

Le modèle perelmanien au regard des méthodes d'enseignement du droit

Marie-Anne Frison-Roche

1. LA CRITIQUE TRANSPOSABLE D'UN SAVOIR UNILATÉRALEMENT TRANSMIS

Dans tous ses travaux, Perelman a critiqué le syllogisme juridictionnel, soit parce qu'il est dangereux, soit parce qu'il est faux. Cela est parfaitement transposable pour l'enseignement, lorsque le professeur transmet un droit posé comme un préalable incontestable que l'étudiant doit apprendre, ce qui est dangereux et ne correspond pas à la réalité du droit.

La critique de Perelman du syllogisme juridique en tant qu'il est dangereux

Il continue d'être d'usage de présenter, y compris aux étudiants, l'office du juge comme étant de prendre acte de la « majeure » préalablement posée, constituée par la loi, préexistante à la volonté juridictionnelle, et, après avoir interprété la loi au besoin, si elle est obscure, contradictoire ou lacunaire, le juge en fait l'application aux faits de la cause, faits qui constituent la mineure du syllogisme. De cette application résulte la conclusion.

Le jugement est donc un exercice solitaire, par lequel le juge, personnage savant¹ – l'adage posant que *La Cour connaît le droit* –, n'a pas besoin des parties aux procès, qui se contentent de lui fournir les éléments de la mineure du syllogisme, l'édifice des faits², les prétentions qu'elles construisent pouvant être juridiquement valides alors même qu'aucune règle de droit n'est évoquée. Ainsi, le juge, qui a l'apanage du droit et le connaît, est face à la loi et l'on peut dire qu'il la déverse sur les faits pour exercer pleinement son office de juger.

Cette présentation a été fortement et radicalement critiquée par Perelman, tout d'abord parce qu'elle est dangereuse. En effet, dans cette conception, les parties ne discutent pas la loi. Le juge ne le fait pas davantage, puisque la loi lui préexiste, en ce qu'elle constitue la majeure. Ainsi, la discussion, l'argumentation, ce sur quoi Perelman consacra l'essentiel de son travail théorique³ appartient à la phase de la procédure, mais celle-ci est antérieure au jugement, lequel est nettement distingué du débat. Il n'y a pas de *continuum* entre la procédure et jugement. Cela est d'autant plus vrai dans des procédures inquisitoires, dans lesquelles le débat et les argumentations des parties n'ont guère de place.

Dès lors, les jugements sont formels, cela est consubstantiel au syllogisme, et la question de sa nature substantiellement juste ou non ne se pose pas d'une façon nécessaire. En cela, les jugements syllogistiques sont dangereux. Ils sont clos sur eux-mêmes, n'ont pas à faire de référence à autre chose que la loi et les faits de l'espèce. Ainsi, la morale, la vertu de justice, les mœurs, etc. leur sont exogènes. Pour Perelman,

1. Ce qui en quoi il se rapproche du professeur, qui se caractérise par son érudition, même si l'adage *La Cour connaît le droit* est une fiction qui exprime une règle procédurale. V. ci-dessous.

2. L'expression d'« édifice des faits » a été utilisée par Henri Motulsky, dans la description qu'il fit dans sa thèse de la façon dont la loi est « concrétisée » dans l'ordre juridique, à travers l'application qu'en fait le juge par ses décisions : *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé. La théorie des éléments générateurs des droits subjectifs*, préf. Paul Roubier, Paris, Sirey, 1948, 174 p. ; rééd. Paris, Dalloz, 2002.

3. *Traité de l'argumentation*, Bruxelles, 1959.

cela est très dangereux. Nous verrons que ce même danger existe dans un enseignement du droit qui serait pareillement clos sur lui-même¹.

En second lieu, Perelman reproche au syllogisme juridique d'être faux. En effet, et l'on ne sait plus alors si l'on doit ou non s'en réjouir, les juges le plus souvent ne raisonnent pas sans considérer la dimension juste de ce qu'ils décident, le contexte social, etc.

La critique de Perelman du syllogisme juridique en tant qu'il est faux

En réalité, dans un *continuum* entre le procès et le jugement, le juge prend en considération ce que disent les parties, lesquelles s'expriment aussi bien sur la loi que sur les faits et chacun sait que, dans les écritures des parties, que les contentieux soient objectifs ou subjectifs, que la procédure soit accusatoire ou inquisitoire, la loi est discutée autant que les faits, chacune des parties présentant le droit positif à l'avantage de sa prétention. De la même façon, les parties mettent dans le débat non seulement les faits issus du cas particulier, mais encore ceux qui l'excèdent, par exemple les implications sociales ou économiques¹.

Ce n'est qu'à ce stade de la rédaction du jugement, et non pas au stade préalable de sa conception, que le juge adopte le syllogisme. Le syllogisme est ainsi au mieux une forme de rédaction et non pas une forme de raisonnement, au mieux une façon d'entraîner la conviction de celui à qui s'adresse le jugement et non pas une façon de l'engendrer. Ainsi, le syllogisme relève de la rhétorique, au sens aristotélicien du terme.

C'est une tradition du système de droit continental que non seulement de rédiger les jugements de cette manière, mais encore de présenter le syllogisme comme la façon même dont la juridiction a raisonné. De la même façon, le professeur traditionnel présente le droit comme

1. Marie-Anne Frison-Roche, « Légimité, opportunité et efficacité de l'analyse économique du procès civil », in Cohen Dany (dir.), *Droit et Économie du procès civil*, coll. « Droit et Économie », Paris, LGDJ, 2010, p. 3-22.

l'application neutre et verticale de la loi à des cas¹. On peut l'expliquer par conformisme et par une volonté de respect feint de la figure d'un juge qui n'est qu'agent d'application neutre de la loi, laquelle constitue, au sens non plus simplement logique, mais au sens normatif du terme, la « majeure » du système.

De la même façon, le positivisme qui frappe beaucoup d'universitaires, pour lesquels le droit se résume au droit, pour lesquels le droit déjà ainsi tautologiquement étriqué se résume à ce qui est écrit dans le texte des lois et des jugements, sans se soucier des « reins et des cœurs » dont le droit ne doit pas se soucier, explique un enseignement du droit comme une technique et non pas comme un art pratique.

Pour en rester pour l'instant au jugement, objet principal des travaux de Perelman, ce goût continental pour la présentation syllogistique et neutre, sans référence à ce qui n'est pas du droit, peut s'expliquer encore par l'idée que le justiciable admettra peut-être plus aisément un jugement dont la solution apparaît ainsi comme évidente, puisque aucune autre ne pouvait être adoptée. La présentation verticale du syllogisme, sa structure unilatérale, le suggère au lecteur.

Elle ne correspond pourtant pas à la démarche intellectuelle effective du juge, et Perelman montra qu'il fallait donner plus place à la réalité, à savoir que l'argumentation est le socle même de la démarche de celui qui juge, ce qui lui permet de prendre en considération ce que soutiennent les parties, argumentation et dispute qui doivent se refléter dans le jugement, ce qui permettra aux différents cercles d'auditoires d'adhérer aux décisions de justice, parce que démonstration sera faite que les différents points de vue auront été pris en considération.

Cela est parfaitement transposable dans les méthodes éducatives, car les étudiants, comme les parties, peuvent avoir, de leur point de vue, raison, même s'ils n'ont pas le pouvoir de décider.

L'association rousseauiste entre le fait d'avoir le pouvoir de décider et le fait d'avoir raison mérite d'être combattue car cela n'est pas rationnel. Au contraire, celui qui ne bénéficie pas du pouvoir, à savoir

1. V. *infra*, p. 223 s.

la partie qui perd son procès ou l'étudiant qui est noté, a pourtant son rôle à jouer dans l'exercice de l'office de celui qui exerce le pouvoir, le pouvoir d'enseigner comme le pouvoir de juger. En effet, dans les deux cas, juger et enseigner sont des « offices »¹, c'est-à-dire des pouvoirs que ne sont conférés par la loi à des personnes que pour mieux permettre à celles-ci d'exercer des devoirs, rendre la justice pour le juge, faire des étudiants des personnes sensibles à la justice et aptes à exercer un art pratique, pour le professeur.

Ces reproches d'unilatéralisme que Perelman adresse à l'ordre juridique dans sa production des règles particulières à travers les jugements, ne peut-on les formuler d'une façon analogue à propos de l'enseignement du droit ?

2. LA TRANSPPOSITION NÉGATIVE ET POSITIVE DES THÉORIES DE PERELMAN AUX MÉTHODES D'ENSEIGNEMENT DU DROIT

En effet, si l'on reprend tout d'abord les critiques du syllogisme, rappelées ci-dessous, elles sont transposables à l'enseignement du droit. À cette transposition « négative », il faut ajouter une transposition « positive » des théories de Perelman, c'est-à-dire favoriser un enseignement du droit par l'argumentation.

L'enseignement traditionnel du droit sous la forme syllogistique

Le droit relève de l'Enseignement supérieur et cela ne signifie pas seulement que la transmission de son savoir s'opère après la fin des études secondaires. Lorsque certains se plaignent d'une « secondarisation » des

1. Marie-Anne Frison-Roche, « Les offices du juge », in Jean Foyer, *auteur et législateur*, Écrits en hommage à Jean Foyer, Paris, PUF, p. 463-476.

études de droit, ils évoquent le fait que le droit serait enseigné comme le sont des matières dans les lycées.

En effet, dans une conception traditionnelle, le professeur s'identifie comme une personne essentiellement supérieure aux autres individus que sont les étudiants, puisque le premier est titulaire de diplômes élevés et les seconds non. On connaît l'obsession française pour l'obtention de l'agrégation d'université.

À partir de là, le professeur, protégé par une présomption irréfragable de détention d'un savoir définitif, est face à son savoir, comme le juge traditionnel est face à la loi. Dans son pur dialogue avec le droit, il monologue dans l'amphithéâtre, les étudiants n'ayant rien à dire, puisqu'ils ne connaissent pas la matière juridique et qu'une connaissance non juridique (une connaissance morale, factuelle, sociale, personnelle, etc.) n'a pas de pertinence.

Ainsi, dans une conception close du droit lui-même, le droit ne comprenant que le droit, dans un système continental qui identifie lui-même le droit à la loi, le droit étant donc contenu tout entier dans la loi, dans des cercles qui sont des successifs rétrécissements, le professeur expose unilatéralement le droit technique face à des étudiants réunis en masse dans des amphis, cet entassement n'étant pas vraiment dommageable puisqu'ils demeurent passifs.

De la même façon que dans la théorie procédurale classique, le temps de la procédure est distingué nettement du jugement, les deux n'appartenant pas au même *continuum*, le débat appartenant à la procédure, alors que le jugement demeure un exercice solitaire du juge, dans l'ordre de l'enseignement, la prise de parole par un étudiant peut avoir plusieurs statuts.

Dans une relation de pouvoir, l'étudiant peut n'avoir à prendre la parole que d'une façon soumise pour démontrer qu'il a « bien appris son cours ». Cela rapproche le professeur du juge, au sens le plus plat du terme, c'est-à-dire comme contrôleur. Dans cette conception traditionnelle, l'étudiant qui prend la parole, c'est-à-dire qui interrompt un professeur pour le contredire en argumentant pour faire valoir son propre point de vue, ne peut avoir raison puisqu'il n'est pas professeur. L'étudiant perturbe l'enseignement.

Dans la logique de l'unilatéralité, dans la mesure où le professeur n'a jamais tort, l'étudiant qui le contredit a de ce fait tort. Nous verrons que dans une logique d'enseignement argumentative, la prise de parole de l'étudiant cesse d'être un incident dans le cours de l'enseignement pour en devenir partie intégrante. Cela est logique dans une rhétorique, laquelle est construite sur la notion de prises de paroles qui se confrontent.

L'analogie devient alors très forte du sein du premier schéma, celui du juge qui exerce son office dans l'élaboration solitaire du jugement et du professeur dans l'exercice de son cours technique, strictement juridique et exposé à des étudiants dont le rôle ne peut être que transparent, en attendant de « devenir grands », c'est-à-dire de sortir de l'université pour apprendre comment le droit se déploie dans la vie, après l'avoir appris dans les livres. Cela conduit de fait à le réapprendre.

Si, dans le second schéma, l'on transpose les conceptions que Perelman développa pour l'art de faire des jugements justes, en neutralisant les lois injustes, ce que cherche à faire tout juge, l'on peut considérer l'art d'enseigner, c'est-à-dire l'art de faire naître chez l'étudiant le souci du juste, par l'efficace maniement de l'instrument juridique, le droit étant un art pratique, but que recherche tout professeur, Perelman est source d'inspiration.

L'enseignement du droit conçu sur le modèle perelmanien

Il faut tout d'abord admettre que le droit dont il faut transmettre la connaissance ne peut se réduire à la technique juridique. Cela n'est pas affaire d'érudition¹, mais une façon d'anticiper la façon dont le droit se concrétise effectivement dans la réalité des choses, en interférence avec l'économie, la psychologie, l'histoire, la sociologie, etc. Il suffit de se

1. Jacques Ellul, « Essai sur la signification philosophique des réformes actuelles de l'Enseignement du droit », in *La réforme des études de droit. Le droit naturel*, Archives de Philosophie du Droit, n° 6, Paris, Sirey, 1961, p. 1-18.

souvenir que le plus efficace des juristes, dans la rédaction des lois, à savoir le doyen Carbonnier, consacra autant de textes à la sociologie du droit qu'à son œuvre législative, mêlant non seulement les deux savoirs¹, mais encore concevant le législateur lui-même comme un pédagogue, c'est-à-dire un professeur. Ainsi, nous y revenons, si le professeur doit faire comprendre le droit aux étudiants, le droit doit se faire comprendre, faute de quoi il n'arrive pas au statut de « droit positif ». Le principe constitutionnel français d'« accessibilité de la loi »² traduit en droit jurisprudentiel cette idée d'un droit positif qui n'est aujourd'hui valide que s'il arrive à se faire comprendre.

Ainsi, la vertu du professeur, sa prouesse, c'est-à-dire se faire comprendre de tous, n'est pas périphérique, elle se déplace vers le cœur du système juridique.

Cette évolution récente des systèmes juridiques donne plus de poids à l'observation suivante. En effet, dès l'instant que l'on veut bien admettre que l'université a pour fonction, non seulement de former deux ou trois érudits qui seront quelques années plus tard professeurs à leur tour, mais encore et principalement des personnes travaillant sur le marché du droit, il faut que leur soit enseigné le droit dans les interactions que celui-ci entretient avec les multiples réalités qui l'entourent.

Si l'on veut bien admettre cela, parce qu'il relève de l'office des professeurs de préparer les étudiants à leur métier de juriste et que ceux-ci aient le moins possible à réapprendre ce que ces métiers sont, il faut donc que les enseignements ne soient pas purement techniques.

Or, les étudiants ont eux-mêmes des connaissances, parce qu'ils ont antérieurement étudié l'histoire, la philosophie, parfois fait des études par ailleurs ou en parallèle, etc. Dès lors, même s'ils ne connaissent pas le droit, ils sont en mesure de le discuter d'un autre point de vue. Il convient que le professeur leur donne la parole. Il convient d'autant plus qu'il le fasse, qu'il n'est pas acquis que le professeur de droit ait

1. *Essais sur les lois*, 2^e éd., Répertoire du notariat Defrénois, Paris, 1995, 334 p., spéc. Les phénomènes d'internormativité, p. 287-306.

2. Marie-Anne Frison-Roche, William Baranes, « Le principe constitutionnel de l'accessibilité et d'intelligibilité de la loi », *D.* 2000, p. 253-267.

nécessairement fait des études d'histoire, de philosophie, de sociologie, etc. ; qu'il ait vécu dans des pays étrangers, etc. ; qu'il ait exercé divers métiers, juridiques ou non, tout ce que les étudiants à l'inverse peuvent avoir fait.

Ainsi, de leur point de vue, les étudiants peuvent avoir raison. C'est pourquoi l'argumentation doit devenir la méthode d'enseignement même, parce qu'elle agit sur les étudiants et non pas contre les étudiants. Le professeur, qui admet la controverse et reconnaît que les étudiants peuvent avoir raison de leur point de vue, ne s'affaiblit pas.

Il ouvre l'esprit des étudiants et les rend aptes à réagir aux règles juridiques techniques qui seront adoptées ultérieurement à l'enseignement reçu. En effet, la vitesse d'obsolescence technique du droit rend aujourd'hui inadéquat la transmission unilatérale d'un savoir formellement présenté.

L'art d'enseigner rejoint désormais l'art de juger. Les étudiants ont un statut analogue à celui que Perelman donnait aux parties, les uns et les autres constituant des « auditoires ».