.3. L'amplification du droit .....	231
<b>3. Les instances d'intermédiation .....</b>	<b>233</b>

3.1. Le problème juridique et la question problème.....	235
3.2. La jurisprudence .....	237
<b>Conclusions : le raisonnement en tant que processus de liaison d'entités factuelles et d'entités juridiques ...</b>	<b>241</b>
<b>CHAPITRE 3 – LA GRAMMAIRE DU RAISONNABLE.....</b>	<b>243</b>
<b>Introduction .....</b>	<b>243</b>
<b>TITRE 1 – LE RAISONNABLE : QUELQUES PERSPECTIVES THEORICO-JURIDIQUES</b>	<b>246</b>
<b>1. Le raisonnable dans la théorie et la philosophie du droit .....</b>	<b>246</b>
1.1. Raisonnable et raison : les approches positivistes .....	247
1.2. Raisonnable et valeurs .....	249
1.3. Conclusions.....	251
<b>2. Le raisonnable comme catégorie du discours professionnel en droit administratif .....</b>	<b>252</b>
<b>TITRE 2 – LA « GRAMMAIRE DU RAISONNABLE » : QUELQUES PERSPECTIVES PRAXEOLOGIQUES.....</b>	<b>255</b>
<b>1. Le schème compréhensif : le problème n'est pas manifeste .....</b>	<b>258</b>
1.1. Les appuis pratiques à la compréhension de la décision .....	259
1.1.1. La motivation : l'obligation d'explicitier les raisons qui fondent la décision .....	261
1.1.2. La posture de l'autorité administrative : démarche réflexive .....	263
1.1.3. Les motifs : la <i>ratio decidendi</i> de l'autorité administrative .....	265
1.1.3.1. L'absence de motifs .....	266
1.1.3.2. Les raisons cachées .....	267
1.1.4. La convergence des trois dimensions .....	268
1.2. La divergence entre les différentes dimensions.....	270
1.2.1. La dimension formelle est minorée .....	270
1.2.1.1. Le rejet du formalisme .....	271
1.2.1.2. Les motifs réels et la motivation ostensible .....	272
1.2.2. La dimension processuelle versus la dimension substantielle .....	274
<b>2. Le schème évaluatif : le problème est manifeste .....</b>	<b>276</b>
2.1. La perception d'un problème manifeste .....	277
2.1.1. L'évidence comme critère du manifeste .....	278
2.1.2. Les indices pragmatiques de l'évidence : l'absence d'hésitation et l'unanimité .....	279
2.2. La normalité ou le bon sens juridictionnel en action et en contexte .....	281
2.2.1. La place de la normalité dans le jugement .....	282
2.2.1.1. La norme probabiliste : « Ex eo quod plerumque fit » .....	283
2.2.1.2. Dans la norme : le rejet des cas extrêmes : « in medio stat virtus » .....	284
2.2.2. La procédure en incongruité.....	285
2.2.2.1. La substitution comme procédure en incongruité.....	286
2.2.2.2. L'administration normale comme horizon de jugement .....	287
2.2.2.2.1. L'administration raisonnable : l'évaluation du processus décisionnel .....	288
2.2.2.2.2. La personne douée de raison : l'évaluation des motifs .....	289
2.3. Le passage du jugement ordinaire au jugement juridique .....	290
2.3.1. L'évaluation du processus décisionnel administratif.....	292
2.3.2. Le bien fondé des motifs .....	292
2.3.3. Les divergences entre la dimension processuelle et la dimension substantielle de la décision .....	295
2.3.4. La complémentarité des critères d'évaluation .....	297
<b>3. Le raisonnable, boussole du raisonnement juridictionnel pratique .....</b>	<b>298</b>

## **CHAPITRE 4 – LE RAISONNEMENT JURIDICTIONNEL PRATIQUE AU CONSEIL D’ÉTAT. QUELQUES RÉFLEXIONS FINALES ..... 308**

**Introduction .....308**

### **TITRE 1 – LE RÔLE DES SAVOIRS DANS LE JUGEMENT DE DROIT..... 312**

#### **1. Les savoirs de sens commun et la compréhension ordinaire au Conseil d’État .....312**

1.1. Jalons théoriques pour une compréhension des raisonnements pratiques ..... 313

1.2. La compréhension du processus juridictionnel : le cours d’action comme ressource interprétative..... 315

1.2.1. Un savoir d’expérience ..... 316

1.2.2 La logique des impressions et l’heuristique du problème comme appuis cognitifs à la compréhension pratique ..... 317

1.3. La compréhension de la décision administrative comme préalable indispensable au jugement de droit 319

1.4. Quelques éléments conclusifs sur la compréhension ordinaire..... 321

#### **2. Les savoirs juridiques et le raisonnement juridique .....324**

2.1. La qualification formalisée par la science juridique ..... 325

2.2. Des manières de lier les faits et les droits : les pratiques de catégorisation au Conseil d’État..... 327

2.2.1. Le problème juridique traduit le problème de sens commun ..... 328

2.2.2. La jurisprudence apporte une solution au problème ..... 330

### **TITRE 2 - LE SAVOIR JURIDIQUE EST-IL SPECIFIQUE ? ..... 332**

#### **1. La structure du savoir .....332**

1.1. L’analogie comme inférence ordinaire..... 332

1.2. Les catégories ..... 333

#### **2. Le contenu des savoirs .....335**

2.1. Le savoir juridique comme une compétence langagière..... 336

2.2. Le savoir professionnel pratique des magistrats ..... 337

Conclusions du chapitre 4 : Les modèles de la cognition ..... 338

## **REFERENCES BIBLIOGRAPHIQUES ..... 351**

## Références bibliographiques

**AARNIO Aulis**, 1992, *Le rationnel comme raisonnable*, Story Scienta, L.G.D.J., Bruxelles-Paris.

**ABOUBEKER Naziah**, 2009, « Savoir et ne pas (plus) se faire avoir. Une approche dynamique du travail administratif des fonctionnaires au guichet dans une préfecture française » in CANTELLI Fabrizio, ROCA I ESCODA Marta, STAVO-DEBAUGE Joan, PATTARONI Luca (dir.), *Sensibilités pragmatiques. Enquêter sur l'action publique*, P.I.E Peter Lang, série Action publique, n°5, Bruxelles.

**AKRICH Madeleine**, 1993, « Les objets techniques et leurs utilisateurs. De la conception à l'action » in CONEIN Bernard, DODIER Nicolas, THEVENOT Laurent (éds.), *Les objets dans l'action. De la maison au laboratoire*, coll. Raisons Pratiques, n°4, pp. 35-57.

**ALLARD Laurence, CHANIAL Philippe, RELIEU Marc**, 1990-1991, « Chronique d'un débat : sciences humaines et théorie de l'action » in *Quaderni*, n°12, pp. 106-116.

**ALLISON Graham T., ZELIKOWV Philip D.**, 2000, « L'essence de la décision. Le modèle de l'acteur rationnel » in *Cultures & Conflits*, n°36.

**AMIEL Philippe**, 2010, *L'ethnométhodologie appliquée. Eléments de sociologie praxéologique*, Presses du Lema, Paris, [première édition : 2002-2004].

**AMSELEK Paul**, 1995, *Interprétation et droit*, Bruylant P.U., Aix en Provence.

**ANCEL Jean-Pierre**, 1998, « La rédaction de la décision de justice en France » in *Revue internationale de droit compa*, n°50 (3), pp.841-852.

**ANGUE Katia**, 2009, « Rôle et place de l'abduction dans la création de connaissances et dans la méthode scientifique peircienne » in *Recherches qualitatives*, n°28 (2), pp.65-94.

**ANSCOMBE Elisabeth**, 1990, « L'intention », in PHARO Patrick, QUERE Louis (Eds.), *Les formes de l'action. Sémantique et sociologie*, coll. Raisons pratiques, pp.257-266.

**ARDOINO Jacques, BERGER Guy**, 1986, « L'évaluation comme interprétation », in *Pour*, n°107, pp.120-127.

**ARNAUD André-Jean**, 1991, *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, L.G.D.J., coll. Droit et Société, p.521 [première édition : 1988].

**ASTIER Philippe, GAL-PETITFAUX Nathalie, LEBLANC Serge, SEVE Carole, SAURY Jacques, ZEITLER André**, 2003, Autour des mots, les approches situées de l'action : quelques outils, in *Recherche et formation*, n°42, pp.119-125.

**ATIAS Christian**, 1994, *Epistémologie du droit*, PUF, coll. Que sais-je ?, Paris.

**BATSELE Didier, DAURMONT Odile**, 1990, « 1985-1989 : cinq années de jurisprudence du Conseil d'État relative aux principes généraux de droit administratif » in *Administration Publique Trimestrielle*, pp.262-308.

**BEAUD Stéphane**, 1996, « L'usage de l'entretien en sciences sociales. Plaidoyer pour l'« entretien ethnographique » » in *Politix*, n°35, pp. 226-257.

**BECKER Howard**, 1988, *Les mondes de l'art*, Flammarion, coll. Champs Arts, Paris. [première édition : 1982].

**BECKER Howard**, 2002, *Les ficelles du métier. Comment conduire sa recherche en sciences sociales ?*, La découverte, coll. Guides repères, Paris.

**BEGUIN Pascal, CLOT Yves**, 2004, « L'action située dans le développement de l'activité » in *@ctivités*, n°1(2), pp.35-49.

**BENAMOUZIG Daniel**, 2006, « La connaissance économique à travers ses motifs. Une sociologie cognitive de l'économie de la santé en France » in *Revue Interventions économiques*, n°33.

**BERGEL Jean-Louis**, 2001, *Méthodologie juridique*, PUF, coll. Thémis, Paris.

**BESSY Christian, CHATEAURAYNAUD Francis**, 1993, « Les ressorts de l'expertise. Epreuves d'authenticité et engagement des corps » in CONEIN Bernard, DODIER Nicolas, THEVENOT Laurent (éds.), *Les objets dans l'action. De la maison au laboratoire*, coll. Raisons Pratiques, n° 4, pp.141-164.

**BIDIMA Jean-Godefroy**, 2002, « L'acte de juger et le magistrat : de la précompréhension à l'occasion » in *Rue Descartes*, n°36(2), pp. 181-200.

**BONU Bruno, MONDADA Lorenza, RELIEU Marc**, 1994, « Catégorisation : l'approche de H. Sacks » in FRADIN Bernard, QUERE Louis, WIDMER Jean, *L'enquête sur les catégories*, coll. Raisons pratiques, n° 5, pp.129-148.

**BONNIOL Jean-Jacques, VIAL Michel**, 2009, *Les modèles de l'évaluation. Textes fondateurs avec commentaires*, De Boeck, Bruxelles.

**BOUDON Raymond**, 2003, *Raisons, bonnes raisons*, PUF, coll. Philosophe en sciences sociales, Paris.

**BOUDON Raymond**, 2004, « Théorie du choix rationnel ou individualisme méthodologique ? » in *Revue du Mauss*, n°24(2), pp. 281-309.

**BOUKHARI Ridha**, 2010, « La qualification en droit international privé » in *Cahiers du droit*, n°51(1), pp.159-193.

**BOURCIER Danièle, MACKAY Pierre**, 1992, *Lire le droit. Langue, texte, cognition*, L.G.D.J., coll. Droit et Société, Paris.

**BOURCIER Danièle**, 1999, « Interprétation et abduction. La science du droit est-elle concernée par la sérendipité ? » in *Revue Interdisciplinaire d'Etudes Juridiques*, n°42, pp.125-142.

**BOURDIEU Pierre**, 1986, « La force du droit. Eléments pour une sociologie du champ juridique » in *Actes de la recherche en sciences sociales*, n°64, pp.3-19.

BOURETZ Pierre, 1991, *La force du droit. Panorama des débats contemporains*, Esprit, Paris.

BOURTEMBOURG Jean, n.d., « Le point sur la motivation formelle des actes administratifs », [En ligne] [http://www.bourtembourg.be/txt/motiv\\_form.pdf](http://www.bourtembourg.be/txt/motiv_form.pdf),



**BREVIGLIERI Marc**, 2006, « Le fond ténébreux de la routine. A propos des morales du geste technique au travail » in LAUGIER Sarah, GAUTIER Claude (éd.), *L'ordinaire et le politique*, PUF, Paris, pp.189-217.

**BRUNET Pierre**, 2004 « Irrationalisme et anti-formalisme : sur quelques critiques du syllogisme normatif » in *Droits*, n°39, pp.197-217.

**BRUNET Pierre**, 2012, « Le droit est-il dans la tête ? A propos de Karl Olivcrona, de la loi et de l'État. Une contribution de l'école scandinave à la théorie réaliste du droit, trad. P.B.-G., Jonason, Dalloz, 2011 » in *Jus Politicum*, n°8.

**BRUNET Pierre**, 2012, « Perelman, le positivisme juridique et l'interprétation » in MEYER Michel et FRYDMAN Benoît (éd.), 2012, *Perelman (1912-2012) De la nouvelle rhétorique à la logique juridique*, PUF, Paris.

**BRUNET Pierre**, 2013, « Le raisonnement juridique : une pratique spécifique ? » in *Revue internationale de Sémiotique juridique*, n°26(4), pp.767-782.

**BRUNET Pierre**, 2013, « Le raisonnement juridique dans tous ses états » in *Droit et société*, n°83(1) pp.193-202 .

**CADIET Loïc**, 2004, *Dictionnaire de la justice*, PUF, Paris.

**CAILLOSSE Jacques**, 2010, « Droit et évaluation » in *Revue Française des Affaires Sociales*, n°1-2(1) pp.351-367.

**CANTELLI Fabrizio, ROCA I ESCODA Marta, STAVO-DEBAUGE Joan, PATTARONI Luca** (dir.), 2009, *Sensibilités pragmatiques. Enquêter sur l'action publique*, P.I.E. Peter lang, série Action publique, n°5, Bruxelles.

**CARDON Dominique**, 1995, « L'enquête sur les catégories (sous la direction de Bernard Fradin, Louis Quéré et Jean Widmer) » in *Réseaux*, vol.13, n° 71, pp.131-134.

**CARDON Dominique, HEURTIN Jean-Philippe, LEMIEUX Cyril**, 1995, « Parler en public » in *Politix*, vol.8, n°31, pp.5-19.

**CEFAÏ Daniel**, 1994, « Type, typicalité, typification. La perspective phénoménologique » in FRADIN Bernard, QUERE Louis et WIDMER Jean, *L'enquête sur les catégories*, coll. Raisons pratiques, n° 5, p.105-128.

**CHAMPY Florent**, 2009, *La sociologie des professions*, PUF, coll. Quadrige Manuels, Paris.

**CHEVALLIER Jacques**, 1993, « La juridicisation des préceptes managériaux » in *Politiques et management public*, vol.11, n°4, pp.111-134.

**CLEMENT Fabrice, KAUFMANN Laurence** (dir.), 2011, *La sociologie cognitive*, Maison des sciences de l'homme, coll. Cogniprisme, Paris.

**CICOUREL Aaron V.**, 1974, *Cognitive sociology: language and meaning in social interaction*, Free Press, New York. Traduit par OLSON J., OLSON M., 1979, *Sociologie cognitive*, PUF, Paris.

**COENEN-HUTHER Jacques**, 2006, « Compréhension sociologique et démarches typologiques » in *Revue européenne des sciences sociales*, tome XLIV, n°135, pp.195-205.

**COENEN-HUTHER Jacques**, 2007, « Classifications, typologies et rapport aux valeurs » in *Revue européenne des sciences sociales*, tome XLV, n°138, pp.27-40.

COENEN-HUTHER Jacques, 2010, « Les sociologues et le postulat de rationalité » in *Revue européenne des sciences sociales*, tome XLVIII, n°145, pp.5-16.

**COHEN Michael, MARCH James, OLSEN Johan**, 1991, « Le modèle du « garbage can » dans les anarchies organisées » in MARCH James, *Decisions and Organizations*, Wiley-Blackwell, New York. Traduit en français par WAQUET Marie, 1991, *Décisions et organisations*, Les Éditions d'Organisation, Paris.

**COLLINET Cécile**, 2006, « Une analyse sociologique des savoirs scientifiques comme ressources possibles de l'action d'enseignants d'EPS et d'entraîneurs » in *Staps*, n°71(1), pp.114-133.

**COMMAILLE Jacques**, 1994, *L'esprit sociologique des lois. Essai de sociologie politique du droit*, PUF, coll. Droit, Ethique, Société, Paris.

**CONEIN Bernard**, 1990, « Que faire de l'ethnométhodologie ? Réponse à D. Flader et T. von Trotha » in *Langage et société*, n°54, pp.85-98.

**CONEIN Bernard, JACOPIN Eric**, 1993, « Les objets dans l'espace. La planification dans l'action » in CONEIN Bernard, DODIER Nicolas, THEVENOT Laurent (éds.), *Les objets dans l'action. De la maison au laboratoire*, coll. Raisons Pratiques, n°4, pp.59-84.

**CONEIN Bernard, JACOPIN Eric**, 1994, « Action située et cognition. Le savoir en place » in *Sociologie du travail*, vol. XXXVI, n° 4, pp. 475-500.

**CONEIN Bernard**, 2001, « Classification sociale et catégorisation » in DE FORNEL Michel, OGIEN Albert, QUERE Louis (dir.), *L'ethnométhodologie. Une sociologie radicale*, La découverte, Paris, pp.239-258.

**CONEIN Bernard**, 2005, *Les sens sociaux. Trois essais de sociologie cognitive*, Economica, coll. Etudes sociologiques, Paris.

**CONEIN Bernard**, 2011, « Sociologie cognitive de la reconnaissance. Référence aux personnes et classification » in KAUFMANN Laurence et CLEMENT Fabrice (dir.), *La sociologie cognitive*, Maison des sciences de l'homme, coll. Cogniprisme, pp.193-217.

**COOREN François**, 2010, « Ventriloquie, performativité et communication. Ou comment fait-on parler les choses » in *Réseaux*, n°163(5), pp.33-54.

**CORTEN Olivier**, 1996, « Motif légitime et lien de causalité suffisant : un modèle d'interprétation rationnel du « raisonnable » » in *Annuaire Français de Droit International*, XLIV, pp.187-208.

**CORTEN Olivier**, 1997, *L'utilisation du « raisonnable » par le juge international. Discours juridique, raison et contradictions*, Bruylant, Bruxelles.

**CORTEN Olivier**, 1998, « L'interprétation du « raisonnable » par les juridictions internationales : au-delà du positivisme juridique ? » in *Revue Générale de Droit International Public*, n°1, pp.5-44.

**CORTEN Olivier**, 1998, « La référence à la nature des choses dans l'herméneutique de « l'école de Bruxelles » : une critique sociologique » in *Revue Internationale d'Etudes Juridiques*, n°40, pp.79-113.

**COSTA Jean-Paul**, 1993, « Droit et évaluation » in *Revue Française d'administration publique*, n°66, pp. 221-226.

**COULON Alain**, 2007, *L'ethnométhodologie*, PUF, coll. Que sais-je ?, Paris, [première édition : 1987].

**COULTER Jeff**, 1994, « Logique et praxéologie : esquisse d'une « socio-logique » de la pratique » in *Sociétés contemporaines*, n°18-19, pp.43-65.

**COUTU Michel**, 1995, *Max Weber et les rationalités du droit*, LGDJ, Paris.

**COUTU Michel, ROCHER Guy**, 1996, *La légitimité de l'État et du droit. Autour de Max Weber*, LGDJ, Paris.

**CROZIER Michel, FRIEDBERG Erhard**, 2004, *L'acteur et le système. Les contraintes de l'action collective*, Seuil, coll. Point., Paris, [première édition : 1977].

**CUMYN Michelle**, 2011, « Les catégories, la classification et la qualification juridiques : réflexions sur la systématité du droit » in *Les cahiers de droit*, vol.52, n°3-4, pp.351-378.

**DECHAUX Jean-Hugues**, 2010, « Agir en situation : effets de disposition et effets de cadrage » in *Revue Française de Sociologie*, n°51(4), pp.721-747.

De Coster Michel, 1978, *L'analogie en sciences humaines*, P.U.F, Paris.

**DE FORNEL Michel, OGIEN Albert, QUÉRÉ Louis**, 2001, *L'ethnométhodologie. Une sociologie radicale*, La découverte, Paris.

**DE LARA Philippe**, 1998, « Le sociologue et la raison » in *Revue européenne de sciences sociales*, Tome XXXVI, n°112, pp.223-235.

**DELMAS-MARTY Mireille**, 1994, *Pour un droit commun*, Seuil, Paris.

**DELMAS-MARTY Mireille**, 2004, *Les forces imaginantes du droit. Le relatif et l'universel*, Seuil, coll. La couleur des idées, Paris.

**DE MUNCK Jean**, 1999, *L'institution sociale de l'esprit*, PUF, coll. L'interrogation philosophique, Paris.

**DE SUTTER Laurent et GUTWIRTH Serge**, 2004, « Droit et Cosmopolitique. Notes sur la contribution de Bruno Latour à la pensée du droit » in *Droit et Société*, n°56-57, pp.259-289.

**DODIER Nicolas**, 1993, « Les appuis conventionnels de l'action. Eléments de pragmatique sociologique » in *Réseaux*, vol. 11, n°62, pp.63-85.

**DUPRET Baudouin**, 2001, « L'intention en acte. Approche pragmatique de la qualification pénale dans un contexte égyptien » in *Droit et Société*, n°48, pp.439-467.

**DUPRET Baudouin, FERRIE Jean-Noël**, 2004, « Morale ou Nature. Négocier la qualification de la faute dans une affaire égyptienne d'homosexualité », in *Négociations*, n°2(2), pp.41-57.

**DUPRET Baudouin**, 2006, *Le jugement en action. Ethnométhodologie du droit, de la morale et de la justice en Egypte*, Droz, Genève-Paris.

**DUPRET Baudouin**, 2006, *Droit et sciences sociales*, Armand Colin, Paris.

**DUPRET Baudouin**, 2010, « Droit et sciences sociales. Pour une respécification praxéologique » in *Droit et société*, n° 75(2), pp.315-335.

**ELSTER Jon**, 2005, « L'usage stratégique de l'argumentation » in *Négociations*, n°4(2), pp.59-82.

**FALCON Y TELLA Maria José**, 1998, « Quelques remarques à propos de l'analogie en droit » in *Revue Interdisciplinaire d'Etudes Juridiques*, n°41, pp.67-84.

**FELSTINER William L. F., ABEL Richard L., SARAT Austin**, 1991, « L'émergence et la transformation des litiges : réaliser, reprocher, réclamer » in *Politix*, Vol. 4, n°16, pp.41-54.

**FICET Joël**, 2011, « Trajectoires de réforme de la carte judiciaire et managérialisation de l'État. Analyse comparée des politiques de territorialisation de la Justice en France et en Belgique » in *Revue internationale de politique comparée*, Vol. 18, n°4, pp.91-118.

**FIXMER Pierre, BRASSAC Christian**, 2004, « La décision collective comme processus de construction de sens » in BONARDI Catherine, GREGORI Nicolas, MENARD Jean-Yves, ROUSSIAU Nicolas (éd.), *Psychologie sociale appliquée. Emploi, travail, ressources humaines*, InPress, pp.111-118.

**FRADIN Bernard, QUERE Louis, WIDMER Jean**, 1994, *L'enquête sur les catégories*, coll. Raisons pratiques, n° 5.

**FREIDSON Eliot**, 1984, *La profession médicale*, Payot, Paris.

**FRIEDBERG Erhard**, 1997, « La théorie des organisations et la question de l'anarchie organisée » in CHEVALLIER Jacques (éd.), *Désordre(s)*, PUF, Paris.

**FRIEDBERG Erhard**, 2000, « Comment lire les décisions ? » in *Cultures et Conflits*, n°36, pp.151-164.

**FRISON-ROCHE Marie-Anne, HAENEL Hubert**, 1998, *Le juge et le politique*, PUF, Paris.

**FRYDMAN Benoît**, Les formes de l'analogie in *Revue de la Recherche Juridique*, 1995-4, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, pp.1054-1064.

**FRYDMAN Benoît**, 1999, *Les transformations du droit moderne. Introduction aux grands courants de la pensée juridique*, Kluwer et Story-Scienta, Diegem.

**FRYDMAN Benoît**, 2000, Le droit, de la modernité à la postmodernité, in *Réseaux* n°88-90, pp.67-76.

**FRYDMAN Benoît**, 2005, *Le sens des lois*, Bruylant, coll. Penser le droit, Bruxelles.

**FRYDMAN Benoît**, 2013, « Le rapport du droit aux contextes selon l'approche pragmatique de l'École de Bruxelles » in *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, vol. 70, n°1, pp.92-98 .

**GARFINKEL Harold**, 2007, *Recherches en ethnométhodologie*, PUF, coll. Quadrige Manuels, Paris.

**GARAPON Antoine, ALLARD Julie, GROS Frédéric**, 2008, *Les vertus du juge*, Dalloz, Paris.

**GARCIA VILLEGAS Mauricio**, 2009, « Champ juridique et sciences sociales en France et aux États-Unis » in *Année Sociologique*, n° 59(1), pp.29-62.

GENARD Jean-Louis, 2000, *Les dérèglements du droit entre attentes sociales et impuissance morale*, Labor, Bruxelles.

GERARD Philippe, 1996, « Justice et négociation rationnelle » in GERARD Philippe, OST François et VAN DE KERCHOVE Michel (éd.), *Droit négocié, droit imposé ?*, FUSL, Bruxelles.

GINZBURG Carlo, 1980, « Signes, traces, pistes. Racines d'un paradigme de l'indice » in *Le débat*, n°6(6) pp.3-44.

GOFFMAN Erving, 1973, *La mise en scène de la vie quotidienne*, Tome II : Les relations en public, Les Editions de Minuit, Paris.

GOFFMAN Erving, 1974, *Les cadres de l'expérience*, Les Editions de Minuit, Paris.

GUTWIRTH Serge, 2013, « Le contexte du droit, ce sont ses sources formelles et les faits et moyens qui exigent son intervention » in *Revue Interdisciplinaire d'Etudes Juridiques*, vol. 70, n°1, pp.108-116.

HAENEL Hubert, FRISON-ROCHE Marie-Anne, 1998, *Le juge et le politique. Les nouvelles règles du jeu*, PUF, Paris.

Heritage John C., 1991, « L'ethnométhodologie : une approche procédurale de l'action et de la communication » in *Réseaux*, vol. 9, n°50, pp.89-130.

HERMITTE Marie-Angèle, 1999, « Le droit est un autre monde » in *Enquête*, n°7, pp.17-37.

HESTER Stephen, EGLIN Peter, 1992, *A Sociology of crime. Ethnomethodology in Court*, Psychology Press, pp.217-220.

HESTER Stephen, 1994, « Les catégories en contexte » in Fradin Bernard, Quéré Louis, Widmer Jean, *L'enquête sur les catégories*, coll. Raisons pratiques, n° 5.

HOFSTADTER Douglas, SANDER Emmanuel, 2013, *L'analogie. Cœur de la pensée*, Odile Jacob, Paris.

INGARAO Aurore, 2005, « La théorie de la catégorisation : un concept de psychologie cognitive en marketing » in *Cahiers de recherche*, Vol. 19, n° 129.

JANVILLE Thomas, 2004, *La qualification juridique des faits*, Presses universitaires d'Aix-Marseille.

JAUMOTTE Jacques, 1999, « Les principes généraux du droit administratif à travers la jurisprudence administrative », in BLERO Bernard (éd.), *Le Conseil d'État de Belgique cinquante ans après sa création (1946 – 1996)*, Bruylant, Bruxelles, pp.593-697.

JEANTET Alain, « Les objets intermédiaires dans la conception. Eléments pour une sociologie des processus de conception » in *Sociologie du travail*, n°3(98), pp.291-316.

JOAS Hans, 1995, « Die Kreativität des Handelns », in *Socialanthropologische Arbeitspapiere*, n°65, pp.27-43 (trad. Friedrich J.)

JOUANNET Emmanuelle, 2008, « La motivation ou le mystère de la boîte noire » in RUIZ FABRI Hélène, SOREL Jean-Marc (dir.), *La motivation des décisions des juridictions internationales*, Pedone, Paris.

JOXE Pierre, 2010, *Cas de conscience*, Labor et Fides, Bruxelles.

**KELSEN Hans**, 1999, *Théorie pure du droit*, L.G.D.J., Paris, [première édition : 1960].

**KUTY Olgierd**, 1994, *La négociation des valeurs*, De Boeck, Bruxelles.

**KUTY Olgierd**, 2001, « L'intervention : système stratégique et communauté de projet sur l'espace public » in KUTY Olgierd, VRANCKEN Didier (éds.), *La sociologie et l'intervention. Enjeux et perspectives*, De Boeck, Bruxelles.

**LAGASSE Dominique**, 1986, *L'erreur manifeste d'appréciation en droit administratif. Essai sur les limites du pouvoir discrétionnaire de l'administration*, Bruylant, Bruxelles.

**LAKOFF George, JOHNSON Mark**, 1985, *Les métaphores dans la vie quotidienne*, Les Editions de Minuit, Paris.

**LASCOUMES Pierre** (dir.), 1995, *Actualité de Max Weber pour la sociologie du droit*, LGDJ, Paris.

**LASCOUMES Pierre, SERVERIN Evelyne**, 1998, « Le droit comme activité sociale : pour une approche wébérienne des activités juridiques » in *Droit et société*, n°9, pp.171-193.

**LATOUR Bruno**, 1994, Une sociologie sans objet ? Remarques sur l'interobjectivité in *Sociologie du Travail*, n°4/94, pp.587-607.

**LATOUR Bruno**, 2004, *La fabrique du droit. Une ethnographie du Conseil d'État*, La découverte, Paris.

**LATOUR Bruno**, 2007, *Petites leçons de sociologie des sciences*, La découverte, Paris, [première édition : 1993].

**LATOUR Bruno**, 2012, *Enquête sur les modes d'existence. Une anthropologie des modernes*, La découverte, Paris.

**LEJEUNE Aude**, 2011, « Les professionnels du droit comme acteurs politiques. Bilan critique de la littérature nord-américaine et enjeux de l'importation de ces travaux en Europe continentale » in *Sociologie du Travail*, vol.53, pp.216-233.

**LEJEUNE Christophe**, 2007, La respécification. Les fondements empiriques de la méthode sociologique in *SociologieS*, Premiers textes.

**LEJEUNE Christophe**, 2010, « La confiance au sein des collectifs médiatisés. Une entrée par les catégorisations » in *Cahiers d'ethnométhodologie*, n°4, pp.151-161.

**LEMIEUX Cyril**, 2011, « Jugements en action, actions en jugement » in KAUFMANN Laurence, CLEMENT Fabrice (dir.), *Sociologie cognitive*, La maison des sciences de l'homme, Paris.

**LE MOIGNE Jean-Louis**, 1994, On n'invente que ce qui n'existe pas. Comprendre la conception par une théorie de la computation symbolique in ZREIK Khaldoun, TROUSSE Brigitte (dir.) *Organisation de la conception*, Europia, Paris, pp.15-33.

**LENOBLE Jacques, OST François**, 1980, *Droit, mythe et raison. Essai sur la dérive mythologique de la rationalité juridique*, FUSL, Bruxelles.

- LENOIR Remi**, 1996, « Le sociologue et les magistrats. Entretiens sur la mise en détention provisoire » in *Genèses*, n°22, pp.130-145.
- LEROY Michel**, 2004, *Contentieux administratif*, 3<sup>ème</sup> édition, Bruylant, Bruxelles.
- LEWALLE Paul**, 2002, *Contentieux administratif*, Larcier, Bruxelles.
- LIVET Pierre**, 2002, *Emotions et rationalité morale*, PUF, Paris.
- LIVET Pierre**, 2007, « Les interférences entre les problèmes théoriques de l'évaluation dans les sciences humaines et les usages évaluatifs des acteurs humains » in *Revue européenne des sciences sociales*, vol. XLV, n°138, pp.7-25.
- LYNCH Michael**, 1987, « Ethnométhodologie et pratique scientifique : la pertinence du détail » in *Cahiers de Recherche Sociologique*, vol. 5, n°2, pp.45-62.
- LYNCH Michael**, 2001, « Wittgenstein, règles et épistémologie » in *Rue Descartes*, n°31(1), pp.11-59.
- MAC CORMICK Neil**, 1996, *Raisonnement juridique et théorie du droit*, PUF, Paris.
- MARTENS Paul**, 1992, « L'irrésistible ascension du principe de proportionnalité » in *Présence du droit public et des droits de l'homme : Mélanges offerts à Jaques Velu*, Bruylant, Bruxelles.
- MARTENS Paul**, 2013, « Solitude du juge et cohérence du droit » in *Journal des Tribunaux*, Larcier, 132<sup>e</sup> année, 41 – N°6543, pp.805-810.
- MELARD François** (dir.), 2008, *Ecologisation. Objet et concepts intermédiaires*, P.I.E. Peter Lang, Bruxelles.
- MELIS Ludo**, 1990, *La voie pronominale : la systématique des tours pronominaux en français moderne*, Duculot, Louvain-la-Neuve.
- MENDEZ Ariel**, 2010, *Processus. Concepts et méthode pour l'analyse temporelle en sciences sociales*, Academia Bruylant, Louvain-la-Neuve.
- MER Stéphane, JEANTET Alain, TICHKIEWITCH Serge**, 1995, Les objets intermédiaires de la conception : modélisation et communication in CAELEN Jean, ZREIK Khaldoun, *Le communicationnel pour concevoir*, Europa Productions, Paris.
- MESURE Sylvie**, 1998, *La rationalité des valeurs*, PUF, Paris.
- MICHEL Hélène, WILLEMEZ Laurent** (dir.), 2007 *La justice au risque des profanes*, PUF, Paris.
- MONDADA Lorenza, PEKAREK DOEHLER Simona**, 2000, « Interaction sociale et cognition située : quels modèles pour la recherche sur l'acquisition des langues ? » in *Acquisition et Interaction en Langue Etrangère*, n°12.
- MONGIN Olivier**, 2005, « Le droit, la religion, l'État. A propos de *Homo juridicus* d'Alain Supiot » in *Esprit*.

- MONETTE Pierre-Yves**, 2002, « De la légitimité de l'Ombudsman » in *Ombudsman : quelles valeurs au cœur de la fonction ?*, Rapport du séminaire du 23 octobre 2001, Ed. de la Fondation Roi Baudouin, Bruxelles.
- MORAND Charles-Albert**, 1996, *La pesée globale des intérêts. Droit de l'environnement et de l'aménagement du territoire*, Helbing & Lichtenhahn, Bâle.
- MOREL Christian**, 2002, *Les décisions absurdes. Sociologie des erreurs radicales et persistantes*, Gallimard, Paris.
- MORIN Marie-Laure**, 2003, « Régulation et procéduralisation. A propos de la question des compétences » in DE TERSSAC Gilbert, *La théorie de la régulation sociale de Jean-Daniel Reynaud. Débats et Prolongements*, La Découverte, Paris.
- NORMAN Donald A.**, « Les artéfacts cognitifs », in CONEIN Bernard, DODIER Nicolas, THEVENOT Laurent (éds.), *Les objets dans l'action. De la maison au laboratoire*, coll. Raisons Pratiques, n°4, pp.15-34.
- OGIEN Albert**, 1994, Les propriétés sociologiques du concept, in FRADIN Bernard, QUERE Louis et WIDMER Jean, *L'enquête sur les catégories*, coll. Raisons pratiques, n°5, pp.243-268.
- OGIEN Albert**, 1999, « Situation de décision : une analyse des pratiques d'attribution d'argent public » in *Droit et Société*, n°42/43, pp.365-391.
- OGIEN Albert, QUERE Louis**, 2005, *Le vocabulaire de la sociologie de l'action*, Ellipses Marketing, Paris.
- OGIEN Albert**, 2007, *Les formes sociales de la pensée. La sociologie après Wittgenstein*, Armand Colin, Paris.
- OGIEN Albert**, 2009, « Du sens commun comme d'une sorte de faculté de juger » in GAUTIER Claude et LAUGIER Sandra (dir.), *Les voies du sens commun*, PUF, Paris, pp.445-463.
- OGIEN Ruwen**, 2000, « L'idiote de Garfinkel » in DE FORNEL Michel, OGIEN Albert, QUERE Louis, *L'ethnométhodologie, une sociologie radicale*, La découverte, Paris.
- OST François**, 1990, « Le juge de l'excès de pouvoir et la mise en balance des intérêts en présence » in *Droit et intérêt*, vol. 3, FUSL, Bruxelles, pp.141-152.
- OST François**, 1999, *Le temps du droit*, Odile Jacob, Paris.
- OST François**, 2002, « Le rôle du juge. Vers de nouvelles loyautés ? » in *Le rôle du juge dans la cité*, Bruylant, Bruxelles, pp.15-45.
- OST François, VAN DE KERCHOVE Michel**, 2002, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, FUSL, Bruxelles.
- OST François**, 2007, *Dire le droit, faire justice*, Bruylant, Bruxelles.
- OST François**, 2009, *Le droit comme traduction*, Presses Universitaire de Laval.
- PAPAUX Alain**, 1999, « Herméneutique juridique, qualification et abduction » in *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, n°42, pp.85-124.



**PAPAUX Alain**, 2003, *Essai philosophique sur la qualification juridique : de la subsumption à l'abduction. L'exemple du droit international privé*, Schulthess, Zurich.

**PAPAUX Alain**, 2007, « Comparaison générique vs comparaison prototypique. Ou de l'évaluation « conforme » par concept-mesure à l'évaluation instituante ou « analogique » par concept-matrice » in *Revue européenne des sciences sociales*, vol. XLV, n°138, pp.115-141.

**PAPAUX Alain**, 2009, « Un droit sans émotions. Iram non novit ius : esquisse des rapports entre science et droit » in *Revue européenne des sciences sociales*, vol. XLVII, n°144, pp.105-119.

**PAPERMAN Patricia**, 1992, « Les émotions et l'espace public » in *Quaderni*, n°18, pp.93-107.

**PAPERMAN Patricia**, 2000, « La contribution des émotions à l'impartialité des décisions » in *Informations sur les sciences sociales*, Vol. 39, n°1.

**PAQUES Michel, DONNAY Luc**, 2008, « Juridiction ordinaire et juridiction administrative en droit belge » in BEN SALAH Hafed, RIDHA JENAYAH Mohamed (Eds.), *La justice administrative dans les pays du Maghreb, la réception du modèle européen*, Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse, Toulouse, pp.43-75.

**PAVEAU Marie-Anne**, 2012, « Ce que disent les objets. Sens, affordance, cognition » in *Synergies Pays Riverains de la Baltique*, n°9, pp.53-65.

**PERELMAN Chaïm**, 1963, *Justice et raison*, Presses universitaires de Bruxelles, Bruxelles.

**PERELMAN Chaïm, OLBRECHTS-TYTECA Lucie**, 1979, *Logique juridique. Nouvelle rhétorique*, Dalloz, Paris.

**PERELMAN Chaïm**, 1984, *Le raisonnable et le déraisonnable en droit. Au-delà du positivisme juridique*. LGDJ, Paris.

**PERELMAN Chaïm, VANDER ELST Raymond**, 1984, *Les notions à contenu variable en droit*, Bruylant, Bruxelles.

**PHILIPPE Xavier**, 1990, *Les jurisprudences constitutionnelles et administratives françaises*, P.U. Aix-Marseille, Aix-en-Provence.

**PIRAUX Alexandre, BERNARD Benoit**, 2006, « Peut-on gérer la justice ? Entre responsabilité et indépendance » in *Pyramides*, n°11, pp.9-18.

**QUERE Louis**, 1989 « Les boîtes noires de Bruno Latour ou le lien social dans la machine » in *Réseaux*, Vol. 7, n°36, pp. 95-117.

**QUERE Louis**, 1990, « Agir dans l'espace public » in PHARO Philippe, QUERE Louis (dir.), *Les formes des l'action*, coll. Raisons pratiques, n°1.

**QUERE Louis**, 1992, « L'espace public : de la théorie politique à la métathéorie sociologique » in *Quaderni* n°18, pp.75-92.

**QUERE Louis**, 2011, « L'erreur dans la cognition sociale » in KAUFMANN Laurence, CLEMENT Fabrice (dir.), *Sociologie cognitive*, La maison des sciences de l'homme, Paris.

**RAYNAUD Philippe**, 2008, *Le juge et le philosophe*, Armand Colin, Paris.

**REICHERTZ Jo**, « Abduction, deduction and induction in qualitative research » in FLICK Uwe, VON KARDOFF Ernst, STEINKE Ines, *A companion to qualitative research*, pp.159-163.

**RELIEU Marc**, 1994, « Les catégories dans l'action. L'apprentissage des traversées de rue par des non-voyants » in FRADIN Bernard, QUERE Louis, WIDMER Jean (dir.), *L'enquête sur les catégories*, coll. Raisons pratiques, n° 5.

**RIALS Stéphane**, 1980, *Le juge administratif français et la technique du standard. Essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normalité*, LGDJ, Paris.

**RIGAUX François**, 1997, *La loi des juges*, Odile Jacob, Paris.

**SAURY Jacques, RIA Luc, SEVE Carole et GAL-PETITFAUX Nathalie**, 2006, « Action ou cognition située – Enjeux scientifiques et intérêts pour l'enseignement en EPS », in *Revue EPS*, n°321.

**SCHNAPPER Dominique**, 2005, *La compréhension sociologique*, PUF, coll. Quadrige, Paris.

**SCHNAPPER Dominique**, 2010, *Une sociologue au Conseil constitutionnel*, Gallimard, Paris.

**SCHOENAERS Frédéric**, 2005, « Echevinage et prise de décision judiciaire : une délibération basée sur la négociation », in *Négociations*, n°3, pp.97-100.

**SCHOENAERS Frédéric, DUBOIS Christophe**, 2008, *Regards croisés sur le nouveau management judiciaire*, Presses universitaires de Liège, Liège.

**SCHÜTZ Alfred**, 2010, *Essai sur le monde ordinaire*, Le félin, Paris.

**SIMON Herbert A.**, 1992, « De la rationalité substantive à la rationalité procédurale » in *Pistes*, n°3.

**SOULET Marc-Henry**, 2011, « Interpréter, avez-vous dit ! », in *SociologieS*, La recherche en actes.

**STRAUSS Anselm**, 1992, *La trame de la négociation. Sociologie qualitative et interactionniste (textes réunis et présentés par Isabelle Baszanger)*, L'Harmattan, coll. Logiques sociales, Paris.

**SUCHMAN Lucy**, 1990, « Plans d'action. Problèmes de représentation de la pratique en sciences cognitives », in PHARO Patrick, QUERE Louis, *Les formes de l'action*, coll. Raisons Pratiques, n°1, pp.149-170.

**THEUREAU Jacques**, 2004, « L'hypothèse de la cognition (ou action) située et la tradition d'analyse du travail de l'ergonomie de langue française », in *@ctivités*, vol.1, n°2, pp.11-25.

**THEVENOT Laurent**, 1992, « Jugements ordinaires et jugement de droit », in *Annales ESC*, n°6, pp.1279-1299.

**TRAVERS Max**, 2001, « Ethnométhodologie, analyse de conversation et droit », in *Droit et Société*, n°48, pp.349-366.

**TROPER Michel**, 2008, *Comment décident les juges. La constitution, les collectivités locales et l'éducation*, Economica.

**URFALINO Philippe**, 2005, « La décision fut-elle jamais un objet sociologique ? », document de travail, disponible sur le site CESTA-EHESS.

**VAN ANDEL Pek, BOURCIER Danièle**, 2009, *De la sérendipité. Dans la science, la technique, l'art et le droit. Leçons de l'inattendu*, L'ACT MEM, Coll. Libres sciences, Chambéry.

**VAN DROOGHENBROECK Sébastien**, 2001, *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'Homme. Prendre l'idée simple au sérieux*, FUSL/Bruylant, Bruxelles.

**VAN GERVEN Walter**, 1983, *La politique du juge. Essai sur la mission du juriste dans la société*, Swinnen, coll. Prolegomena, Bruxelles.

**VAUTROT-SCHWARZ Charles**, 2009, *La qualification juridique en droit administratif*, L.G.D.J., Paris.

**VINCK Dominique**, 1999, « Les objets intermédiaires dans les réseaux de coopération scientifique. Contribution à la prise en compte des objets dans les dynamiques sociales », in *Revue française de sociologie*, vol. XL, n°2, pp.385-414.

**VINCK Dominique**, 2009, « De l'objet intermédiaire à l'objet frontière. Vers la prise en compte du travail d'équipement » in *Revue d'anthropologie des connaissances*, Vol.3, n° 1, pp.51-72.

**VISSER Willemien**, 1994, « Comment le concepteur organise réellement son activité », in ZREIK Khaldoun, TROUSSE Brigitte (dir.) *Organisation de la conception*, Europa, pp.101-124.

**VRANCKEN Didier**, 2001, « L'intervention du sociologue, blessure narcissique », in KUTY Olgierd et VRANCKEN Didier (éds.), *La sociologie et l'intervention. Enjeux et perspectives*, De Boeck, Bruxelles.

**WAGENAAR Hendrik**, 2004, « « Knowing » the rules: administrative work as practice », in *Public Administration Review*, vol. 64, n°6, 2004, pp. 643-655.

**WEIL Thierry**, 2000, *Invitation à la lecture de James March. Réflexions sur les processus de décision, d'apprentissage et de changement dans les organisations*, Presses de l'école de Mines, Paris.

**WELLER Jean-Marc**, 2003, « Le travail administratif, le droit et le principe de proximité », in *L'Année sociologique*, vol. 53, n°2, pp.431-458.

**WELLER Jean-Marc**, 2007, « La disparition des bœufs du père Verdon. Travail administratif ordinaire et statut de la qualification », in *Droit et société*, 2007/3, n°67, pp. 713-755.

**WELLER Jean-Marc**, 2011, « Comment décrire ce qu'on ne voit pas ? Le devoir d'hésitation des juges de proximité au travail », in *Sociologie du travail*, n°53, pp.349-368.

**WIDMER Jean**, 2010, *Discours et cognition sociale. Une approche sociologique*, Edition des archives contemporaines, Paris.

**WUNENBURGER Jean-Jacques**, 2000, « Métaphore, poïétique et pensée scientifique » in *Revue Européenne des Sciences Sociales*, vol. XXXVIII, n°117, pp.35-47.

**ZAGREBELSKY Gustavo**, 2000, *Le droit en douceur. Il diritto mite*, Economica, Presses universitaires d'Aix-Marseille, Aix-en-Provence.