



HAL
open science

Pour ou contre l'enseignement du droit par la dialogique Pro et Contra

Michel Boudot

► **To cite this version:**

Michel Boudot. Pour ou contre l'enseignement du droit par la dialogique Pro et Contra. in M. Boudot et M. Faure-Abbad. Obligations, procès et droit savant, Mélanges en hommage à Jean Beauchard, Presses universitaires juridiques de Poitiers, pp.423-439, 2013, 9791090426207. hal-04011415

HAL Id: hal-04011415

<https://hal.science/hal-04011415>

Submitted on 1 Apr 2023

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.



Distributed under a Creative Commons Attribution - NonCommercial - NoDerivatives 4.0
International License

MICHEL BOUDOT
Maître de conférences
Université de Poitiers

POUR OU CONTRE L'ENSEIGNEMENT DU DROIT PAR LA DIALOGIQUE *PRO ET CONTRA*

1. J'ai rencontré Jean Beauchard en débarquant à Poitiers en 1999; j'arrivais du sud, c'était un homme de l'ouest. Il m'a beaucoup appris. Nos désaccords étaient nombreux, mais notre accord était sur la nécessité de la controverse et sur la force du débat, sur la puissance de la pensée et l'urgence de la recherche conceptuelle. Il n'est pas si courant à l'Université de rencontrer des enseignants humbles dans l'exposé et avides de critique. C'est encore moins courant dans les facultés de droit. Il faut avoir de la chance pour partager avec eux ce qui fait le sel et le piment du métier. En juillet 2009, mon ami Sébastien Pimont nous invitait en Savoie pour débattre de l'enseignement du droit au début du XXIème siècle au colloque inaugural de *Jurisprudence, revue critique*; ce furent de riches discussions au cours desquelles Christophe Jamin et Mikhaïl Xifaras firent vaciller mes certitudes. Le ton amical n'empêche pas les opinions radicales, et la confrontation n'est pas l'affrontement, car de ces échanges même houleux surgissent l'inattendu et la science; je veux dire que c'est souvent grâce à des expériences polémiques que l'on resitue ce que l'on tenait pour vérité et évidence. À la rentrée, nous avons continué de réfléchir aux questions d'enseignement puisqu'il y avait du contrat quadriennal dans l'air, et puis la discussion a cessé.

Aujourd'hui, pour Jean, je voudrais essayer de prolonger ces réflexions et développer une double question sur laquelle nous nous étions arrêtés. Comment enseigner la controverse? Peut-on enseigner par la controverse à des apprentis juristes? Pour que les choses soient claires, je préciserais d'abord que je dois à Christian Atias, mon maître de droit civil à la faculté d'Aix-en-Provence, de m'avoir montré la voie à suivre¹: l'enseignement du droit par la dialogique évidemment, mais surtout, la direction de Poitiers, sur la carte pas tout à fait en haut à gauche, avec la promesse que j'allais y découvrir des personnages hors du commun et y apprendre le droit autrement. Promesse tenue.

Je dois aussi confesser que n'étant pas thomiste, ni même naturaliste, la dialogique n'a pas pour moi la vertu heuristique conduisant à la découverte du sens et de la solution justes; il s'agit au mieux d'un instrument discursif capable de créer, en vue de la transmission du savoir, une diversité de points de vue à partir desquels se

1 Christian ATIAS, « La controverse et l'enseignement du droit », *Ann. d'histoire des Facultés de droit*, n°2, 1985, p.110 sq; *Questions et réponses en droit*, PUF, coll. L'interrogation philosophique, 2009.

déplient des argumentations contradictoires. Quant au choix parmi les solutions de droit, prescrites ou/et enseignées, c'est un choix politique et non cognitif qu'il conviendrait au moins d'assumer comme tel, ou de dénoncer s'il n'est pas assumé ; et ne pas choisir, cela se discute, serait-ce l'expression d'une philosophie sceptique, véhicule elle-aussi de prescriptions politiques ?²

Dans le cadre de ce texte, je ne prônerai pas un retour de la philosophie médiévale³, je ne convoquerai ni la problématologie⁴, ni la théorie des contraintes juridiques et argumentatives⁵, et je me placerai en deçà d'une réflexion épistémologique⁶ ; je conserverai le style d'une discussion d'impressions en faisant part d'expériences d'enseignement, d'idées et de critiques reçues. La mise en scène dialogique peut n'être qu'une formalisation de mes incertitudes pédagogiques et de mes faiblesses scientifiques, peu importe, il s'agit de rendre compte d'efforts de connaissance par le doute.

2. Longtemps après que Platon eut caricaturé la rhétorique⁷, la méthode dialogique s'imposa dans la dispute scolastique médiévale pour l'étude du dogme chrétien ayant ingurgité la philosophie aristotélicienne ; dans sa forme codifiée, elle supposait qu'une *quaestio* ou un cas soit posé par l'enseignant à propos d'un texte faisant l'objet d'une lecture. Un premier étudiant *opponens* exposait des objections avant qu'un second *respondens* ne le contredise. Le maître en guise de conclusion procédait à une *determinatio*⁸. Plus finement, « l'origine de la *disputatio* dans la *lectio* implique que cette manière de questionner apparaisse d'abord à l'occasion de la lecture des textes et plus précisément à l'occasion du scandale qui s'élève lorsqu'il y a conflit entre deux autorités ou entre deux passages d'un même auteur, car la vérité paraît alors entrer en lutte avec elle-même. On peut prendre Pierre Abélard comme point de repère majeur dans l'histoire de la dispute scolastique : il en a théorisé les bases dans son *Sic et Non* souvent comparé à une sorte de discours de la méthode de la dialectique scolastique : il faut amener une thèse comme solution d'une difficulté née de la contradiction entre les opinions autorisées. La méthode fonctionne comme une véritable dialectique au sens hégélien : les différents points de vue, apparemment irréconciliables, sont subsumés dans un troisième, *l'ad tertium*, qui les englobe et les dépasse. La Somme théologique est l'illustration parfaite de cette méthode : en retournant au conflit d'autorité initial, dont il dégage deux aspects, Thomas d'Aquin fait ressortir que chacune des positions contradictoires

2 Ronald DWORKIN, *Une question de principe*, trad. fr. par A. Guillaïn, PUF, 1996, p.183 et p.220 ; Michel BOUDOT, *Le dogme de la solution unique*, Th. Aix-en-Provence, 1999, n°133 et sq. ; mais surtout, Riccardo GUASTINI, *L'interpretazione dei documenti normativi*, Giuffrè, 2004, pp.49-61.

3 Alain DE LIBERA, « Retour de la philosophie médiévale ? », *Le Débat*, 1992/5 n° 72, p. 145-158.

4 Michel MEYER, *La problématologie*, PUF, coll. « Que Sais-je ? », 2009 ; *Questionnement et historicité*, PUF, 2000 ; « Les fondements de l'argumentation », in Corinne HOOGAERT, *Argumentation et questionnement*, PUF 1996, pp.13-36 ; Alain LEMPEREUR, « Problématologie du droit », in *L'homme et la rhétorique*, Méridiens Klincksieck, 1990, pp.213-232.

5 En particulier, v. Michel TROPER *et alii*, *Théorie des contraintes juridiques*, Bruylant - LGDJ, 2005.

6 Fanny RINCK, « L'analyse linguistique des enjeux de connaissance dans le discours scientifique », *Revue d'anthropologie des connaissances* 3/2010 (Vol 4, n° 3), p. 427-450.

7 Une histoire de la rhétorique in Michel MEYER, *Principia rhetorica, Une théorie générale de l'argumentation*, Fayard, 2008.

8 Jean -Luc SOLÈRE, *v° Scolastique*, in Claude GAUVARD, Alain de LIBERA, Michel ZINK, *Dictionnaire du Moyen Âge*, PUF, 2002, p. 1299-1310, spéc. p.1303.

correspond en réalité à un aspect particulier de la *quaestio* qu'on peut dépasser en les conciliant dans une perspective plus générale⁹ ». La qualité de la dispute *pro et contra* se mesurait à sa profondeur argumentative et à son caractère exhaustif, toutes les interprétations et hypothèses possibles devaient avoir été énoncées pour que le maître puisse déterminer la bonne formulation de la bonne réponse.

3. Avec la modernité, la méthode dialogique se convertit et peu à peu, cède la place à des raisonnements cartésiens puis à l'esprit de synthèse du temps de Domat et Pothier, et au vingtième siècle, ce sont la philosophie, la logique déontique et la théorie du droit qui se sont attaquées férocement au dogme du cognitivisme éthique¹⁰. Mais dans l'entre-temps, la connaissance juridique sera passée par l'exégèse du Code civil donnant lieu à de nombreuses controverses, et les grands commentateurs firent école en polémique ; il fallait connaître les rouages de la *logique* définie à l'époque comme l'art de démontrer la vérité d'une proposition quand la *dialectique* était l'art de discuter. À l'instar des manuels de *logique juridique* expliquant des typologies d'arguments ou les *guides pour les thèses* de Félix Berriat Saint-Prix¹¹, qui connurent des éditions successives de 1855 à 1924 – soit bien après sa mort –, la littérature du 19^e siècle révèle l'attachement des auteurs au genre controversiste, mais également son caractère académique. Les thèses de licence et de doctorat devaient questionner, répondre et répliquer, jusqu'à en extraire des propositions, celles-là même qui seraient soutenues par la logique de la dissertation.

À présent, il ne reste pas grand-chose de la méthodologie scolastique mais l'enseignement de la rhétorique n'a pas disparu complètement¹², sauf peut-être dans les facultés de droit françaises. Car ailleurs, la rhétorique fait partie des humanités indispensables ; par exemple, les étudiants de *Lettres* et *Langues* ont accès dès leurs premiers semestres de licence à des cours de rhétorique et d'argumentation, de linguistique, de stylistique, d'analyse des discours et des images, de critique littéraire et cinématographique. On y apprend assez tôt à différencier un enthymème d'un syllogisme, à disséquer les usages métonymiques des concepts ambigus, on reconnaît les antonomases, les allitérations, les hypotyposes de toutes sortes, on sait utiliser le présent gnomique pour énoncer une vérité universelle, attendu que, pendant ce temps-là, les étudiants en droit commentent des arrêts sans égard pour leurs anaphores.

De là surgit une véritable interrogation, pourquoi n'apprenons-nous pas à nos étudiants les théories de l'argumentation ? Il existe des classiques très accessibles¹³ et

9 Gaëlle JEANMART, « L'art du combat dans la philosophie occidentale : de la dialectique antique à la dispute scolastique », *Le Télémaque* 1/2007 (n° 31), p. 35-50

10 Riccardo GUASTINI, *La sintassi del diritto*, Giappichelli, 2011 ; Éric MILLARD, *Théorie générale du droit*, Dalloz, 2006 ; Marie-Laure MATHIEU-IZORCHE, *Le raisonnement juridique*, PUF, coll. Thémis, 2001.

11 Félix BERRIAT SAINT-PRIX, *Manuel de logique juridique* à l'usage des étudiants, des candidats de concours, des avocats, des magistrats et de tous ceux qui traitent de questions de droit, suivi de *Guide pour les thèses* de licence, de doctorat, de concours, Plon, 2^e éd. 1876 [4^e éd. 1924].

12 Emmanuelle DANBLON, « La rhétorique : à la recherche d'un paradigme perdu », *A contrario* 2/2011 (n° 16), p. 26-40.

13 Christian PLANTIN, *L'argumentation. Histoire, théories et perspectives*, PUF, Que sais-je ?, 2005 ; Michel MEYER, *La rhétorique*, PUF, Que sais-je ?, 2009 ; Jean-Jacques ROBRIEUX, *Éléments de rhétorique et d'argumentation*, Dunod, 1993.

d'autres un peu moins¹⁴. En effet la rhétorique juridique n'est pas une mince affaire, et ne s'improvise pas ; elle ne s'apprend pas sur le tas, ou seulement par défaut, et mal le plus souvent. Sur ce point, le consensus est total, *il faudrait plus ...*, mais rien ne se passe vraiment. Après tout, c'est vrai, on ne peut pas infliger à nos étudiants de licence, en plus des matières juridiques d'avalier des cours de rhétorique, de linguistique et de stylistique. Pourquoi pas en plus du latin et de la philosophie ?

Plus clairement, les insuffisances constatées sont liées au manque de nourriture intellectuelle et à l'indigence théorique de nos formations : entre très peu de pratique et encore moins de théorie du droit, la formation de l'esprit juridique est faite de beaucoup de généralités. La rhétorique est pourtant au cœur du débat politique¹⁵, des travaux parlementaires, dans les ambiguïtés, les incohérences et les incongruités de la loi. Elle est au cœur du discours des juristes¹⁶, et la dialogique est l'exercice habituel des avocats¹⁷, elle est une expression du principe contradictoire dans le procès et elle est dans le texte de l'arrêt. Alors s'il manque de place dans les programmes pour un enseignement de la rhétorique, utilisons un pis-aller, pourquoi ne pas enseigner le droit *par* la rhétorique en procédant systématiquement *pro* et *contra*, en disséquant les séquences argumentatives, en commentant les moyens adverses dits pour en faire sortir les non-dits et ce, à tour de rôle.

4. Dans les facultés de droit françaises, le cours magistral est souvent un long monologue. La forme dialoguée est peu usitée, sauf lorsque le cours est fait à deux voix, - les expériences faites en ce sens sont toujours très riches, ce devrait être un indice -. Reste que le monologue l'emporte par pragmatisme, habitude, nécessité. Les difficultés liées à un enseignement de masse y sont sans doute pour beaucoup, mais les travaux dirigés pourraient être l'objet, la cause ou l'occasion d'exercices d'intelligence. Or, lors de ces séances, une version abâtardie du commentaire d'arrêt est dominante qui aboutit à consteller l'étude d'un thème par une multitude de solutions posées par la Cour de cassation ou le Conseil d'Etat. Le commentaire de l'arrêt censé permettre la profondeur de l'analyse en pénétrant le processus décisionnel est sacrifié au profit de compte-rendu de solutions détaillées sublimées en prétendus principes. L'effet est paradoxal. Au lieu de commenter une décision, de faire apparaître les questions, de décortiquer les moyens et les raisons de décider, l'exercice dominant consiste à resituer la solution dans un panorama jurisprudentiel synthétisé que l'on puisera dans les codes bleus ou rouges. La raison de ce travestissement se trouve tout bonnement dans l'ignorance des instruments que fournissent rhétorique, critique littéraire et stylistique ; elle conduit aussi

14 Michel MEYER, *Principia rhetorica*, préc. ; Stephen TOULMIN, *Les usages de l'argumentation*, PUF, coll. L'interrogation philosophique, 1993 [trad. fr. de *The uses of argument*, 1958] ; Chaïm PERELMAN, *Logique juridique*, Dalloz, 2^e éd. 1979 ; Robert ALEXY, *Teoria dell'argomentazione giuridica*, Giuffrè, 1998 [trad. it., de *Theorie der juristischen Argumentation*, 1986] ; Manuel ATIENZA, *El derecho como argumentación*, Ariel, 2009.

15 Ruth AMOSSY et Roselyne KOREN, « Argumentation et discours politique », *Mots. Les langages du politique* 3/2010 (n° 94), p. 13-21 ; Christian PLANTIN « Argumentation-rhétorique. Les eaux mêlées », *in ibid.*, p. 23-30.

16 François TERRÉ, « A propos de la doctrine de la doctrine de la doctrine », *RDA* n° 3, févr. 2011, p. 38 ; Michel BOUDOT, « La doctrine de la doctrine de la doctrine... : une réflexion sur la suite des points de vue méta-... -juridiques », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 2007, 59.

17 François MARTINEAU, *Petit traité d'argumentation judiciaire*, Dalloz service, 2004 ; Jean-Marie DE-NEUIL, *Petit traité de l'écrit judiciaire*, Dalloz Praxis, 2012.

à imposer la confection d'un plan en deux parties et deux sous-parties dont les intitulés doivent respecter une métrique non dite, et des figures de style autorisées, chiasme, anaphore, paronomase le plus souvent. Et quand les étudiants expliquent qu'ils passent du temps sur leur plan, ils ne parlent pas de l'ordre du discours cher à Michel Foucault, ils parlent de ce maudit poème dont chaque monostiche servira d'intitulé pour les segments de leur pseudo-commentaire.

Il a été fort bien montré qu'il n'y avait rien de cartésien, rien de scientifique dans tout cela¹⁸. Henri Mazeaud est le premier à avoir utilisé le plan en deux parties de manière courante dans ses chroniques, pour des considérations esthétiques et de pures simplifications qui se traduisirent dans un petit ouvrage publié en 1941. *Guide des conférences et exercices pratiques pour la licence en droit*, Sirey, 1941. L'ouvrage sera un *best seller* après-guerre et popularisera progressivement le plan en deux parties lorsque les travaux dirigés seront introduits dans le cursus universitaire, puis rendus obligatoires¹⁹. Mais le dogme du plan lui est encore plus récent, on peut le dater du milieu des années 1970 lorsqu'il est devenu de règle au concours d'agrégation. Comme une catachrèse dont on aura perdu la source, plus personne ne sait vraiment pourquoi il faut faire deux parties ; *le discours de la méthode* en compte 6, la numérogie byzantine classait les sources des obligations par 4, la dialectique académique en préfère 3. Mais s'il y avait une bonne raison à ne faire que deux parties, elles s'intituleraient *Pour* et *Contre*.

POUR L'ENSEIGNEMENT DU DROIT PAR LA DIALOGIQUE

5. La formulation de la question a son importance car l'on argumente toujours mieux *contra*, et si la défense du *statu quo* doit avoir la parole en dernier, c'est bien contre cet état de fait inquiétant qu'il faut lutter.

De manière synthétique, on doit s'accorder pour considérer que les trois premières années de la licence en droit sont vouées à l'apprentissage des notions dites fondamentales, quand les deux années de master doivent conduire vers l'approfondissement de ces mêmes notions par une spécialisation progressive ; par la suite, le doctorat entrainera l'étudiant dans l'aventure d'un raisonnement au long cours, panoramique autant que pointu, et l'écriture d'une monographie.

Chaque instance du cursus doit être nourrie d'exercices adaptés pour développer les compétences propres à chaque niveau. Les étudiants qui sortent de l'université pourvus de la seule licence, doivent être en mesure de mobiliser leurs acquis pour l'analyse des textes normatifs auxquels ils seront confrontés dans leur vie professionnelle ou personnelle ; les étudiants mastérisés doivent posséder les instruments capables de dégager une vue globale des réponses possibles aux questions spécifiques qui leur seraient posées ; les doctorants doivent non seulement parvenir à maîtriser l'ensemble des notions fondamentales, mais parce qu'ils peuvent être amenés à les enseigner en travaux dirigés, ils doivent posséder les instruments

18 Marc LEMIEUX, « La récente popularité du plan en deux parties », *RRJ* 1987-3, pp.823-845 ; pour un sauvetage *in extremis* à raison de ses [prétendues] vertus pédagogiques, Michel VIVANT, « Le plan en deux parties, ou de l'arpentage considéré comme un art », *in Etudes offertes à Pierre Catala*, Le droit privé français à la fin du XX^{ème} siècle, Litec, 2001, pp. 969-984, spec. n°24, p.982.

19 Christian CHÈNE, *v°* Enseignement du droit, *in* Denis ALLAND et Stéphane RIALS, *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy PUF, coll. Quadrige, 2003.

théoriques et critiques pour franchir eux-mêmes dans leur recherche et faire franchir à leurs étudiants les obstacles – épistémologiques et didactiques -, qui se présentent.

6. Pour parvenir à la mise en place de cette architecture pédagogique, les principaux exercices d'écriture qui accompagnent l'enseignement magistral sont au nombre de 5²⁰ : le commentaire d'arrêt est archi-dominant (avec sa variante favorite, le commentaire groupé), le cas pratique tient sa place à raison de sa technicité, le commentaire d'article est très peu pratiqué sauf par les nostalgiques de l'exégèse²¹, et la dissertation, qui pourtant est présente aux épreuves des concours de la fonction publique et examens d'entrée d'écoles professionnelles, est le plus souvent négligée, et ne réapparaît souvent que très tard en master recherche. Certains régimes d'examens imposent aux étudiants (et aux enseignants) l'exercice de rédaction en remplacement d'épreuves de répétitions orales ; mais on les tiendra plus pour des variantes écrites de questions orales que comme de courtes dissertations. Enfin, la note de synthèse est un exercice à part : elle n'est enseignée que dans le cadre des préparations spécifiques aux concours et examens d'entrée, elle n'est pas considérée comme un exercice d'intelligence mais comme un mal nécessaire. Deux autres exercices devraient compléter cette liste : le commentaire de doctrine²² mais il est jugé trop difficile avant le doctorat, et l'exercice d'argumentation dialogique qui est tout simplement ignoré.

Statistiquement, à eux deux, le commentaire d'arrêt pour plus des trois quarts et le cas pratique pour le reste trustent la quasi-totalité des exercices demandés aux étudiants.

7. Cela doit changer. Le cas qui se veut pratique, tel qu'il est conçu, est presque toujours un exercice de *question-réponse*, non de discussion des solutions possibles. Même lorsqu'il opère dans sa variante de conseil, il s'agit pour l'étudiant de déterminer la solution probable sans que les règles qui mesurent cette probabilité ne soient connues. Très simplement, la solution est celle qui est livrée par une décision de la Cour de cassation ou du Conseil d'Etat dans une situation analogue, généralement celle qui a servi de source d'inspiration pour l'énoncé du cas. Une fois cela compris de l'étudiant, la reconnaissance de compétence ira à celui qui sera parvenu à trouver la décision source et l'aura paraphrasée. Par cet exercice médiocre, nous prenons le risque de former des esprits serviles et ce n'est pas fortuit.

Heureusement, les cas pratiques ne sont pas tous tirés de la pratique. Lorsqu'ils sont construits à partir d'hypothèses imaginaires²³, et non d'hypothèses toutes faites, lorsqu'ils laissent possible l'émergence de positions dissidentes et de conseils innovants, ils permettent de cheminer de manière dialectique en argumentant

20 Par exemple, Muriel FABRE-MAGNAN, *Introduction générale au droit*, PUF, coll. Licence, 2012 ; Pascal ANCEL, Olivier GOUT, Ingrid MARIA, *Travaux dirigés. Introduction au droit et au droit civil – Méthodologie juridique appliquée*, Lexisnexis, 2012 ; Isabelle DEFRÉNOIS-SOULEAU, *Je veux réussir mon droit - Méthodes de travail et clés du succès*, Dalloz, 8e éd., 2012 ; T.GARÉ, *Introduction au droit et droit civil - Méthodologie & sujets corrigés*, Dalloz, 2012 .

21 Philippe REMY, « Eloge de l'Exégèse », *Droits*, 1985, n° 1, p. 115 et s.

22 On pourrait ajouter à la série des commentaires, le rarissime commentaire de contrat, très utile pourtant bien avant les cours spécialisés de *Techniques contractuelles*, voy. Marc BRUSCHI, *Le commentaire de contrat*, Ellipses, 2001, et ensuite William DROSS, *Clausier : Dictionnaire des clauses ordinaires et extraordinaires des contrats de droit privé interne*, Litec, 2^e éd., 2010.

23 Christian ATIAS, « L'expérimentation juridique : y a-t-il des expériences juridiques cruciales », in Paul AMSELEK (dir.), *Théorie du droit et science*, PUF, coll. Léviathan, 1994, pp.129-144, spéc. p.136.

autrement que par l'autorité de décisions passées et dépassées. Ces cas pratiques là font appel aux textes, ils convoquent les ressources de l'analyse linguistique et de la rhétorique, ils offrent la possibilité de recourir à toutes formes de connaissance, historique, économique, philosophique, scientifique, littéraire et au comparatisme²⁴. Mais généralement, ils rendent nos étudiants mal à l'aise qui sortent de cours ou de TD sans être surs d'avoir entendu *la* solution.

8. Plus encore, le commentaire d'arrêt doit être déboulonné de son piédestal, il est le symbole du culte de la solution unique et le vecteur de la pandémie du « dernier arrêt ». Sa présence s'explique par un trait déterminant de notre histoire récente: la mutation programmée²⁵ du rôle du Conseil d'Etat et de la Cour de cassation au tournant du 20^e siècle aura eu une double conséquence théorique: de situer les hautes autorités juridictionnelles comme autorités *jurislatives* à l'égal du législateur dans les matières où ce dernier n'intervenait pas ou peu, et d'ajouter puis de substituer au système du Code civil, un système des grands arrêts²⁶. Mais ce qui apparaissait pour les tenants de l'école de la libre recherche comme une entreprise scientifique d'analyse systématique de la jurisprudence²⁷ est devenu 100 ans plus tard une maladie invalidante qui confond analyse critique et suivisme.

Car au-delà de l'exercice en lui-même, que nous enseigne la primauté du commentaire d'arrêt? On a beau expliquer les articles 5 et 1351 du Code civil, très rapidement, nos étudiants sont formatés pour croire que le droit se connaît par la jurisprudence: en droit privé, tant que la Cour de cassation ne s'est pas prononcée, les espèces sont sans réponse; en droit public, la représentation du rôle du Conseil d'Etat n'est pas très différente bien qu'il soit d'usage pour comprendre un arrêt, de rechercher les conclusions du commissaire du gouvernement, et de les analyser pour l'argumentation politique qu'elles fournissent. Et les questions prioritaires de constitutionnalité ne pourraient-elles pas connaître de réponses autres que celles données par le Conseil constitutionnel? L'illusion généralisée qui fait confondre la règle de droit et ses applications n'est pas scientifiquement neutre: elle participe d'une rhétorique par le non-dit visant à promouvoir une pensée pragmatique au détriment d'une approche systématisante, mais d'un point de vue politique, elle est inconstante: elle acquiesce autant à la supériorité de la coutume induite par la répétition des énoncés juridictionnels qu'à celle d'un revirement.

En suivant les prescriptions méthodologiques minimales des apôtres du commentaire d'arrêt, l'étudiant doit dégager le *problème juridique* dans son introduction, *analyser* la décision dans le grand Un, *exposer sa portée* dans le grand

24 Pour des exercices de droit transnational, voy. le remarquable ouvrage de cas Thomas KADNER GRAZIANO, *Le contrat en droit privé européen - Exercices de comparaison*, Helbing Lichtenhahn, Bruylant, LGDJ, 2e éd., 2010.

25 Michel BOUDOT, « Les programmes scientifiques des revues juridiques des 19e et 20e (et 21e) siècles », in Jean-Marie AUGUSTIN et Véronique GAZEAU (dir.), *Coutumes, doctrine et droit savant*, LGDJ, 2007, pp.307-318.

26 Sur la désystématisation du Code civil, voy. Philippe REMY, « Le processus de "décodification" », in Jean-Philippe DUNAND et Benedict WINIGER, *Le Code civil des Français dans le droit européen*, Bruylant, 2005, pp.177-199.

27 Ferdinand LARNAUDE, « Notre programme », *Rev. du droit public*, 1894, n.1, pp.1-14; Adhémar ESMEIN, « La jurisprudence et la doctrine », *RTD civ.* 1902, p.5 ; Gaston JÈZE, « De l'utilité pratique des études théoriques de jurisprudence : Le rôle du théoricien dans l'examen des arrêts des tribunaux », *Rev. du droit public*, 1914, p.311.

Deux. Les deux premiers temps sont indispensables à la compréhension du texte, le troisième propose une activité de pronostic parfaitement irrationnelle si l'arrêt commenté est récent, et qui se transforme en exercice de compilation de décisions subséquentes, si l'arrêt n'est pas neuf.

En effet, l'introduction du commentaire sert la formulation d'un questionnement qu'il faut situer dans le rythme d'une double analyse, diachronique et synchronique, des notions mises au jour: autrement dit, l'étudiant doit montrer l'évolution du questionnement et son actualité d'un point de vue dogmatique, ainsi que les conséquences pratiques des réponses possibles. Le *grand Un* doit être le temps de l'analyse de l'arrêt. Arguments du pourvoi *v.* Raisons du rejet. Motifs de la décision des juges du fond *v.* Raisons de cassation. Ce devrait être le temps d'une analyse des processus controversistes puisque se font face des argumentations adverses, et il n'y aurait rien à redire si l'étude des arguments n'était sacrifiée au seul commentaire de l'attendu ou du considérant principal. Mais comment peut-il en être autrement quand le *grand Deux* doit être consacré à la portée de l'arrêt? L'ensemble du discours se retrouve alors tendu vers son objectif: connaître le futur de la décision. Que va-t-elle changer? Beaucoup de choses, sinon pourquoi la donner à commenter? L'étudiant sort alors sa boule de cristal et rédige sur les conséquences promises ou fantasmées de la décision, avec, comme on le lui a appris, un penchant pour l'argument de la pente fatale²⁸, le déclin du droit et l'insécurité juridique²⁹. Quand l'arrêt est plus ancien, le commentaire adoptera *in fine* un style moins lyrique: le *grand Deux* se changera alors en note de synthèse jurisprudentielle illustrant les effets directs et collatéraux de la décision commentée; cette mutation sera accentuée pour l'exercice de commentaire groupé où d'accessoire, l'analyse des controverses deviendra parfaitement inutile.

Pourquoi continuons-nous d'appeler ces exercices *commentaires d'arrêt* puisque l'arrêt n'y est plus commenté, puisqu'il n'est jamais qu'un prétexte à un exposé synthétique d'autres décisions? Mieux vaudrait se débarrasser de ces notes de synthèse qui ne disent pas leur nom.

9. Le commentaire d'article pourrait être un substitut efficace. C'est un véritable exercice d'intelligence qui mobilise un très large éventail d'instruments critiques: depuis l'étude du discours politique et des travaux parlementaires aux reformulations prétoriennes du texte, l'étudiant s'intéressera à l'exposé des controverses doctrinales et peut-être y apercevra-t-il la généalogie des concepts présents dans le texte? Cet exercice offre l'avantage sans pareil de connaître une époustouflante littérature du genre dans les grands commentaires qui firent l'exégèse des Codes, et d'être très prisé, à l'heure de l'harmonisation européenne, par les projets doctrinaux de réforme et autres offres de lois. Il permet l'inventaire des questions pratiques auxquelles le contenu normatif du texte est censé répondre, et celui de ses difficultés interprétatives et d'articulation avec ses voisins contextuels; il trouve dans la jurisprudence des illustrations et enfin, il présente pour l'étudiant le confort d'un discours dont l'organisation est donnée par l'ordre du texte à commenter.

28 Ruwen OGIEN, *L'influence de l'odeur des croissants chauds sur la bonté humaine. Et autres questions de philosophie morale expérimentale*, Livre de Poche, 2012.

29 Michel BOUDOT, « Le slogan sécuritaire », Rapport final pour le Xe congrès de l'Association Internationale de Méthodologie Juridique, *La sécurité juridique*, sous la direction de Mathieu DEVINAT, *La Revue du Notariat*, vol. 110, Septembre 2008, Montréal, pp.715-727.

Mais il n'est pas à l'abri d'effets pervers, les mêmes que ceux qui frappent si violemment le commentaire d'arrêt. Pire encore, si le droit est dans la jurisprudence, à quoi sert-il de commenter la loi? Le commentaire d'article se transforme alors rapidement en note de synthèse de ses applications. Il n'y a d'ailleurs pas résisté.

10. La dissertation tient son rang en master et parmi les épreuves écrites des concours de la fonction publique ou celles des examens d'entrée aux écoles professionnelles. Elle est peu enseignée auparavant où elle souffre alors de la suprématie du commentaire d'arrêt, mais le fait qu'elle soit plus pratiquée dans les années supérieures s'expliquent au moins par deux facteurs imbriqués : en master, les étudiants commencent à se spécialiser et cet approfondissement produit une déconstruction de leur savoir de base (et heureusement parfois de leur formatage initial). Ils se préparent à passer du sentiment de ne rien savoir à celui de pouvoir connaître *grosso modo*. La dissertation est là pour les y aider en leur imposant de jeter des ponts entre les différents segments de leur connaissance parcellisée ; l'exercice vient compléter le cas pratique qui force à l'approfondissement par le détail, en promouvant à l'inverse une vue globale et une distanciation.

Ensuite, les étudiants de master sont mieux à même d'apprécier les cours qu'ils consommaient jusque là et auxquels ils assistent désormais plus activement : ils parviennent à les percevoir comme l'expression pédagogique du travail de recherche de l'enseignant, or la dissertation est précisément un genre littéraire dominant en doctrine, sans doute mieux considéré que la note d'arrêt : cela se traduit dans les pratiques didactiques de master par la disparition progressive du commentaire d'arrêt et de ses avatars. Sous ses formes amplifiées, la dissertation deviendra mémoire de master 2 recherche, ou thèse de doctorat.

S'il est donc compréhensible que la dissertation n'arrive que dans un second temps, c'est parce qu'elle assure un travail transversal et de synthèse dogmatique à un moment où la formation juridique permet une vue panoramique et approfondie ; elle est complémentaire des étapes pédagogiques précédentes qui doivent avoir montré à l'étudiant qu'avant la synthèse, doivent être discutées la thèse et l'antithèse. En somme, elle n'a sa place que si elle termine une formation qui a enseigné l'esprit critique et la dialogique.

11. La dialogique ne doit pas seulement être choisie parce que les autres modes d'enseignement sont inefficaces, mais parce qu'elle est un redoutable outil didactique qui fait comprendre que la connaissance juridique réside dans les questions sur des contenus normatifs et non dans les réponses qui elles sont politiques. Dans sa pratique, «le formateur dialoguiste ne pense pas que parler signifie d'abord parler de quelque chose ; pour lui, parler signifie toujours parler avec quelqu'un, ce quelqu'un pouvant éventuellement être soi-même. Priorité est donc donnée à l'exercice du dialogue interne et externe et à la reconnaissance des jeux de langage divers qui permettent la compréhension en même temps qu'ils la compromettent³⁰ ». Il offre ainsi l'acquisition du savoir par l'incertitude et la frustration ; elles produisent le désir d'aller plus loin, là où la question rebondit et les difficultés persistent. Et sa réussite tient au fait qu'il n'arbitre pas, qu'il laisse les opinions se faire, qu'il donne aux étudiants la chance inestimable de se situer à l'égal du maître puisque

30 Gilles LECLERCQ, « La communication et la relation pédagogiques », in Philippe CARRÉ et Pierre CASPAR, *Traité des sciences et des techniques de la Formation*, Dunod, 2^e éd., 2004, p.496.

l'étudiant-citoyen, est aussi légitime que l'enseignant-citoyen à décider de ce qui est politiquement bon, juste ou opportun. La méthode dialogique leur donne en somme le sentiment d'être pris au sérieux, ce qui est le plus puissant moteur de motivation³¹.

En effet, lorsque l'enseignant procède *pro et contra*, ou lorsque des exercices d'argumentation sont proposés en TD, le triptyque Maître – Savoir – Etudiant devient un véritable triangle pédagogique même si le cours reste monologué, même si le dialogue est intérieur et mis en scène. C'est un triangle pédagogique qui diminue la tension entre enseignant et enseigné parce que précisément, le savoir est exposé par l'intermédiaire de discours subjectivisés. Mais loin de perdre en autorité, cette confrontation de points de vue et d'opinions adverses crée les conditions d'une objectivité scientifique.

Les intentions d'enseignement sont claires³² : il s'agit de montrer que le droit est un discours (la loi, la *jurisprudence*), que ce discours est lui-même l'objet d'un discours (la *doctrine*) et que pour connaître le premier, il faut savoir comment le second parle pour déjouer les sophismes de l'argument d'autorité. Le manque de dialogique contribue à une neutralisation du contenu politique des énoncés juridiques par des paralogismes qui noient les raisons politiques de la loi et des décisions juridictionnelles sous des descriptions dogmatiques. Enseigner par la méthode dialogique, c'est mettre au jour ce qui est celé, caché, dissimulé, c'est éclairer le côté sombre du discours d'autorité.

12. Les maîtres de la *nouvelle rhétorique*³³ et de la *théorie du droit*³⁴ ont dégagé des principes méthodologiques clairs que je vais synthétiser brièvement. Depuis la codification française, le texte occupe le premier rang parmi les raisons de décider. Primauté symbolique au moins, mais pas seulement, les visas de la loi contenus dans les actes hiérarchiquement inférieurs ou dans les jugements expriment la sujétion de ceux-ci à une règle générale reconnue comme supérieure et dont procède leur propre validité³⁵. C'est donc l'argument de texte qui débute la démarche argumentative, et suivront le cas échéant ses avatars, arguments de cohérence contextuelle, arguments tirés de sa raison d'être ou de l'intention du législateur à partir des travaux préparatoires. Cette phase de l'argumentation mobilise les ressources de la grammaire, la sémantique, la sémiotique et l'analyse linguistique : elle a pour objet de montrer la diversité des significations possibles de l'énoncé en examen, et de plaider ouvertement en faveur de celle qui sert au mieux les desseins de la thèse défendue.

Une deuxième série d'arguments procède d'une approche essentialiste et notionnelle ; elle consiste à exploiter une réflexion sur la nature juridique d'une institution. Cette séquence argumentative est délicate pour deux raisons : d'une part, parce que seuls les bienheureux peuvent connaître la nature des choses, et d'autre part, parce qu'un raisonnement qui a pour objet de révéler les choses en

31 Pour une réflexion sur la motivation des étudiants, v. Catherine THIEBERGE, « Enseigner le droit civil à l'aube du XXI^e siècle », *RTD civ.* 1998, p.306.

32 Philippe DESSUS, « Qu'est-ce que l'enseignement ? Quelques conditions nécessaires et suffisantes de cette activité », *Revue française de pédagogie* 3/2008 (n° 164), p. 139-158.

33 Chaïm PERELMAN, *Logique juridique*, Dalloz, 2^e éd., 1979, p.135 et sq.

34 Riccardo GUASTINI, *Interpretare e argomentare*, Giuffrè, 2011, p.398 et sq.

35 Hans Kelsen, *Théorie pure du droit*, Dalloz, trad. fr. 1962 ; H.L.A. HART, *Le concept de droit*, FUSL, trad. fr. 1976.

soi induit que leur essence n'est pas contingente: rapporté au droit, cela signifie que ce qui est donné pour naturel transcende ce qui est positivement construit et politiquement décidé³⁶; il n'y aurait donc rien de redondant à décrire séparément la nature juridique et le régime juridique. Pour éviter d'entrer dans la controverse - 'l'ontologie est-elle connaissable?'³⁷ - qui divise sur ce point crucial la philosophie occidentale, il faut s'entendre sur ce que l'on doit entendre par « nature juridique ». Les naturalistes, partisans d'un cognitivisme éthique, peuvent évidemment lui prêter le sens qui convient à leurs perspectives, classique, moderne, néo-réaliste, ... Les anti- qui par définition ne pourront décrire l'intension (à savoir ce qu'elle signifie) d'une institution, se contenteront d'en identifier les extensions (à savoir ses usages linguistiques) dans le discours sur le droit. D'un point de vue rhétorique, le résultat est équivalent: la « nature juridique » se cherche et se trouve dans ce qu'en dit la doctrine, *comunis opinio doctorum* ou métadiscours juridique.

La troisième série d'arguments est constituée de ceux qui ont une visée conséquentialiste: les arguments d'opportunité, les arguments d'incohérence, les arguments qui s'appuient sur des raisonnements inductifs et probabilistes, les arguments sociologiques sont le support de prédictions de conséquences dogmatiques et théoriques, autant que de conséquences pratiques et sociales des positions soutenues. Ces arguments s'expriment à partir de points de vue qui peuvent être soit utilitaristes, soit pragmatiques.

13. Cette trilogie argumentative offre le bénéfice d'accorder les trois grandes perspectives qui divisent la pensée juridique le temps d'une question, et pour l'étudiant de percevoir trois manières différentes de servir la même thèse. En retour, la confrontation dialogique *pro et contra* préserve l'idée que la vérité politique est ineffable et que la connaissance juridique est une connaissance des modes d'interprétation des contenus de la loi, de la jurisprudence et de la doctrine, que cette connaissance s'approfondit par l'étude de l'histoire des questions et de la généalogie des concepts utilisés pour y répondre³⁸.

L'exercice éprouve non seulement la maîtrise de la langue mais également la rigueur du raisonnement. Seules les contradictions internes sont interdites, non les interprétations apparemment exotiques, lesquelles ne le sont plus si elles trouvent appui sur d'autres moyens. L'argument d'autorité est disqualifié et les citations de jurisprudence figurent au rang d'illustrations, non de solutions péremptoires, au rang d'opinion, non de principe de décision. Du face à face argumentatif, il résulte nécessairement une vue sous plusieurs angles des concepts et notions en examen, ce qui est le but de l'apprentissage.

Et à qui pense que la dialogique permet de dire tout et son contraire, il faut rappeler deux évidences: enseigner le droit, c'est enseigner non seulement des notions fondamentales, institutions du droit privé comme du droit public, permettant d'acquérir une expertise pour la compréhension des lois et de leurs applications, mais aussi et indéfectiblement, c'est enseigner leurs ambigüités et leurs

36 François GÉNY, *Science et technique en droit privé positif*, tome 2, Sirey, 1915.

37 Paul AMSELEK et Christophe GRZEGORCZYK (dir.), *Controverses autour de l'ontologie du droit*, PUF, coll. Questions, 1989.

38 Michel FOUCAULT, *L'archéologie du savoir*, Gallimard, 1969 ; Paul VEYNE, *Comment on écrit l'histoire*, Seuil, 1970.

divergences; l'exercice d'argumentation *pro et contra* parvient à ce résultat mieux que les autres exercices: l'enseignement de la complexité à connaître par préférence à la simplification, la divulgation de connaissances complexes par préférence à l'imposture d'une vulgate simplifiée³⁹.

CONTRE L'ENSEIGNEMENT DU DROIT PAR LA DIALOGIQUE

14. Les choses doivent être mises au point. Le discours apologétique vantant les mérites de l'enseignement du droit *par* la dialogique bute sur de nombreux obstacles ou les contourne sans vergogne; il s'appuie sur des prémisses fausses et en tire des conclusions fallacieuses. Des paralogismes en guise de logique, voilà ce que nous propose la thèse adverse. Si l'enseignement de la méthode dialogique a pris fin, ce n'est pas pour rien; les raisons de cet ostracisme sont innombrables et toutes parfaitement justifiées.

15. En critiquant pas à pas la méthodologie scolastique, Descartes avait montré que le discours savant exigeait des réponses analytiques, des réponses univoques que la rhétorique ne parvenait pas à atteindre puisqu'en refaisant toujours les mêmes trajets argumentatifs, elle laissait intentionnellement perdurer le douteux⁴⁰. La découverte scientifique, y compris dans le domaine des sciences sociales, est une réponse, et même si elle peut être falsifiée par d'autres découvertes, les réponses nouvelles n'invalident pas, à strictement parler, les résultats antérieurs mais les resituent dans une perspective plus ample⁴¹. Dans le domaine du droit, l'activité doctrinale de recherche consiste dans une rationalisation des solutions juridiques données à des questions pratiques, elle prend la forme d'une synthèse dogmatique, à savoir des théories explicatives dessinant des catégories et des classifications et permettant une description de la complexité des phénomènes sociaux dont l'application des règles de droit est l'occasion. Cette synthèse opère par inventions conceptuelles successives et constitue un métadiscours juridique. C'est ce que l'on appelle la doctrine en tant que discours sur le droit. Or précisément l'enseignement universitaire est doctrinal, car à la différence d'un enseignement professionnel, il a pour objet principal la transmission d'un savoir théorique et seulement de manière accessoire l'apprentissage de techniques. Enseigner le droit à l'Université n'est pas plaider: c'est offrir à l'étudiant des clés de compréhension mises à jour par l'activité de recherche de l'enseignant.

16. Au tournant du 20^e siècle, Bufnoir, l'architecte de la réforme des programmes de 1895, avait bien compris que la *libre recherche scientifique* devait trouver un écho dans la didactique⁴², et en favorisant l'enseignement des nouvelles méthodes analytiques⁴³, il permit à Capitant et Planiol de rompre avec cette exégèse

39 Claude HAGEGE, *Contre la pensée unique*, Odile Jacob, 2012.

40 René DESCARTES, *Discours de la méthode*, Flammarion, Impr. 2000.

41 Sir Karl POPPER, *Logique de la découverte scientifique*, Payot, trad. fr. 1973, éd. 2007; Thomas KUHN, *La structure des révolutions scientifiques*, Flammarion, 1972.

42 Michel BOUDOT, « Claude Bufnoir (1832-1898). Avec les textes pour assises, mais au dessus des textes et par delà les textes », présentation de la réimpression de *Propriété et contrat*, LGDJ, coll. Faculté de droit de Poitiers, 2005.

43 François GÉNY, « Essai critique sur la méthode d'interprétation juridique en vue d'une orientation nouvelle des études de droit privé », *Revue bourguignonne de l'enseignement supérieur*, t. VII de 1897 et t. VIII de 1898, puis *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif: essai critique*, 1899.

polémiste usée jusqu'à la corde et centrée sur elle-même⁴⁴, pour exposer de manière synthétique des théories générales⁴⁵. Cette révolution scientifique et didactique a fait la richesse de la recherche juridique française au 20^e siècle⁴⁶, en ouvrant la formation des juristes sur le monde. « Le jurisconsulte, vraiment digne de ce nom, ne se contente pas de résoudre des questions pratiques ; il apprécie et juge les lois. Pour cela, il a besoin de *critique*, et il ne peut posséder cette qualité que par une culture intellectuelle étendue : l'*histoire du droit* lui fera connaître l'*origine* des institutions ; l'*économie politique* lui en fera voir les *résultats pratiques* ; la *législation comparée* lui donnera des *points de comparaison* empruntés aux législations étrangères. C'est à cette condition seulement que le droit peut remplir sa mission⁴⁷ ». C'est cette formation qui a donné nos plus grands maîtres, ceux qui ont ouvert le droit à la sociologie avec Carbonnier ou à la linguistique avec Cornu. Mais en introduisant dans la formation des juristes des disciplines comme la rhétorique, la stylistique ou l'analyse littéraire par le biais d'exercice de plaidoirie, l'effet pervers serait immédiat de recentrer l'enseignement du droit sur le texte étroitement entendu pour finalement ne former au mieux que des Bugnet.

17. Le recours aux instruments de la rhétorique crée un nuage de fumée ; on sait que les attendus et les considérants marquent des anaphores, on entend l'élégance du croisement sonore que produit le chiasme, on connaît la fonction d'anticipation argumentative de la prolepse. Mais est-il décisif de noyer l'analyse juridique sous cet appareil prétendument explicatif, et qui n'est somme toute que décoratif ? Car en privilégiant la forme du discours sur le fond, l'enseignement par la dialogique favorise l'esprit de chicane sur des points résolus. Inutile et artificielle, la dialogique est nocive pour la transmission du savoir. Hormis la performance passionnée de l'acteur, qu'y a-t-il à retenir, de ces face-à-face de thèses soutenues par des arguments parfois improbables ? Qu'y a-t-il à retenir de ce vide final si aucune décision ne vient célébrer la victoire des Grecs sur les Troyens, à moins que ce ne soit l'inverse ? L'étudiant en retiendra que le droit positif est muet, que notre système est incomplet, et que la philosophie qui le gouverne est le plus radical des relativismes. A cela s'ajoute que la détermination d'un corpus valide d'arguments pertinents n'offre pas la neutralité prétendue. L'enseignement du droit suppose la description d'institutions et de concepts tels qu'ils sont, de solutions positives avérées, et la remise en question de ces institutions par une dialogique qui forcerait le trait controversiste n'est pas explicative et ne permet pas la tradition – au sens juridique - d'un savoir. Or, le droit transmet des valeurs, et l'enseignant est passeur de ces valeurs de justice, d'égalité, de loyauté, ... Enseigner par la dialogique qu'il n'y a pas de solution fournie par l'ordre juridique, c'est prescrire de ne jamais la chercher.

18. Cette vue est aujourd'hui celle de ceux qui sympathisent contre la méthode et pour un anarchisme prétendument savant⁴⁸, elle repose sur une erreur qui

44 Julien BONNECASE, *L'École de l'Exégèse en droit civil*, de Boccard, 1924 ; *La pensée juridique française de 1804 à l'heure présente*, Delmas, 1933.

45 Sébastien PIMONT, « Peut-on réduire le droit en théories générales ? », *RTD civ.*, 2009, p. 420.

46 Michel BOUDOT, « Programmes scientifiques des revues juridiques », *précité*.

47 Marcel PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, tome 1^{er}, 2^e éd., 1901, n. 224.

48 Paul FEYERABEND, *Contre la méthode. Esquisse d'une théorie anarchiste de la connaissance*, Seuil, Points Sciences, 1988 ; ou la série des anti-manuels d'économie, d'éducation sexuelle, de médecine, de philosophie, et autres chez Bréal.

procède d'une déformation de la réalité juridique au prisme du seul contentieux. Je m'explique. C'est un trait caractéristique de l'enseignement universitaire d'être stimulé par des questions rares, et il les grossit. On croit souvent que ces questions rares recèlent plus d'atouts pédagogiques que les questions de routine : c'est à raison si la difficulté en examen est matricielle puisqu'en y répondant, on économise par ailleurs des développements inutiles, mais c'est à tort pour toutes les têtes d'épingles qui font les arrêts d'espèce. Bien sûr, même en pratique, il y a des occasions de mettre l'accent sur des hypothèses atypiques ou inédites. Les principes classiques d'interprétation suffisent presque toujours à y répondre. C'est vrai aussi qu'il arrive parfois que l'originalité de la question posée mobilise des ressources et des raisonnements eux-mêmes rares voire inédits, mais c'est à cela que l'enseignement universitaire prépare. Or en présentant la connaissance juridique sous formes de contradictions, on ne pose aucune hiérarchie selon l'objet de ces contradictions, et l'on ne se donne aucun moyen de décrire l'inconnu. Plus grave, la généralisation de la méthode *pro et contra* induit le sentiment que le droit ne se trouve plus que dans ses difficultés d'application passant sous silence tous les domaines où son application est paisible, ce qui en constitue l'essentiel. Le résultat est désastreux : les étudiants sont focalisés sur des questions étroites auxquelles aucune solution n'est donnée, ils méconnaissent l'architecture d'ensemble puisqu'ils ne savent pas l'apprécier, et pour finir ils sont incapables de produire des jugements de valeurs sur la qualité des règles qu'ils utilisent.

Pour dire les choses différemment, les faiblesses structurelles de la méthode dialogique *pro et contra* tiennent au fait que la place naturelle de l'enseignant en droit est celle du juge, non celle de l'avocat. C'est la place de celui qui exprime une expertise sur ce qui est droit positif. La science est son engagement. Sans doute, à l'époque qui a précédé celle de l'enseignement de masse, on pouvait encore compter parmi les diplômés bon nombre de futurs avocats plaidants, aujourd'hui les juristes sont des experts ; à quelque niveau que ce soit, ils doivent être capables d'informer. On leur demandera des réponses, ils doivent être entraînés à en fournir. Quelle est la règle applicable ? Comment est-elle interprétée ? Quelle est la solution la plus sûre pour la protection des intérêts de celui qu'il faut renseigner ? Ces questions n'appellent ni réponses équivoques, ni raisonnements byzantins, mais des solutions exactes, concrètes et opératoires. Pour toutes ces raisons, l'enseignement contemporain met l'accent sur les deux exercices qui permettent de fournir les réponses espérées : le commentaire d'arrêt et le cas pratique.

19. Le commentaire d'arrêt est un exercice dominant dès les premières années de licence à raison de l'impérieuse nécessité de présenter les notions fondamentales du droit civil, du droit pénal, du droit constitutionnel et du droit administratif. Ces notions fondamentales se sont formées au début du vingtième siècle⁴⁹ à un moment de notre histoire où les juridictions judiciaires et administratives ont suppléé les carences du Législateur : la Cour de cassation a fait la réforme du droit des obligations et le Conseil d'État a érigé les fondations du droit administratif moderne. Plus récemment, et pour cause, c'est le Conseil constitutionnel par de grandes décisions qui a délimité la catégorie des énoncés à valeur constitutionnelle.

49 René DEMOGUE, *Les notions fondamentales du droit privé*, Paris, Rousseau, 1911 ; Judith ROCHFELD, *Les grandes notions du droit privé*, PUF, coll. Thémis, 2011.

Ces métamorphoses du droit⁵⁰ ont été réalisées par l'activité prétorienne des hautes juridictions, et par conséquent, il est tout à fait évident que l'enseignement de ces notions de base se fasse par l'explication et le commentaire des décisions qui en sont la source.

Le plus grand enjeu de l'enseignement du droit positif d'origine jurisprudentielle est qu'en l'absence de système de promulgation des arrêts, il faut être capable de déterminer avec assurance la portée de la décision et son degré de généralité. C'est bien à cela qu'entraîne le commentaire. Les grands arrêtistes sont ceux qui parviennent à saisir par l'analyse systématique des ensembles jurisprudentiels les arrêts qui prolongent et réactualisent des solutions antérieures et ceux qui marquent des ruptures ou des revirements. Ces grands arrêtistes, héritiers de Labbé, ce sont les Josserand, Demogue, Carbonnier, Cornu, Rémy, Mestre ou Gautier à la *RTD civ.*, les auteurs des *Grands arrêts* Capitant, Colin, Julliot de la Morandière, A. Weill, Terré, Simler, Lequette⁵¹, Long, P. Weil, Braibant⁵², Lachaume⁵³, Favoreu⁵⁴, Pradel et Varinard⁵⁵, mais aussi tant d'autres serviteurs de la littérature juridique au recueil *Dalloz* ou au *JCP*, qui nous ont laissé des monuments qu'il suffit de lire pour en comprendre les mérites.

Les principes d'un bon commentaire sont simples: le commentaire raconte d'abord une histoire, il inscrit la décision rendue dans une triple chaîne narrative⁵⁶ de faits, de questions posées, de réponses données. L'*introduction* expose le récit des faits de l'espèce, puis celui des faits de procédure: prétentions, incidents, jugement, voies de recours, mutation de la matière litigieuse, pourvoi éventuel. Les questions de fond ne tombent pas du ciel, elles ne sont pas imaginaires; ce sont celles qui émergent de la réalité. Il s'agit de les formuler au moyen d'un lexique précis, et d'expliquer en quoi leurs réponses s'inscrivent dans une dynamique d'application, d'évolution et d'adaptation du droit. Le *grand Un* est au service d'une analyse dogmatique et décortique la manière dont les juges ont tranché parmi les conflits de faits en *grand A* et d'interprétation en *grand B*. L'étudiant mobilise les instruments que lui fournissent les techniques de cassation et les méthodes d'interprétation. Le *grand Deux* convoque les moyens de l'analyse prospective pour déterminer l'incidence de la décision sur les catégories dogmatiques dans le *grand A* et permet de faire un pronostic sur les suites pratiques de la solution dans un *grand B* ouvert.

Le plan en deux parties, quand bien même serait-il un carcan formel imposé par la coutume académique⁵⁷, se révèle à l'usage un instrument pédagogique

50 René SAVATIER, *Les Métamorphoses économiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui*, Dalloz, 3^e éd., 1964.

51 *Grands arrêts de la jurisprudence civile*, Dalloz, 1933-2012.

52 *Grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Dalloz, 1956 - 2011.

53 *Droit administratif, Grandes décisions de la jurisprudence*, PUF, 1980 - 2012.

54 *Grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Dalloz, 1975-2011.

55 *Grands arrêts du droit criminel*, Dalloz, 1984-2012, déclinés en plusieurs volumes.

56 A la manière de Dworkin, voy. Julie ALLARD, « Interprétation, narration et argumentation en droit : le modèle du roman à la chaîne chez Ronald Dworkin », in E. DANBLON *et alii* (dir.), *Argumentation et narration*, Ed. Université de Bruxelles, coll. « Philosophie et société », 2008, pp. 67-80.

57 C'est même avec un certain humour le plan des numéros de la Revue d'une grande faculté française, *Rev. de droit d'Assas* depuis quelques années.

incomparable que les collègues étrangers moquent parfois, parce qu'ils le jalouent le plus souvent⁵⁸. La preuve est facile à faire auprès des étudiants Erasmus.

20. A côté du commentaire d'arrêt, le cours magistral doit être complété par l'exercice de cas pratique. C'est un exercice qui s'impose une fois acquises les notions fondamentales du droit ; il entraîne à l'approfondissement technique et permet d'entrer dans le détail de raisonnements de spécialistes. Car autant le Législateur du 20^e siècle sera peu intervenu, ou bien tard, pour réformer les matières fondamentales, autant dans les matières techniques, l'inflation et l'instabilité législatives auront été le signe d'un développement sans précédent du dédale des lois.

Pour se repérer dans ce labyrinthe, il faut former des spécialistes capables de donner des raisons claires, ne serait-ce que pour que la loi s'applique paisiblement. Il n'est pas nécessaire d'apprendre à plaider ici, simplement de déterminer la règle applicable. L'énoncé du cas est pour cela capital, il propose d'abord une opération de qualification juridique des faits bruts car à la différence de l'arrêt à commenter, les faits n'ont pas encore été l'objet d'une appréciation quelconque hormis par les protagonistes eux-mêmes, l'étudiant y exerce son aptitude à déterminer des qualifications possibles et à choisir celles qui coïncident avec l'état du droit positif. Les qualifications invraisemblables sont écartées, les qualifications évidentes sont retenues. Entre ces deux pôles, naissent deux séries de questions que l'étudiant doit se poser : l'une, à raison du caractère nécessairement lacunaire de l'énoncé, quels sont les faits manquants qui permettraient d'aller plus loin et rejoindre le pôle de l'évidence. L'autre, parmi les réponses encore vraisemblables, quelles sont celles qui ont fait l'objet d'une réponse jurisprudentielle ? De manière résiduelle, le choix de qualification sera fait selon des critères de plausibilité et de pertinence établis par un raisonnement analogique⁵⁹.

Une fois effectuée, l'opération de qualification laisse place à l'application des règles. L'étudiant doit alors s'interroger sur la règle applicable et sur son sens. Là encore des inconnues peuvent exister : il s'agira de trancher d'éventuels conflits d'interprétation en faisant appel à la méthodologie interprétative telle qu'elle est utilisée par la jurisprudence positive⁶⁰.

Par rapport au commentaire d'arrêt qui ne pose qu'un nombre limité de questions, la transversalité du cas offre à l'étudiant un champ élargi d'investigation, mais somme toute, cet exercice se résout par un syllogisme qui conduit à subsumer les faits pertinents (mineure) sous la règle applicable (majeure) pour en tirer une conclusion (solution de droit positif). Dans sa variante purement prospective, où le cas poserait des questions inédites et imposerait un pronostic en guise de solution, l'étudiant devra évaluer celle qui lui paraîtra la plus vraisemblable, laissant ouverte la possibilité que des solutions concurrentes puissent exister.

21. Pour résumer et conclure, l'alliance du commentaire d'arrêt et du cas pratique témoigne des exigences contemporaines de l'enseignement du droit. Quand l'exercice de dialogique déploie de manière artificielle des ressorts argumentatifs dans le but d'une remise en cause inutile de solutions acquises, le commentaire et l'application des sources essentielles constituent le moyen le plus sûr de l'acquisition

58 Michel VIVANT, *op. cit.*

59 Gérard CORNU, « Le règne discret de l'analogie », *Mélanges Colomer*, Litec 1993, p. 129.

60 Jean-Louis BERGEL, *Méthodologie juridique*, PUF, Coll. Thémis, 2001.

des connaissances fondamentales et techniques, préparant ainsi nos étudiants à affronter les obstacles de leur vie professionnelle.

Post-Scriptum :

La dialogique n'a pas besoin de conclusion.