



HAL
open science

L'enseignement du droit aux États-Unis

Marie Mercat-Bruns

► **To cite this version:**

Marie Mercat-Bruns. L'enseignement du droit aux États-Unis. *Jurisprudence. revue critique*, 2010, n° 2, pp. 113-123. hal-00744260

HAL Id: hal-00744260

<https://hal.science/hal-00744260>

Submitted on 30 Sep 2016

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

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

L'ENSEIGNEMENT DU DROIT AUX ÉTATS-UNIS

PAR MARIE MERCAT-BRUNS*

In the last analysis, the law is what the lawyers are. And the law and the lawyers are what the law schools make them.

Felix Frankfurter¹

La circulation des modèles juridiques est une question bien connue des comparatistes². Il n'est pas question ici de la circulation des modèles d'enseignements étrangers mais plutôt de mieux comprendre les caractéristiques et les mutations de la formation juridique aux États-Unis et les leçons que l'on peut en tirer afin d'enrichir la réflexion menée en France notamment. Ce « benchmarking » ne traduit en aucun cas une volonté de

transposer un modèle d'outre atlantique³ mais en s'éloignant du débat national, il est alors plus facile de prendre du recul face aux positionnements souvent idéologiques qui animent les controverses sur la réforme universitaire dans son ensemble. Deux questions peuvent présenter un intérêt : un bref aperçu de l'impact « avoué » de la concurrence entre établissements sur la formation juridique et un panorama plus approfondi des traits principaux des études juridiques aux États-Unis et leur évolution.

I. La concurrence entre écoles de droit aux États-Unis : catalyseur de changement ?

La compétition entre écoles est bien vivante aux États-Unis et n'est absolument pas remise en cause, fidèle à la tradition libérale américaine. Elle peut parfois même être catalyseur de changement dans le cadre d'un réseau d'écoles quasiment toutes privées⁴. À première vue, cette concurrence se décline de plusieurs façons.

* Maître de conférences à la Chaire de Droit social du CNAM. Enseignante et consultante à l'École de Droit de Sciences-Po.

¹ Traduction : « En dernière analyse, le droit c'est ce que sont les avocats. Et le droit et les avocats sont façonnés par les écoles de droit ». Citation de Frankfurter reprise dans plusieurs articles sur la formation juridique aux États-Unis, *Lettre de Felix Frankfurter, Professeur, Harvard Law School, à M. Rosenwald 3 (13 mai 1927)*, Felix Frankfurter papers, Harvard Law School library.

² R. SACCO, *Introduction au droit comparé*, Giapichelli, Turin 1989, p. 211-252.

³ On préfère parler d'influence américaine que de réception d'un modèle : V. B. AUDIT, *L'américanisation du droit*, Introduction, Archives. Phil. Du droit Tome 45 Dalloz 2001, p. 7.

⁴ Les universités d'État fédéré comme celle de Berkeley, nommée *Boalt Hall* (Université de Californie) ont des frais de scolarité qui sont de plus en plus élevés notamment pour les non-résidents.

En premier lieu, il existe une concurrence entre les écoles afin d'attirer les meilleurs candidats d'un « pool » en déclin en raison, entre autres, de l'évolution démographique. En outre, les meilleures écoles se font concurrence non seulement pour recruter les meilleurs étudiants mais aussi pour attirer les meilleurs professeurs dans les meilleures conditions (leur assurer des temps de recherche suffisants et des congés sabbatiques afin d'approfondir ces recherches aux États-Unis ou à l'étranger⁵).

Par ailleurs, les « consommateurs » des services/conseils juridiques (les clients des cabinets d'avocats notamment) et les candidats aux écoles de droit réclament de plus en plus d'instruments qui permettent de mesurer, le plus objectivement possible, les différences de formation entre les écoles et leur qualité relative. Il s'agit des *rankings* (*classement des écoles*) par exemple⁶ qui servent à aiguiller la demande dans un marché concurrentiel où l'étudiant veut mieux cerner l'offre. Sans revenir sur l'établissement de ces classements qui sont parfois contestés ou contestables en soi, ils astreignent les écoles de droit à tenir compte de différents critères précis ou généraux d'évaluation possible des cursus en fonction des attentes des candidats : quel est le ratio étudiants/enseignants ? Quel est le niveau de salaire du diplômé à l'entrée sur le marché du travail ? Quel est le niveau d'insertion professionnelle à la sortie ? Quelle est la diversité du *curriculum* ? Quel est le nombre de spécialisations offertes ? Quel est le niveau de participation financière de l'école aux frais de scolarité des étudiants ? Il semblerait que les étudiants américains exigent aujourd'hui une qualité de formation qui correspond à la hauteur de leurs frais d'inscription et cette attente se ferait de plus en plus ressentir.

5 On sait qu'en France, le droit aux congés sabbatiques est restreint et n'est pas une pratique toujours considérée comme indispensable alors qu'elle favorise les séjours dans d'autres établissements à l'étranger et les échanges scientifiques.

6 V. celle de la revue *US NEWS and World Report*.

Face à cette exigence accrue de qualité et cette nécessité d'attirer les meilleurs enseignants, les principales écoles de droit de premier rang se sont éloignées d'une stratégie de financement fondée sur les frais de scolarité comme principale ressource financière. Les établissements cherchent davantage à augmenter les contributions des *alumni*⁷ et de puiser dans les gains dérivés des *endowments*⁸. Toutes les écoles mènent des campagnes régulières de levée de fonds auprès des anciens diplômés, des entreprises et des cabinets d'avocats.

En somme, nonobstant le fait que l'accès aux écoles demeure coûteux et que les établissements peuvent acquérir les moyens d'entrer dans la compétition, le jeu de la concurrence peut, en partie, tourner en faveur de l'étudiant. La recherche d'excellence et la valorisation des enseignants et des étudiants peuvent constituer des objectifs de l'école la rendant plus compétitive, l'augmentation des frais de scolarité n'étant pas la panacée pour attirer les futurs candidats à fort potentiel.

Ce contexte de concurrence entre les écoles explique aussi l'évolution des formations juridiques aux États-Unis dans le but de s'adapter aux besoins des professions juridiques.

II. Les caractéristiques et l'évolution de la formation juridique aux États-Unis

Les observations suivantes sont le fruit d'une réflexion menée à Sciences Po sur les modèles de formation juridique dans le monde dans la perspective de la nouvelle école de droit qui se situe au niveau « graduate » comme aux États-Unis⁹. Il ne s'agit évidemment

7 Anciens, diplômés.

8 Fonds de placement dont les intérêts sont supposés permettre de financer les universités. Il faut rajouter qu'avec la mauvaise conjoncture économique, cette source de financement s'est parfois drastiquement réduite comme une peau de chagrin.

9 Étude du modèle américain qui présente un intérêt pour l'école de droit de Sciences Po. Elle s'oriente vers un modèle de formation en

pas d'opérer un transplant du modèle américain compte tenu des différences de culture et de système juridique mais permettre de mener un sondage critique sur l'offre de formation en France à la lumière des facteurs d'évolution du modèle américain¹⁰. En outre, en France et aux États-Unis, les comparaisons ne sont possibles que si l'on prend en compte la dynamique des systèmes de formation dans le temps qui révèle la véritable nature des outils pédagogiques et décèle l'avenir de l'offre de formation.

Certaines évolutions de la formation juridique aux États-Unis sont dues à des pressions internes au sein des établissements ou externes, liées à l'évolution de la profession juridique. Les écoles ont surmonté ces défis grâce à une réforme de leur *curriculum* et de leurs méthodes pédagogiques. Cette mutation des études juridiques n'est pas sans suites. Certaines institutions et certaines revues se chargent de diffuser une réflexion sur le devenir des professions juridiques et la recherche d'une formation optimale des futurs juristes.

Les défis de la formation juridique aux États-Unis

Le modèle américain qui va retenir notre attention, le *juris doctor* (JD) recèle certaines caractéristiques qui se sont façonnées avec le temps¹¹. Il s'agit d'une formation au niveau du Master en trois ans qui se prolonge presque systématiquement par le passage du barreau d'un

État même si une certaine proportion de diplômés ne poursuit pas longtemps la carrière d'avocat. Le passage du barreau est considéré comme l'achèvement normal de la formation juridique.

Cette formation juridique se caractérise par un enseignement qui, assez tôt, s'est voulu plus pragmatique dans sa méthode en raison de la tradition de *common law* des États-Unis. En effet, à partir de 1870, Christopher Langdell, Dean de Harvard a institué de manière plus formelle la «*case method*» qui existait apparemment déjà dans d'autres écoles¹². Suivi par d'autres¹³, il a incité les professeurs à se détacher d'un enseignement plus théorique d'analyses des règles de droit par matière. Au contraire, la méthode socratique privilégie une approche dialectique des règles induites des arrêts et jugements étudiés¹⁴. Plus adaptée à la pratique du droit, cette pédagogie favorise l'apprentissage du raisonnement juridique inductif, propre à la construction de la *common law* à partir de la jurisprudence. Oliver Wendell Holmes¹⁵, magistrat célèbre aux États-Unis, était également un grand défenseur de la pédagogie de Langdell¹⁶. Holmes était par ailleurs de la mouvance doctrinale réaliste qui reconnaissait le fait que le juge est un homme «*situé*». Ce pragmatisme pénètre ainsi depuis toujours l'ensemble de la réflexion sur la profession juridique favorisant la for-

Master et Doctorat seulement (pas de formation diplômante en 1^{er} cycle en droit).

10 De la comparaison, peut naître la critique de son propre système. V. H. Muir Watt, *La fonction subversive du droit comparé*, RIDC 2000, n°52, p. 503-527.

11 Nous nous limitons à l'observation du JD qui est la formation principale en droit (niveau Master). Il existe aussi le LLM surtout pour les juristes étrangers (Master en un an) et des SJD (sorte de doctorat en droit mais qui ne sont pas issus de la même configuration que les Phd américains). Peu de juristes américains suivent ces cursus et préfèrent obtenir un Phd dans une autre matière en plus de leurs études de droit. De plus en plus de professeurs de droit suivent ce parcours (JD et avant ou après un Phd dans une autre matière).

12 Appliquée déjà par Thomas Wythe, professeur de droit, au College of William and Mary en 1779, d'après les travaux de l'historien Paul Carrington de Duke University Law School.

13 Notamment Dean James Barr Ames, Dean de Harvard de 1895 à 1910.

14 De nombreux cours débutent avec une question à l'étudiant sur la présentation des faits d'une décision: «Mr. Fox, will you state the facts in the case of *Payne v. Cave?*».

15 O. W. HOLMES, *The common law*, Dover Publications, décembre 1991.

16 Le premier ouvrage écrit avec la méthode casuistique, C. LANGDELL, *Selection of Cases on the Law of Contracts* (1871, réédité en 1877); V. aussi C. JAMIN, P. JESTAZ, *La doctrine*, PUF 2004, p. 269 *sq.*

mation continue des avocats et des juges¹⁷ et une vision critique du droit qui atteint son paroxysme avec les mouvements *Critical Legal Studies*¹⁸ et *Law and Economics*¹⁹ aux deux extrêmes du débat critique idéologique.

Il n'est donc pas étonnant qu'aujourd'hui une nouvelle vague de remise en question de l'efficacité de la formation juridique initiale est vue le jour. Ce pont de comparaison entre formation et pratique était déjà établi depuis la fin du XIX^e siècle. La critique est venue à la fois de l'intérieur des établissements et de l'extérieur.

Les praticiens, juges et avocats, d'abord constituent les premiers, de l'extérieur, à considérer que les deuxième et troisième années de droit sont trop doctrinales avec une série de cours et séminaires dans des multitudes de domaines spécialisés du droit sans forcément approfondir ou acquérir de compétences spécifiques.

«La formation juridique doit s'adapter. Comment un avocat peut-il comprendre et appréhender un litige complexe de propriété intellectuelle sans discerner les tenants et aboutissants de la technologie qui est au centre du conflit?»²⁰ Il doit pouvoir réfléchir avec une équipe de professionnels de différentes disciplines liées aux technologies d'où l'utilité d'une formation en *law clinic*²¹ à l'école de droit²². Ces ateliers de pratique en situation mettent l'étudiant face au problème juridique dans le contexte réel de la matière dont il relève. La question cen-

trale pour de nombreux cabinets d'avocat est également d'apprendre aux étudiants à travailler dans un contexte global de pratique du droit à dimension transnationale. Historiquement, la «case method» leur permet d'**identifier les problèmes** et, par analogie, les arrêts qui s'appliquent au cas mais, de plus en plus, la **pratique exige des techniques de résolution des problèmes**. Dans cette perspective, certains rapports tentent de «repenser le fait d'apprendre à «réfléchir comme un avocat»²³. Les critiques viennent également des juges qui font apparaître le décalage entre les cours de deuxième et troisième années encore trop théoriques et la pratique professionnelle plus commerciale parfois dépourvue d'éthique²⁴.

En outre, un questionnement au sein même des écoles de droit a aussi émergé. Les étudiants diplômés reprochaient une inadéquation du *curriculum* de deuxième et troisième année avec les attentes de leurs futurs employeurs. Comme l'évoque ce témoignage d'un professeur de droit: «Parlez aux étudiants de deuxième et troisième année et ils vous diront qu'ils sont de moins en moins investis en deuxième et troisième année²⁵. Ils apprennent la doctrine qui est précieuse mais doivent acquérir une expertise». Après la première année assez intensive, les étudiants préparent effectivement leur insertion professionnelle ou vont étudier de plus en plus à l'étranger. Certains professeurs issus des mouvements critiques alimentent également les critiques de la forma-

17 V. L'énorme machine que constitue aujourd'hui le CLE, Continuing Legal Education, la formation continue, souvent animée par les barreaux des États fédérés et le barreau américain, American Bar Association. Site: <http://www.abanet.org/>

18 V. R.M. UNGER, *The Critical legal Studies Movement*, Cambridge, Mass. Harvard University Press 1986.

19 R. POSNER, *The economic analysis of law*, Aspen Ed. 2007.

20 Propos recueillis par Larry Kramer, Doyen de Stanford Law School.

21 Une law clinic est un atelier de pratique de la matière où les étudiants encadrés par des praticiens confrontent des vrais clients et des vrais dossiers selon la matière dont traite la law clinic qui peut être plus ou moins spécialisée (voir *infra*).

22 Évoqués plus loin, V. *infra*.

23 William M. SULLIVAN, Anne COLBY, Judith WELCH WEGNER, Lloyd BOND, Lee S. SHULMAN, *Educating lawyers: preparation for the profession of law*, Carnegie Foundation for the Advancement of Teaching, Report 2007 Jossey-Bass, San Francisco.

24 V. l'article du juge d'une cour d'appel fédérale américaine, H. Edwards, *The growing disjunction between legal education and the legal profession*, Michigan L. Rev. Vol. 91, 1992, p. 34.

25 «Talk to any lawyer or law school graduate and they will tell you they were increasingly disengaged in their second and third year.»

tion juridique en y voyant un mode de reproduction des élites²⁶ ou qui ne favorise pas la diversité²⁷.

Le sens des réformes dans les écoles de droit

Prenant acte de ces pressions « endogènes » et « exogènes » pour faire évoluer l'enseignement du droit, les écoles ont cherché à modifier leur offre de formation. Certains exemples de réformes d'écoles telles que Harvard, Stanford, Berkeley et New York University (NYU) Law School méritent examen. Pour résumer, les ajustements académiques comportent essentiellement deux volets : l'introduction de nouveaux cours en phase avec l'évolution du droit et le développement d'ateliers mobilisant des méthodes pédagogiques tirées de la pratique (*law clinics*)²⁸.

Des nouveaux cours

À Harvard notamment, la réforme a porté sur le choix des nouveaux cours en première année supposait refléter l'évolution de la profession d'avocat : l'internationalisation croissante des litiges, le rôle plus proactif de l'avocat comme décideur et la place grandissante de la législation et de la réglementation dans l'application du droit américain.

Ainsi, il existe la possibilité pour l'étudiant dès la première année de prendre des cours en droit international et en droit comparé. Ils couvrent les sources du droit, les institutions et les cultures sous un angle comparé. A été introduit un cours en « Problem solving » c'est-à-dire littéralement la résolution de problèmes. Selon Harvard, Stanford et Northwestern Law Schools, l'avocat moderne aide à résoudre des problèmes pour les

clients en dehors des tribunaux et des réunions de direction. Les avocats doivent pouvoir animer des réunions, gérer des équipes, développer et explorer des solutions au-delà de la simple catégorisation et qualification des faits dans un cadre légal.

Pour être efficace, les avocats ont besoin de compétences, « skills » en communication orale et écrite afin de diriger un entretien, négocier, concilier les parties, respecter une éthique, proposer des solutions, former des coalitions, prendre des décisions, travailler en équipe, et savoir diriger. Dans cette perspective, ce cours envisage : le conseil au client et la technique d'entretien ; la communication dans un cabinet d'avocat ; la négociation et la gestion des conflits ; la compréhension des données financières ; les techniques interactives d'improvisations. Les cabinets d'avocats peuvent être sponsors de ce cours comme ils bénéficieront à terme des résultats.

Il existe aussi un nouveau cours de première année sur « La législation et la réglementation » (*Legislation-Regulation Course* à Harvard). Il montre aujourd'hui, au-delà de la jurisprudence cardinale en droit américain, l'importance à la fois de l'étude des lois et de la procédure législative comme outil en droit américain. Beaucoup d'avocats travaillent avec des lobbys ou rédigent des propositions et projets de lois. Cela reflète aussi la complexité et la profusion des sources réglementaire (*executive orders, guidelines*) et les sources législatives de l'État fédéral et des États fédérés. Le corps professoral de Harvard qui ne distingue pas le droit public du droit privé²⁹, a considéré qu'il fallait des compétences (*skills*) propres pour manier ces sources très techniques, enchevêtrées qui empruntent un chemin de production normative complexe et peu transparent.

Par ailleurs, les réformes du *curriculum* à Harvard, Stanford et à NYU cherchent l'équilibre entre la formation critique nécessaire et la formation pratique et donc

26 D. KENNEDY, *Legal education and the reproduction of hierarchy*, Paul Carrington 2004.

27 A. HARRIS, *Women of Color in Legal Education: representing La Mestiza*, 6 Berkeley Women's Law J., n°6, 107 (1991).

28 L'autre méthode pédagogique pratique stimulante qui ne sera pas évoquée ici ce sont les moot courts ou les mock trials, simulation de procès pour mettre en situation les étudiants.

29 Césure française.

veulent donner à l'étudiant non seulement une connaissance des spécialisations du droit les plus en vogue mais une **réelle expertise dans une sphère du droit précise** pour lui permettre de **progresser en approfondissant** un champ de compétences plutôt que de "papillonner" d'un cours à l'autre. Dans cette optique, Harvard, par exemple, a créé des parcours d'étude. Ils sont au nombre de cinq : Droit et activité commerciale ; Droit et action publique ; Droit, science et technologie ; Droit et changement social ; Droit international et comparatif.

Pour garantir cette progression de l'étudiant dans un des champs et éviter le saupoudrage des connaissances, l'étudiant, s'il le souhaite, est dirigé dans le cadre d'un des parcours afin d'élaborer de manière cohérente de son *curriculum* en fonction de ses centres d'intérêts. Pour chaque parcours, l'étudiant apprend les bases dans certains cours, suit des cours plus pratiques et des *clinics* pour acquérir des *skills*, compétences, et participent à des *fellowships*³⁰ ou séminaires selon les parcours (cours plus spécialisé, de réflexion, ou de construction d'un projet de recherche). On les oriente vers les « revues fondatrices » dans le domaine ; des conseillers pédagogiques professeurs de Harvard (*advisors*) les suivent pour le choix de leurs cours ou leurs recherches. Les associations d'étudiants intéressées par ces domaines sont impliquées dans le suivi et les activités des étudiants de chaque cohorte qui s'inscrivent dans le parcours. Une vision critique du droit est encouragée au-delà du parcours par la participation à un cours en histoire du droit ou théorie du droit...

Stanford encourage, en outre, les étudiants à mener des études pluridisciplinaires en croisant le droit avec des études diplômantes en sciences dures, médecine et sciences sociales ou économiques sur le même campus. NYU a mis en place un cadre dans lequel des études plus poussées dans un domaine juridique peuvent être menées : Le Centre de politique et droit des affaires, le

Centre de droit financier, le Centre de droit international, le Centre de pratique et valeurs professionnelles et enfin le Centre de Justice, Action et Pratique.

De nouvelles compétences pratiques :

Dans une optique de réforme de la formation, les écoles investissent dans le développement des *law clinics* à l'instar de Stanford et Berkeley. Un *legal* ou *law clinic* (atelier d'apprentissage du droit) est un programme dans une école de droit qui prévoit une expérience pratique pour les étudiants en droit et des services à différents types de clients³¹. Ces « *clinics* » sont habituellement dirigés par des *clinical professors*. Une large part des *clinics* offre une aide, un conseil juridictionnel gratuit (pro bono) aux clients dans un domaine particulier du droit. Donc les *law clinics* peuvent solliciter des cabinets d'avocat, le barreau, l'école de droit et des associations ou ONG selon le droit en cause. Ils sont souvent dans l'enceinte même de l'école.

Les étudiants contribuent en effectuant les recherches juridiques nécessaires, rédigent les conclusions des clients et rencontrent les clients encadrés le plus souvent par des avocats. Dans la plupart des cas, un des professeurs des *clinics* s'occupera de la plaidoirie au procès. Cependant, dans certains États fédérés américains, certaines juridictions ont des règles de pratique ouvertes aux étudiants qui leur permettent de plaider dans de vrais procès.

Ces *law clinics* peuvent être dans des domaines spécialisés du droit mais aussi tout simplement pour

31 V. la réflexion importante autour de la formation issue des *clinics* sur les sites et les bonnes pratiques : Association pour la formation clinique : <http://cleaweb.org/>

Bibliographie sur les *clinics* : <http://faculty.cua.edu/ogilvy/Biblio05clr.pdf>

Bonnes pratiques : http://cleaweb.org/documents/bestpractices/best_practices-full.pdf

Revue sur Clinical Law :

<http://www.law.nyu.edu/journals/clinicallawreview/index.htm>

30 *Fellowship* : projet de recherches.

venir en aide à une population qui n'a pas forcément accès aux conseils juridiques (en dehors de l'aide juridictionnelle). Ils peuvent aussi mettre en pratique les techniques de médiation.

La diversité de ces ateliers à travers quatre exemples étudiés mérite d'être mentionnée. Un premier type « plus classique » de *law clinic* observé : celle du East Bay Community Law Center près de Berkeley Law School (Boalt)³². C'est en fait un lieu de conseils gratuits, d'aide juridictionnelle de quartier. Encadrés par des avocats et un professeur de *clinic*, les étudiants de Berkeley qui participent à cet atelier prennent d'abord un cours qui intègre des séminaires et des discussions sur le rôle de l'avocat vis-à-vis de clients de milieux moins favorisés et des règles de conduite³³ professionnelles édictées par l'ABA. Les étudiants instruisent un à deux dossiers par semestre et présentent un projet de recherche sur des thèmes comme le droit et la pauvreté, l'avocat comme acteur moral, le conseil juridique multiculturel ou l'avocat militant.

Le deuxième exemple de *clinic* observé s'intéresse au contentieux de la Cour Suprême comme celui de Stanford. Encadrés par des professeurs avocats, les étudiants apprennent l'ensemble de la procédure devant la Cour suprême, l'originalité des argumentaires devant la Cour Suprême et participent à un ou deux dossiers sur le semestre. Les étudiants apprennent à rédiger des « briefs », conclusions pour la Cour Suprême et apprennent à écrire en droit. Ils assistent à la présentation de l'argumentaire, par leur professeur, devant la Cour Suprême.

Le troisième type d'exemple de *clinics* présent aussi à Stanford est « l'*Organization and Transaction Clinic*. Il s'agit de conseiller des PME ou des organisations à but non lucratif sur leur statut, leur fusion ou

une série d'actes juridiques que leurs dirigeants souhaiteraient accomplir. Les étudiants apprennent à écouter, conseiller des clients et gérer le temps selon le rythme réel des activités économiques.

Enfin, il existe des *clinics* dans des domaines spécialisés du droit comme le droit de la discrimination : « Employment Discrimination Law Clinic ». Des études ont été consacrées à observer comment une école de droit, grâce à l'interface des étudiants et leur professeur, peut servir de conseil à l'organe administrative indépendant local chargé de la réception de plaintes pour discrimination³⁴. Bref, la pratique des « law clinics » est étendue, ancienne dans les écoles de droit américaines et elle se diversifie.

Une réflexion régulière sur la formation juridique au regard de l'évolution du droit

Un espace de discussion et de réflexion constante sur la formation juridique existe à travers une série d'institutions. *American Law Institute*, organisation fondée en 1923 par des juges, des avocats et des professeurs cherchent à consolider et compiler des rapports sur certaines questions en *common law* et prendre en compte la disparité en droit que génère le fédéralisme américain comme l'a si bien énoncé le célèbre Juge Cardozo. Plus axé sur l'enseignement du droit, l'*American Association of Law Schools* (AALS) réunit régulièrement ceux qui s'intéressent à l'évolution des écoles de droit et a réfléchi récemment au rôle de « l'avocat citoyen qui devrait devenir l'architecte d'un droit plus tourné vers l'intérêt général »³⁵. Enfin, il

32 V. site <http://www.ebclc.org>

33 Pamela S. KARLAN, Thomas C. GOLDSTEIN, and Amy HOWE, GO EAST, *Young lawyers: The Stanford Law School Supreme Court Litigation Clinic*, 3/9/2006 Pdf

34 D. OPPENHEIMER, *Boalt Hall's Employment Discrimination Clinic: A Model for Law School/Government Cooperation in Integrating Substance and Practice*, 7 *Industrial Relations Law Journal* 245 (1985).

35 V. sur le site du « American Association of Law Schools », le discours de Rachel Moran, la nouvelle présidente, professeur à Berkeley, sur « The citizen-lawyer as the architect of transformative law ». Il existe aussi une version internationale de cette organisation : the International Association of Law Schools.

existe l'Association du Barreau Américain (ABA), association privée fédérale de tous les juristes (car tous sont avocats). Grâce à ses multiples commissions dont une sur la formation juridique (Legal Education) et grâce à son pouvoir d'accréditation des formations en droit, l'ABA est en quelque sorte un des gardiens du temple de la formation juridique. L'ABA exerce aussi un rôle comme *think tank* sur la formation juridique, sur les spécialisations du droit et réfléchit à l'évolution des cursus³⁶.

Ce dernier point sur l'existence d'une réflexion pérenne relative à la formation juridique incite à envisager comment favoriser, à l'échelle internationale, un débat perpétuel sur l'enseignement en droit qui est en constante mutation à l'image de l'évolution du droit et des professions juridiques.

En somme, le débat aux États-Unis n'est pas si éloigné des préoccupations européennes dans la recherche d'un équilibre subtil entre l'enseignement pratique et théorique qui correspondrait aux traditions juridiques. Il reste à retenir pour mémoire la pratique plus courante des « *law clinics* » aux États-Unis, très enrichissants pour les étudiants, et le souci, de plus en plus présent aux États-Unis, de transmettre une éthique professionnelle aux futurs avocats, véritables acteurs clé de la société civile. D'ailleurs, la discussion sur la responsabilité professionnelle des juristes dans les cursus de droit peut sans doute être un pont idéal entre l'enseignement théorique et la pratique.

³⁶ Certaines revues américaines sont aussi consacrées à l'étude de l'enseignement du droit.

DISCUSSION

M. XIFARAS : Je voudrais souligner le fait que les étudiants américains commencent leurs études en post-grade.

J.-G. BELLEY : A McGill également sauf les étudiants qui viennent du Québec, soit environ 20 %.

C. JAMIN : Une autre différence mérite d'être soulignée. Les étudiants qui sortent des facultés de droit américaines passent l'examen du Barreau et rentrent directement dans des cabinets, alors que, pour notre part, nous avons une espèce de sas – les écoles professionnelles – dans toutes les professions d'ailleurs : les notaires, les avocats... etc. Aux États-Unis, les universitaires sont obligés de réfléchir à la question de l'articulation de la théorie et de la pratique dans les facultés de droit elles-mêmes (articulation qu'elles ne traitent d'ailleurs pas toutes de la même façon). Alors que chez nous, il y a une espèce de partage implicite des rôles : la faculté ferait de la dogmatique pendant quatre ou cinq ans, et puis après on aurait un sas à vocation professionnelle d'une année ou plus (songeons à l'ENM) dont les universitaires ne se préoccupent pas beaucoup. Il y a donc vraiment deux différences majeures : le *postgraduate* d'un côté et de l'autre cette répartition des rôles entre faculté de droit et écoles professionnelles.

M. MERCAT-BRUNS : Il existe aussi une différence financière.

F. LIMBACH : Est-ce qu'on a réfléchi à introduire un cursus juridique unique, monolithique, qui regroupe l'undergrade et le post-grade en Amérique, est-ce qu'il y a une discussion à ce sujet ?

M. MERCAT-BRUNS : Absolument pas. Je pense qu'il y a une grosse tradition du *liberal arts college* où, déjà même du point de vue de la concentration au niveau du premier cycle vous pouvez très bien en deuxième ou troisième année seulement choisir votre concentration, qu'elle soit dans le domaine scientifique ou des « *humanities* ». On considère que vous êtes là pour vous cultiver globalement, et que vous vous professionnalisez au niveau du master. Il y a même des universités qui vont plus loin comme Brown qui préconisent ce que l'on appelle le *open curriculum*, c'est-à-dire qu'il n'y a aucune concentration ; il n'y a même aucune note. On considère que c'est une expérience et que vous êtes là en train de vous épanouir grâce à un ensemble de matières. En tout cas, personnellement, je n'ai pas connaissance d'une réflexion sur la mise en place d'une formation juridique au niveau « *undergraduate* » (équivalent licence).

L. FONTAINE : En vous écoutant sur la façon dont les Américains réfléchissaient sur l'enseignement du

droit et sur ce qu'est un bon juriste, j'étais assez frappée, parce qu'en lisant la proposition du Conseil national du droit, en gros c'est à peu près la même chose: c'est de la contribution à la décision, de la déontologie etc. On a l'impression que c'est exactement le même raisonnement. Voilà donc la question que je me suis posée. A-t-on simplement recopié sans s'interroger sur notre système ou est ce que deux systèmes complètement différents conduisent aux mêmes réflexions?

M. MERCAT-BRUNS: Je pense qu'aujourd'hui dans un monde global, les mêmes questions se posent à certains types d'avocats, donc je ne sais pas si c'est copier... C'est tenir compte d'un monde qui change pour tous et une pratique juridique qui doit, en conséquence évoluer.

L. FONTAINE: ... Dans les deux cas, les systèmes qui existent aussi bien chez nous que là-bas ne répondent pas...

M. MERCAT-BRUNS: Certains le font. Quelques grands cabinets d'avocats dans lesquels il faut absolument avoir une vision globale, une capacité de décider, faire du conseil, avoir les capacités de gérer, comme un homme d'affaires, gérer ses dossiers, gérer son équipe; donc en cela, les préoccupations des deux côtés de l'Atlantique se rejoignent. La difficulté qui se pose est qu'il n'y a pas que la formation pour être avocat, il y a toutes sortes de professions qui puisent des talents chez les juristes. En Europe aussi, c'est un tremplin pour plein de choses, et on se rend compte que c'est la même chose aux États-Unis: on rembourse ses prêts et beaucoup de gens ne restent pas dans les grands cabinets d'avocats. Donc la question est là: est-ce que la formation juridique doit davantage tenir compte de cette préparation au travail en cabinet ou est ce qu'on doit penser au-delà? Et je pense que là où il y a une réflexion critique sur le droit, une certaine déontologie; là où beaucoup de professeurs font de la clinique réfléchissent, c'est ce qui se dit, que

peut-être qu'il y a autre chose après ces deux-trois années de sas dans les grands cabinets.

Et il faut, en outre, rajouter que la nouvelle présidente de l'*American Association of law schools* (AALS) souhaite que se mette en place une espèce de «service civil» d'avocat d'intérêt général. Cela se pratique dans beaucoup de facultés. Et pour ces gens-là, on accorde une remise de dette: si vous décidez de faire du conseil juridique pour les plus défavorisés pendant trois ans, vous n'avez pas à payer vos dettes ou qu'une partie de la dette. Cela permet d'enrôler un certain nombre de personnes qui auraient une vocation pour être avocat «de la veuve et de l'orphelin» (*public interest lawyer*) et qui ne pourraient le faire que si on les aide à rembourser leurs frais de scolarité au lieu de devoir travailler comme avocat d'affaires.

M. XIFARAS: À propos des échanges transatlantiques, la question de savoir si l'on copie, je retiens ce que vous dites: l'idée que nous n'avons pas beaucoup réfléchi à notre système. Il faut faire attention à une chose; là aussi l'histoire aide. Le système américain procède aussi du système européen. Ceux qui fondent le modèle des *law schools* au début du xx^e siècle, le *curriculum*... etc., ont l'école historique allemande et les auteurs français sur les genoux. Au moment où se met en place le système éducatif américain d'aujourd'hui, les fondateurs (Langdell, Pound etc) lisent du Saleilles, du Duguit, du Géný, du Demogue et ils en font autre chose, évidemment: il se passe quelque chose qui fait que ça devient autre chose. Mais ce que je veux dire c'est que la question n'est pas de savoir qui copie qui; ce sont des aller-retours et dans ces aller-retours la question n'est pas savoir qui copie qui, mais qu'est ce que chacun comprend de l'autre, et comment il l'utilise pour se réinventer. Je crois d'ailleurs que, souvent, quand on lit chez les américains quelque chose qui nous intéresse, ça nous intéresse parce que c'est déjà là, parce que c'est déjà nous, mais parce qu'on le voit sous la forme d'un miroir déformant. La métaphore de

la copie ne dit pas assez les va-et-vient et la richesse des échanges entre les deux côtés de l'Atlantique.

M. MERCAT-BRUNS: Et on peut donner l'exemple de Foucault et de Derrida. Dans les facultés américaines, la plupart des grands professeurs s'en sert pour déconstruire le droit positif – après ils reconstruisent selon la problématique en jeu... Ils s'y réfèrent souvent comme première grille de lecture des grandes questions d'actualité.

S. PIMONT: ... Étant entendu que sa réception dans les facultés de droit françaises n'est pas assurée...

M. XIFARAS: ... Peut être que cet effet d'étrangeté est justement que ça nous dit quelque chose...

S. PIMONT: ... Indéniablement.

J.-P. MAISONNAS: Je ne crois pas qu'il faille s'interroger indéfiniment sur la copie des uns par les autres. Je crois, et je parle en tant que praticien, que les problèmes qui se posent aux avocats français, américains ou chinois sont radicalement identiques. La déontologie à laquelle vous faites références est bien la même, même si on a la directive blanchiment qui nous pose quelques difficultés et qui n'existe pas aux États-Unis, pour le reste globalement, le rapport avec le client, le rapport avec le juge, le rapport avec le tiers est radicalement identique. C'est un problème de culture. Il n'y a pas de copie, il y a nécessairement une analogie; c'est une nécessité professionnelle. Le certificat d'avocat n'existe pas partout dans le monde mais c'est toujours la même nécessité qui commande, il n'y a pas de difficulté à cet égard.

Vous parliez de l'aide juridictionnelle, il y a d'autres systèmes que la remise de dette. Je ne sais plus dans quel État, il y a un ensemble d'avocats qui ne font que cela et qui sont fonctionnaires de l'État. C'est une formation comme une autre. Autre point commun: le diplôme américain d'avocat a de la valeur dans le privé et, en France, le certificat d'avocat a de plus en plus la valeur dans le privé. Beaucoup de gens passent ce certificat mais ne vont pas rester longtemps avocats. Ils vont

exercer dans le privé en tant que juriste d'entreprise, ils auront une plus-value qui devient conséquente.

M. MERCAT-BRUNS: Et beaucoup d'avocats restent avocats?

J.-P. MAISONNAS: Non pas en France. Les statistiques montrent que les avocats restent avocats six à sept ans.

