

PROBLÉMATISER EN DROIT

APPROCHE PRAXÉOLOGIQUE DU RAISONNEMENT JURIDICTIONNEL

Julie COLEMANS

Faculté de Droit, Science Politique et Criminologie de l'Université de Liège (Belgique)

Résumé: Cette contribution étudie les faits et le droit dans leur dimension pratique et sensible au contexte. En croisant un matériau ethnographique et des sources juridiques, notamment les arrêts du Conseil d'État belge, l'analyse rend saillante l'opération de problématisation. À partir d'une perspective praxéologique, le jugement apparaît comme un processus itératif de co-sélection et de co-construction des faits et du droit qui mobilise des savoirs de nature différente et dont l'horizon pratique est la résolution d'un conflit traduit dans le langage du droit.

Mots-clés: Problématisation – praxéologie – problème juridique – raisonnement juridique – décision judiciaire – ethnographie (du droit)

Abstract: *This paper studies facts and law in their practical and context-sensitive dimensions. By combining ethnographic material with legal sources, in particular the judgments of the Belgian Conseil d'État, the analysis highlights the operation of problematization. From a praxeological perspective, the judgement appears as an iterative process of co-selection and co-construction of facts and law, which mobilises knowledge of different kinds and whose practical horizon is the resolution of a conflict translated into the language of law.*

Keywords: *Problematization – praxeology – legal problem – legal reasoning – judicial decision – ethnography (of law)*

« À vrai dire, dans la vie juridique, le pur fait et le pur droit sont introuvables: le fait n'a d'existence que dès l'instant où il devient matière à l'application du droit, le droit n'a d'intérêt que dès l'instant où il vient s'appliquer au fait; et par suite, dès qu'un juriste pense le fait, il le pense comme matière du droit, dès qu'il pense le droit, il le pense comme forme destinée au fait »¹

INTRODUCTION

Une partie de la théorie du droit renvoie dos à dos les faits et le droit². D'essence différente – qu'on pense aux dichotomies genre/espèce; devoir-être/être; forme/matière – ils paraissent par nature incommensurables. Si l'on s'en tient à une appréhension ontologique de faits et du droit dans le raisonnement juridique, le problème paraît insoluble. En revanche, le problème paraît d'un intérêt tout au plus théorique lorsque l'on regarde les milliers de jugements et arrêts rendus chaque année. En effet, le raisonnement juridictionnel opère cette surprenante alchimie de lier des entités aussi distinctes que l'huile et l'eau dans une solution qui semble lisse et homogène. D'incommensurable, le travail de liaison des faits et du droit apparaît aussi naturel qu'automatique³.

Entre l'impasse logique et l'inutilité pratique, cette contribution se propose d'étudier les faits et le droit dans leur dimension pratique et sensible au contexte. En croisant un matériau ethnographique et des sources juridiques, notamment les arrêts du Conseil d'État belge concernant un cas de permis d'environnement pour la détention d'une vingtaine de serpents, nous décrirons l'opération de problématisation comme constituant une étape nodale du raisonnement juridique rarement théorisée car aux prises avec la factualité du cas à résoudre. Le raisonnement juridique y apparaît complexe mais néanmoins descriptible dès lors qu'on renonce à l'abstraire des aspérités qui rendent l'affaire décidable. La dimension politique de l'art de juger a largement été étudiée tant par les juristes que par les

¹ J. RAY, *Essai sur la structure logique du Code civil français*, Bibliothèque de philosophie contemporaine, Travaux de l'année sociologique, F. Alcan, 1926, p. 114.

² J.-Y. Cherot souligne cette « dérive mytho-logique » pour reprendre l'expression de François Ost et Jacques Lenoble de cette dichotomie. Aussi grossière puisse-t-elle paraître, elle n'en imprègne pas moins nos représentations.

³ Des auteurs ont dès les années quatre-vingt relativisé le caractère automatique de la qualification juridique en insistant sur le rôle politique du juriste. Nous pensons à C. PERELMAN, *Le raisonnable et le déraisonnable en droit. Au-delà du positivisme juridique*, LGDJ, Paris, 1984 ou à Jean Salmon qui affirme qu'« à supposer les faits constants et les catégories juridiques précises, le rapport à établir entre les faits et la norme n'a encore rien d'automatique. L'opérateur de la qualification pourra hésiter sur le choix des faits, comme il pourra hésiter sur le choix de la norme » (J. SALMON, *Le fait dans l'application du droit international*, *Académie de droit international, Recueil des cours*, 1982-II, t.175, Martinus Nijhoff, The Hague, 1983, p. 383).

sociologues. Il s'agit dans cette contribution d'envisager le jugement à partir de ses aspects cognitifs et ce, à partir d'une perspective praxéologique. Lorsque l'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 épistémiques⁴ pratiques qui contribuent à tracer les chaînes inférentielles du raisonnement. Elle consiste à décrire comment les magistrats catégorisent, classent, comprennent, interprètent, comparent, décrivent, etc. à toute fin pratique.

Nous procéderons en deux temps. Dans une première partie, nous clarifierons la manière dont nous appréhendons le raisonnement juridictionnel. Ensuite, nous nous focaliserons sur l'étape du raisonnement qui consiste à problématiser le cas à trancher à travers le compte rendu d'une affaire.

I. Le raisonnement juridictionnel, une pratique cognitive sensible au contexte

Mettons un instant de côté les grandes catégories structurant la théorie et la méthodologie du droit pour nous appesantir sur ce qui fait le quotidien et la matérialité du contentieux administratif. À l'occasion d'une étude portant sur le travail des juges de proximité, Jean-Marc Weller⁵ se demandait comment décrire ce que l'on ne voit pas. En effet, le raisonnement est généralement appréhendé comme un acte de la pensée insaisissable par l'observateur extérieur. Le juriste, quant à lui, s'intéresse moins aux motivations profondes⁶ qui ont présidé à l'adoption du jugement de droit qu'aux motifs et dispositif exprimés dans les jugements qui constituent son objet d'étude. L'approche praxéologique emprunte une troisième voie.

La praxéologie du droit propose de saisir le droit à partir des pratiques des acteurs qui le mobilisent. Elle souhaite 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 que sur les activités pratiques, sur la

⁴ Selon Albert Ogién, la « sociologie de la connaissance ordinaire » 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 », A. OGIÉN, « Du sens commun comme d'une sorte de faculté de juger », in C. GAUTIER et S. LAUGIER (dir.), *Normativités du sens commun*, Paris, PUF, 2009, pp. 499-500.

⁵ J.-M. WELLER, « Comment décrire ce qu'on ne voit pas ? Le devoir d'hésitation des juges de proximité au travail », *Sociologie du travail*, n° 53, 2011, p. 349-368.

⁶ Certains parleront de la psychologie du juge, tel Olivier Corten qui circonscrit le périmètre de la science juridique aux textes des décisions : « Il ne sera pas question de tenter de sonder la "véritable" motivation du juge qu'elle relève de la psychologie, de sa détermination sociale, de ses positions philosophiques. Seul le texte de la décision sera considéré comme un produit susceptible d'être traité scientifiquement. » (O. CORTEN, *L'utilisation du raisonnement par le juge international*, Bruxelles, Bruylant, 1997, p. 20).

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. S'appuyant sur une méthode ethnographique, cette perspective entend décrire la grammaire pratique du droit, c'est-à-dire les « méthodes⁷ déployées contextuellement et en pratique pour « faire du droit » et « être juridiques » par les gens engagés dans une action dont la dimension juridique ressort manifestement, bien que souvent implicitement, de leur façon d'identifier des règles, de s'y rapporter et de les mettre en œuvre »⁸.

Considérant le raisonnement juridique non comme une opération ponctuelle de la pensée mais comme un processus contingent⁹, cette approche préserve l'épaisseur phénoménologique des décisions de justice. Méthodologiquement, le chercheur s'intéresse moins à ce que pensent les magistrats qu'à ce qu'ils font. L'observateur peut alors saisir les opérations qui participent du travail de liaison des faits et du droit¹⁰ sur un temps long, à travers les transformations que les magistrats font subir aux documents qui forment la charpente de la procédure contentieuse. Plonger dans la matérialité de l'action¹¹ implique d'appréhender le raisonnement juridictionnel comme un processus¹² qui assemble une série de pratiques cognitives et de matérialités.

⁷ La praxéologie du droit trouve ses fondements dans l'ethnométhodologie qui a, depuis les années soixante, réservé aux activités judiciaires un intérêt non démenti. Voyez notamment H. GARFINKEL, *Recherches en ethnométhodologie*, PUF, coll. Quadrige Manuels, Paris, 2007 ; D. SUDNOW, « Normal Crimes: Sociological Features of the Penal Code in a Public Defender Office », *Social Problems*, 12, 3, 1965, p. 255-275 ; M. TRAVERS et J. F. MANZO (eds.), *Law in Action: Ethnomethodological and Conversation Analytic Approaches to Law*, Aldershot, Dartmouth/Ashgate, 1997. Dans le monde francophone, Baudouin Dupret est la figure de proue de cette école de pensée. Voyez B. DUPRET, *Le jugement en action: ethnométhodologie du droit, de la morale et de la justice en Égypte*, Droz, 2006.

⁸ J. COLEMANS et B. DUPRET (dir.), *Ethnographies du raisonnement juridique*, LGDJ, Droit et Société, 2018, p. 13.

⁹ Voie empruntée notamment par P.-E. Moysse dans le compte rendu du « processus de formation de la décision judiciaire » : « Un jugement est un acte – une œuvre ? – presque collectif, qui s'érige sur les fondations coulées dans les actes de procédure préparés par les procureurs. Les écrits de nos juges sont ainsi tissés à même un canevas factuel et intellectuel préparé par les parties » P.-E. MOYSSE, « Kraft Canada c. Euro-Excellence: l'insoutenable légèreté du droit », *Revue de droit de McGill*, 23, 2008, p. 744 et remise en perspective par M. DEVINAT, « La narration judiciaire des faits et le raisonnement sur les cas en droit canadien », *Cahiers de méthodologie juridique*, n° 32, RRJ 2018, p. 1829-1840.

¹⁰ Serge Gutwirth décrit le droit comme une pratique d'assignation de liens stables. Voir S. GUTWIRTH, « Le droit n'est pas une science mais la science juridique existe bel et bien » in G. AZZARIA (éd.), *Les nouveaux chantiers de la doctrine juridique*, Montréal, Editions Yvon Blais/Thomson Reuters Canada, 2016, p. 1-39.

¹¹ A. RILES, « A New Agenda for the Cultural Study of Law: Taking on the Technicalities », *Buffalo Law Review*, vol. 53, n° 3, Summer 2005, p. 973-1034. Pour une synthèse de ce tournant technique voir F. AUDREN, « Un tournant technique des sciences (sociales) du droit ? À propos de la traduction de deux articles sur les "Legal Technicalities" », *Clio@themis. Revue électronique d'histoire du droit*, n° 23, 2022.

¹² Comme le soulignait Bruno Latour, « de même que l'on ne comprend rien à la science si l'on dresse de loin des mots en face des choses, de même on ne comprend rien au droit si l'on cherche à passer directement, sans cette modeste accumulation de papiers d'origines diverses, de la norme aux faits de

Il existe un espace à construire entre d'une part les rationalisations du travail décisionnel que l'on trouve dans les arrêts et d'autre part les pratiques cognitives et évaluatives qui se déploient depuis la réception de la requête jusqu'à la rédaction de l'arrêt. Cela implique de renoncer provisoirement à l'ambition de la conceptualisation ou de la généralisation du raisonnement juridique au profit de la description située des pratiques. Se dégagent alors des pistes de compréhension de ce qui fait le travail de co-sélection des faits et des règles de droit. Pour paraphraser Bruno Latour, on ne peut franchir le « grand abîme des idées aux choses »¹³, 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 juge. Afin de saisir ces sauts, il est important de recueillir un matériau empirique en limitant les théorisations abstraites et en collectant les pratiques concrètes, les routines ordinaires, la quotidienneté la plus banale dans les affaires qualifiées de « difficiles ». En effet, celles-ci ont une vertu heuristique car elles permettent de saisir l'explicitation de raisonnements qui, à force de sédimentation, se font de manière routinière.

Ainsi, face à une requête qui contient un exposé des faits et des moyens de droit rédigés par l'avocat du requérant, face au mémoire en réponse de la partie adverse dont la légalité de la décision est mise en cause, face aux dossiers de pièces, les magistrats procèdent à une première lecture et esquissent une première chronologie procédurale de l'affaire. Tel l'historien, sur la base des pièces disponibles, le magistrat retrace la genèse de l'acte. Une fois le chemin procédural identifié, le magistrat ne dispose que de la partie préliminaire de l'exposé des faits : l'histoire procédurale de l'acte. Les faits juridiques doivent encore être identifiés dans la pléthore de faits et de pièces disponibles. Pour opérer cette sélection, la règle doit avoir été sélectionnée comme pouvant fonder juridiquement le recours. Comment sélectionner les faits juridiquement pertinents et dans le même temps la règle qui rend le fait pertinent ? Pour résoudre cette aporie, les auteurs utilisent la figure de la dialectique qui permet de ne pas devoir trancher qui, des faits ou du droit, est premier. Le mouvement de va-et-vient entre faits et droit, la dialectique propre au raisonnement juridique clôt le débat.

« C'est après un long examen dialectique qui oppose divers aspects des faits et divers habillements juridiques possibles du fait, après bien des tâtonnements, que va se profiler une construction [...] plausible. »¹⁴

l'espèce. [...] Le pouvoir du droit, comme celui d'une chaîne, est exactement aussi fort que son plus petit maillon et l'on ne saurait détecter celui-ci qu'en le parcourant maillon après maillon sans en omettre un seul. », B. LATOUR, *La fabrique du droit. Une ethnographie du Conseil d'État*, La Découverte, 2004, p. 103.

¹³ B. LATOUR, *Petites leçons de sociologie des sciences*, La découverte, Paris, 2007, p. 201.

¹⁴ J. SALMON, *Le fait dans l'application du droit international, op. cit.*, p. 298.

Rouvrons néanmoins ce débat un instant et examinons ce qui permet au magistrat de sélectionner à la fois les faits considérés comme juridiquement pertinents au regard des moyens de droit et les moyens de droit aptes à fonder l'annulation de l'acte administratif dont la légalité est contestée. On perçoit la circularité et la complexité du raisonnement : les faits et le droit ne sont pas des données qu'il suffirait de faire coïncider. Ils s'entremêlent et la tâche du magistrat consiste, dans un premier temps, à délier ce qui a été lié par les parties pour pouvoir, dans un second temps, proposer un agencement particulier.

Au cœur de ce travail de déconstruction et de reconstruction, une opération cognitive centrale, mais peu documentée dans la littérature, permet de comprendre le processus de co-sélection réciproque du fait et du droit : la problématisation, c'est-à-dire l'identification du problème juridique.

« Comment avec les faits qu'on a, comment poser la question qui va permettre de résoudre le litige ? Le moyen ne vous donne pas la question, parce que vous avez une norme générale, il faut la confronter à un fait. Comment on va confronter les deux ? La confrontation des deux se fait sous forme d'une question qui fait le tri, qui retient dans le complexe inouï des faits, celui qui va permettre, sous une certaine orientation, de trouver la solution par rapport à d'autres » (Auditeur, p. 15-16).

Afin de comprendre le rôle de la problématisation dans le raisonnement juridictionnel, nous étudierons un cas qui opposa, au sein du Conseil d'État belge, l'auditeur et le conseiller en charge de ce dossier à rebondissements¹⁵.

II. Présentation du cas – le refus d'un permis d'environnement pour la détention de 18 serpents non venimeux par un particulier résidant en zone d'habitat à caractère rural – et du moyen de droit

Partons des faits incontestés. Monsieur Q. acquiert, entre mars et juin 2009, 18 serpents appartenant aux espèces *Boa constrictor* et *Python* qu'il répartit dans 10 terrariums se trouvant dans son salon et sa salle à manger. En juin 2009, il dépose une demande de régularisation en vue d'obtenir un permis d'environnement à l'administration communale. Ce type d'établissement¹⁶ est soumis à une

¹⁵ Trois arrêts ont été prononcés sur cette affaire : l'arrêt n° 206.819 du 26 juillet 2010 rouvrant les débats et renvoyant à la procédure ordinaire, l'arrêt n° 208.172 du 15 octobre 2010 rejetant la demande de suspension et l'arrêt n° 222.929 du 20 mars 2013 prononçant l'annulation de l'arrêté du Ministre refusant de délivrer le permis d'environnement.

¹⁶ L'article 2 du décret du 11 mars 1999 relatif au permis d'environnement définit le champ d'application et les missions du décret. Celui-ci vise à « assurer, dans une optique d'approche intégrée de prévention et de réduction de la pollution, la protection de l'homme ou de l'environnement contre les dangers, nuisances ou inconvénients qu'un établissement est susceptible de causer, directement ou indirectement, pendant ou après l'exploitation [...] ».

étude d'incidence mais, en est, *in casu*, dispensé par le fonctionnaire technique. Le fonctionnaire délégué n'émet pas d'objection, ce qui n'est pas le cas du conseil communal qui rend un avis défavorable. Le fonctionnaire technique, dans son rapport de synthèse, propose d'accorder le permis. Le collègue refuse le permis qui fait l'objet d'un recours devant le ministre compétent. Celui-ci confirme la décision du collègue. Il s'agit de l'acte attaqué devant le Conseil d'État.

Le moyen unique pris par le requérant dénonce l'illégalité de l'acte confirmant le refus de permis émettant à son encontre deux types de critiques. La première porte sur les motifs de l'acte, la seconde sur le fond de la décision. En sa première branche, le moyen dénonce l'absence de motifs exacts, pertinents et légalement admissibles, la contradiction dans les motifs et l'erreur manifeste d'appréciation contraires à la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs. En l'occurrence, la motivation est critiquée en ce que le « motif lié aux risques de fuite des animaux serait inexact et se révélerait en contradiction avec les autres motifs de l'acte » et en ce que le « motif lié au « sentiment d'insécurité » serait purement subjectif, fondé sur une crainte irrationnelle d'une partie de la population à l'égard des serpents, alors que cette crainte est objectivement dépourvue de tout fondement puisque l'instruction administrative du dossier aurait révélé qu'il n'existe pratiquement aucun risque de fuite des serpents, que ces serpents ne sont pas venimeux et qu'ils ne peuvent survivre que sous la chaleur tropicale de leur terrarium ». La seconde branche dénonce l'atteinte disproportionnée à la vie privée du requérant consacrée par les articles 8 de la CEDH et 22 de la Constitution belge¹⁷.

La présentation des faits objectivés par l'arrêt et des dispositions légales fondant le recours ne permet pas d'emblée d'identifier le problème juridique. Il faut plonger dans la contingence des motifs de l'acte administratif, dans les nuances des termes employés pour comprendre ce qui s'est joué pour les protagonistes.

Examinons les argumentaires déployés par l'autorité administrative appelée partie adverse, l'auditeur et le Conseil d'État afin de faire émerger les différentes problématisations du cas.

A. La partie adverse : le danger réel et perçu par le voisinage

La partie adverse insiste sur la dangerosité des serpents à la fois pour l'homme et pour l'écosystème. Elle cite des articles de vulgarisation scientifique qui décrivent la manière avec laquelle les serpents étouffent des petits animaux. Pour l'homme, bien que les serpents ne soient pas venimeux, ils représentent un danger dû au saisissement provoqué par la simple vue des reptiles. Enfin, le risque de disparition de certaines espèces locales est également évoqué dans

¹⁷ La seconde branche du moyen ne sera pas analysée par le Conseil d'État dans le recours en annulation, raison pour laquelle nous ne nous appesantirons pas sur cet argument qui a par ailleurs été peu discuté par la partie adverse et les magistrats.

le cas où ces serpents vivraient dans la nature. Le danger résultant du risque de fuite est établi par les réclamations déposées durant l'enquête publique, par l'avis défavorable du conseil communal et par l'arrêté du collège communal.

La manière dont est présentée la dangerosité des serpents s'appuie sur des scénarios typiques relevant de savoirs de sens commun. Sont décrites une série de situations constituant un faisceau d'indices de la dangerosité d'une telle détention. Selon l'autorité administrative, il n'existe aucune garantie quant à l'impossibilité totale de fuite d'un reptile qui peut être due à une quelconque manipulation, une négligence de la part du requérant ou à un acte de libération des serpents et de leur relâchement dans la nature lorsqu'ils deviennent, par exemple, trop encombrants. L'administration souligne que cette dernière pratique est courante et n'exclut pas l'intervention d'un des cinq enfants de l'intéressé qui souhaiterait libérer l'un des serpents pour quelque raison que ce soit.

Enfin, l'autorité justifie juridiquement le choix de refuser le permis d'environnement sur la base des principes de prévention et de précaution :

« En vertu des principes de précaution et de prévention, aucun risque de fuite ne peut être pris lorsqu'on sait que ces reptiles constituent un réel danger pour l'homme et pour l'environnement, que l'habitation hébergeant les serpents se situe en milieu fortement urbanisé et qu'aucune personne spécialisée n'est capable de gérer un quelconque incident ».

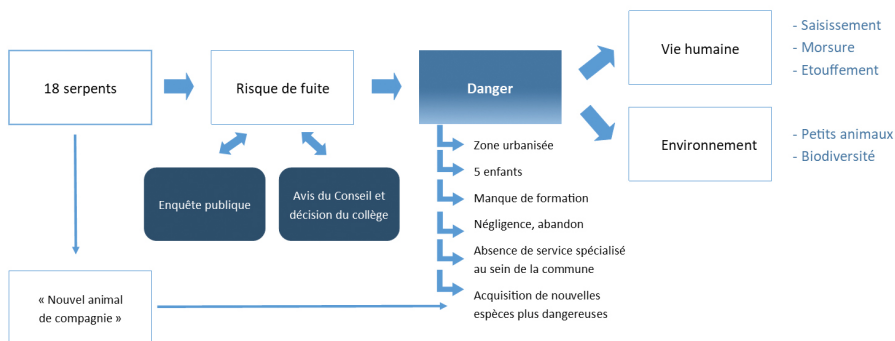


Figure 1- L'autorité peut-elle autoriser une activité présentant un réel danger pour l'homme et l'environnement dans un milieu fortement urbanisé ?

B. L'auditeur : les inconvénients et l'incompatibilité avec la destination de la zone

L'auditeur n'aborde pas frontalement la question de la dangerosité intrinsèque des serpents. Actant les vues contradictoires concernant la réalité et l'importance du danger – les parties étayent leurs arguments par des pièces qui se contredisent –, il choisit d'appréhender la détention de serpents sous le prisme

du droit de l'urbanisme et particulièrement des inconvénients pour le voisinage et de la compatibilité des activités avec la destination principale de la zone. Examinant les motifs critiqués par le requérant, à savoir le risque de fuite et le sentiment d'insécurité, il choisit d'écarter la première branche du moyen arguant que la motivation, quoique perfectible, est compréhensible. S'agissant du risque de fuite, ce motif n'est pas jugé matériellement inexact, étant lié aux opérations d'ouverture des terrariums pour nourrir les animaux et pour entretenir les terrariums. Sont également pointées les éventuelles négligences du propriétaire ainsi que l'éventualité d'un abandon des serpents engendrant une réintroduction dans la nature des animaux dont leurs propriétaires veulent se défaire, renvoyant à l'argumentation tenue par la partie adverse. Il donne ainsi du crédit aux scénarios ordinaires déployés par la partie adverse tout en ne se positionnant pas sur la dangerosité des reptiles mais plutôt sur leur compatibilité, en l'occurrence leur incompatibilité, avec la destination principale de la zone d'habitation.

Il s'appuie ensuite sur l'article 2 du décret du 11 mars 1999 relatif au permis d'environnement et sur l'esprit du code de l'environnement imposant qu'une enquête publique soit réalisée. D'après l'auditeur, la législation citée ne limite pas le champ de ses préoccupations au danger que représente un établissement, mais vise à réduire la pollution, à protéger l'homme et l'environnement contre les dangers, nuisances ou inconvénients qu'un établissement est susceptible de causer. Adoptant une conception large du risque – risque de danger direct ou indirect mais aussi nuisance et inconvénients –, l'auditeur s'appuie sur l'enquête publique afin d'objectiver les risques et nuisances liées à la détention des 18 serpents. L'enquête publique dénonce en effet une incommodité résultant d'une situation problématique découlant de la présence d'animaux sauvages (transformés artificiellement en « nouveaux animaux de compagnie »), du nombre de serpents, de la dangerosité redoutée de ceux-ci, de l'absence totale de qualification du demandeur, de la présence d'un milieu urbanisé dédié à l'habitat, de l'absence de services de secours pouvant remédier aux incidents, etc., éléments objectifs figurant au dossier administratif. Ainsi, d'après l'auditeur, « à partir du moment où une enquête publique est imposée à l'autorité décisionnelle, on ne saura lui reprocher d'avoir égard aux incommodités dénoncées qui pourraient diminuer la valeur résidentielle de la zone lors de celle-ci ».

Se basant sur le trajet de l'acte administratif, à savoir la convergence de l'enquête publique, de l'avis du conseil communal, de la décision prise par le collègue et par la confirmation de ces décisions par le ministre, l'auditeur conclut que la situation est objectivement problématique et rejette le moyen.

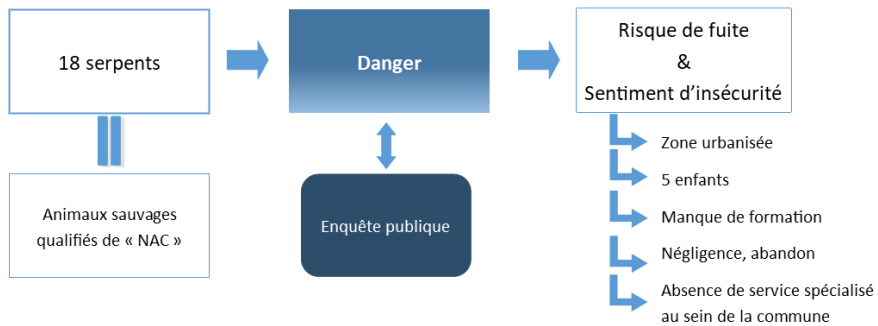


Figure 2 - Peut-on autoriser des serpents qui créent une incommodité dénoncée par l'ensemble du voisinage dans un milieu fortement résidentiel?

C. *Le Conseil: le danger objectivé par l'avis du fonctionnaire technique*

La conception de la dangerosité qui sous-tend l'arrêt du Conseil d'État s'éloigne de celle de la partie adverse et de l'auditeur. Le danger est défini en termes de « risques que l'exploitation de l'établissement pourrait faire courir à l'homme ou à l'environnement ». Pour évaluer ce risque, l'autorité doit se livrer à un « examen objectif et concret de la situation; elle doit ensuite apprécier si ce risque est admissible ». Le principe énoncé, le Conseil d'État s'appuie sur la seule appréciation pouvant, selon lui, être qualifiée d'objective: l'examen réalisé par le fonctionnaire technique. Ne sont pas considérés comme objectifs l'avis du conseil communal ou la décision du collège communal. Sont systématiquement opposés la définition technique et objective du fonctionnaire technique et l'appréhension subjective du danger qui émane de l'enquête publique. Selon le Conseil d'État, « le risque de fuite est réduit » puisque les terrariums sont équipés d'un système de fermeture efficace empêchant une ouverture involontaire. Ce risque n'étant pas totalement exclu, le Conseil d'État envisage l'éventuelle fuite des serpents. Celle-ci ne pourrait porter atteinte à la santé de l'homme et à l'environnement puisque les serpents ne sont pas venimeux et ils ne peuvent survivre en dehors de la chaleur des terrariums. La dangerosité des serpents est donc définie par les attributs propres aux espèces tropicales et non venimeuses sans que soit pris en considération l'environnement urbanistique, social et administratif de cette activité.

C'est à nouveau la rhétorique de l'objectivité qui est avancée par le Conseil d'État s'agissant d'examiner la seconde branche du moyen. Le sentiment d'insécurité ressenti par le voisinage et qui s'est exprimé au cours de l'enquête publique n'est, selon le Conseil d'État, pas une donnée objective valable et il ne suffit pas à constituer un risque pour la santé ou l'environnement justifiant un refus d'autoriser un établissement classé.

« Considérant que l'examen objectif de la demande avait conduit le fonctionnaire technique à estimer que des risques pour la santé et l'environnement étaient admissibles; que les motifs du refus donnés par le Ministre sont, d'une part, le risque de fuite mis en avant lors de l'enquête publique et, d'autre part, le sentiment d'insécurité dans le quartier, de nature à nuire à la qualité de la vie sociale et familiale des riverains, également mis en évidence dans l'enquête publique [...]

Considérant qu'en l'espèce, l'auteur de l'acte attaqué reproduit presque toute la motivation d'une proposition d'autorisation conditionnelle rédigée par le fonctionnaire technique; qu'il a toutefois substitué un dispositif de refus à la proposition d'autorisation et remplacé quelques motifs de celle-ci par les deux derniers considérants de l'acte attaqué; [...]

Considérant qu'en l'espèce, le Ministre n'indique pas en quoi les réclamations exprimant le sentiment d'inconfort des riverains s'appuieraient sur de tels éléments objectifs qui viendraient contredire l'analyse faite par son administration d'un risque de fuite réduit et maîtrisable, analyse qu'il reprend par ailleurs à son compte dans l'arrêté attaqué; qu'il y va d'une contradiction dans les motifs; »

Le Conseil d'État annule l'arrêté du ministre en accueillant l'argument de la motivation contradictoire.

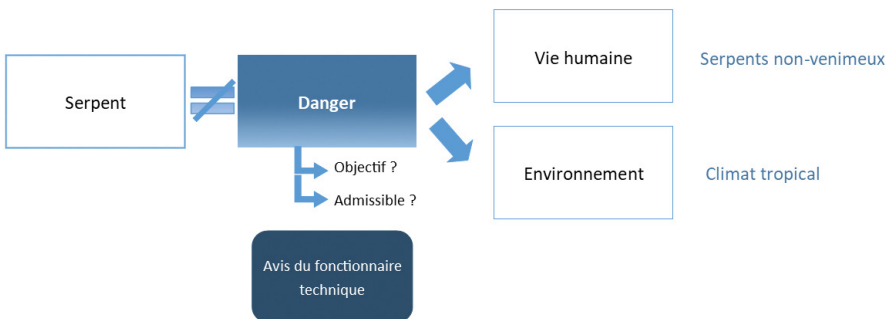


Figure 3 - Les serpents constituent-ils un danger objectif et admissible pour l'homme et l'environnement ?

III. La problématisation du cas à trancher

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 légales applicables. La synthèse des arguments des magistrats et de l'administration montre que les faits et les dispositions légales sont ordonnancés de

manière différente alors même que les faits, à savoir la détention d'une vingtaine de serpents, et le moyen unique¹⁸ constituent la base commune du raisonnement.

L'auditeur nous guide dans cette plongée au cœur du raisonnement juridictionnel :

« 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 pose un problème, c'est ça. Comment je vais poser ma question et donc orienter le raisonnement qui vient après. [...] 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. 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 qu'à la façon dont j'ai posé la question va déterminer l'ensemble du raisonnement. Je peux encore poser le problème autrement : "est-ce que le voisinage peut s'opposer à la détention de 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 réponse¹⁹ ».

La problématisation agit comme un catalyseur de décidabilité, nous y reviendrons.

Se dégagent trois manières de poser le problème juridique : « Les serpents sont-ils venimeux ? » ; « peut-on autoriser des serpents qui créent une incommodité dénoncée par l'ensemble du voisinage dans un milieu fortement résidentiel ? » et

¹⁸ Moyen qui dénonce l'absence de motifs exacts, pertinents et légalement admissibles, la contradiction dans les motifs, l'erreur manifeste d'appréciation ainsi que la violation de l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et de l'article 22 de la Constitution, celle du principe générale de la proportionnalité, celle de de l'article 2 du décret du 11 mars 1999 relatif au permis d'environnement et la violation de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs.

¹⁹ Extrait d'entretien, auditeur 7 p. 15.

« le voisinage peut-il s'opposer à la détention de serpents sur la base de peurs irrationnelles ? ». La première pose la question de la dangerosité intrinsèque des serpents, la seconde complexifie la question en incluant des considérations urbanistiques liées notamment à la destination principale de la zone et la dernière s'intéresse moins aux dangers liés à la présence des serpents qu'au sort que doit réserver l'autorité administrative aux peurs irrationnelles du voisinage dans l'attribution d'un permis d'environnement. Apparaissent en filigrane des conceptions différentes de la dangerosité des reptiles. Ces conceptions s'appuient sur des ressorts cognitifs et des savoirs de nature différents. D'un côté, la dangerosité potentielle des serpents est appréciée de manière contingente s'appuyant sur des savoirs de sens commun. De l'autre côté, le danger est défini de manière biologique et technique en minorant les éléments de contexte.

La mise en exergue de la « question problème » fait apparaître trois ordonnancements des règles de droit applicables et de leur interprétation, des faits saillants du dossier et des solutions retenues par les différents protagonistes. La problématisation a un impact à la fois sur la manière de présenter les faits et sur les dispositions légales retenues.

Concernant la présentation des faits, selon la question problème retenue, l'accent sera mis sur l'efficacité des systèmes de fermeture et sur le caractère non venimeux des espèces pour les uns ou sur la densité d'occupation de la zone, l'absence de formation du propriétaire, l'inexistence de services de secours spécialisés à proximité, la propension de certains propriétaires à abandonner leur nouvel animal de compagnie ou sur le caractère constrictif des serpents. Propriétaire et serpents sont catégorisés de manière différente, le danger apparaissant sous des formes et récits variés.

À l'autre bout du raisonnement, le droit est présenté et interprété diversement. L'autorité administrative s'appuie sur les principes de prévention et de précaution afin de justifier le refus de permis. Le risque de fuite est corrélé à la dangerosité des serpents qui sont catégorisés comme non venimeux mais néanmoins dangereux pour la santé et l'environnement. L'auditeur adopte une conception plus large du risque en incluant les nuisances et inconvénients pour le voisinage, conformément à l'esprit du décret et à la *ratio legis* de l'enquête de voisinage. Enfin, le Conseil d'État annule l'arrêté ministériel en ce qu'il contient une motivation contradictoire. En effet, le Conseil d'État, se basant sur l'expertise réputée objective du fonctionnaire technique, considère le risque admissible.

CONCLUSIONS

En prêtant attention à l'opération de problématisation, le chercheur interroge nécessairement la dimension matérielle et pratique du raisonnement juridictionnel. Celui-ci revêt des caractéristiques peu présentes lorsqu'on le soumet à l'épreuve de la formalisation. Le raisonnement juridictionnel apparaît comme un processus itératif de co-sélection et de co-construction des faits et du droit qui mobilise des savoirs de nature différente et dont l'horizon pratique est la résolution d'un conflit traduit dans le langage du droit.

Il y a quarante ans, Walter Van Gerven décrivait déjà le processus de co-construction du fait et du droit.

« Traiter un cas concret par le droit réclame que la règle applicable soit construite, complétée ou modifiée en fonction du problème posé. Aucun jugement de nécessité ne présidera au choix de cette règle. Confronté à une hypothèse précise, le juriste suivra conjointement deux voies qu'il veillera à faire se croiser en un certain point. D'un côté il essaiera de s'imprégner de la complexité du problème par la recherche des faits, leur ordonnancement chronologique, l'identification des parties officielles et non officielles, l'inventaire des comportements, des désirs – exprimés ou non –, et des intérêts en présence tâchant de les restituer dans le contexte social. Parallèlement, il tentera d'inventorier parmi les innombrables dispositions légales et principes de droit ceux qui, de prime abord, pourraient régler la situation litigieuse »²⁰.

Van Gerven insiste sur la centralité du problème, terme qui revient à deux reprises dans cet extrait. Appesantissons-nous un instant sur la recherche des faits. Présentés dans des exposés lisses et cohérents, les faits sont, dans les écrits de procédure, déjà débarrassés de leurs scories jugées non pertinentes pour l'application du droit²¹. Or, le travail décisionnel requiert des griefs concrets : « l'acte attaqué, *en ce qu'il* a dit ça, a violé telle disposition du moyen parce que... ». Le droit a besoin d'aspérités pour formuler un problème, il se nourrit de détails qu'il rend signifiants. La problématisation implique un double mouvement d'enrichissement/complexification et de sélection. C'est à la fois dans la complexité de l'affaire que le problème juridique émerge et que ce dernier circonscrit le périmètre de ce qui sera débattu. À travers la lecture, la compréhension, la mise en re-

²⁰ W. VAN GERVEN, *La politique du juge*, Swinnen, 1983, p. 112.

²¹ « La description des faits est limitée aux éléments pertinents pour une éventuelle application du droit, et elle est nécessairement conceptualisée. Ce que la vie comporte d'émotion, de singularité inédite qui ne se répétera plus, est éliminé, non parce que ces éléments ne sont pas communicables – l'art, la poésie, une relation affective nous les font partager –, mais parce qu'ils sont étrangers au magistère du droit. Voilà pourquoi le droit exproprie les faits. Ceux-ci sont dépouillés de ce qu'ils ont de propre, de singulier, d'individuel. » F. RIGAUX, *La loi des juges*, Odile Jacob, 1997, p. 49.

lation des pièces de procédure, de l'exposé des faits et des moyens, les magistrats construisent les faits juridiques. La question problème pose une trame narrative dans laquelle la solution au litige est déjà amorcée. Ne seront alors retenus que les faits qui répondent à cette double exigence d'être juridiquement pertinents d'une part et attestés par les pièces du dossier²² d'autre part. Loin d'être un donné, les faits sont construits²³ et constituent le socle du raisonnement²⁴.

Ensuite, nous avons vu que le processus juridictionnel est de part en part un processus cognitif qui s'appuie sur des pratiques épistémiques²⁵ – interprétation, compréhension, classement, catégorisation – qui contribuent à tracer les chaînes inférentielles du raisonnement et mobilise des savoirs juridiques, experts et de sens commun²⁶. Indispensables à la compréhension juridique de l'affaire, les catégories juridiques constituent avant tout des outils perceptuels de la réalité. Elles façonnent la perception des juristes²⁷ et influencent leur point de vue sur

²² Pour un exposé approfondi de la manière dont sont rédigés les exposés des faits au Conseil d'État, voir J. COLEMANS, *L'ordinaire du contentieux administratif. Analyse du processus décisionnel au Conseil d'État belge francophone*, thèse de doctorat (ULiège) soutenue le 4 avril 2014 <<https://orbi.uliege.be/bitstream/2268/164237/1/these%20version%20d%20c%3%a9finitive%20corrige%3%a9e.pdf>>.

²³ « Ce serait une grave erreur de croire qu'un fait puisse être « donné dans l'expérience ». Le fait est moins une constatation qu'une construction de l'esprit. À rigoureusement parler, les faits n'existent pas tout faits dans la nature comme les vêtements dans une maison de confection et le rôle du savant ne se trouve pas à les appeler tour à tour suivant les besoins de sa discipline, mais bien plutôt à les créer en quelque sorte en les isolant abstractivement du tout complexe dont ils font partie » (LALANDE, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, 10^e éd., PUF, 1990, p. 339).

²⁴ Cette attention donnée au socle factuel tend à rapprocher cette analyse de la méthode casuistique. Selon Frédéric Rouvière, « la méthode casuistique [...] privilégie comme point de départ le cas (et non la règle), s'intéresse à la construction du problème (et non au « donné ») et souligne le fait que les arguments sont inventés (et non déduits). [...] À cet égard, le juriste ressemble plus au médecin qu'au mathématicien. La casuistique met l'accent sur l'adaptation face aux situations inédites plutôt que sur la reproduction de solutions déjà faites. Il ne viendrait d'ailleurs pas l'idée de dire à un médecin d'aller se former exclusivement en observant des patients dans un cabinet. En effet, sans savoir théorique préalable, notre apprenti-médecin ne saurait même pas quelles questions se poser ni quels symptômes détecter. Il saurait encore moins les interpréter. Il en va ainsi du juriste à l'égard des faits. Avant d'aller en clinique, le médecin comme le juriste doivent savoir quelles questions poser et quelles postures intellectuelles adopter », F. ROUVIÈRE, « Quelles méthodes pour l'enseignement du droit à l'aube du 21^e siècle? », *Les Cahiers Portalis*, vol. 1, n^o 1, 2014, p. 48-49.

²⁵ Annelise Riles propose de saisir le droit comme des pratiques épistémiques, A. RILES, « Legal Knowledge » in D. S. CLARK (dir.), *Encyclopedia of Law and Society*, Sage Publications, 2007, p. 885-888.

²⁶ Cette distinction rappelle les activités qui interviennent dans 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 », A. OGIEN, *op. cit.*, p. 513.

²⁷ Ce qui donne à voir les perspectives constructivistes sous un autre angle, non plus uniquement normatif mais également cognitif et perceptuel. S'il est vrai que le droit, en tant qu'instance normative, crée un autre monde pour reprendre le fameux titre de Marie-Angèle Hermitte, il constitue aussi et surtout un monde d'interprétation et de perception idiomatique. « On constatera très vite

le monde. Autrement dit, le droit et ses catégories fournissent les instruments d'interprétation du monde. Ces dispositifs cognitifs²⁸ ne sont toutefois pas universels mais propres à une communauté de langage. Utilisés à toute fin pratique, ils s'ajustent, se confrontent et viennent parfois à se confondre avec nos représentations, les valeurs communément admises dans une société et à une époque, les savoirs de sens commun, les savoirs juridiques et leurs écoles de pensée, les scénarios typiques et les théories implicites. Aussi, comme on l'a vu, les membres d'une même institution pourront en avoir une appréhension différente.

Ainsi, pour le cas qui nous occupe, la manière dont le risque de danger est appréhendé et problématisé par l'administration, l'auditeur ou le juge puisent dans des savoirs de nature différente. Les savoirs techniques des experts sont mobilisés par le Conseil d'État tandis que la conception du danger mise en avant par la partie adverse s'appuie sur des savoirs de sens commun. Peu interrogés, car allant de soi, ces savoirs disponibles sont mobilisés mais peu conscientisés jusqu'à ce que survienne une controverse ou une incongruité.

« We human beings seem strangely unconscious – sometimes almost totally unaware – of many of the common categories that figure in our cognitive activities [...] We experience the world as categorized and simply take this experience for granted, as given. Perhaps this is because categorizing in the process of the super-swift act of perceiving is too automatic to be caught by consciousness.²⁹ »

Enfin, la problématisation est un catalyseur de décidabilité qui permet de mettre au jour les ressorts pragmatiques du raisonnement juridique. La question-problème opérationnalise le raisonnement juridique en rendant le problème juridique « décidable » selon les termes de Bruno Latour³⁰. La problématisation agit comme nous l'avons largement vu comme instance d'intermédiation entre les faits et le droit, mais elle se trouve au cœur d'une autre paire moins théorisée mais tout aussi importante pour comprendre le raisonnement juridique : le couple problème-solution.

« En matière de recherche, la première règle de méthode commande de distinguer deux étapes : il faut voir et poser les problèmes avant de chercher

que l'opération juridique fait subir à l'objet initial une transformation parfois considérable, ce que les sociologues appelleraient une construction, à ceci près qu'elle n'a pas de vocation explicative mais normative. [...] Le droit n'a pas l'ambition de la réalité, moins encore de la vérité, il réinvente un autre monde. » M.-A. HERMITTE, « Le droit est un autre monde », *Enquête : anthropologie, sociologie, histoire, sociologie*, vol. 7, 1998, p. 17-38.

²⁸ Pour une approche cognitive du raisonnement basée sur les acquis de la psychologie cognitive, voir M. CUMYN et F. GOSSELIN, « Les catégories juridiques et la qualification : une approche cognitive », *Revue de droit de McGill*, 62(2), p. 329-387.

²⁹ A. G. AMSTERDAM et J. BRUNER, *Minding the Law*, Harvard University Press, 2000, p. 26-27.

³⁰ B. LATOUR *op. cit.*, p. 113.

à les résoudre. Les étudiants sautent volontiers la première étape, car ils sont toujours trop pressés d'aller aux solutions. Pourtant un problème bien posé en droit est un problème à moitié résolu, alors qu'à l'inverse des développements qui ne sont pas la réponse à une question préalablement précisée sont bavardage et temps perdu. De plus, on pardonne aisément à un étudiant de ne pas avoir apporté une solution certaine à un problème, car en vérité le droit ne permet pas de résoudre grand-chose. En revanche, on lui pardonne plus difficilement de ne pas avoir vu et posé un problème³¹ ».

Mettre en avant la matérialité et le caractère processuel du raisonnement juridique complexifie sa description et va à rebours des standards qui président à la rédaction de la théorie du droit et de la méthodologie juridique : ordonner et systématiser le droit. Ce qu'il perd en simplicité et en ordonnancement, il le gagne en compréhension de ce qui fait le propre du raisonnement juridique, à savoir, la fois la maîtrise technique d'un savoir particulier tout en étant inextricablement lié à des savoirs professionnels et de sens commun. Car en effet, le juge règle des problèmes humains retords à toute simplification excessive. Pour comprendre le fil – de la pensée juridique – qui a été retenu, il est parfois utile de plonger dans les nœuds qui emmêlaient les différentes voies possibles.

³¹ F. GRUA et N. CAYROL, *Méthode des études de droit. Conseils pour le cas pratique, le commentaire, la dissertation et la note de synthèse*, Dalloz, 2020, p. 33.