

Ferdinando Treggiari

Quelle casuistique? La méthode des cas dans l'histoire de l'enseignement juridique*

SOMMAIRE: 1. Prémisse - 2. La matrice médiévale – 3. En Angleterre – 4. En Allemagne - 5. Aux États-Unis d'Amérique - 6. En Italie - 7. Conclusion

ABSTRACT: Teaching law by means of practical cases is a technique shared by different legal systems. This article offers some significant historical surveys, from the medieval age to the most characteristic experiences of the contemporary age, in order to illustrate how this teaching method is put at the service of different conceptions of law.

KEYWORDS: *quaestiones disputatae*, moot courts, Rudolf von Jhering

1. Prémisse

Ne fût-ce que dans ses grandes lignes, une esquisse de ce que la tradition juridique anglo-américaine désigne par *case-method*, c'est-à-dire une technique d'enseignement à partir de *casus* juridiques, peut contribuer à mettre en valeur l'importance de cette méthode dans la tradition européenne. L'esquisse se concentrera sur sa matrice médiévale et sur quelques-unes seulement des expériences nationales les plus caractéristiques des débuts de l'époque contemporaine.

Mes principales thèses sont que l'enseignement du droit à travers l'analyse de cas pratiques:

1) *n'est pas une technique neutre*, et cela, pour deux raisons: premièrement parce qu'elle est inhérente à un système normatif dont elle entend favoriser le 'métabolisme didactique'; ensuite parce qu'elle suppose une conception du droit qui l'oriente vers des objectifs de connaissances bien déterminés;

2) *n'est pas une technique univoque*, parce qu'elle peut viser à satisfaire des exigences scientifiques aussi bien que professionnelles;

3) *n'est pas une technique propre à certains ordres juridiques*: sa géographie traverse en effet l'atlas des systèmes juridiques de la *civil law* (la tradition romano-canonique) et de la *common law* anglaise, en faisant apparaître entre l'une et l'autre des diversités, des divergences marquées, mais aussi des convergences insoupçonnées.

2. La matrice médiévale

Prenons comme point de départ l'expérience didactique médiévale, matrice de multiples expériences ultérieures. À ce propos, il convient de rappeler une donnée, souvent oubliée, à savoir que c'est la science du droit qui a été produite par l'enseignement et non l'inverse. La science juridique qui s'est développée à Bologne entre la fin du XI^e siècle et le début du XII^e, et qui est à la base de la tradition

* Ce texte sera publié dans les actes de la *Journée d'étude sur Les transformations du droit et du savoir juridique: quelles conséquences pour la formation juridique?* (Institut d'études avancées de Paris, 13 juin 2015).

culturelle des juristes européens, est née en effet dans le cadre de l'enseignement du droit et de la formation des juristes¹.

Des premières années de l'apprentissage scolaire à celles de la maturité professionnelle, la formation du juriste reposait fondamentalement sur le contact personnel entre le maître et ses élèves, c'est-à-dire entre celui qui possédait déjà un métier et ceux qui aspiraient à l'apprendre. Le contexte restreint de la vie citadine, d'une part, et le coût extrêmement élevé des livres, de l'autre, resserraient considérablement ces liens, qui mûrissaient au cours des leçons orales, des conversations et des débats quotidiens².

C'est dans ce contexte pédagogique que se développa l'étude du système normatif médiéval. Un système complexe, composé à partir de nombreuses sources difficiles à harmoniser, comportant des sources universelles (comme le droit romain et le droit canonique) et des sources particulières (comme les droits locaux et des formations sociales). Les juristes du Moyen Âge étudiaient et appliquaient, en tant que 'droit commun' (*ius commune*), des textes repris dans des compilations anciennes (les *libri legales* de Justinien), datant de plus d'un demi millénaire et dont l'interprétation requérait une méthode d'analyse et de synthèse. Cette méthode parvenait à coordonner les lois entre elles, à combler les lacunes et à résoudre les contradictions internes. Elle réussissait en somme à recomposer harmonieusement les milliers de préceptes normatifs anciens afin de les adapter aux exigences pratiques de la vie médiévale³.

Le processus d'adaptation de l'ancien au nouveau imposait l'application d'arguments dialectiques. La dialectique du juriste était au service d'une logique pratique, qui mûrissait grâce à une tension constante entre l'autorité intangible du texte législatif ancien et le dynamisme de l'expérience quotidienne. La logique pratique du juriste était aussi la logique de l'*inventio*, puisqu'elle visait à la recherche de la discipline juridique de normes qui n'étaient pas textuellement définies dans le *corpus iuris*⁴.

Le procédé dialectique le plus approprié appliqué par les juristes du Moyen Âge pour comprendre les textes justiniens et en résoudre les contradictions internes consistait à découvrir la vérité par le biais des objections (*per contraria et oppositiones*). On

¹ H.J. Berman, *Law and Revolution. The Formation of the Western Legal Tradition*, Cambridge (Mass.)-London 1983, p. 131 (*Droit et Révolution*, Aix-en-Provence 2002, p. 144: « la science, l'érudition dérivèrent de la méthode d'enseignement et non pas vice versa »).

² M. Bellomo, *Legere, repetere, disputare. Introduzione ad una ricerca sulle « quaestiones » civilistiche* (1974), in Id., *Medioevo edito e inedito*, I. *Scholae, Universitates, Studia*, Roma 1997, pp. 51-97.

³ F. Treggiari, *La « vera philosophia » dei giuristi medievali*, in A. Pieretti (dir.), *Presenze filosofiche in Umbria*, II. *Dal Medioevo all'età contemporanea*, Milano-Udine 2012, pp. 11-26.

⁴ S. Caprioli, *Modi arguendi. Testi per lo studio della retorica nel sistema del diritto comune*, Spoleto 2006; A. Errera, *Lineamenti di epistemologia giuridica medievale. Storia di una rivoluzione scientifica*, Torino 2006; E. Cortese, *Meccanismi logici dei giuristi medievali e creazione del diritto comune*, in M.G. Di Renzo Villata (dir.), *Il diritto fra scoperta e creazione. Giudici e giuristi nella storia della giustizia civile*, Napoli 2003, pp. 329-355; A. Padovani, *Modernità degli antichi. Breviario di argomentazione forense*, Bologna 2006; Id., *Perché chiedi il mio nome? Dio natura e diritto nel secolo XII*, Torino 1997; G. Otte, *Dialektik und Jurisprudenz. Untersuchungen zur Methode der Glossatoren*, Frankfurt a.M. 1971; A. Giuliani, *La controversia. Contributo alla logica giuridica*, Pavia 1966; T. Viehweg, *Topica e giurisprudenza* (1953), Milano 1962; E. Garin, *Dialettica e retorica dal XII al XVI secolo*, in Id., *L'età nuova. Ricerche di storia della cultura dal XII al XVI secolo*, Napoli 1969, pp. 43-79.

abordait chacun des cas difficiles en confrontant des solutions divergentes. L'argumentation dite « brocardique »⁵ – qui consistait à poser le problème juridique à travers l'illustration de plusieurs séries de sources normatives contradictoires – reposait davantage sur le raisonnement que sur la mémoire. Elle incitait l'étudiant à dégager le principe de la norme et à en discuter l'applicabilité au cas proposé, en comparant les arguments normatifs favorables et contraires. Un travail mental qui le préparait efficacement aux compétences nécessaires à sa future activité professionnelle, dans un cadre pédagogique et scientifique fondé sur une continuité entre théorie et pratique. Ainsi structuré, le processus de formation du juriste ne connaissait pas de fracture et, de même, le système de normativité positive ne connaissait pas de lacunes.

Le procédé *per contraria et oppositiones* était commun aux *lecturae* (les leçons) et aux *disputationes* (les discussions à propos de thèmes controversés, organisées dans le cadre de l'enseignement universitaire). Au cours de la *lectura*, le *doctor* illustrait le texte de droit romain: il en divisait le contenu en parties distinctes, mentionnait les textes parallèles concernant des cas analogues, analysait les arguments *pro* et *contra* et recherchait ainsi la signification de la norme et du champ des cas qu'elle était susceptible de régler, et mettait enfin en lumière les questions dignes d'un débat (*quaestiones disputabiles*) qui, le lendemain, faisaient l'objet de la dispute scolastique. Les doutes liés à l'interprétation étaient donc déjà présentés pendant les leçons sous forme de *quaestiones*, qu'il fallait résoudre en confrontant des arguments contradictoires. Du fait qu'elle n'était pas illustrée par la norme (par le *casus legis*), la solution devait être recherchée d'une manière dialectique (*argumentis*) et, pour le maître également, elle assumait la valeur d'une vérité qui n'était que probable et qu'un examen approfondi ultérieur pouvait encore amender⁶.

À l'université, les *quaestiones* (annoncées par le professeur quelques jours avant la date fixée pour la *disputatio in scholiis* ou publique) faisaient chaque semaine l'objet de discussions entre étudiants. Ces discussions étaient organisées et dirigées par le professeur selon le schéma brocardique (*pro – contra – solutio*). Les discussions les plus animées éclataient au sujet des *quaestiones ex facto emergentes*, c'est-à-dire des cas imaginaires ou réels, issus de la pratique quotidienne. Le professeur soumettait à la discussion un véritable conflit d'intérêts, qu'il fallait résoudre par le biais de preuves et de présomptions (*quaestio facti*) ou de lois et d'interprétations (*quaestio iuris*). La *quaestio* pouvait constituer le noyau d'un *consilium sapientis*, adressé au juge d'un litige en cours, ou faire l'objet d'une consultation à fournir à un client en dehors d'un procès. Il y avait

⁵ P. Weimar, *Argumenta brocardica*, in « Studia Gratiana », XIV (1967 = *Collectanea Stephan Kuttner*), pp. 91-123; Id., *Die legistische Literatur und die Methode des Rechtsunterrichts der Glossatorenzeit*, in « Ius commune », II (1969), pp. 43-83; E. Cortese, *Le grandi linee della storia giuridica medievale*, Roma 2000, p. 298.

⁶ M. Bellomo, *Quaestiones in iure civili disputatae. Didattica e prassi colta nel sistema del diritto comune fra Duecento e Trecento*, Roma 2008; Id., « Factum » e « ius ». *Itinerari di ricerca tra le certezze e i dubbi del pensiero giuridico medievale* [1996], in Id., *Medioevo edito e inedito*, II. *Scienza del diritto e società medievale*, Roma 1997, pp. 65 ss.; A. Errera, *Forme letterarie e metodologie didattiche nella scuola bolognese dei glossatori civilisti: tra evoluzione ed innovazione*, in F. Liotta (dir.), *Studi di storia del diritto medievale e moderno*, Bologna 1999, pp. 33-106 (pp. 77 ss.); Id., *La «quaestio» medievale e i glossatori bolognesi*, in « Studi senesi », CVIII (1996), pp. 490-530; H. Kantorowicz, *The Quaestiones Disputatae of the Glossators* [1939], in Id., *Rechtshistorische Schriften*, Karlsruhe 1970, pp. 137-185.

généralement deux étudiants, ou plus, pour incarner et représenter les parties opposées, qui intervenaient à tour de rôle avec des arguments favorables ou défavorables à une hypothétique solution. Après avoir écouté les nombreux *argumenta pro et contra*, le professeur, fort de son autorité, exposait la *solutio*, répliquant de manière conclusive aux positions contraires⁷.

D'une part, les *disputationes* mettaient les étudiants en contact avec l'univers pluraliste des sources normatives (les incertitudes provenaient surtout du champ du *ius proprium*, c'est-à-dire de la nouvelle réglementation citadine et locale et de sa capacité à déroger au *ius commune*); de plus, elles établissaient un pont solide entre le monde universitaire et celui de la pratique judiciaire. Cette liaison était sans aucun doute favorisée par le fait que les professeurs de droit, qui avaient tous bénéficié d'une parfaite formation académique (on parle d'une époque – les siècles XIII-XV – où l'on obtenait la *licentia docendi in iure civili* après avoir fréquenté le *Studium* pendant au moins sept ou huit ans)⁸ étaient toujours non seulement des professeurs mais aussi des avocats, des juges, des consultants. Il serait anachronique de chercher une figure de professeur de droit 'à plein temps', que ce soit au Moyen Âge, ou sous l'ancien régime⁹.

3. En Angleterre

La pratique du *liberaliter disputare* ne se référait pas seulement à un aspect positif de l'expérience universitaire médiévale, c'est-à-dire à la « sociabilité de la discussion »¹⁰ (établie, comme on a pu le voir, sur le principe des positions controversées à résoudre par une *solutio*). Elle présupposait la conception du droit en tant que champ de vérités qui n'étaient que probables. L'efficacité pédagogique de l'étude des cas était donc liée à

⁷ Trois exemples tirés du recueil de Bellomo, *Quaestiones in iure civili disputatae*, cit., pp. 31, 239, 271: « Continetur in statuto communis Bononie quod potestas habeat arbitrium in homicidiis suo tempore perpetratis. Contigit quod tempore preterite potestatis fuit aliquis vulneratus. Moritur ex illo vulnere tempore presentis potestatis. Modo queritur nunquid preteritus potestas tantum habuerit arbitrium an presens tantum habeat an ambo an nullus. [...] Et istas ultimas allegationes, scilicet quod potestas preteritus non habuit arbitrium nec presens, puto veriores et pro solutione prefate questionis habendas, salvo semper meliori consilio et saniori » (Iacobus de Ygnano). « Pone, quidam erat carceratus Florentie pro eo quod debebat Titio C. ex causa mutui. Iste carceratus veniens ad verba cum quodam alio carcerato occidit eum. Potestas Florentie vult ipsum decapitare ratione homicidii. Dicit Titius creditor: 'Non decapitatis eum, nisi solvat mihi C. que debet, vel si decapitare solvatis mihi de publico illud quod habeo recepere'. Queritur an sit audiendum iste Titius » (Dynus de Mugello). « Civitatis Padue statuto cavetur quod banniti de malleificio in civitate et eius districtu habitare non possint. Quidam banniti habitant post illud statutum Lendenarie que non erat de districtu paduano. Adiecta est dicta terra Lendenarie. Modo queritur an illi banniti habitare ibi possint impune ut olim faciebant » (Rycardus Malumbra).

⁸ M. Bellomo, *Saggio sull'Università nell'età del diritto comune*, Roma 1992, pp. 230-232; A.L. Trombetti Budriesi, *L'esame di laurea presso lo Studio bolognese. Laureati in diritto civile nel secolo XV*, in G.P. Brizzi-A.I. Pini (dir.), *Studenti e università degli studenti dal XII al XIX secolo*, Bologna 1988, pp. 137-191.

⁹ F. Treggiari, *Collegi di doctores e di advocati a Perugia tra Quattro e Cinquecento. Con l'edizione di tre matricole*, in G. Angelozzi-M.T. Guerrini-G. Olmi (dir.), *Università e formazione dei ceti dirigenti. Per Gian Paolo Brizzi, pellegrino dei saperi*, Bologna 2015, pp. 121-149.

¹⁰ A. Giuliani, *Il concetto di prova. Contributo alla logica giuridica*, Milano 1961, p. 117; M. Bellomo, *Legere, repetere, disputare*, cit., p. 65.

une certaine perspective scientifique. Au long de son parcours à travers la modernité, l'expérience juridique continentale a progressivement abandonné cette perspective pour se réfugier derrière le paradigme de la certitude de la loi.

Le droit conçu comme un ensemble de problèmes pratiques et enseigné par le biais de techniques basées sur la controverse a, en revanche, jeté de solides bases dans la *common law*. Avec des protagonistes bien entendu très différents par rapport à l'expérience continentale, qui ne sont pas les universités (dont l'Angleterre s'est longtemps passée) mais les écoles professionnelles organisées à l'intérieur des Inns of Court londoniens, la « troisième université d'Angleterre », selon la fameuse expression de George Buc (1612)¹¹. Aujourd'hui encore, les deux corporations juridiques (la Law Society, fondée en 1825 pour les *solicitors* et le Council of Legal Education, institué en 1852 pour les *barristers*) maintiennent le contrôle de la formation universitaire des futurs juristes, en prescrivant la réussite de certains examens universitaires considérés comme fondamentaux pour acquérir la qualification nécessaire permettant d'accéder à la formation postuniversitaire¹².

Au sein des Inns, la didactique était essentiellement orale et centrée sur deux activités principales: les *readings* et les *moots*, qui ressemblent étonnamment au binôme *lecturae / disputationes* en usage au Moyen Âge dans les universités continentales. Les *readings* étaient des leçons sur les plus grandes lois (*statutes*) en vigueur, qui, deux fois par an, étaient tenues par des *readers* élus chaque année par les *benchers* (les avocats vétérans, membres de l'Inn jouissant d'une plus grande ancienneté et autorité). Au cours de ces leçons, le *reader* exposait le contenu de la loi et envisageait aussi les doutes interprétatifs, les problèmes et les cas pratiques; de plus, chaque leçon était suivie d'une discussion, qui donnait l'occasion d'affiner les techniques de l'argumentation juridique.

Plus centrée sur la formation professionnelle, l'autre modalité principale de formation, le *mooting*, consistait en un procès simulé relatif à un cas concret, proposé par un *inner* ou par un *utter-barrister*¹³. Le débat contradictoire portait sur des cas hypothétiques ou authentiques, déjà discutés dans les tribunaux de Westminster ou tirés des *Year Books*. L'objectif de ces *moots* était de faire acquérir une certaine familiarité avec la pratique du *pleading*, c'est-à-dire la discussion de l'affaire en audience, moment central du procès de *common law*. Les étudiants rédigeaient les brefs (*writs*), destinés à amorcer la défense de chacune des positions adverses, et préparaient les mémoires des parties en cause. Les *benchers* et les *utter-barristers* intervenaient et

¹¹ G[eorge] B[uc], *The Third Universitie of England [...] [1612]*, in J. Stow, *The Annales, or Generall Chronicle of England*, ed. E. Howes, Londini 1615, pp. 961-988 (p. 966), cité in J. Baker, *Legal Education in London 1250-1850*, London 2007, p. 3, note 3. Voir J.H. Baker, *The Legal Professions and the Common Law. Historical Essays*, London and Roncerverte 1986; Id., *The Third University of England: the Inns of Court and the Common Law Tradition* [1990], in Id., *The Common Law Tradition: Lawyers, Books and the Law*, London 2000, pp. 3-28; D. Freda, « *La terza Università d'Inghilterra* ». *La formazione dei giuristi inglesi tra medioevo ed età moderna*, in P. Maffei-G.M. Varanini, *Honos alit artes. Studi per il settantesimo compleanno di Mario Ascheri*, I, Firenze 2014, pp. 201-210.

¹² F. Treggiari, 'Pericle e l'idraulico'. *La formazione e la professione del giurista nelle giurisdizioni anglofone*, in O. Roselli (dir.), *Osservatorio sulla formazione giuridica 2006*, Napoli 2007, pp. 149-195 (pp. 152-170).

¹³ Sur l'histoire de cette pratique didactique, voir W.S. Holdsworth, *A History of English Law*, ed. by A.L. Goodhart and H.G. Hanbury, VI, London 1971, pp. 481 ss.; J. Baker, *Introduction*, pp. LXXV-LXXVI.

exprimaient leur opinion au sujet des stratégies juridiques conçues par les *mooters* au cours du faux procès. Dans le recueil des *Moots and readers' cases* réalisé pour la Selden Society, sous la direction de Samuel Thorne (1949) et de John Baker (1990), on trouve un précieux échantillonnage de ces séances didactiques, tiré des *moot books* conservés aux archives des Inns¹⁴. Développés d'une manière exhaustive dans la partie relative aux faits, les cas à résoudre étaient toujours conclus par la formule, en *Law French*, «Ceux que droit» («qu'en est-il du droit»), correspondant au «*Quid iuris*» continental¹⁵.

Aujourd'hui, la didactique de simulation des tribunaux a refait son apparition dans les facultés de droit anglaises. On trouve dans le commerce des manuels de *mooting*, qui illustrent les *standards* de cette technique; certaines salles des universités anglaises sont équipées de caméras et de studios d'enregistrement pour qu'on puisse revoir les prestations des adversaires; des compétitions nationales et internationales de *mooting* sont périodiquement organisées, entre certaines universités du Commonwealth et entre des universités de la Communauté européenne. Aujourd'hui, le *mooting* se fait normalement à cinq: deux étudiants pour représenter chacune des deux parties et un cinquième acteur (généralement un avocat expert dans la matière) qui assume le rôle du juge. Les parties doivent discuter le cas controversé d'une manière qui reproduise le plus fidèlement possible la plaidoirie qu'un avocat, dans la réalité judiciaire, présenterait devant une juridiction¹⁶.

4. En Allemagne

Revenons sur le continent. Au cours des deux derniers siècles, ce sont les facultés

¹⁴ *Readings and Moots at the Inns of Court in the Fifteenth Century*, I (ed. by S.E. Thorne); II (ed. by J.H. Baker), London 1954 et 1990. Très instructive est l'introduction de John H. Baker au II^e vol. Voir aussi Id., *Learning Exercises in the Medieval Inns of Court and Chancery*, in Id., *The Legal Professions and the Common Law*, cit., pp. 7-23.

¹⁵ Un célèbre *moot case* est celui intitulé *Cat in the Pan*: «A villein purchases a carucate of land unto him and his lord and their heirs; the lord has issue three daughters; the eldest releases to the villein [all the right that she has], with warranty; the villein aliens a moiety [of the carucate by metes and bounds] to the youngest daughter and her heirs begotten on the body of the villein, and the other half to the same person for term of the life of B. and of his heirs and assigns; then B. purchases an acre of land in fee, marries, has issue a son, and dies; the son enters and aliens to a stranger [in fee]; the villein marries; they have issue a daughter; the wife dies; he marries the youngest daughter; they have issue another daughter; the youngest aliens a moiety [of the land *par my et par tout*] to a stranger in fee, and is disseised of the other moiety by the same person; the middle daughter marries; [she and her husband] have issue a son, and the husband dies; the woman releases [all the right that she has] to the disseisor, with warranty, and dies; then the disseisor aliens a moiety to the villein for term of his life, and aliens the other moiety to a stranger in fee; then the disseisor brings a feigned action against the villein, and recovers by action tried; then the disseisor purchases an acre of land unto him and is heirs female begotten of his body; then he marries, [he and his wife] have issue a daughter, and he dies; the son enters in the recovered land, and the daughter enters in the purchased land; the lord dies; the villein and his wife die; the youngest daughter dies seised of an advowson [of a church] in gross [without issue of her body]. *Ceux que droits*». Baker, *Introduction à Readings and Moots*, II, cit., pp. XLII-XLIII: «To turn 'cat in pan' [...]. Its settled meaning in later times was to change sides or become a turncoat [...]; but in earlier times it may have been associated with the kind of subtle reasoning which led to a surprise conclusion».

¹⁶ J. Snape-G. Watt, *How to Moot: a Student Guide to Mooting*, Oxford 2004.

de droit allemandes (c'est-à-dire l'empire de la Science des Pandectes et du *Professorenrecht*) qui ont permis à la didactique des cas pratiques de jouir d'un nouvel engouement et de connaître un grand succès. Ce succès a été soutenu par l'apparition de livres universitaires faits sur mesure: des manuels d'exercices, destinés aux étudiants et présentant des cas juridiques « sans solutions ». À lui seul, Rudolf von Jhering (1818-1892) en rédigea deux (1847 et 1870), basés sur des systèmes différents et qui bénéficièrent, l'un et l'autre, de nombreuses réimpressions chez plusieurs éditeurs¹⁷. Le père du droit commercial, Levin Goldschmidt (1829-1897), publia le sien en 1882¹⁸. Un grand nombre de recueils ont été publiés par la suite et se sont également multipliés au siècle suivant, caractérisant la physionomie des cours de droit en Allemagne et contribuant à leur succès en Europe et au-delà de ses frontières¹⁹.

Cependant, dans l'expérience didactique allemande, la méthode des cas était au service d'une pédagogie bien différente de celle qui l'avait précédé. Comme l'a observé von Jhering dans son manuel de 1847 (*Civilrechtsfälle ohne Entscheidungen*), son but était de faciliter l'apprentissage dogmatique. L'enseignant, affirmait-il, doit aider l'étudiant à se « familiariser avec les concepts juridiques, comme s'il s'agissait d'objets concrets ». Pour atteindre ce résultat, les concepts ne doivent pas être présentés à l'étudiant sous une forme abstraite, « nue et pure », mais être au contraire « incorporés » dans des cas pratiques, qui en favoriseront le métabolisme. Afin de satisfaire à cette exigence, les cas concrets ne pouvaient jamais être controversés et devaient être construits en quelque sorte comme le travestissement pratique de questions théoriques, dont la solution est univoque et qui doivent, selon la très efficace expression de von Jhering, avoir la fonction de simples « instruments mnémotechniques »²⁰.

Vingt-cinq ans après la publication de *Civilrechtsfälle ohne Entscheidungen*, von Jhering publia un deuxième recueil de cas pratiques, qui s'inspirait d'une nouvelle philosophie casuistique, développée suite à son éloignement par rapport à Puchta et aux abstractions de la *konstruktive Jurisprudenz*. Orientée beaucoup plus vers la pratique et les problèmes, cette deuxième phase de la méthode casuistique de von Jhering prit corps dans son second manuel des cas intitulé *Jurisprudenz im täglichen Leben* (1870). Pour ce nouveau recueil, il avait sélectionné uniquement des cas concrets, tirés de la pratique judiciaire, qui n'étaient ni reliés à quelque prémisse théorico-dogmatique, ni rattachés *a priori* à quelque paragraphe de manuels institutionnels mais qui, en

¹⁷ R. von Jhering, *Civilrechtsfälle ohne Entscheidungen*, Leipzig 1847; Id., *Die Jurisprudenz im täglichen Leben*, Jena 1870.

¹⁸ L. Goldschmidt, *Privatrechtsfälle. Zum Gebrauch für praktische Übungen mitgeteilt*, Berlin 1882.

¹⁹ Références in F. Treggiari, *Sistematica e metodo del caso come tecniche complementari d'istruzione giuridica: maestri tedeschi ed epigoni italiani dell'Ottocento*, in N. Picardi-B. Sassani-F. Treggiari (dir.), *Diritto e processo. Studi in memoria di Alessandro Giuliani*, I, Napoli 2001, pp. 431-457 (aussi in V. Cerulli Irelli-O. Roselli (dir.), *Per una riflessione sulla didattica del diritto*, Milano 2000, pp. 105-131); Id., *Der Einfluss des deutschen Unterrichtsmodells auf die italienische Rechtskultur: Die Fallrechtsmethode*, in *Deutsche Rechtswissenschaft und Staatslehre im Spiegel der italienischen Rechtskultur während der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts*, Berlin 1990, pp. 131-167.

²⁰ R. v. Jhering, *Civilrechtsfälle ohne Entscheidungen*, cit., pp. VIII-X. Dans la première édition (1847) de cet ouvrage Jhering avait inclus 36 cas inédits de Georg Friedrich Puchta (1798-1846), caractérisés par une structure bien expliquée par cet exemple (cas IV, pp. 151-152): « X, der Sohn des A und B ist von seinem väterlichen Grossvater C dem Bruder desselben D in Adoption gegeben worden, der ein leibliches Kind E hat. X stirbt in der Adoption, und hinterlässt ausser den genannten Personen einen leiblichen Bruder F. In welcher Ordnung sind diese Personen intestaterberechtigt? [...] ». Les 36 cas de Puchta ne seront plus inclus dans les éditions ultérieures des *Civilrechtsfälle ohne Entscheidungen*.

revanche, invitaient à l'exercice et à une réélaboration personnelle de la part des étudiants, qui devaient les discuter et les résoudre. L'entraînement sur des cas pratiques ne représentait donc plus un simple contrepoids à l'aridité de l'enseignement théorique, ni même une « voie secondaire » visant au métabolisme des concepts juridiques²¹; il s'ouvrait, au contraire, aux problèmes et stimulait sur ce terrain nouveau l'indépendance intellectuelle des étudiants²².

5. Aux États-Unis d'Amérique

Les deux versions de la méthode casuistique – la version 'dogmatique' et la version 'problématique' – élaborées par von Jhering connurent un écho respectivement aux États-Unis d'Amérique et en Italie.

En Amérique, l'œuvre de von Jhering inspira la première révolution didactique des *law schools* nord-américaines, qui, comme on le sait, coïncide avec la publication en 1871 du *casebook* (*A Selection of Cases on the Law of Contracts*) de Christopher Columbus Langdell (1826-1906), juriste de Harvard, qui avait à peine huit ans de moins que von Jhering²³.

La méthode casuistique introduite par Langdell à Harvard cherchait à égaler celle de type pandectique expérimentée dans les universités allemandes au milieu du XIXe siècle. L'entraînement à partir des cas devait, là aussi, conduire à la découverte logique des principes du droit 'dissimulés' dans les décisions de justice et préparer l'étudiant à en extraire la doctrine. Si « le droit considéré comme une science consiste en des principes ou en des théories », écrivait Langdell, reprenant presque mot pour mot le premier texte de von Jhering, « le meilleur moyen, si ce n'est le seul, et le plus rapide de maîtriser la théorie, c'est d'étudier les cas dans lesquels elle est incorporée »²⁴. L'idée du cas pratique, qui « incorpore » le principe théorique et lui sert de véhicule didactique, jetait ainsi un pont inédit entre deux mondes lointains.

Oliver Wendell Holmes (1841-1935), professeur lui aussi à Harvard et longtemps juge de la Cour suprême des États-Unis, réagit durement contre la germanophilie de Langdell et de son *casebook*²⁵. La polémique du réalisme juridique américain concernant

²¹ R. v. Jhering, *Civilrechtsfälle ohne Entscheidungen*, cit., p. IX: «Dieser scheinbare Abweg führt gerade am schnellsten und sichersten zum Ziel, denn das benutzte Hilfsmittel setzt ihn bald in der Stand, dasselbe zu entbehren und mit den Rechtsbegriffen ohne weitere Vermittlung zu verkehren».

²² R. v. Jhering, *Die Jurisprudenz des täglichen Lebens*, zweite vermehrte Auflage, Jena 1873, p. 37 (cas XI): «Auf der Strasse. [...] 10. Durch einen vom Dache fallenden Ziegel ist ein Vorübergehender so schwer beschädigt worden, dass man sich genöthigt gesehen hat, ihn ins nächste Haus zu schaffen und schleunigst einen Arzt zu rufen. An wen hat letzterer sich seines Honorars wegen zu halten, an denjenigen, der ihn herbeigerufen oder an den Verwundeten? 11. Lässt sich nicht annehmen, dass der Arzt seine Hülfe aus allgemeiner Menschenliebe geleistet habe? 12. Kann der Verletzte selber ihm nicht entgegensetzen, dass er seinerseits ihn nicht ausgefordert habe, und dass er sich an denjenigen halten möge, der ihn gerufen habe? 13. Angenommen, es war kein angestellter Arzt, sondern ein noch die Universität besuchender älterer Student der Medicin, kann auch er ein Honorar fordern? [...]».

²³ C.C. Langdell, *A Selection of Cases on the Law of Contracts*, Boston 1871. Voir maintenant D.R. Coquillette-B.A. Kimball, *On the Battlefield of Merit. Harvard Law School, the First Century*, Cambridge, Massachusetts, 2015.

²⁴ C.C. Langdell, *A Selection of Cases*, cit., p. VIII.

²⁵ Son compte rendu du livre de Langdell, sorti dans l' « American Law Review », 1980, a été publié aussi dans M.L. Levine (dir.), *Legal Education*, Aldershot 1993, pp. 25-27.

le divorce entre *law in books* et *law in action*, paradoxalement accentué par la *case-method*, déboucha sur une mise à l'écart de l'orthodoxie langdellienne. Elle ouvrit la voie à des cours, visant à la professionnalisation et à ce que Jérôme Franck appelait, en 1933, l'enseignement de « l'art de la pratique légale », tels que les *legal clinics* et les *moot courts* ainsi qu'à des cours universitaires de *professional skills* et de *lawyering skills*, structurés de façon à préparer les étudiants à des compétences professionnelles grâce à un contexte simulé²⁶.

6. En Italie

En même temps qu'il effectuait sa traversée de l'océan, le modèle allemand de didactique des cas migrait également vers l'Italie. Déjà traduite en italien en 1871²⁷, la *Jurisprudenz des täglichen Lebens* de von Jhering suscita une admiration particulière dans les milieux napolitains, où était encore vive l'expérience des écoles de droit privées et des centres d'instruction, fortement en symbiose avec le monde des tribunaux²⁸. C'est au civiliste Emanuele Gianturco (1857-1907) que revient le mérite du succès, aussi bref fut-il, que connut le livre des cas en Italie. Dédiée à von Jhering, sa *Crestomazia di casi giuridici in uso accademico* (1884) absorbait totalement les première et deuxième leçons du maître allemand. Conçu comme un utile « complément de la théorie » exposé dans son manuel d'*Istituzioni di diritto civile italiano* (également publié en 1884), le recueil, de même que celui de von Jhering au début, excluait les cas qui rappelaient des « thèses de droit controversé », et ne présentait au contraire que des « hypothèses concrètes, à la résolution desquelles suffisaient les principes exposés » dans le manuel des *Istituzioni*²⁹. Ce manuel s'enrichissait de certaines variantes empiriques (en associant des cas juridiques 'réels' à des cas pratiques de nature hypothétique) et de variantes historico-érudites (avec l'ajout de certaines *quaestiones disputatae* d'époque médiévale). Gianturco nous rapporte dans le détail l'organisation des séances didactiques avec ses étudiants. Les problèmes étaient donnés un dimanche puis disputés et résolus par les étudiants le dimanche suivant: « j'écoutais l'opinion de sept ou huit d'entre eux – écrivait-il – et je les mettais en contradiction: quand la discussion me semblait assez exhaustive, j'exposais mon propre point de vue, alléguant les raisons qui l'appuyaient, contre celle des jeunes, qui n'allaient pas dans le même sens »³⁰.

²⁶ Voir F. Treggiari, *Pericle e l'idraulico*, cit., pp. 175 ss.; Id., *Le tecniche casistiche di insegnamento del diritto: esperienze e modelli a confronto*, in A. Romano (cur.), *Dalla lectura all'e-learning*, Bologna 2015, pp. 277-286 (pp. 280-281); C. Jamin, *La cuisine du droit. L'École de Droit de Sciences Po: une expérimentation française*, Paris 2012, pp. 105-123; D.M. Rabban, *Law's History. American Legal Thought and the Transatlantic Turn to History*, New York 2013.

²⁷ R. v. Jhering, *La giurisprudenza della vita quotidiana*, Bologna 1971.

²⁸ Références en F. Treggiari, *L'istruzione giuridica a Napoli e la riforma Gianturco*, in Id. (dir.), *Emanuele Gianturco. Nuovi studi per i centenari*, Avigliano 2013, pp. 183-197.

²⁹ E. Gianturco, *Crestomazia di casi in uso accademico*, Napoli 1884, p. 16.

³⁰ E. Gianturco, *Crestomazia di casi in uso accademico*, cit., pp. 16-17. Voir F. Treggiari, *Itinerari della casistica. La Crestomazia di Emanuele Gianturco fra modelli illustri e nuove istanze*, in E. Gianturco, *Crestomazia di casi giuridici in uso accademico*, Bologna 1989, pp. V-XLVII; Id., *Scienza e insegnamento del diritto tra due secoli: l'opera e la fortuna di Emanuele Gianturco*, in A. Mazzacane (dir.), *L'esperienza giuridica di Emanuele Gianturco*, Napoli 1987, pp. 45-152 (pp. 88 ss.); E. Stolfi, *Alcune osservazioni circa metodo casistico e insegnamento giuridico in Emanuele Gianturco*, in *Emanuele Gianturco. Nuovi studi per i centenari*, cit., pp. 29-77;

7. Conclusion

Pour conclure, après avoir rapidement passé en revue quelques aspects de l'expérience historique, je reviens brièvement à mes thèses initiales.

L'instruction juridique par le biais des cas pratiques est une technique visant à favoriser la connaissance et l'application du droit. C'est donc une technique instrumentale relative à un objectif et pour cela subordonnée aux convictions épistémologiques, à la nature du système des sources et au rôle que la société attribue au juriste. C'est en relation avec ces prémisses que l'adjectif « pratique », que l'on associe au « cas » et à la « méthode », révèle sa variabilité sémantique, donnant peut-être un peu raison au réalisme sceptique de Humpty Dumpty³¹.

G. Cianferotti, *Emanuele Gianturco: giuslavoristi e romanisti alla ricerca dell'identità*, in « Rivista trimestrale di diritto e procedura civile », LXI (2007), pp. 1065-1082.

31 « 'When I use a word', Humpty Dumpty said in rather a scornful tone, 'it means just what I choose it to mean – neither more nor less.' / 'The question is', said Alice, 'whether you *can* make words mean so many different things.' / 'The question is', said Humpty Dumpty, 'which is to be master – that's all': Lewis Carroll, *Through the Looking Glass and What Alice Found There*, in Id., *Alice's Adventures in Wonderland and Through the Looking Glass*, Harmondsworth 1976, p. 274; cité par M. Vogliotti, *La fine del "grande stile" e la ricerca di una nuova identità per la scienza giuridica*, in V. Barsotti (dir.), *L'identità delle scienze giuridiche in ordinamenti multilivello*, Santarcangelo di Romagna 2014, p. 145.