

GRANDEUR, DÉCLIN ET RENOUVEAU DE LA PLAIDOIRIE DANS L'HISTOIRE DE LA MÉTHODOLOGIE JURIDIQUE

PAR

BENOÎT FRYDMAN

MAÎTRE DE CONFÉRENCE À L'U.L.B.

Pour le grand public, la plaidoirie symbolise au plus au point la profession et la fonction de l'avocat. L'avocat lui-même la considère plus prosaïquement comme un exercice qui prend du temps, auquel il s'adonne avec plus ou moins de plaisir et de régularité, selon ses goûts et la nature de ses activités. Pour le juge enfin, les plaidoiries appartiennent au quotidien des audiences dont elles occupent une (trop) grande part. Destinées à l'informer et à le convaincre, elles agacent le magistrat lorsque, trop longues, elles retardent le traitement des dossiers en souffrance.

La surcharge des rôles conduit dès lors naturellement à s'interroger sur l'utilité de la plaidoirie, voire sur son maintien. On tend à la considérer, au pis, comme un discours émotionnel et fugitif étranger au droit lui-même, au mieux, comme un résumé redondant des conclusions écrites (lorsqu'il y en a). Le droit de plaider est alors considéré comme l'appendice du droit de conclure (1). On dénie au plaideur, au nom du contradictoire, la faculté de soulever des arguments nouveaux (2). Tout au plus lui permet-on d'éclairer ses écritures. La Cour d'appel de Versailles rejette, pour de tels motifs, une action en responsabilité introduite par un client contre son conseil, lequel s'était contenté de faire déposer des conclusions par un sta-

(1) En ce sens, de manière très argumentée : J. ENGLEBERT, « Le droit de conclure et l'obligation de se taire », *Cahiers de droit judiciaire*, 1993, pp. 105-117. L'auteur reprend ses arguments dans le présent ouvrage : « La plaidoirie en droit : l'exemple de l'argument de procédure », p. 131. J. VAN COMPERNOLLE y répond dans son « Rapport de synthèse », pp. 167 et s.

(2) *Ibidem*.

giaire, sans se présenter à l'audience ni plaider tant en première instance qu'en appel. La Cour, tout en évitant de se prononcer sur le caractère fautif de l'attitude de l'avocat, considère qu'il n'y a pas de lien de causalité avéré entre l'absence de plaidoirie et la perte du procès (3). Tandis qu'on encourage ainsi le recours à la procédure écrite, on pousse, discrètement et avec les ménagements dus à son grand âge, la plaidoirie vers la sortie du prétoire.

Si la plaidoirie perd de son lustre dans le monde judiciaire, elle est encore plus mal traitée par la méthodologie juridique ; ou plutôt elle n'est pas traitée du tout. Ouvrez par curiosité un manuel de méthodologie, vous ne trouverez rien ou presque sur l'art et la manière de plaider. Du reste, vous trouverez très peu de choses sur le sujet dans la littérature juridique et judiciaire en général depuis au moins un demi siècle. L'université ne se soucie pas davantage d'en parler, encore moins d'y former les étudiants. Paradoxalement, un grand silence entoure la plaidoirie, qui apparaît comme le non-dit et même l'impensé de l'activité judiciaire. On considère généralement qu'elle relève de l'empirie pure, du divers contingent d'une expérience rebelle à toute forme de rationalisation ; qu'elle est étrangère à la science du droit et sans doute au droit tout court.

D'ailleurs, le jeune avocat n'apprend ni à plaider, ni ce que c'est que plaider. Ou plutôt il est censé apprendre en plaidant. En participant aux concours d'éloquence ou plus simplement en essayant les plâtres devant des juridictions dont il découvre peu à peu les usages. Par le passé, il s'instruisait en accompagnant et en écoutant son patron. Mais les contraintes d'organisation et de rendement ont rendu exceptionnelle cette forme d'écolage. Pour autant, tout le monde ne déplore pas l'absence de formation, loin de là. La plaidoirie n'est-elle pas davantage affaire de spontanéité et de caractère que de méthode ? Plutôt que la plaidoirie elle-même, c'est un tempérament de plaideur qu'il faudrait cultiver en soi et développer dans le feu de l'action.

Nous avons tellement pris l'habitude de ce silence qui entoure la plaidoirie, de la position accessoire dans laquelle on

(3) A propos de cet arrêt et du débat qu'il a suscité : P. ESTOUP, « Sur le rôle de la plaidoirie et la responsabilité de l'avocat », *Gaz. Pal.*, 1988, D., pp. 768-770 et « De la plaidoirie : la querelle des Anciens et des Modernes », *Gaz. Pal.*, 1989, D., pp. 304-307, qui approuve, avec certaines réserves, l'arrêt.

la cantonne, de la simple tolérance dont elle fait l'objet, que ce statut marginal a fini par nous paraître évident. Pourquoi donc se préoccuper de la plaidoirie ou l'enseigner puisqu'elle ne compte pas au nombre des « sources » du droit ? Cette étude a pour objet de remettre en question ces évidences trop peu discutées et d'en dévoiler l'étroitesse de vue dans la perspective longue de l'histoire de la méthodologie juridique. Nous avons hérité notre mépris de la plaidoirie d'un modèle scientifique du droit, aujourd'hui en déliquescence rapide. La plaidoirie, loin de se cantonner à la marge, a longtemps occupé le cœur même non seulement de la pratique mais encore du raisonnement juridique, lui fournissant au passage sa structure. Placée au cœur de la formation, elle a servi de guide à l'enseignement du droit mais aussi à bien d'autres disciplines. Loin d'être délaissée à l'empirie, elle a permis la constitution d'un savoir d'une subtilité et d'une rigueur remarquables.

Entendons-nous bien, je ne vais pas refaire ici l'histoire de la plaidoirie. Ces tableaux de l'éloquence judiciaire ont déjà été peints et on ne peut qu'encourager le lecteur intéressé à en visiter l'exposition (4). Mon ambition consiste plutôt à montrer le rôle fondateur de la plaidoirie pour la pensée juridique et d'évoquer les causes de son déclin pour mettre en évidence les facteurs qui pourraient bien sonner l'heure du renouveau d'un discours aménagé aux exigences de notre temps.

J'évoquerai successivement les âges de la grandeur, avec les figures de la rhétorique antique (I) et de la scolastique médiévale (II), les raisons d'un déclin tenace pendant toute la Modernité (III) et enfin la redécouverte en cours des mérites de la discussion contradictoire et vivante par les théoriciens et les praticiens de la justice (IV).

I. — ANTIQUITÉ : RHÉTEURS, JURISCONSULTES ET TALMUDISTES :

« Qu'un homme, du moment où il devient père, applique ses soins les plus persévérants à l'espoir de faire un orateur de son

(4) Voyez M. BERRYER, *Leçons et modèles d'éloquence judiciaire*, Paris, 1858 et M. GARÇON, *Tableau de l'éloquence judiciaire*, Paris, 1943.

« fils » conseille le savant Quintilien au début de son *Institution oratoire* (5). C'est que l'orateur, que, sous l'influence de Platon, on nous a trop grossièrement dépeint sous les traits du sophiste mercenaire et sans conviction propre, constitue le type le plus achevé du citoyen antique (6). Contrairement à son homologue moderne, celui-ci ne se contente pas de voter de temps à autre pour élire des représentants, de lire quelques journaux ou de participer occasionnellement à une manifestation. Il aspire à prendre directement part aux débats de l'assemblée ainsi qu'à la gestion des affaires publiques. L'orateur plaide en outre dans les procès. Il y défend ses amis et les causes qu'il soutient. Cette activité est loin d'être marginale. On a ainsi estimé que dans la Rome de la fin de la République, la probabilité pour un sénateur de rang prétorien d'être accusé devant un tribunal était d'environ de 50 % (7). L'enjeu de ces procès se révèle considérable car l'accusé encourt le risque de l'exil et de la ruine de sa famille. Or l'orateur qui le défend, s'il est souhaitable qu'il connaisse le droit, et s'il a parfois, comme Cicéron, reçu une formation juridique approfondie, n'est pas lui-même normalement jurisconsulte (8). A Athènes, où la technique juridique inspire moins de considération qu'à Rome, l'orateur se faisait assister par des techniciens du droit, hommes de condition servile, que l'on qualifie avec mépris de « praticiens » (9). A Rome, s'il arrive au jurisconsulte de plaider, il s'aventure de moins en moins souvent à la barre depuis qu'il doit y affronter, surtout devant des jurés, les spécialistes de la parole formés à l'école de la rhétorique. Il préfère la pratique des *responsa*, sorte d'opinions autorisées délivrées apodictiquement aux parties dans l'atmosphère feutrée de son cabinet ou au *consilium* des magistrats.

(5) QUINTILIEN, *Institution oratoire*, I, 1, 3.

(6) « L'art oratoire occupe le premier rang dans la Cité » (CICÉRON, *De Oratore*, Livre I, § 30).

(7) Le risque d'être condamné est également très élevé : 1/6. M. HUMBERT, « Le procès romain : approche sociologique », in *Le Procès*, Archives de philosophie du droit, t. XXXIX, Paris, Sirey, 1995, pp. 73-86, spéc. § 3, p. 75.

(8) La question est largement traitée dans le dialogue mis en scène par Cicéron dans le *De Oratore* (livre I, § 165 et suiv.). On admet communément que les exigences modérées posées par Cicéron (bonne connaissance générale mais non spécialité technique) sont au-dessus de la réalité et n'exerceront aucune influence pratique.

(9) CICÉRON, *De Oratore*, livre I, § 198. Alors qu'à Rome, la maison du jurisconsulte est « l'oracle de la cité toute entière » (§ 200).

Que la rhétorique envahisse ainsi le prétoire ne manifeste pas, comme on l'a parfois prétendu (10), une déchéance du droit romain. Elle traduit plutôt un mouvement d'aller et retour. La tradition fait en effet remonter la naissance de la rhétorique, non aux débats politiques de l'assemblée, mais bien aux nombreux procès en contestation de propriété, intentés à Agrigente et à Syracuse, au 7^e siècle avant J.C., après la chute des tyrans de ces deux cités, dans le but de remettre en cause les spoliations de terre intervenues sous leur règne. Certains plaideurs surent, paraît-il, convaincre les jurys populaires par des procédés que Corax et Tisias, les premiers, eurent l'idée de consigner par écrit, de systématiser et d'enseigner, inventant du même coup une discipline et une profession (11). Que l'on prête ou non foi à ce récit, la structure fondamentale du raisonnement rhétorique, à savoir l'argumentation d'une question pratique *in utramque partem*, à la fois sous l'angle du pour et du contre, indique d'elle-même sa filiation avec la plaidoirie judiciaire.

Si la plaidoirie est à l'origine de la rhétorique, cette dernière représente un véritable « empire » (12). Elle occupe durant l'Antiquité une position, certes distincte de la science (*epistémè*), mais parallèle et tout aussi éminente, dans son domaine propre. La rhétorique ne considère pas le vrai mais le probable (13). Pour cette raison, elle règne sans partage sur les importants territoires que les Anciens considèrent comme incertains, tels la politique et le droit. La technique rhétorique ne borne pas ses efforts au développement d'un art subtil du discours. Elle fournit en outre l'instrument d'une vaste entreprise classificatoire qui nourrit le développement conceptuel des disciplines qui s'épanouissent dans son sillage (14). Des

(10) L'histoire de la pensée charrie incontestablement un puissant courant hostile à la rhétorique qui, nous l'avons dit, remonte au moins à Platon, dont le maître Socrate utilisait pourtant des techniques de discussion proches des sophistes.

(11) Encyclopédie *Universalis*, v^o Rhétorique.

(12) L'expression est utilisée par R. BARTHES, « L'ancienne rhétorique. Aide-mémoire », § 0.2, *L'aventure sémiologique*, Paris, Seuil, 1985. — Perelman lui avait donné le titre d'un recueil d'articles : *L'empire rhétorique : rhétorique et argumentation*, Paris, Vrin, 1977.

(13) Le découpage des territoires de la science et de la technique rhétorique est parfaitement clair chez Aristote.

(14) R. BARTHES a bien souligné dans « L'ancienne rhétorique », in *L'aventure sémiologique*, Paris, Seuil, 1985, l'ampleur et la subtilité de cette taxinomie, dont la consultation des plans des traités de rhétorique donneront une très bonne idée.

trois grands genres de discours dont traite classiquement la rhétorique — le délibératif, l'épidictique et le judiciaire —, c'est ce dernier qui donne lieu à la conceptualisation la plus poussée, débouchant sur une classification des statuts de cause (*status causae*), dont l'influence se fait encore sentir de nos jours. Par exemple, c'est à la matrice rhétorique que nous devons la distinction si indispensable au juriste entre question de fait et question de droit (*quid iuris/quid facti*) ou encore, dans l'interprétation, l'opposition entre la lettre et l'esprit (*verba/sententia ou voluntas*).

Il est intéressant de noter, pour le sujet qui nous occupe, que toutes ces catégories conceptuelles sont découvertes et ordonnées à la faveur d'un jeu de questions et de réponses qui simule ou anticipe le déroulement des plaidoiries. Concrètement, envisageons le cas, effectivement jugé à Rome (15), d'un citoyen monté à la tribune et en chassant un magistrat public en train de proposer une loi. Le citoyen en cause est accusé de lèse-majesté car il a porté atteinte à la dignité de la magistrature romaine. Comment envisager sa défense ? Quintilien enseigne à cet égard qu'il faut anticiper le jeu des dits et contredits des parties au procès (la procédure pénale est accusatoire à Rome) jusqu'à temps de fixer exactement le nœud du litige, déterminant par la même à la fois le type de cause et les lieux (*loci, topoi*), c'est-à-dire les ressources argumentatives à mobiliser pour la défense et symétriquement pour l'accusation (16). Ainsi, si l'accusé nie être monté à la tribune, le litige se résout en une question de fait : l'a-t-il fait ? (*an fecerit*), avec les moyens de preuve spécifiques au statut de la conjecture (*conjectura*). Mais il se peut aussi que l'accusé, tout en reconnaissant le fait (il répond oui à la première question) en nie la qualification (*definitio*). Ainsi, dans l'espèce rapportée par Cicéron, l'accusé était le père du tribun et justifiait son intervention par la puissance paternelle qui, comme on le sait, était très étendue en droit romain. Dans ce cas, la question devient : que s'est-il produit ? (*quid sit*) et appelle une argu-

(15) CICÉRON, *De Inventione*, Livre II, XVII, 52 rapporte en effet l'épisode au cours duquel le père de C. Flaminius (consul en 217, vaincu à Trasimène) avait chassé son fils de la tribune alors qu'il était tribun de la plèbe et était en train de proposer à l'assemblée une loi de réforme agraire contre l'avis du Sénat.

(16) *L'institution oratoire* (VII, 1, 4-7) en conseille la pratique constante à l'orateur.

mentation de nature très différente. La question ainsi posée ouvre incidemment la voie à une question légale (17) (*quaestio legalis*), qui consiste à trancher pour le cas d'espèce une antinomie entre deux normes, celle qui organise la puissance parentale et celle qui organise la magistrature publique. Il faut, pour la trancher, recourir aux lieux de ce que nous appelons, après Kelsen, la « hiérarchie des normes », et qui conduit, par exemple, Cicéron à invoquer, au nom des valeurs en cause, la supériorité du droit public sur le droit privé, sous la réserve bien sûr du développement d'arguments contraires. Enfin, il se peut encore que l'accusé, tout en reconnaissant le fait et sa qualification, légitime son intervention par exemple par le fait que l'orateur interrompu mettait en péril la République elle-même ou brigait la royauté. La question posée est alors : quelle est la valeur (juste/injuste) du fait (*quale sit*) et appelle une argumentation à connotation morale voire politique, qui relève de ce que nous considérons comme des causes de justification.

Cet exemple illustre comment le schéma de la plaidoirie fournit aux Anciens un mode de classement à la fois des types de questions juridiques et des types d'arguments qui doivent permettre de les trancher. Il faut ajouter à ceci deux observations complémentaires. D'abord, ces classements se présentent toujours sous la forme caractéristique du *pro et contra* : ils laissent donc la discussion ouverte et ne préjugent pas de l'issue. Ensuite, le développement du raisonnement juridique appartient tout entier aux parties. Les plaidoiries peuvent être extrêmement longues (parfois plus de 60 heures). Elles comportent souvent plusieurs tours de parole et laissent une part importante aux interpellations et aux interruptions (18). Les juges, souvent de simples particuliers, plus rarement des magistrats et exceptionnellement des juristes, se contentent de voter le verdict à l'issue des plaidoiries, sans pouvoir en débattre, ni même se consulter entre eux.

(17) qui porte sur des mots (*verba*), en l'espèce les textes de lois, par opposition aux questions rationnelles, énumérées ci-dessus, qui portent directement sur les choses (*res*).

(18) Pour une étude détaillée du rôle de la plaidoirie dans la procédure accusatoire romaine : J. HUMBERT, *Les plaidoyers écrits et les plaidoiries réelles de Cicéron*, Paris, P.U.F., spéc. ch. III : « La plaidoirie républicaine », pp. 67 et suiv.

Si la plaidoirie participe ainsi du raisonnement judiciaire et de la conceptualisation du droit, elle occupe également une position centrale dans l'éducation du jeune citoyen. Tous les efforts de l'éducation tendant à susciter l'épanouissement d'un orateur, l'école réserve la place la plus large aux exercices d'éloquence. Ces exercices portent très souvent sur des questions juridiques (19). Ceux-ci attirent à tel point les élèves que le grammairien les pratique avec des enfants du plus jeune âge dans les genres délibératif et judiciaire (20). En outre, sous l'influence stoïcienne, la formation se conçoit comme permanente et exige le développement constant des capacités personnelles, étendant à tous les âges l'exercice de la joute oratoire (21).

Les juristes restent traditionnellement à l'écart de cet enseignement scolaire ainsi que des exercices, jugés peu conformes à leur dignité. L'aspirant juriste s'installe, au sortir de l'école, chez un maître, qu'il accompagne partout, écoute et assiste progressivement dans ses avis (22). Plus tardivement, sous l'Empire, les écoles de droit se développeront cependant, en même temps que la professionnalisation des activités juridiques (23). On sait fort peu de choses de source sûre au sujet de ces écoles, mais les spécialistes assurent qu'on y exerçait l'éloquence sur des questions de droit (24).

Comme on le voit, la plaidoirie occupe une très large place dans le monde gréco-romain. Non pas tant, comme l'enseignent souvent les modernes, que la rhétorique s'insinue au cœur du droit et en pervertisse la rigueur. Mais bien plutôt, la plaidoirie forme le noyau, la structure de la méthode rhétorique et occupe par suite une fonction centrale non seulement dans le domaine judiciaire mais encore dans la politique, dans

(19) notamment des questions que nous rangerions dans le cadre de la théorie du droit. Voyez notamment QUINTILIEN, II, 4, 32 sq.

(20) QUINTILIEN, I, 9 (et notice de J. COUSIN, dans l'édition aux Belles Lettres, 1975-1980, t. I^{er}, p. 39). — L'enfant entre chez le grammairien à 7 ans. Ce professeur s'empare au détriment du rhéteur de la rhétorique comme le déplore déjà Cicéron (J. COUSIN, *Etudes sur Quintilien*, vol. I, Paris, 1936, p. 109).

(21) F. SCHULZ, *Roman Legal Science*, Oxford, Clarendon U.P., 1946, p. 56.

(22) SCHULZ, pp. 56-58.

(23) SCHULZ, *o.c.*, p. 119.

(24) SCHULZ, *o.c.*, p. 123.

l'éducation, dans l'esthétique et plus généralement traverse l'ensemble de la culture antique.

Du reste, la culture gréco-latine n'est pas la seule à recourir à la discussion orale et contradictoire comme mode privilégié de solution des questions juridiques et pratiques. Une autre grande tradition, la culture biblique, bien que très réservée par rapport à la culture grecque (25), lui confère également une position centrale, encore que sous des formes spécifiques. Comme on sait, la tradition juive, de nature essentiellement juridique, est fondée sur la réception de la loi mosaïque, d'origine et d'inspiration divine, et se développe par l'interprétation indéfinie de cette loi et l'approfondissement du sens et de la portée de ses commandements. Or l'étude et l'interprétation de la *Thorah* s'effectuent principalement sinon exclusivement par le moyen de la discussion contradictoire. Le *Talmud* lui-même, ce livre fondamental de la culture juive, se présente comme la collection des discussions des docteurs sur un certain nombre de questions concrètes (26) posées au départ de la loi. Ces discussions, qui approfondissent la loi dite « orale » (27) faisaient l'objet d'une interdiction de transcription, que les risques de déperdition liés à l'exil ont contraint de lever (28). Elles se présentent sous la forme d'un dialogue à plusieurs

(25) Sur la base du verset « Que ce livre de la Thora ne quitte jamais tes lèvres et que tu la médites jour et nuit » (Josué, 1, 8), Rabbi Yischmaël avance « Trouve-moi une heure qui ne soit ni du jour ni de la nuit et étudie alors la sagesse grecque » (Traité Ména'hoth, 99b-100a, Guémara) mais cette position est — bien entendu — controversée. En réalité, l'influence de la culture hellénistique sur la culture juive, comme l'inverse d'ailleurs, est loin d'être négligeable. — Adde : sur la méfiance des Sages envers la culture grecque : A. STEINSALTZ, *Introduction au Talmud*, Paris, Albin Michel, 1987, p. 111.

(26) C'est un élément essentiel de la méthode talmudique que de toujours poser le cas sous une forme concrète et de refuser le passage à l'abstraction. Mais cela ne signifie pas pour autant que le cas soit « pratique » ni même réaliste. On trouve dans le Talmud des cas concrets mais absurdes, destinés à pousser plus loin les hypothèses, comme par exemple ceux qui mettent en scène le fameux « golem » (STEINSALTZ, *o.c.*, pp. 265 et suiv.).

(27) Par opposition à la loi écrite désignant les textes du Pentateuque. Selon la tradition, les deux pans, écrit et oral, jouissent d'une égale dignité et passent pour avoir été livrés simultanément par Dieu au Sinaï. « Une fois Dieu l'a énoncé, deux fois je l'ai entendu » (Psaume, 62, verset 12).

(28) Le Talmud comprend deux séries de textes : la Michnah, consignée au 2^e siècle, qui traite exclusivement de questions allakhiques (soit juridiques) et la Guémara, relatant les discussions plus tardives des docteurs, qui comprend à la fois des passages allakhiques et aggadiques (soit homélitiques). On distingue, à côté du Talmud de Babylone, celui de Jérusalem, beaucoup plus lapidaire. Sur tous ces points : STEINSALTZ, *o.c.*, pp. 42 et suiv.

voix, scandées de véritables joutes verbales (29), et mettent souvent en scène des docteurs d'écoles et d'époques différentes. Le texte mentionne comme loi l'opinion majoritaire. Mais, curieusement, celle-ci ne met pas fin à la discussion, que du contraire. Les objections, les opinions contraires, des rapprochements avec d'autres cas plus ou moins similaires ou avec des versets bibliques, font rebondir le débat vers des horizons toujours nouveaux par le moyen d'objections incessantes, sans jamais céder à la tentation de la synthèse (30).

L'étude solitaire et silencieuse ne peut porter de fruits (31). La pratique de la discussion vivante, c'est-à-dire orale, est ici aussi considérée comme la méthode adéquate et nécessaire pour la réflexion juridique et, au-delà, pour la culture juive dans son ensemble, qui se pense intégralement autour du Livre et de son interprétation. Chaque génération en perpétue le principe et le modèle, notamment au sein des *yeshiva* (écoles talmudiques), où l'apprentissage s'effectue au rythme de la contradiction, soit entre le maître et les élèves, soit entre les élèves eux-mêmes, ceux-ci étudiant par paires les débats des sages pour en discuter à leur tour (32).

La contradiction représente donc un mode d'enseignement et de conservation de la tradition mais aussi et surtout le moyen de la recherche et de la découverte. C'est la clé même de la méthodologie talmudique. Le Talmud, toujours friand d'anecdotes, rapporte ainsi l'histoire de R. Johanan, un sage du 3^e siècle, qui ne se remettait pas du décès de son collègue et ami, R. Simeon ben Lakkish. Pour le consoler et lui redonner le goût de la vie en même temps que de l'étude, les autres sages se mettent en quête d'un remplaçant à la hauteur du dis-

(29) Pour LÉVINAS, « le Talmud est la lutte avec l'Ange » (*L'au-delà du verset*, Paris, Ed. de Minuit, 1982, p. 99).

(30) En effet, les différences d'opinions des docteurs illustrent la pluralité des sens de l'écriture, associée à la pluralité des personnes et des points de vue (E. LÉVINAS, *L'au-delà du verset*, Paris, Ed. de Minuit, 1982, p. 136 et p. 146 note). Les conclusions sont réservées pour les temps messianiques (*id.*, p. 167).

(31) Le Talmud discute ce thème au départ de Jérémie, 50, 36 : « Epée aux isolés, ils s'abâtissent ». — Voyez le commentaire de E. LÉVINAS, *L'au-delà du verset*, Paris, Ed. de Minuit, 1982, pp. 51 et suiv.

(32) STEINSALTZ décrit brièvement ces modes de discussion et de réfutation animées et hautes en couleur (*o.c.*, pp. 71-75, 262 et suiv., 273 et suiv.).

paru et lui présente R. Eliezer ben Pedath, qui, à chaque fois que R. Johanan pose un point de droit, cite une autorité qui conforte son opinion. Mais R. Johanan ne se montre pas du tout satisfait de ce nouveau disciple et l'interpelle vivement en ces termes : « Quand je posais un point de droit, le fils de Lakish le contredisait par vingt-quatre objections, auxquelles je donnais vingt-quatre réponses, ce qui conduisait à une compréhension plus profonde de la loi ; alors que toi tu dis : 'On enseigne une Baraïta (33) qui va dans votre sens' ; comme si je ne savais pas moi-même que mes opinions sont justes (34) ».

Comme on le voit, ces règles de méthode visent davantage les discussions doctrinales que les procès. Du reste, la procédure judiciaire judaïque n'envisageait pas, paraît-il, d'un bon œil, qu'une personne citée au Tribunal recoure à un avocat (35). Ce sont les sages siégeant au Tribunal, qui se saisissent de la cause et la discutent de manière contradictoire. Au reste, l'autorité de leur décision n'est jamais si absolue qu'elle ne puisse être reconsidérée par une discussion ultérieure. Ainsi, un traité du Talmud envisage ce qu'il y a lieu de faire lorsque la juridiction suprême, le *Grand Sanhedrin*, s'est trompée sur le sens de la loi et a par conséquent induit l'ensemble du peuple en erreur (36). Au temps de la diaspora, le tribunal rabbinique (*Beth Din*), dénué de toute puissance d'exécution forcée, se maintiendra comme une sorte d'arbitrage, néanmoins très prisé, laissant une large place à l'exposé des positions des parties, par celles-ci et leurs conseils, et mettant l'accent sur la conciliation des points de vue par la discussion (37).

(33) Enseignement oral véhiculé par la tradition.

(34) Traité Baba Metzia, 84 a (traduction libre de l'anglais). Pour un commentaire de cet apologue : J.I. ROTH, « The Justification for the Controversy Under Jewish Law », *California Law Review*, vol. 76, 1988, pp. 338 et suiv., spéc. pp. 378 et suiv.

(35) Steinsaltz, *o.c.*, p. 194.

(36) Cette attitude traduit, avec beaucoup d'autres, le refus de tout argument d'autorité dans la spéculation talmudique. Dans un célèbre apologue, la voix de Dieu lui-même, à travers les cieus ouverts pour l'occasion, est contestée comme interprétation authentique de la loi et on lui préfère l'opinion majoritaire.

(37) Voyez par exemple I. BASHEVISH SINGER, *Au tribunal de mon père*, Paris, Stock, 1995 (nouv. éd.), qui constitue un document, savoureux mais très riche, sur la manière dont un rabbin hassidique de Varsovie rend la justice au début du 20^e siècle.

II. — MOYEN-AGE : LA PLAIDOIRIE SAVANTE :

Le Moyen-Age est souvent présenté comme une époque obscure et perdue pour la plaidoirie (38). Il est vrai que la procédure civile, influencée par les règles germaniques, laisse peu d'espace aux orateurs. Le discours de l'avocat s'y résume à peu près à l'exposé des faits, suivi d'une formule stéréotypée et prudente par laquelle il défère, au nom de sa partie, le serment à l'adversaire, ou mieux encore, jetant le gant au parquet, l'accuse de mensonge et l'appelle à prouver son droit en champ-clos, c'est-à-dire par une joute qui n'a plus rien de verbal et qui relève plus de la compétence de l'épée que de la robe (39).

Mais, si la plaidoirie s'éclipse ainsi du prétoire (40), elle s'installe en maîtresse dans les universités, qui se développent un peu partout en Europe à partir des 11^e et 12^e siècles. La plaidoirie s'y retrouve en effet comme la structure clé de la méthode scolastique, que pratique l'université médiévale sous l'égide de la théologie. On se représente volontiers la culture du Moyen-Age sous un aspect dogmatique, autoritaire et irrationnel. Les Modernes ont, il est vrai, une fois encore, parfaitement réussi à discréditer à nos yeux aussi bien la scolastique que la rhétorique. A l'examen, on découvre cependant tout le contraire : une recherche assidue mais modeste, consciente de la finitude de la raison humaine, soucieuse de confronter les autorités (religieuses et laïques) et de concilier leurs contradictions, qui fait une large place à l'interrogation ouverte, à la discussion et à la contradiction.

Ainsi, en droit, les glossateurs, qui redécouvrent le droit romain par le moyen du Corpus Justinien, développent, à Bologne et à Paris notamment, la technique très dynamique de la *questio disputata*, appelée à occuper une place déterminante dans l'enseignement, la recherche et la littérature juridi-

(38) Par exemple, DAMIEN, « Histoire et évolution de la plaidoirie », *Gaz. Pal.*, 1982, Chr., pp. 378-388, spéc. p. 379 : « Pendant mille ans on n'entendit plus plaider... ».

(39) BERRYER, *Leçons d'éloquence judiciaire*, Paris, 1838, pp. 7-9 donne la formule d'un tel appel. Il insiste sur la nécessaire prudence de l'avocat qui devait se garder de parler pour son compte, à peine d'être forcé à descendre lui-même en champ-clos, ce qui arriva paraît-il à l'avocat Hugues de Fabrefort.

(40) Sauf dans la procédure romano-canonique.

ques (41). D'après la définition qu'en propose Chevrier, « la *quaestio disputata* naît de la contradiction suscitée par l'opposition des prétentions fictives de *deux plaideurs*, en litige sur un point de droit, dans un cas fictif. Elle se déroule devant le maître qui préside la discussion et la clôt, en donnant sa décision (42) ». La *questio* met donc en scène un échange de plaidoires mais dans un cadre académique et non judiciaire. Elle obéit à une structure précise (43). Après un titre ou un court exorde qui tient en une phrase, un cas pratique est proposé, d'où sont tirées une ou plusieurs questions, très rarement plus de trois. Le problème porte toujours sur une question de droit, jamais sur une simple question de fait (44). En outre, sauf les exercices réservés aux débutants, la *questio* pose toujours un problème réellement douteux, ce que les scolastiques appellent déjà un « cas difficile » (45), auxquels font encore écho aujourd'hui les *hard cases* de la Common Law. La réponse n'est donc jamais évidente ni donnée d'avance. Cette incertitude donne tout son intérêt à la phase qui suit et forme le corps principal de la *questio*, à savoir la discussion du cas par deux plaideurs, généralement des disciples ou élèves du maître qui a posé la question. Cette discussion se déroule tout-à-fait comme un échange de plaidoires. Les deux plaideurs s'affrontent dans une bataille de « preuves », à savoir d'arguments à l'appui des solutions contradictoires qu'ils proposent. L'argumentation s'appuie principalement sur l'allégation de textes juridiques hérités de la tradition (Bible, Digeste, etc.), voire plus tard des

(41) Sur cette question, l'étude de base demeure l'article de H. KANTOROWICZ, « The *quaestiones disputatae* of the glossators », *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis — Revue d'histoire du droit*, 1939, pp. 1-67. — Pour un traitement plus analytique, on peut consulter aussi le *Dictionnaire de droit canonique*, dir. Naz, v° *Quaestiones* par Lefebvre et Fransen.

(42) « Sur l'art de l'argumentation chez quelques Romanistes médiévaux au XII^e et au XIII^e siècle » in *La logique du droit*, *Archives de Philosophie du Droit*, t. XI, Paris, Sirey, 1966, pp. 115-148, spéc. p. 121 (souligné par moi).

(43) Voir à ce sujet les développements concordants de KANTOROWICZ (pp. 17 et suiv.), CHEVRIER (pp. 121 et suiv.) et du dictionnaire de droit canonique (col. 413-4) ainsi que plus récemment, mais sans innovation fondamentale : P. FELTRIN et M. ROSSINI, *Verità in questione. Il problema del metodo in diritto e teologia nel XII secolo*, Bergamo, 1992, spéc. pp. 19-20 et 26.

(44) Si certaines *questiones* sont qualifiées de *de facto*, c'est parce qu'elles posent un cas qui s'est réellement produit mais c'est néanmoins le point de droit (*quid juris?*) qui est discuté (KANTOROWICZ, p. 2. — CHEVRIER, p. 119).

(45) Une simple interrogation n'est pas une *questio* au sens technique du terme (KANTOROWICZ, p. 5). — Leibniz parlera également plus tard de *casus perplexis*.

opinions des docteurs (46), et ensuite sur les analogies, c'est-à-dire les cas similaires tranchés dans les sources (47). Cette argumentation est reproduite tantôt sous la forme rudimentaire de listes d'arguments, tantôt comme un discours suivi à l'argumentation enchaînée. Après la réplique de l'adversaire, on trouve assez souvent un nouvel échange de contre-arguments (48). Enfin, le maître clôt la discussion par la solution du cas, d'une brièveté souvent déroutante du point de vue d'un juriste moderne (49). Le maître se borne souvent à donner raison à l'une ou l'autre partie, d'où il faut déduire qu'il se range à l'argumentation de celle-ci. Parfois, il motive sa décision en produisant d'autres arguments. On peut alors inférer que la discussion n'a pas été correctement menée à son estime. Plus tardivement, il arrive de plus en plus fréquemment que le maître opère une distinction, donnant raison à l'une ou l'autre thèse suivant telle circonstance que le cas ne précisait pas. Ainsi, au fil du temps, la solution acquiert davantage d'ampleur et un caractère motivé. Mais il demeure que, comme dans la plaidoirie rhétorique, ce sont les parties qui développent l'argumentation juridique sur laquelle s'appuie la solution et non celui qui décide de l'issue, pourtant ici le maître et donc en principe le plus savant.

La discussion des questions occupe une grande place dans l'enseignement du droit au Moyen-Age. En principe, les cours magistraux (*lectio* (50)) se donnent durant la matinée et les après-midi sont réservées aux disputes. Outre ces exercices quotidiens, des disputes de plus grande envergure sont organisées aux jours et dates particuliers qui rythment le calendrier. Elles peuvent mettre aux prises des maîtres entre eux. Les règlements universitaires les prévoient et même les imposent à peine d'amende. Ils conditionnent l'octroi du diplôme à la

(46) KANTOROWICZ (p. 24) : « Each argument had to be based on one or more passages of the law ». *Adde* : CHEVRIER, pp. 121-2. — Sur l'importance des « autorités » : M.D. CHENU, *La théologie au 12^e siècle*, Paris, Vrin, 1957, ch. XVI, pp. 351 et suiv.

(47) CHEVRIER, *o.c.*, pp. 121-2.

(48) KANTOROWICZ, p. 23.

(49) CHEVRIER, pp. 122-4 et KANTOROWICZ, p. 27.

(50) Contrairement à la *lectio* monastique, qui s'aventure peu hors du texte, la *lectio* scolastique subit elle-même l'influence de la discussion *pro et contra*, sauf que celle-ci est menée par le maître seul en face de la science du droit, un peu à l'image des *questiones legitimæ* (*infra*, § suivant). Dans le même sens : *Verità in questione*, *o.c.*, p. 14.

réussite de ces épreuves (51). En faculté de théologie, la dispute prend même aux jours de fête le caractère d'une manifestation publique ; mais non en faculté de droit où elle demeure privée c'est-à-dire interne à la communauté universitaire (52).

Ce que nous savons de la *questio* médiévale, nous le devons bien évidemment à la consignation de certaines d'entre elles par écrit. A l'origine, il s'agit d'une retranscription, d'un compte-rendu ou d'un résumé de la dispute par un disciple qui n'y intervient pas directement (*questio reportata*). Bientôt cependant, le maître prend lui-même en charge la rédaction (*questio redacta*) qui prend un tour plus rigoureux (53). Aux *questiones disputatae* s'ajoutent les *questiones legitimae*, qui tiennent leur nom de ce qu'elles étudient non pas un cas pratique mais la contradiction entre deux textes juridiques (*leges*). Ces dernières donnent souvent lieu à des spéculations de type philosophique sur les grands principes du droit et la difficulté de les concilier, sous la forme de dialogues d'inspiration platonicienne, qui mettent parfois en scène la Jurisprudence (c'est-à-dire la science du droit), personnifiée de façon allégorique, dialoguant avec le maître et lui apportant la lumière (54). La question, plus qu'un exercice devient alors un genre littéraire (55), ce qui traduit également un mouvement tendanciel de l'oralité vers l'écriture. Aussi surprenant que cela apparaisse à l'esprit d'un moderne, la technique de la *questio* n'est nullement exclusive de la systématisation d'une matière. Ainsi, les traités, qui étudient de manière exhaustive un domaine du droit, se présentent-ils sous la forme d'une *somme* de questions (d'où leur nom de *summae*), débattues à chaque fois sous l'angle du pour et du contre, et suivies de la solution proposée souvent avec modestie par le rédacteur de l'ouvrage. Les *summae* théologiques recourent à la même forme d'exposition, comme en atteste encore l'œuvre majeure de Thomas d'Aquin au 13^e siècle.

(51) KANTOROWICZ, *o.c.*, pp. 31 et 41.

(52) CHEVRIER, *o.c.*, p. 121.

(53) KANTOROWICZ, *o.c.*, pp. 32-34 et 47.

(54) CHEVRIER, *o.c.*, pp. 126 et suiv.

(55) Les fameux « brocards » médiévaux, initiés par Pillius, trouveraient également leur origine dans la *questio*. Leur nom proviendrait, selon KANTOROWICZ (p. 4), d'une déformation comique par les étudiants des termes « *pro et contra* ».

Car, quelle que soit sa parenté remarquable avec la plaidoirie judiciaire, la technique de la *questio* n'est en aucun cas réservée aux juristes. On y recourt généralement dans toutes les disciplines enseignées à l'université, notamment dans les arts libéraux, comme la médecine, ou encore en grammaire et spécialement dans la discipline reine de la théologie (56). C'est dire qu'au Moyen-Age, comme dans l'Antiquité, la plaidoirie s'inscrit au centre de la culture, dans le processus de constitution et de transmission des savoirs. Du reste, il est bien difficile à l'époque de distinguer le droit et la théologie (57). D'une part, avant le retour en fortune du droit romain, leur source est identique : la Bible, ses récits et ses commandements. D'autre part, le droit canon représente la principale (sinon la seule) discipline juridique enseignée à l'université. Les deux domaines sont donc peu distincts, ou à tout le moins reliés par de larges passerelles.

C'est d'ailleurs un théologien, le célèbre Abélard, qui, dès le 11^{ème} siècle, avait redonné toutes ses lettres de noblesse à la plaidoirie savante. Par un exploit personnel d'abord, puisqu'au cours d'une célèbre dispute sur la Montagne Ste Geneviève, il avait pris le meilleur sur son maître, Guillaume de Champeaux, avant de lui prendre ses élèves et de fonder sa propre école. Cet épisode spectaculaire de la querelle des universaux (58) indique bien, que malgré le changement d'enjeu et d'arène, la plaidoirie conserve tout son caractère agonistique, de véritable joute. Par son œuvre ensuite, Abélard est l'auteur du *Sic et non*, dans lequel il aborde de front, tout en espérant les dépasser, les contradictions des sources bibliques

(56) KANTOROWICZ, *o.c.*, p. 5 (citant A.G. LITTLE et F. PELSTER). — CHEVRIER, *o.c.*, p. 116. — Voyez surtout à ce sujet le récent *Les Questions disputées et les questions quodlibétiques dans les facultés de théologie, de droit et de médecine* par Bazàn, Wippel, Franssen et Jacquart, Turnhout, Brepols, 1985.

(57) CHEVRIER, *o.c.*, p. 115. — Dans le même sens : *Verità in questione.*, *o.c.*, qui dénie à la science juridique médiévale une autonomie par rapport à la théologie mais aussi la dialectique et la philosophie (pp. 14-17).

(58) Cette querelle, qui marque l'histoire de la métaphysique médiévale et dont l'issue exercera une influence importante sur la Modernité, porte sur l'existence des entités que dénotent les termes généraux, les noms communs (par exemple : la justice, l'âme, etc.). Les réalistes, dont Champeaux et Thomas d'Aquin, se prononcent pour l'existence réelle. Pour les nominalistes, dont Guillaume d'Occam et de manière plus mitigée Abélard, soutiennent qu'ils s'agit de simples noms, qui ne réfèrent pas à des entités réelles, réservant ainsi l'existence aux individus singuliers. Le réalisme domine la pensée médiévale mais le nominalisme l'emporte chez les modernes, en particulier dans leurs conceptions individualistes.

et patristiques sur un certain nombre de questions théologiques fondamentales (59). Son œuvre exerça une influence décisive sur la théologie et plus généralement sur le développement de la culture scolastique (60). L'œuvre d'Abélard présente en effet le double mérite à la fois de bien mettre en évidence le problème crucial qui se pose à la sagesse médiévale et dans le même temps de proposer une technique pour sa solution. Le problème posé concerne la gestion de l'héritage antique, à savoir d'une collection de grands textes hétérogènes (Ancien Testament, Nouveau Testament, Aristote, Corpus Justinien...), tenus pour authentiques, c'est-à-dire vrais dans chacune de leurs affirmations autorisées, et qui pourtant se contredisent ou se situent dans des perspectives différentes (61). La technique utilisée consiste, bien avant les Cours et tribunaux contemporains, en une interprétation *conciliante* de ces sources, essentiellement au moyen d'une subtile dialectique de la distinction (62), permettant à la fois la synthèse de traditions diverses et l'adaptation des solutions aux nécessités de l'époque.

On peut résumer ces quelques réflexions sur la méthode scolastique en constatant que la plaidoirie y tient un rôle de modèle et y exerce des fonctions importantes et plurielles. Elle constitue à la fois une méthode d'enseignement pratique du droit et une technique de solution des cas difficiles, mais encore un mode de spéculation philosophique et enfin un cadre permettant de faire le bilan et de synthétiser les connaissances disponibles. La plaidoirie, issue de la pratique judiciaire, a élargi son domaine d'application aux vastes territoires de la

(59) ABÉLARD, PIERRE, 1079-1142, *Sic et non*, Blanche B. BOYER and Richard McKEON, éd. critique, Chicago, University of Chicago Press, 1977. — Pour un exposé très synthétique sur l'apport d'Abélard, voir l'excellent M.D. CHENU, *La théologie au 12^e siècle*, Paris, Vrin, 1957, pp. 360 et suiv. — Remarquons au passage la parenté structurale de cette technique avec la *questio legitima* des juristes, dont le développement est postérieur à l'œuvre d'Abélard.

(60) Et peut-être aussi sur le droit canonique. Certains spécialistes imputent au *Sic et non* d'Abélard une influence directe sur le décret de Gratien, considéré comme le pendant canonique tardif du *corpus juris civilis* (notamment Thaner cité par KANTOROWICZ, p. 53).

(61) Sur le sens, très différent d'aujourd'hui, du terme « authentique » au Moyen-Age : U. ECO, *Les limites de l'interprétation*, Paris, Grasset, 1992.

(62) Technique inspirée de la dialectique aristotélicienne, également enseignée par PLATON dans le *Sophiste* et le *Politique* à l'occasion de la fameuse définition du sophiste et la méthode de division et de classification qu'elle suscite.

pensée et de la spéculation et impose, plus largement encore que dans la rhétorique antique, le raisonnement *more juridico* (63) comme méthode à la quasi-totalité des disciplines constitutives du savoir médiéval.

Ainsi donc la plaidoirie, dont les historiens du Palais avait perdu la trace, n'a pas disparu. Elle a seulement changé de lieu pour atteindre le sommet de la dignité académique. Par la *questio*, elle occupe une place cruciale au sein des facultés de droit dans la formation des futurs juristes et praticiens. Depuis l'université où elle se développe, la technique de la disputatio s'exporte à nouveau et imprègne progressivement la vie juridique et judiciaire courante. D'abord, par le moyen des consultations juridiques qui sont demandées aux professeurs de droit et que ceux-ci délivrent généralement de manière collective sous la forme de la *questio* (64). Ensuite, le style en gagne aussi le Palais non seulement à la faveur du regain de la plaidoirie (65), mais également dans les réquisitoires du Ministère Public, qui épousent parfois explicitement la forme de la dispute *pro et contra* (66), et jusque dans certains arrêts de Cour royale (67). De manière quelque peu paradoxale, on peut dire que c'est l'Université qui enseigne ici la plaidoirie au Palais, sous la forme d'une technique précise et poussée.

III. — LA MODERNITÉ : LA PLAIDOIRIE CONDAMNÉE PAR LA SCIENCE

Ces quelques notions de méthodologie juridique antique et médiévale relativisent quelque peu l'évidence d'une plaidoirie purement empirique, échappant à toute rationalisation et en quelque sorte extérieure au droit lui-même. Pour les Anciens au contraire, la plaidoirie est au cœur du droit, de la recherche et de la conceptualisation juridiques, de la méthode d'appren-

(63) L'expression est reprise de A. GIULIANI, « La logique juridique comme théorie de la controverse », *La logique du droit*, Archives de philosophie du droit, t. XI, pp. 87-113.

(64) CHEVRIER, pp. 124-6.

(65) BOULET, *Questiones Johannes Galli*, Paris, 1944, introduction, pp. XXXIV-XXXV cité par CHEVRIER, *loc. cit.*

(66) BERRYER, *o.c.*, pp. 30-31 : « Dispute pour et contre l'exhérédation d'un fils marié sans le consentement de son père ».

(67) CHEVRIER, *o.c.*, p. 126 et note 1 ainsi que les références citées mentionne certains arrêts de l'échiquier de Normandie rédigés sous forme de *questio*.

tissage et d'enseignement. Bien plus, le raisonnement *more juridico*, à la manière des juristes, s'exporte dans les disciplines les plus nobles et les plus importantes.

Comment expliquer cette distance si grande qui nous sépare des Anciens dans la conception et l'évaluation de la plaidoirie ? La rupture remonte en réalité assez loin, aux origines de la Modernité. La Renaissance puis surtout l'âge classique marquent un retour de fortune brutal pour la plaidoirie qui, précipitée du pinacle universitaire, est tournée en ridicule, notamment par Rabelais (68) et, de manière plus inattendue, par Racine, qui y consacre une farce devenue un grand classique du répertoire : *Les plaideurs* (69). On a tenté d'expliquer ce revers durable par les dérives des plaideurs eux-mêmes (70). L'humanisme paraît en effet avoir exercé une influence assez néfaste sur les avocats qui croient nécessaire de truffier leurs discours d'allusions savantes et de récits mythologiques et remontent parfois, sinon à la création du monde, au moins au déluge (71), pour expliquer l'affaire la plus simple et la plus banale. Mais cette explication ne touche que la surface d'un syndrome bien plus profond. A travers la plaidoirie, c'est le principe même de la dispute comme mode de connaissance qui se trouve visée et condamnée au nom d'une conception nouvelle de la Raison et de la Méthode (72).

Sans entrer ici dans le détail (73), disons seulement que la Modernité porte en elle un ambitieux projet scientifique, sur l'héritage duquel nous vivons encore au moins partiellement, conçu sur le modèle des sciences exactes et spécialement des

(68) Avec les « chicanous » dans *Pentagruel*. La tradition de la farce judiciaire est en réalité traditionnelle en France depuis le Moyen-Age avec *La farce de Maître Pathelin* et le *Roman de Renart* et bien sûr dans la comédie antique. Elle se poursuit au moins jusqu'à Courteline. Ce qui nous intéresse ici, c'est la plaidoirie prise comme modèle du discours déraisonnable, verbeux, inutile et absurde.

(69) A la Comédie française, la pièce a été jouée 1360 fois, soit presque autant que *Phèdre*. Cependant, elle n'a plus été montée depuis trente ans (Henry GIDEL, *Les Plaideurs*, Le livre de Poche, 1997, présentation).

(70) BERRYER, *o.c.*, pp. 23-24 et 65 et DAMIEN, *o.c.*, p. 380.

(71) Suivant le célèbre échange des *Plaideurs* : L'intimé : « Avant la naissance du monde... ». Dandin [le Juge], baillant : « Avocat, ah ! Passons au déluge » (Acte III, scène III).

(72) théorisée par DESCARTES dans le célèbre *Discours de la méthode*.

(73) Pour une évocation du projet scientifique moderne dans l'histoire de la pensée juridique, voyez B. FRYDMAN, « Y a-t-il en droit des révolutions scientifiques ? », *Journal des Tribunaux*, 1996, pp. 809-813.

mathématiques. Dans la plupart des disciplines et sous la conduite de la philosophie, le raisonnement *more geometrico*, à la manière des géomètres, remplace la discussion *more juridico*. Ce renversement s'opère aussi pour le droit qui, aussi surprenant que cela puisse paraître, constitue un terrain d'élection pour la mise en œuvre des méthodes nouvelles. On leur doit notamment les grands traités de droit naturel construits à l'image du système euclidien (74).

Or les systèmes logiques et mathématiques reposent précisément sur le principe de non-contradiction, qui garantit leur cohérence. Une proposition *p* et son contraire *non-p* ne peuvent ne peuvent se côtoyer dans le système. Suivant la règle du tiers-exclu, *p* est soit vraie soit fausse, sans reste. On comprend bien que, dans un tel modèle, la *disputatio*, qui envisage simultanément le pour et le contre et fait surgir la solution de leur contradiction, est irrémédiablement condamnée. D'autant qu'à de longues discussions toujours à reprendre, l'entreprise scientifique moderne préfère des démonstrations lapidaires, certaines et définitives. La dispute scolastique devient la manifestation même du déraisonnable, de la confusion et de l'erreur.

L'ambition d'élever le droit moderne au rang d'une science exacte, constamment réaffirmée jusqu'à nos jours ou peu s'en faut, passe donc par le refoulement, au sens psychanalytique du terme, de la contradiction. Dénier l'existence de la contradiction en droit n'est pas une mince affaire, si l'on a tant soit peu l'expérience des procès. On y parvient cependant en réduisant la procédure à l'acte qui la termine : le jugement, cet acte tout à la fois décisif, unilatéral et écrit, donc plus conforme à l'idée d'un droit scientifique. Dès lors, la plaidoirie a fait son temps et l'heure du jugement a sonné (75). Celui-ci n'est plus référé, comme chez les Anciens, aux plaidoiries ni même aux conclusions, mais directement au système des lois, auquel on le rattache déductivement par le moyen du syllogisme judiciaire. Dans cette logique, l'avocat est souvent perçu comme

(74) C'est du moins l'ambition ouvertement affichée par Grotius et Pufendorf en droit des gens et par Hobbes sur le terrain du droit politique.

(75) De Montaigne à Kant, la philosophie s'empare d'ailleurs du terme « jugement » comme l'acte par excellence de la pensée raisonnable.

un gêneur qui risque, par l'usage d'une rhétorique manipulative, d'induire le magistrat en confusion et de le distraire de la contemplation de la vérité des lois.

Pour Leibniz, grand juriste mais également philosophe et logicien, les plaidoiries ne sont que l'occasion de sophismes et de barbarismes. Il faudrait les supprimer et imposer aux avocats d'exposer leur demande dans un langage écrit et formalisé qui permettrait immédiatement d'en calculer le fondement au regard du système juridique (76). Dans le même ton, La Bruyère témoigne qu'« on applaudit à la coutume qui s'est introduite devant les tribunaux d'interrompre les avocats au milieu de leur action, de les empêcher d'être éloquent et d'avoir de l'esprit, de les amener aux faits et aux preuves toute sèches qui établissent leur cause et le droit de leur partie (...) (77) ». Les avocats eux-mêmes, qui plaident pourtant plus que jamais, intériorisent fortement cette image négative de la plaidoirie. Ils abjurent la rhétorique et déclarent tout en plaidant ne jurer que par la science, la clarté et le syllogisme (78).

La plaidoirie est ainsi bannie, au nom de la science nouvelle, hors du champ juridique. Elle perdra bientôt droit de cité dans les facultés, où l'on étudie les codes et la jurisprudence, c'est-à-dire les jugements détachés des causes qui les ont suscités (cette situation comme vous le savez, prévaut encore de nos jours). L'art de bien plaider ne relève plus de la méthode mais de la rhétorique, considérée comme une technique infamante pour celui qui s'y adonne, un art de tromper plutôt que de raisonner. La plaidoirie est reléguée au rang d'un art mineur. On la reconnaît comme genre littéraire avant de lui contester cette qualité pour la raison qu'elle survit rarement à l'épreuve de sa transcription et ne trouve véritablement son public que dans la performance fugitive de l'audience (79). Le

(76) G. GRUA, *La justice humaine selon Leibniz*, Paris, PUF, 1956, spéc. pp. 245 et suiv.

(77) cité par DAMIEN, *o.c.*, p. 383.

(78) Voyez à cet égard les plaidoiries, souvent très belles, rapportées par Berryer pour la période classique, en particulier celles du futur chancelier Daguesseau.

(79) Sur ce débat, DAMIEN, *o.c.*, pp. 382 et 384. Dans son cours de littérature, La Harpe classe la plaidoirie comme genre, ce que contestera Brunetière à la fin du 19^e siècle.

plaideur est alors rapproché du comédien (80). La plaidoirie symbolise en quelque sorte le contraire de la raison juridique. La plaidoirie romantique fait ainsi profession de s'adresser au cœur plutôt qu'à l'esprit, de susciter l'émotion et la sympathie plutôt que la conviction (81). Cette plaidoirie trouve plus d'espace au pénal, où l'on sollicite la pitié et la clémence, qu'au civil, où l'on est censé faire véritablement du droit, de manière scientifique. On réserve la plaidoirie de préférence aux oreilles non professionnelles, et spécialement aux jurés, qui ne connaissent pas le droit et qu'il faut donc persuader par d'autres moyens.

Ainsi, la charge du raisonnement juridique se déplace des parties en discussion vers le juge qui, par la motivation, renoue les fils de l'ordre juridique dont le litige et les conclusions contraires des parties menaçaient un instant la cohérence. Le juge connaît la loi et le droit. Il recherche la vérité objective et raisonne seul, n'ayant à répondre de ses actes que devant ses pairs, ou à la rigueur devant « l'auditoire universel » (82), mais bizarrement pas face aux parties dont il est pourtant constitutionnellement obligé de rencontrer les conclusions dans la motivation de sa décision. Cet horizon du jugement (83) exerce une influence non négligeable sur le contradictoire, en particulier sur les conclusions écrites, qui s'attachent parfois moins à entrer en discussion avec l'adversaire qu'à proposer au juge une chaîne de raisons impeccable à l'appui du jugement à intervenir.

La théorie du droit et la méthodologie juridique reprennent intégralement à leur compte cette raison judiciaire sollopiciste, ou à tout le moins monologique (84). Cela ne saurait surprendre pour l'école sociologique et son juge promu expert et gestionnaire scientifique du social. Mais chez Dworkin aussi, ce

(80) SAINTE BEUVE, qui étudie Berryer, conclut en ce sens : « L'action toujours. De la plaidoirie lue, il ne reste rien ou peu de chose, c'est de l'éloquence en situation, il a parlé, il a agi » (cité par DAMIEN, *o.c.*, p. 384).

(81) *Comp. DAMIEN, o.c.*, p. 384.

(82) concept développé par Perelman qui désigne l'auditoire putatif du discours rhétorique à vocation philosophique c'est-à-dire à la recherche de la vérité.

(83) HABERMAS note que la position du juge constitue le point de fuite de l'ensemble du discours juridique (et pas seulement judiciaire) (*Droit et démocratie*, Paris, Gallimard, 1997, p. 217).

(84) C'est-à-dire intérieure à la conscience du juge, par opposition à « dialogique » qui suppose une discussion publique effective des prétentions.

sont les juges et eux seuls qui sont en charge de l'entreprise herculéenne (85) conduisant à la découverte de la bonne réponse (*right answer*), à l'interprétation du droit qui exprime au mieux l'intégrité de l'ordre juridique. Et Perelman lui-même, pourtant le promoteur de la *Nouvelle rhétorique*, envisage exclusivement le raisonnement du juge face à l'auditoire universel, sans consacrer un mot aux plaidoiries. Comme l'a bien montré Guy Haarscher (86), il n'y a pas de théorie du procès chez Perelman. Le juge siège encore une fois seul face à la loi et à la jurisprudence. C'est dire l'impact du modèle logique moderne qui continue, après trois siècles, de s'imposer jusque et y compris à ses adversaires déclarés.

Le rejet de la discussion vivante en dehors du terrain de la science du droit n'est assurément pas demeuré sans conséquence sur la pratique judiciaire elle-même. Pour ne prendre qu'un seul exemple, mais qui par son caractère récent et spectaculaire hante encore tous les esprits, la procédure à l'issue de laquelle la Cour de cassation a décidé de dessaisir le juge Connerotte de l'instruction des dossiers Dutroux et consorts me semble marquée par cette défiance à l'égard de la discussion directe et contradictoire de la question de droit en présence de toutes les parties, sous le regard du public (87). Comment s'expliquer autrement que la Cour de cassation n'ait pas choisi, comme le permettait pourtant le Code d'instruction criminelle, de communiquer l'affaire à toutes les parties à la cause et de confronter leurs avis avant de prendre sa décision ? Tandis que la Cour rendait son arrêt, une banderole encadrait les avocats des familles portant ces simples mots, puisés à la source d'une sagesse ancienne mais oubliée : « La vérité naît de la contradiction ».

(85) Dworkin a donné le surnom d'Hercule à son modèle de juge, précisément pour souligner le caractère ardu et héroïque de sa quête solitaire de la justice et du droit (*Voyez Prendre les droits au sérieux et L'empire du droit*). Dans *Droit et démocratie*, Habermas reproche précisément à Dworkin, dont il reprend par ailleurs l'essentiel du schéma, le caractère monologique du raisonnement judiciaire qu'il s'agit de procéduraliser (*o.c.*, pp. 244 et suiv. : « la théorie de la discussion juridique »).

(86) « Le procès chez Perelman », in *Le Procès*, Archives de philosophie du droit, t. XXXIX, Paris, Sirey, 1995, pp. 201-210.

(87) J'ai développé ce point de vue dans « La philosophie de l'arrêt Connerotte » au *Journal des Procès*, 1997, n° 324, pp. 10-14. — Dans le même sens : F. TANGHE, « L'état de droit n'est pas la démocratie », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 1997 (à paraître).

IV. — LA REDÉCOUVERTE DES MÉRITES DE LA DISCUSSION :

Le choix de cette formule (« la vérité naît de la contradiction »), pour exprimer à l'intention des médias et donc du public la revendication des parents, donne un signe de l'évolution des mentalités et de l'épuisement du mythe de la jurisprudence légaliste, technique et scientifique. Le projet moderne d'un système légal univoque, cohérent et complet, associé, au niveau de la mise en œuvre des règles, à une jurisprudence rationnelle purement déductive, a fait long feu. De même, l'image plus récente du juge sociologue, arbitrant de manière experte et objective entre les valeurs et les intérêts en conflit ne répond plus aux exigences démocratiques de nos sociétés pluralistes. Il nous faut, à cœur défendant, réapprendre l'incertitude du droit et la modestie. Si bien que la discussion contradictoire s'impose à nouveau comme une exigence incontournable tant au niveau de l'élaboration de la norme que de sa mise en œuvre. Un courant important de la philosophie pratique contemporaine (88) analyse cette évolution comme la transition, dans le domaine normatif, d'une rationalité substantielle vers une rationalité procédurale. Ce qui signifie simplement prendre acte que l'on surestime les performances de la raison en lui assignant la tâche de découvrir abstraitement le contenu des règles justes. Le rôle de la raison pratique consiste, plus modestement mais de manière indispensable, à préciser les conditions d'une libre discussion argumentée entre les personnes intéressées de la proposition de norme ou des modalités de son application. C'est dans le cadre réglé de la discussion, à l'occasion de laquelle chaque partie est obligée, pour justifier sa position et tenter de convaincre les autres de sa légitimité, de formuler de « bonnes raisons » que se décante progressivement une solution et qu'émerge finalement une décision argumentée, conçue comme la meilleure approximation du juste à un moment donné.

(88) qu'on désigne souvent comme « philosophie de la communication », en référence à l'œuvre de Habermas, considéré comme son chef de file. Pour un exposé abordable des thèses principales de ce courant et des débats contemporains qu'il suscite : J.M. FERRY, *Philosophie de la communication* (2 vol.) Paris, Cerf, 1994.

Celle conception renouvelée de la justice et des moyens d'y accéder gagne en influence chez les juristes où elle circule sous le terme un peu barbare de « *procéduralisation* ». On pourrait du reste la croire ici en terrain conquis tant elle correspond aux intuitions profondes des praticiens et à la pratique judiciaire elle-même, qui ne définit finalement pas autre chose qu'une discussion contradictoire et argumentée, menée selon les règles d'une procédure déterminée. Mais l'on sait à présent comment cette évidence a été refoulée au nom d'un idéal scientifique étranger au droit lui-même. Il aura fallu bien du temps aux juristes modernes pour se convaincre à nouveau de la valeur du raisonnement *more juridico*. Qu'importe, on prend aujourd'hui conscience que la discussion démocratique imposée pour l'élaboration de la loi doit se redoubler d'une discussion spécifique au moment de l'application et de l'interprétation de la règle. Le procès représente un cas particulier de la discussion pratique (89).

Cette redécouverte des mérites de la discussion signale-t-elle le renouveau de la plaidoirie qu'annonce imprudemment le titre de cette étude ? On ne manquera pas d'objecter, avec raison, qu'il ne faut pas confondre contradictoire et oralité et que la discussion peut très bien s'opérer par écrit, à travers l'échange de conclusions (90). La discussion des preuves et du droit y gagnerait même en clarté, en rigueur et en exhaustivité. D'autant plus que, on l'a évoqué en commençant, la plaidoirie se déroule souvent dans de mauvaises conditions, dans des audiences surchargées et devant des magistrats qui ne connaissent rien encore du dossier et qui ne rendront leur décision que longtemps après la fin de l'audience.

Il est incontestable que les plaidoiries se déroulent aujourd'hui dans des conditions toujours difficiles, souvent déplorables. Mais il est tout aussi avéré que la justice fonctionne bien mal et se trouve dans une situation critique qui devra évoluer sensiblement à court terme. Une telle évolution passe-t-elle, comme certains ne manqueront pas de le soutenir, par

(89) C. STAMATIS, *Argumenter en droit. Une théorie critique de l'argumentation juridique*, Publisud, 1995, pp. 219 et 222-3.

(90) Lisez en ce sens, plus loin dans l'ouvrage, l'étude de J. ENGLEBERT, « La plaidoirie en droit : l'exemple de l'argument de procédure », pp. 131 et s.

la suppression de la plaidoirie, ou bien au contraire par son renouveau ? Pour ma part, j'estime que faire l'impasse sur l'oralité constituerait une erreur grave, qui méconnaîtrait le sens de l'évolution sociale et de la régulation juridique.

Comme l'écrit Stephen Bensimon, « notre temps est celui de l'oralité (91) ». A l'heure de la procéduralisation, la discussion a le double mérite d'une part de permettre une communication directe et d'autre part de rassembler autour de la question litigieuse l'ensemble des intervenants : les parties, le juge et, le cas échéant, le ministère public. Bien sûr, l'herméneutique philosophique a montré, à la suite de Gadamer, que l'on peut discuter avec un texte et pratiquer ce qu'il appelle la « fusion des horizons (92) » de l'œuvre et du lecteur. Le dialogue vivant, mené à l'image de la conversation courante, offre cependant les meilleures opportunités pour opérer la communication des points de vue et autoriser de manière souple le rapprochement de ceux-ci à la faveur d'échanges répétés face à face. Bien entendu, un tel dialogue obéit à des conditions quelque peu différentes de la plaidoirie conçue comme un exercice d'éloquence, de séduction ou de lutte. La Justice pourra-t-elle dégager les espaces nécessaires à ce dialogue ? L'observation enseigne qu'elle y réussit parfois, notamment devant le juge de Paix « au comptoir » ou encore en « Chambre du conseil ». A mon sens, le besoin de dialogue est désormais si pressant que le Palais n'aura d'autre choix que de se réformer pour l'accueillir en son sein ou de se résigner à voir une partie importante du contentieux lui échapper au profit de modes alternatifs de règlement de conflit (négociation, arbitrage, conciliation, médiation, etc.), actuellement en progression rapide.

Ces modes alternatifs font généralement la part belle à l'oralité comme instrument de la découverte d'une solution souple, rapide, acceptable et acceptée par toutes les parties intéressées. Ils ne suppriment pas forcément l'intervention du conseil, ce professionnel de la parole juridique, dont on est en droit d'attendre la formulation tout à la fois précise et flexible

(91) L. GRATIOT, C. MÉCARY, S. BENSIMON, B. FRYDMAN et G. HAARSCHER, *Art et techniques de la plaidoirie aujourd'hui*, Paris, Berger-Levrault, 1995, pp. 11-12.

(92) H.G. GADAMER, *Vérité et méthode, Les grandes lignes de l'herméneutique philosophique*, Seuil, Paris, 1976 (trad. partielle de la 2^e édition de 1965 [3^e 1973] par SACRE revue par RICŒUR), pp. 145 et suiv. et pp. 288 et suiv.

des prétentions de sa partie. Mais s'agit-il encore d'une plaidoirie ? Certainement, si l'on définit, à la suite de M. Damien, la « plaidoirie juridique », plus largement que la plaidoirie judiciaire, comme « l'expression orale d'une cause confiée à un homme de l'art (93) ». Gageons que cette plaidoirie-là a de beaux jours devant elle. Elle commence devant le client, qu'on aide à formuler son point de vue, se poursuit face aux adversaires, dans le cadre d'une négociation, s'articule devant un juge, un arbitre, un médiateur ou un conciliateur, se développe enfin si besoin est devant les médias et le public. Ni genre littéraire, ni exercice dramatique, cette plaidoirie suppose un art de l'argumentation et du dialogue, qui ne peut faire l'économie d'une méthode et d'une formation. Une telle méthode ne se réduit certes pas à des exercices d'élocution ou à des techniques de communication, fussent-elles empruntées au marketing le plus performant. Elle implique une formation à la discussion pratique qui évoque plutôt l'éducation du citoyen antique à la « *vita activa* », en vue d'une participation efficace, active et créative à la vie publique et démocratique, par le moyen de la prise de parole, de l'écoute et de la participation responsable à la décision. Ainsi reconsidérée, la plaidoirie pourrait regagner son statut d'outil indispensable à la recherche et la mise en œuvre du droit et de la justice et retrouver la place qu'elle n'aurait jamais dû quitter dans la formation des jeunes juristes.

(93) DAMIEN, *o.c.*, p. 378.