



HAL
open science

Cliniques du droit : innovation versus professionnalisation ?

Christophe Jamin

► **To cite this version:**

Christophe Jamin. Cliniques du droit : innovation versus professionnalisation ?. Recueil Dalloz Sirey de doctrine de jurisprudence et de législation , 2014, 11, pp.675 - 681. hal-03385324

HAL Id: hal-03385324

<https://sciencespo.hal.science/hal-03385324v1>

Submitted on 19 Oct 2021

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.

ÉTUDES ET COMMENTAIRES



Cliniques du droit: innovation versus professionnalisation ?

par **Christophe Jamin**, Professeur agrégé des facultés de droit, Directeur de l'Ecole de droit de Sciences Po

L'essentiel > Dans un contexte où la « professionnalisation » des études de droit constitue un impératif, les cliniques juridiques sont à la mode. Néanmoins, elles ne se bornent pas à mettre les étudiants au contact de la pratique sous une forme pédagogique adaptée. Un regard tout à la fois historique et comparatif permet de comprendre qu'elles reposent sur une conception particulière du droit et de son enseignement, et qu'elles peuvent s'accompagner d'un regard critique porté sur les pratiques professionnelles. Aussi, de quelles cliniques voulons-nous ? Et les conditions sont-elles réunies pour que nous les mettions utilement en place ? Répondre à ces questions constitue un préalable nécessaire pour faire de ces cliniques un élément d'innovation pédagogique et intellectuel.

Depuis maintenant près d'une décennie, le débat sur l'enseignement du droit a été relancé en France. Livres, articles, rapports et colloques se multiplient, mais pas seulement : des expériences concrètes voient le jour sous l'action conjointe et dynamique d'universitaires et de professionnels. Et parmi ces expériences, il en est une qui paraît recueillir la plupart des suffrages ; elle porte sur ce qu'il est convenu d'appeler les « cliniques du droit »¹ dont le nombre ne cesse d'augmenter - Aix-Marseille, Bordeaux, Caen, Montpellier, Paris, Tours, Versailles, etc. L'ennui, c'est que l'expression recouvre des réalités et surtout des philosophies différentes, voire opposées. On peut donc bien parler de cliniques, mais de quelles cliniques parle-t-on ? Et que veut-on en faire ?

Aujourd'hui, l'expression « clinique du droit » a partie liée avec la « professionnalisation » des études juridiques, ce vieux thème qui revient périodiquement sur le devant de la scène. On nous dit le plus souvent que cette professionnalisation est nécessaire, alors qu'elle serait insuffisante au sein des facultés de droit malgré les efforts, nombreux et louables, faits en ce sens depuis plusieurs décennies. Pour pallier les défauts d'un enseignement réputé abstrait et trop éloigné de la réalité concrète de la pratique, il faudrait introduire ces fameuses cliniques, tout comme les stages, à différentes étapes du cursus universitaire. Cette seule référence à la professionnalisation

des études de droit aboutit assez logiquement à privilégier des définitions aseptisées de l'enseignement clinique, parfois réduit à n'être que le moyen de « mettre l'étudiant en contact actif avec la pratique juridique quotidienne dans le cadre d'une pédagogie adaptée »².

Or les cliniques ne se limitent nullement à cette inoffensive prise de contact. Si l'on creuse un peu la question, on s'aperçoit très vite qu'elles peuvent être plus et/ou autre chose que cela, et qu'on ne saurait nécessairement les réduire à une quelconque découverte de la vie pratique. Mon hypothèse est qu'elles contiennent au moins en germe deux innovations intellectuelles majeures qui ne se situent pas sur le terrain de la seule professionnalisation. La première est susceptible de disqualifier la conception du droit et de son enseignement qui l'emporte massivement en France en ne faisant plus seulement des enseignements pratiques ou professionnels le simple *complément* d'un enseignement universitaire qu'il est difficile de caractériser, mais dont le propre est de ne pas être fondé sur un droit « en action » (I). Quant à la seconde, sa vocation est de remettre en cause la vision dominante de l'enseignement dit « professionnel » : au lieu d'inculquer les comportements des différents professionnels à des étudiants qui sont réputés les méconnaître, elle vise au contraire à modifier la pratique du droit en privilégiant un discours critique à son égard (II).

675

ÉTUDES ET COMMENTAIRES / Chronique

(1) V. l'art. précurseur de S. Henneville-Vauchez et D. Roman, Pour un enseignement clinique du droit, LPA 2006, n° 219, p. 3. (2) 76 recommandations pour l'enseignement du droit formulées par le groupe de travail sur l'enseignement juridique présidé par le professeur D. Truchet en janv. 2007 (Recomm. n° 109).

I - Placer le droit « en action » au cœur de l'enseignement universitaire ?

Le thème de l'enseignement clinique du droit n'est pas nouveau. Il renvoie à un courant littéraire qui vit le jour dans notre pays au cours des premières années du XX^e siècle et lia l'interrogation sur le droit, sa nature, et la manière de l'enseigner³. En 1902, le professeur Brissaud faisait ainsi la promotion de « l'école pratique du droit » de Toulouse⁴. Relire son texte est instructif; résumons-le.

En premier lieu, écrit l'auteur, les cours dispensés dans cette nouvelle école ont pour objectif de compléter l'enseignement réputé trop abstrait dispensé dans les facultés de droit, car les professeurs ne lieraient pas assez leurs leçons orales à des exercices d'application. Lorsqu'un professeur enseigne une question juridique, il ne doit pas seulement énoncer des principes et des aperçus abstraits, il lui faut prendre « soin de présenter les nombreux cas d'application des préceptes du code ». En outre, poursuit Brissaud, l'enseignement juridique est nécessairement affecté d'un caractère analytique. On y découpe le droit en branches, alors qu'il ne se présente jamais sous cette forme dans la vie concrète. Or la combinaison des théories juridiques est laissée à la seule appréciation des étudiants. Il faut donc trouver un lieu et un moment pour leur apprendre à débrouiller les questions et les théories qui se présentent de manière enchevêtrée dans les faits. A cette fin, il faut agir en suivant trois axes : étudier des espèces imaginées par le professeur ou les élèves; analyser et critiquer les jugements et les arrêts; procéder à des consultations gratuites.

En second lieu, cette école pratique doit se transformer en une école professionnelle : elle doit être l'école de la magistrature et du barreau, et encore celle du notariat, des avoués et de tous les auxiliaires de justice. Malgré le « dédain » (*sic*) des universitaires pour ce genre de travail, il faut faire une place dans les programmes à des cours destinés à apprendre aux étudiants à formuler un exploit, diriger une procédure ou rédiger un acte. Certes, précise Brissaud, les étudiants en droit font souvent des stages chez des professionnels, même au cours de leurs études. Mais ces stages ne leur sont guère profitables à moins qu'ils ne se prolongent, car les professionnels n'ont pas le temps suffisant pour s'occuper de leurs stagiaires. Aussi faudrait-il que le stage soit « accompli à la Faculté » et placé « sous la direction d'un maître uniquement chargé de les [jeunes licenciés et docteurs] surveiller ». C'est à cette condition qu'on ferait du

jeune diplômé en droit l'équivalent d'un docteur en médecine qui, en quittant l'école, « a souvent plus d'expérience qu'après avoir exercé sa profession pendant de longues années ».

Les « écoles pratiques du droit » vantées par Brissaud peineront à asseoir leur légitimité. Néanmoins, l'idée sera reprise. En 1930, le très influent Henri Capitant préside à la création d'un « Institut clinique de jurisprudence » qui organise des cours du soir où les étudiants procèdent à des analyses de cas. L'année suivante, Bonnacase critique le fait que ces cours aient lieu au Palais de justice et prône leur intégration dans les facultés de droit⁵. Son souhait : que l'enseignement pratique soit pris en charge par des cliniques du droit où l'on étudierait tout à la fois la jurisprudence et des cas tirés de la vie pratique. Plus précisément, il encourage les professeurs à encadrer les activités des jeunes avocats qui participent au service de l'assistance judiciaire, au même titre que les professeurs de médecine prennent en charge les étudiants qui commencent à pratiquer leur art dans les hôpitaux. La métaphore médicale est d'ailleurs de rigueur : Bonnacase, qui emploie à dessein l'expression « clinique du droit », ajoute que c'est au Palais que « se trouve véritablement situé l'hôpital des maladies juridiques »⁶ (ce qui ne l'empêche pas de souhaiter voir ces cliniques situées dans les facultés).

On voit ce qui est dépassé dans cette littérature. A l'époque où nos auteurs s'expriment, l'étude de la jurisprudence est un sujet majeur de préoccupation. Elle ne l'est plus aujourd'hui. Cette jurisprudence a parfaitement été intégrée dans les cours magistraux et les manuels de droit, parfois trop au goût de certains⁷. De même, les professeurs ne s'en tiennent plus aux seuls « préceptes du code » (Brissaud). Sous cet angle, l'enseignement magistral a été rendu plus concret depuis longtemps, même s'il a pour objet de soumettre cette jurisprudence à l'autorité des professeurs chargés de transformer un matériau brut en un ensemble cohérent propre à autoriser son utilisation dans l'avenir⁸.

Cette littérature est aussi dépassée parce que des évolutions institutionnelles ont, à mon sens, contribué à tarir le débat sur les cliniques du droit. D'une part, la création de ce que nous appelons aujourd'hui les travaux dirigés (facultatifs en 1922, obligatoires après 1954) a eu au moins en partie pour vocation de prolonger l'enseignement magistral par des études de cas⁹. Certes, ces études sont le plus souvent réduites à l'analyse de la jurisprudence (que Bonnacase qualifiait de « clinique rétros-

(3) S. Pimont, Conclusion d'un juriste, in A. de Luget, M. Flores-Lonjou et C. Laronde-Clérac (dir.), Quelle pédagogie pour l'étudiant juriste?, Bruylant, 2012, p. 328, qui parle de ce propos de « moment pédagogique de la doctrine française » et le lie aux interrogations des fameux « juristes inquiets ». (4) Brissaud, VI - L'enseignement pratique du droit, in F. Picavet (dir.), Troisième congrès international d'enseignement supérieur tenu à Paris du 30 juillet au 4 août 1900 - Introduction, rapports préparatoires, communications et discussions, A. Chevalier-Marescq & Cie, 1902, p. 409 s. (5) J. Bonnacase, L'enseignement de la clinique du droit et les Facultés de droit. L'Institut clinique de jurisprudence, Revue générale du droit, 1931, t. 55, p. 61 s. (6) J. Bonnacase, Qu'est-ce qu'une faculté de droit?, Sirey, 1929, p. 186. (7) J.-D. Bredin, Pour la réforme des réformes : remarques sur l'enseignement du droit, Etudes offertes à Léon Julliot de la Morandière, Dalloz, 1964, p. 83, n° 24, s'agissant du droit privé. (8) Ce qu'avait déjà fort bien compris le lucide M. Leroy, La loi - Essai sur la théorie de l'autorité dans la démocratie, Giard & Brière, 1908, p. 229. (9) V., sur l'ambiguïté du rôle des « conférences » complémentaires des cours magistraux qui apparaissent dès les années 1850 à Paris, G. Richard, La Faculté de Paris et l'aide aux étudiants sous la troisième République, in J.-L. Halperin (dir.), Paris, capitale juridique (1804-1850), éd. rue d'Ulm, 2011, p. 206-208.

pective ») et les travaux dirigés sont massivement confiés à de jeunes doctorants qui n'ont ni le goût, ni les moyens d'initier leurs étudiants à la pratique concrète du droit et se bornent plutôt à illustrer le cours magistral à partir des fameuses « fiches de travaux dirigés » et de leurs non moins fameux exercices académiques (dont le commentaire d'arrêt constitue le parangon). Néanmoins, le fait est là : pendant de nombreuses années, ces travaux dirigés ont paru remplir leur office et fait taire le débat, aujourd'hui renaissant, sur les cliniques. D'autre part, et partiellement du fait de cette évolution en trompe-l'œil constituée par l'instauration des travaux dirigés, les professions juridiques réglementées ont fini par ne plus s'en remettre aux facultés de droit pour aborder les questions pratiques et ont créé leurs propres écoles, qu'il s'agisse des magistrats, des avocats ou des notaires, ce qui a sapé à la base l'un des objectifs majeurs des cliniques.

Ce dernier fait est à mon sens capital, car il contribue très fortement à légitimer (et figer) une certaine répartition des rôles. Aux facultés, un enseignement des concepts, des principes, des théories générales, des systèmes, et de tout ce qui s'en rapproche. Aux écoles, l'apprentissage des questions réputées pratiques, et par là même (mais pas uniquement) de ce dont parlait déjà Brissaud : la recombinaison d'un droit fortement découpé en branches durant le cursus universitaire.

Je voudrais m'arrêter un peu sur cette répartition des rôles, parce qu'elle n'a rien d'évident et qu'elle postule une certaine conception du droit. Pour me faire comprendre, il me faut faire un détour par les États-Unis.

Au moment même où Capitant et Bonnacase dissertent sur les cliniques du droit, un juriste nord-américain, réputé pour son iconoclasme¹⁰, s'intéresse de très près à ces mêmes cliniques. Son nom : Jerome Frank. Celui-ci n'est pas un universitaire, mais un praticien impliqué dans l'expérience du *New Deal* et qui deviendra bientôt juge. Dans une série d'articles publiés durant les années 30-40, il s'en prend violemment au système d'enseignement du droit qui l'emporte dans la plupart des facultés nord-américaines et dont il pense qu'il ne prépare pas les étudiants à la pratique, en même temps qu'il leur donne une vision erronée de ce qu'est le droit. Sa bête noire a pour nom Christopher C. Langdell, l'ancien doyen de Harvard (de 1870 à 1895), qui a inventé ce système dont l'influence s'étend à la plupart des facultés de droit. Celui-ci consiste à prendre pour point de départ de l'enseignement juridique, non plus les traités, mais les principales décisions rendues par les juridictions supérieures que les étudiants doivent analyser avec leurs professeurs pour essayer d'en déduire les principes qu'elles contiennent, ces principes une fois énoncés ayant vocation à s'appliquer dans l'avenir à des situations de fait identiques. Par ce biais, Langdell entend faire du droit une véritable science - et une science dont on voit immédiatement qu'elle est profes-

sorale (ce qui, soit dit en passant, relativise beaucoup la distinction, encore tenace chez de nombreux juristes, entre les pays de *common law* dominés par les juges et les traditions civilistes qui le seraient beaucoup moins).

Or cette conception du droit présente de multiples inconvénients aux yeux de Frank. Tout d'abord, il ne comprend pas qu'un professeur de droit, dont Langdell soutient qu'il doit passer la plus grande part de son temps en bibliothèque, puisse enseigner le droit à partir de la jurisprudence. « Qui apprendrait le golf avec un moniteur de golf qui se contenterait de rester assis dans le vestiaire pour y analyser des journaux rendant compte de matchs de golf qui auraient été joués, par quelqu'un d'autre, plusieurs années auparavant ? », écrit-il sur un ton ironique pour fustiger cette manière de procéder¹¹. Ensuite, il considère qu'on ne peut séparer l'apprentissage d'une branche substantielle du droit de sa mise en œuvre concrète. Il n'y a pas d'un côté, le droit substantiel des contrats, présenté abstraitement, et de l'autre, sa rédaction ou sa négociation. Les deux doivent être enseignés de conserve, dans un même cours. Il faut apprendre le droit des contrats non du point de vue des livres et des principes, mais de celui de sa mise en œuvre concrète : partir d'un contrat, de sa négociation à sa conclusion tout en imaginant son contentieux. Dit autrement, au rebours de nos juristes français de l'époque, Frank ne voit pas dans l'enseignement pratique du droit un complément de son apprentissage théorique. L'un et l'autre doivent être fondus en un seul ; le droit doit être appréhendé « en action »¹². Ce qui produit un effet radical selon lui : au lieu de permettre de belles théories livresques (harmonieuses, cohérentes), fruit d'un travail de juriste bibliothécaire ne s'appuyant que sur des arrêts judicieusement sélectionnés, un enseignement de ce type met en lumière le caractère illogique, incertain, contradictoire, changeant, incomplet du droit et d'un droit qui, dans la vie pratique, autorise tous les coups.

Frank peut alors continuer son travail de sape en filant la métaphore médicale, mais dont les effets ne sont pas les mêmes que chez les auteurs français. Qu'apprécie-t-il dans les études de médecine ? Non qu'on livre aux étudiants un produit fini, mais qu'on leur enseigne une méthode et une technique, non qu'on les mette en contact avec de nombreux patients de manière extensive, mais qu'on concentre leur attention sur l'étude intensive et approfondie d'un nombre restreint de malades, ce qui leur permettra d'acquérir un sens très vif de l'existence de failles, de vides et de problèmes, et aussi de prendre conscience des limites très étroites de la connaissance et des compétences humaines. Adoptée par les facultés de droit, une telle orientation, ajoute-t-il, aurait d'ailleurs pour avantage de permettre aux étudiants de ne pas y passer trop de temps, car il n'est pas plus utile en droit d'apprendre l'ensemble de ses branches qu'il n'est nécessaire en médecine d'étudier toutes les maladies. Frank peut alors déduire de son raisonnement que les facultés

(10) V., en particulier, R. J. Glennon, *The Iconoclast as Reformer*, Cornell U.P. 1985. Adde, N. Duxbury, *Jerome Frank and the Legacy of Legal Realism*, 18 *J.L. & Soc'y* 175 (1991). (11) J. Frank, *What Constitutes a Good Legal Education?*, 19 *American Bar Association Journal* 723, 725 (1933). (12) V. sur ce thème, le classique R. Pound, *Law in Books and Law in Action*, 44 *Am. L. Rev.* 12 (1910).

de droit doivent être remplacées par des facultés de cliniques juridiques¹³!

Voici donc où se situe l'innovation, si ce n'est le grand chambardement : les cliniques juridiques sont susceptibles de bouleverser la conception traditionnelle du droit et de son enseignement. Placées au cœur des facultés de droit françaises, elles pourraient produire un effet ravageur qui consisterait, non seulement à remettre en cause la durée des études de droit dont certains de mes collègues soutiennent qu'elles sont nécessairement longues, mais plus encore à contester le discours doctrinal classique, celui que l'on trouve exposé dans les manuels et les traités et que relaient les fiches de travaux dirigés, à ne plus laisser croire à des générations d'étudiants que leur droit est fait de principes et qu'il peut être mis en système.

Bien plus, les analyses de Frank portent en germe des évolutions plus radicales : pour comprendre la signification (concrète, symbolique, politique, etc.) et les effets (économiques, sociaux, etc.) des multiples dispositifs juridiques ou rendre compte des processus concrets de décision des acteurs (qu'ils plaident, négocient, jugent, légifèrent, etc.), il devient impossible de s'en tenir aux ouvrages doctrinaux et aux recueils d'arrêts ; il faut nécessairement faire appel à d'autres disciplines, ce qui exige un effort de sophistication intellectuelle inconnue des facultés de droit les plus classiques - et un retour dans les bibliothèques, mais en cherchant cette fois dans des rayons qui ne soient pas réservés aux manuels de droit. A ce titre, il n'est guère surprenant que Frank ait publié en 1930 un ouvrage très remarqué à l'époque sur la dimension psychanalytique du droit - *Law and the Modern Mind* - et qu'il ait manifesté de l'admiration pour des professeurs de droit au croisement de plusieurs disciplines (M. Radin ou W. Hamilton).

Or de tout cela les universitaires français ne veulent pas. Pour s'en convaincre, revenons de ce côté-ci de l'Atlantique. Ce n'est pas de Frank dont s'inspirent Capitant et le comparatiste Edouard Lambert quand ils s'intéressent, dans un ouvrage paru en 1924, à l'étude des cas jurisprudentiels et à leur enseignement aux étudiants, c'est du très professoral Langdell¹⁴. L'ayant lu, car les idées juridiques circulent d'un continent à l'autre, Capitant et Lambert en déduisent que l'étude des décisions des juridictions supérieures peut être instructive pour des étudiants en mal de pratique. Néanmoins, cette étude ne doit pas aller trop loin. Les deux auteurs sont même en retrait par rapport au doyen de Harvard ! Dans leur esprit, il ne s'agit pas de déduire les principes des arrêts (ce qui aurait été la transposition des idées de Langdell), mais bien plutôt d'exposer la loi et les principes qu'elle est censée contenir (tâche qui revient à la doctrine) avant de discuter des arrêts à l'aune de ces prin-

cipes. Le tout au nom de la tradition juridique française qui se distinguerait du *common law* et de son *judge-made law*, mais aussi parce que Lambert ne veut pas prendre le risque d'importer en France un quelconque « gouvernement des juges » qu'il vient de critiquer dans un important essai paru en 1921. On l'aura compris, ce que nos deux juristes français souhaitent en publiant leur recueil d'espèces choisies sur le modèle des *select cases* américains, ce n'est pas se mettre à l'écoute du juge, mais bien, sans remettre en cause la primauté formelle de la loi, renforcer le pouvoir des professeurs sur la production de ce juge¹⁵.

Ce discours ne permettra plus aux cliniques du droit (ou à leurs équivalents) d'attaquer le cœur de la machine, car elles auront simplement pour objet de compléter l'enseignement théorique dispensé dans les facultés. Malgré leurs ambitions, Capitant et Lambert auront annihilé l'effet innovant des cliniques. Le seul qui, à mon sens, aurait pu percevoir leur rôle proprement subversif était Brissaud quand il avait écrit que les questions et les théories enseignées de manière analytique (par branches) dans les facultés de droit se présentaient « enchevêtrées les unes dans les autres » dans la vie concrète. En poussant le raisonnement à la manière de Frank, il aurait pu percevoir que cet enchevêtrement, par le désordre qu'il place au cœur du droit dès l'instant que celui-ci sort des livres pour être analysé « en action », avait le potentiel de faire vaciller sur ses bases la conception analytique (selon le mot de Brissaud) de son enseignement en France. Cependant, nous étions en 1902, et il était peut-être trop tôt pour tenir un tel raisonnement.

Qu'en est-il aujourd'hui ? La promotion dont les cliniques juridiques font bruyamment l'objet va-t-elle permettre de reprendre le débat sur le droit et son enseignement sous l'angle de l'iconoclaste Frank, ou les universitaires français vont-ils continuer à le refuser en se ralliant au discours de Capitant et Lambert au nom de cette fameuse et, à mon sens, inconsistante « culture juridique française » que ces derniers invoquaient déjà et dont on ne cesse de nous rebattre les oreilles aujourd'hui (parfois sous le vocable « droit continental ») en la vendant comme un produit de nature, alors qu'elle n'est que le fruit d'une époque - celle d'un entre-deux-guerres nationaliste¹⁶ ?

Si nous en restons à la configuration actuelle, si nous ne remettons pas en cause notre vision du droit et la façon dont il est enseigné dans les facultés de droit, je ne perçois guère l'intérêt de ces cliniques. Si on les réduit à n'être que le complément d'un enseignement doctrinal du droit demeuré intact, c'est-à-dire à l'apprentissage d'un savoir-faire professionnel et à ce qu'on appelle des *soft skills*, elles feront certainement doublons avec ce qui est censé s'enseigner dans les écoles professionnelles, parfois qualifiées « d'application » (une expression signi-

(13) J. Frank, *What not a Clinical Lawyer-School*, 81 *U. Pa. L. Rev.* 907 (1932-1933), et *A Plea for Lawyer-Schools*, 56 *Yale L. J.* 1303 (1946-1947).

(14) Espèces choisies empruntées à la jurisprudence publiées par un groupe de professeurs de droit, Dalloz, 1924. (15) V., sur ce point, P. Jestaz et C. Jamin, *La doctrine*, Dalloz, 2004, p. 297-300. *Adde*, C. Atias, *Premières réflexions sur la doctrine française de droit privé (1900-1930)*, RRJ 1981. 192, qui, de manière significative, retient de l'ouvrage dirigé par Capitant et Lambert qu'il « offrait aux étudiants des exemples d'application des principes dégagés par la doctrine ». (16) V. en ce sens, F. Audren et J.-L. Halperin, *La culture juridique française*, CNRS éd., 2013, p. 157-200.

ficative), que plusieurs professions réglementées ont mises en place au cours des dernières décennies¹⁷. Et c'est dans ces écoles qu'elles trouveraient plus logiquement leur place.

De même, si ces cliniques ne sont pas l'occasion de cette remise en cause, leurs promoteurs prennent le risque de voir se renouveler l'appréciation fort peu amène, et que les universitaires n'ont pas appréciée, d'un praticien du droit qui a récemment souhaité voir « la faculté de droit remise au service de la profession d'avocat »¹⁸, ce qui était peut-être une manière de leur signifier que leur effort (certain) pour professionnaliser l'enseignement du droit manquait en partie son but dès l'instant qu'il demeurait doctrinal en son cœur et renvoyait le reste à la périphérie - un discours que la plupart ne pouvaient pas même entendre puisqu'ils sont imprégnés de cette conception doctrinale de l'enseignement qui constitue le fondement de leur légitimité¹⁹. N'oublions pas que le point de départ de la critique de Frank à l'égard des facultés de droit aux Etats-Unis partait d'un identique constat : en adoptant la méthode (très doctrinale) de Langdell, elles ne pouvaient préparer correctement les étudiants à leur futur exercice professionnel, en même temps qu'elles leur donnaient une vision incomplète et inexacte de ce qu'est le droit.

II - Privilégier une dimension critique dans l'enseignement professionnel ?

Pour comprendre le second élément novateur des cliniques juridiques, il faut reprendre le fil de notre histoire. Nous l'avons fait s'arrêter dans les années 20-30, il faut regarder maintenant du côté des décennies 60-70. L'époque est à la contestation. Sous l'impulsion de divers groupes plus ou moins structurés, tant au sein de l'Université que de la magistrature ou du barreau, se créent, non des cliniques, mais des « boutiques de droit » dont l'objectif est tout à la fois pédagogique, intellectuel et militant²⁰. Un auteur a pu récemment résumer les quatre principaux objectifs ayant présidé à leur création : apporter un soutien juridique aux minorités et aux populations démunies, autrement dit favoriser leur accès au droit et à la justice, tout en veillant à ne pas reproduire avec eux la relation classique de domination entre initiés (les juristes) et profanes (leurs clients); développer une réflexion sur les modes les plus appropriés de résolution des conflits (qui ne doivent plus être seulement juridictionnels); collectiviser les démarches pour modifier les rapports de force au sein d'un système qui a

pour caractéristique d'individualiser les problèmes; juridiciser les zones de « non-droit » (écoles, casernes, prisons, hôpitaux, etc.) pour éviter que ne soient prises une série de microdécisions arbitraires portant atteinte aux libertés fondamentales²¹.

Ce mouvement contestataire s'étend à de nombreux pays et sur l'ensemble des continents. Il est évidemment présent aux Etats-Unis où il s'inscrit dans le lointain sillage de Frank et plus largement des réalistes américains (très opposés aux conceptions formalistes du droit dont Langdell était à l'époque l'une des figures emblématiques). Néanmoins, les idées défendues par les promoteurs de ce mouvement ajoutent au fait d'enseigner et de penser le droit en action une réflexion sur l'accès au droit et à la justice dans une perspective de critique sociale proche de celles de leurs homologues européens ou sud-américains. Ce qu'ils visent, c'est d'abord la transformation du système politico-juridique *via* le droit en usant de celui-ci comme d'une « arme »²². Il existe cependant une différence majeure entre les Etats-Unis et la France.

Dans notre pays, le barreau s'oppose très rapidement au développement des boutiques de droit dans lequel il voit une atteinte à son monopole. Il y réplique en développant des « consultations juridiques gratuites » dont l'esprit est cependant différent, et beaucoup moins corrosif, que celui des boutiques, puisque ces consultations « n'ont pas pour objectif de transformer le droit, mais plutôt de contribuer à une meilleure connaissance et application par le citoyen de ses droits et obligations »²³. Or cette opposition, alliée à un net changement du climat politique (les années 80 n'ayant rien à voir avec la décennie précédente), aura pour effet de briser l'élan créé par les boutiques de droit, même si plusieurs des thèmes qu'elles portaient connaîtront un certain écho, qu'il s'agisse des réformes relatives à l'accès au droit, des modes alternatifs de résolution des conflits ou de la juridicisation de certaines zones de non-droit (le dernier effort de collectivisation des problèmes que le système juridique individualise remontant pour sa part à la loi dite « Quilliot » du 22 juin 1982 sur les rapports entre bailleurs et locataires).

Aux Etats-Unis, la contestation prendra fin de la même façon au début des années 90, mais elle aura permis de relancer les cliniques du droit qui n'avaient pas vraiment éclos en 30-40. Ce renouveau nous autorise à porter une seconde fois notre regard du côté des Etats-Unis. Synthétisons la suite d'une histoire que nous avons abandonnée avec Frank. Les enseigne-

(17) Sur une présentation synthétique de l'évolution institutionnelle de la formation des juristes en France, je me permets de renvoyer à mon livre: *La cuisine du droit*, Lextenso, 2012, p. 64-84. (18) T. Wickers, Remettre la faculté de droit au service de la profession d'avocat, *Gaz. Pal.* 16 oct. 2012, p. 13. (19) V., de manière caractéristique, car il traite la question sous le seul angle de la dérision, F. Rome (pseudonyme d'un universitaire de grand renom), « Facs » de droit: *apocalypse now?*, *D.* 2012. 2505. *Adde*, parce qu'il me paraît cette fois caractéristique d'un certain dédain professoral pour la pratique déjà dénoncé par Brissaud, M. Gobert, Lettre ouverte à Monsieur le bâtonnier Wickers, *LPA* 2013, n° 57, p. 7. (20) V. réc., L. Israël, « Un droit de gauche? » *Rénovation des pratiques professionnelles et nouvelles formes de militantisme des juristes engagés dans les années 1970*, *Sociétés contemporaines* 2009/1, n° 73, p. 66-68. *Adde*, P. Lascoumes, *Consultations juridiques et boutiques de droit, une critique en actes du droit et de la justice*, *Déviante et Société*, 1978, vol. 2, n° 3, p. 233 s. C. Revon (dir.), *Boutiques de droit*, Solin, 1978. (21) J. Faget, *Accès au droit et pratiques citoyennes. Les métamorphoses d'un combat social*, *Cahiers d'anthropologie du droit*, 2010, « Pratiques citoyennes de droit », p. 23-24. (22) L. Israël, *L'arme du droit*, Presses de Sciences Po, 2009. (23) A. Lejeune, *Le droit au Droit*, éd. des archives contemporaines, 2011, p. 43.

ments cliniques apparaissent d'abord dans le sillage des programmes fédéraux qui instituent les services juridiques aux plus pauvres à la suite des émeutes dans les ghettos noirs durant les années 60-65. Ces services emploient plusieurs milliers d'avocats qu'il faut former. Les cliniques juridiques feront ainsi leur entrée dans les facultés de droit, et elles le feront avec le soutien actif du barreau libéral (au sens nord-américain). Non sans difficultés, des enseignants commencent à être recrutés et un *corpus* pédagogique voit le jour, en partie dans le but de former les formateurs. Néanmoins, le discours se radicalise chez quelques-uns.

Le cas de Gary Bellow est, à certains égards, emblématique de cette évolution. Il publie en 1978 avec Bea Moulton un volumineux ouvrage pédagogique, *The Lawyering Process: Materials for Clinical Instruction in Advocacy*, qui a exercé une grande influence sur plusieurs générations de cliniciens du droit. Dans le même temps, il met en place un militant « *Neighborhood Law Office* » qui permet aux étudiants (de 3^e année) d'apprendre le droit en se frottant directement à la pratique. Le fait intéressant est que tout cela se passe à Harvard où Bellow est professeur. Son projet constitue un produit de contre-culture logé au cœur même de l'une des plus élitistes facultés de droit du pays. Comme l'écrira plus tard Bea Moulton, l'un des objectifs fondamentaux de son co-auteur était « de développer chez ses étudiants une perspective critique sur la pratique du droit, sur les relations, et les institutions avec lesquelles ils allaient avoir affaire dans leur travail »²⁴. Cette perspective autorise un parallèle avec le projet intellectuel et politique des boutiques de droit en France. A titre d'exemple, dans les exercices d'interview qui font l'objet d'un chapitre du livre, les deux auteurs n'incitent pas leurs étudiants à se mouler dans les schémas classiques de domination qui peuvent exister dans les relations entre les avocats et leurs clients, spécialement les plus pauvres d'entre eux. Il s'agit pour ces auteurs, non d'importer purement et simplement les comportements habituels des praticiens du droit, mais de les modifier en agissant sur leurs étudiants. De même, Moulton et Bellow s'aperçurent très rapidement en rédigeant leur ouvrage qu'il était impossible de s'en tenir aux références doctrinales: pour comprendre le droit en action, pour le mettre en œuvre concrètement, il faut tenir compte des apports de la psychologie cognitive, de l'analyse économique, de la sociologie, de la rhétorique, des études de critique littéraire, des théories de la communication, etc. Enfin, selon certains de ses collègues, Bellow était certainement le plus proche des idées de Frank: pour lui, c'est l'ensemble du cursus des facultés de droit (et pas seulement la dernière année) qui aurait dû être revu au profit d'une généralisation des enseignements cliniques, ce qui aurait permis de porter un regard différent sur le droit.

Néanmoins, les idées de Bellow ne résument pas l'ensemble des programmes cliniques. Aujourd'hui, la plupart sont intellec-

tuellement moins radicaux. Les cliniques juridiques s'inscrivent en général dans le prolongement d'un cursus traditionnel. D'un côté, elles peuvent prendre la forme de simulations, ce qui est le cas des *mock trials* (censés simuler des procès devant des juridictions inférieures) ou des *moot courts* (la même chose, mais devant des juridictions supérieures). De l'autre, elles portent sur des cas réels en mettant les étudiants en lien avec des clients. Leur vocation est alors directement professionnelle, ce qui n'empêche pas certaines d'entre elles d'être politisées quand elles visent en particulier la promotion des droits fondamentaux de certaines minorités sexuelles, ethniques ou sociales, ou encore l'accès au droit des plus pauvres. Ce qui ne veut pas dire pour autant qu'elles entendent transformer le système juridique - favoriser l'accès au droit ne signifiant pas nécessairement modifier le système juridictionnel ou le comportement des praticiens.

Le développement des programmes cliniques a donc produit des effets bénéfiques aux Etats-Unis: il a contribué à augmenter la capacité des étudiants à résoudre des problèmes réels en les plaçant dans des situations concrètes, et/ou les a incités à s'impliquer dans des programmes d'intérêt public. Néanmoins, les cliniques ont partiellement raté leur cible. D'un côté, leur dimension critique a été le plus souvent édulcorée. De l'autre, elles n'ont pas entraîné un bouleversement du cursus traditionnel; et ce n'est pas d'elles, mais plutôt des mouvements du *Law and...*, que sont venues les principales contributions au développement de la pluridisciplinarité. Aujourd'hui, leur évolution pourrait, en outre, subir le contrecoup de la profonde crise de facultés mises sous la pression très forte des cabinets d'avocats qui connaissent eux-mêmes une crise à peu près sans précédent²⁵. Ces cabinets promeuvent fortement l'introduction d'enseignements pratiques au sein des facultés de droit; néanmoins leur objectif est avant tout de recruter des collaborateurs qui soient très vite opérationnels. Pourrait donc l'emporter sur toute autre considération l'apprentissage d'un savoir-faire technique et la transmission d'un ethos professionnel.

C'est peut-être cette direction que nous prenons aujourd'hui en France, mais pour des raisons plus directement liées à une histoire propre que j'ai commencé à esquisser. Même si le climat n'est plus guère favorable à un usage militant du droit, la plupart des cliniques qui voient le jour s'inscrivent dans un mouvement général visant à en faire des instruments d'intérêt public, d'accès au droit et/ou de justice sociale²⁶. Toutefois, elles sont créées dans des conditions qui ne me semblent pas idéales pour remplir leur office d'innovation pédagogique et intellectuelle. Cela fait un demi-siècle que nous nous sommes privés de la possibilité institutionnelle de les établir en divisant la formation des juristes (du moins ceux qui appartiennent à des professions réglementées) entre des facultés de droit et des

(24) S. Bryant et E. S. Milstein, *Reflections upon the 25th Anniversary of the Lawyering Process: An Introduction to the Symposium*, 10 *Clinical L. Rev.* 1, 15 (2003-2004). (25) V., parmi une littérature considérable, S. J. Harper, *The Lawyer Bubble*, Basic Books, 2013, qui a l'avantage de mettre l'accent sur la double crise des cabinets d'avocats et des facultés de droit. (26) V., par ex., F. S. Block (ed), *The Global Clinical Movement - Educating Lawyers for Social Justice*, Oxford UP, 2011.

écoles d'application destinées (au moins en théorie) à permettre aux étudiants de passer d'un droit abstrait à son application concrète. Ce qui a entériné une division entre deux aspects du droit alors que, dans l'esprit de certains, les cliniques visent plutôt à les unifier (le droit ne pouvant être enseigné et pensé qu'en étant mis en situation). Pour inscrire utilement les cliniques dans les facultés, il faudrait desserrer l'étai du discours doctrinal qui l'emporte au profit d'un apprentissage, mais aussi d'une théorisation, du droit en action - celui dont mon amical contradicteur Hervé Croze (un J. Frank malgré lui) reconnaît qu'il est différent de celui, fait de principes juridiques abstraits et de cohérence doctrinale, qui s'enseigne dans les facultés²⁷.

Néanmoins, pouvons-nous desserrer cet étai? En dépit des écrits (anciens) que nous avons mentionnés, les universitaires français n'ont jamais fait des travaux dirigés l'épicentre d'un enseignement réellement clinique²⁸. En dépit des critiques que leur adressent à intervalles réguliers certains praticiens, ils n'ont jamais remis en cause les « faiseurs de systèmes » (au sens de J. Rivero) dont ils continuent à faire l'apologie. Qui plus est, les facultés de droit ne disposent pas des enseignants capables de procéder à un tel enseignement, car il ne suffit pas d'être praticien et universitaire pour y parvenir²⁹. A ce titre, il ne faut rien attendre du modèle de l'agrégation de droit qui, fidèle à sa vocation originaire (de 1855 revue en 1896), continue à avoir pour objectif assumé de produire des généralistes capables de dispenser un enseignement technique et surtout de qualité homogène sur l'ensemble du territoire national³⁰, non de promouvoir un enseignement du droit en action qui exige d'autres compétences. A titre d'exemple, il suffit de lire la grande majorité de la littérature juridique qui en est le produit pour voir

que les universitaires se préoccupent peu de compétence pluridisciplinaire, fidèles en cela à la culture, qui leur est propre, de « clôture du champ juridique »³¹. Le tout sans parler des questions d'argent, car les cliniques, qui exigent des enseignements interactifs en petits groupes, coûtent très cher et ont donc peu de chance de se développer en période de disette budgétaire, sauf à se tourner vers les praticiens du droit dont les ressources sont cependant limitées et qui souhaitent en grande majorité disposer de juristes « prêts à l'emploi » quand ils sortent des facultés, plutôt que de jeunes préoccupés de promouvoir la justice sociale, ou, pis encore, de verser dans la critique du droit et sa réforme.

Il n'est donc pas certain que les idées novatrices, que certains juristes (essentiellement nord-américains, mais marginaux) ont placées à différentes périodes au cœur des programmes cliniques, puissent être reprises en dépit de l'actuel engouement que ces programmes suscitent dans notre pays. Il est possible que leur introduction en France n'aboutisse pas à remettre en cause la conception doctrinale de l'enseignement juridique et qu'ils se bornent pour l'essentiel à sensibiliser les étudiants aux thématiques de justice sociale. En privilégiant la maîtrise d'un savoir-faire pratique, elles ont même de fortes chances de perdre toute dimension critique et de n'être que les instruments d'apprentissage et de reproduction d'une discipline professionnelle - au sens où l'on apprend aux individus à se conformer à des standards de comportement. Si tel devait être le cas, ces cliniques ne seraient alors que le moyen de maintenir le *statu quo* et nous aurions manqué une nouvelle fois l'opportunité de rénover nos conceptions du droit, de son enseignement et de ses usages.

(27) H. Croze, Confessions d'un cumulard - Essai de schizophrénie juridique, Gaz. Pal. 28-30 oct. 2012, p. 10. Adde, H. Croze et C. Jamin, Formation des juristes 2: échange électronique avec un schizophrène juridique, JCP 2013. 433. Relevons d'ailleurs que M. Croze est favorable à l'enseignement clinique: Recherche juridique et professionnalisation des études de droit. Pour une filière hospitalo-universitaire en matière juridique, D. 2005. 908. (28) V., parmi les exceptions, A. Jeammaud, La part de la recherche dans l'enseignement du droit, Jurisprudence Revue Critique 2010, p. 205, le texte et la note 114, où l'auteur relate l'expérience déjà ancienne, inaugurée par le professeur J. Pélissier, d'un enseignement interactif mené à l'Institut d'études du travail de Lyon et dont le propre est de faire surgir « des questions ressortissant à la philosophie, à la théorie, à la sociologie ou à l'économie du droit... à l'occasion du traitement de "cas pratiques" au sein de groupes de "travaux dirigés" animés par les étudiants eux-mêmes ». (29) V., partiellement sur ce point, E. Millard, Sur un argument d'analogie entre l'activité universitaire des juristes et des médecins, Droits et libertés en question. Billets d'humeur en l'honneur de Danièle Lochak, LGDJ, 2007, p. 343 s. (30) F. Sudre (dir.), Rapport du groupe de réflexion sur les modalités de recrutement des professeurs des universités dans les disciplines juridiques et politiques, sept. 2011, n° 13, p. 7. (31) F. Audren et J.-L. Halperin, *op. cit.*, p. 149-155.