

## Ouverture et réalisme dans la formation des juristes en France 233u0

### L'essentiel

La France a construit un système original de formation des juristes en s'appuyant sur un puissant mouvement de rénovation de la pensée juridique qui remonte au début du XX<sup>e</sup> siècle. Ce système a fait ses preuves, mais il est aussi susceptible de critiques en ce qu'il est insuffisamment réaliste et ouvert à d'autres disciplines. On peut dès lors s'interroger sur de possibles aménagements dudit système, voire plus radicalement sur sa refonte partielle qui prend ici la forme de cinq propositions finales...

Par  
Christophe JAMIN  
Agrége de droit privé et  
sciences criminelles,  
directeur de l'école de  
droit de Sciences Po

Je commencerai mon propos en citant l'une des personnalités les plus provocatrices qui soit. Il s'agit d'un juriste américain, auteur à succès, grand praticien du droit des affaires à

New York, président de la SEC (*Securities and Exchange Commission*), puis juge à la cour d'appel des États-Unis (2<sup>e</sup> circuit), mais jamais universitaire. Prononçant en 1933 une conférence devant l'ABA (*American Bar Association*) sur ce qui constituait une bonne formation juridique, il avait débuté ainsi : « Il est présomptueux de ma part de parler de ce qu'est une bonne formation juridique. Je ne connais aucun juriste qui puisse s'en prévaloir »<sup>(1)</sup>.

Si je vous le mentionne, c'est que Jerome Frank fut l'un des chefs de file de ce qu'on a appelé le mouvement réaliste américain<sup>(2)</sup> et que vous m'avez demandé de vous parler de *réalisme* à propos de la formation des juristes en France. Aussi nous rencontrerons chemin faisant notre ami Jerome Frank, car j'ai choisi de parler de ce réalisme-là – et non du réalisme chez Duguit ou du réalisme dans sa version thomiste...

Mais pour l'instant, posez-vous cette question : avez-vous pour votre part reçu une bonne formation juridique ? Faites ce petit travail d'introspection. Pour ma part, je conserve un souvenir assez mitigé de ma formation de juriste qui remonte maintenant au début des années quatre-vingts. Comme nous tous, j'ai croisé des professeurs tout à fait remarquables, mais il faut bien dire que, de manière générale, la formation que j'ai reçue les premières années, entre les cours magistraux, les séances de travaux dirigés et toute une batterie de traités et manuels ne m'a guère passionné, et qu'elle m'a paru un tantinet abstraite. Je ne comprenais pas vraiment *ce qui était en jeu*. Je n'arrivais

pas à faire le lien entre ce qui m'était enseigné dans les livres et la vie concrète du droit, dont je n'avais par ailleurs qu'une vision très partielle en raison de mon jeune âge. J'en ai d'ailleurs eu la confirmation assez vite, car j'ai eu la grande chance d'aller très tôt travailler chez un avocat qui était un ancien mandataire au tribunal de commerce et un excellent praticien du droit des affaires, en l'occurrence M<sup>e</sup> Jean Thréard, que certains d'entre vous ont peut-être connu. Et là, je me suis retrouvé devant de volumineux dossiers. Et que sont les dossiers si ce n'est des masses de papiers, parfois de couleurs différentes, avec une multitude de cotes et de sous-cotes, de signes et de tampons ? Et de cette masse informe, il fallait que je fasse du droit... Eh bien, je dois dire que ça n'a pas été simple. J'avais appris un droit découpé en branches et là tout se mélangeait. Je ne savais d'ailleurs pas toujours à quelle(s) branch(es) rattacher les éléments de faits disparates dont je disposais. Pour le dire plus savamment, j'avais le plus grand mal à articuler fait et droit, ne serait-ce que parce que j'avais *appris du droit*. J'étais en particulier confronté à des problèmes de qualification qui ne faisaient pas partie des préoccupations premières de mes professeurs, ou du moins de l'enseignement qu'ils nous dispensaient.

Bien plus, mon patron m'a rapidement affranchi s'agissant des quelques rudiments juridiques que j'avais pu apprendre sur ces qualifications. On m'avait enseigné qu'une opération de qualification est en principe neutre et que, de la qualification, on déduit un régime juridique. Et là, j'avais un patron qui me disait qu'il fallait se comporter de manière inverse en vue de faire coller la qualification au régime juridique que je cherchais à voir appliquer. Un régime qui dépendait du résultat que je souhaitais obtenir, ce qui m'obligeait à adopter en permanence un comportement stratégique. Il faut dire que je travaillais avant tout en matière contentieuse. Et très vite, mon patron m'apprit qu'en matière contentieuse, le droit n'était pas une question très importante puisque l'essentiel des dossiers se gagnait en fait ! Il faut, me disait-il, qu'à l'issue de votre exposé des faits, le juge sache déjà dans quel sens la balance va devoir pencher. Parce que vous lui aurez fait la description d'un bon et d'un méchant, étant acquis que le bon devra toujours être votre client !

Je me rendais dans la journée à l'université et j'allais travailler le soir au cabinet, et me disais qu'il n'y avait pas vraiment de prolongement entre ces deux mondes, mais plutôt une rupture, ou du moins une forme de discontinuité. Et c'est à ce moment-là que j'ai commencé à me dire qu'il y avait quelque chose qui n'était peut-être

NDA : Le style oral de l'intervention a été conservé et l'appareil bibliographique limité au minimum.

(1) J. Frank, « *What constitutes a good legal education ?* » : ABAJ 1933, vol. n° 19, p. 723. J'espère qu'aucun lecteur n'aura la mauvaise idée de me faire de procès en américanisme en tirant argument de cette référence à un juriste nord-américain et des quelques emprunts que je vais faire à la pensée juridique nord-américaine dans les pages qui suivent... V. néanmoins, à titre préventif, en réponse à une critique récurrente, C. Jamin et M. Xifaras, « Retour sur la critique « intellectuelle » des facultés de droit » : JCP G 2014, 100, spéc. n° 4-6.

(2) V. pour une introduction courte et pédagogique sur ce mouvement au sein d'une littérature très abondante, F. Schauer, *Thinking like a Lawyer*, Harvard UP, 2009, spéc. p. 124-147.

pas très *réaliste* (au sens général du mot) dans ce qu'on m'apprenait.

J'ai eu confirmation de ces premières réflexions d'étudiant en allant par la suite très souvent discuter avec des magistrats. Je me suis vite aperçu que leurs convictions ne dépendaient que rarement de considérations proprement juridiques. Elles dépendaient certes de la manière dont ils se représentaient les faits, mais pas seulement. Même pour des dossiers réputés pour leur technicité, leurs convictions se nourrissaient très souvent de *jugements de valeur* qui mélangeaient des considérations politiques et morales où je percevais d'ailleurs assez vite des pré-supposés qui trahissaient leur appartenance à un certain milieu social, à leur âge, à leurs opinions personnelles, à une certaine forme d'éducation y compris juridique, à leurs choix de carrière, à la nature des relations qu'ils entretenaient avec leurs collègues, du moins quand ils siégeaient en forme collégiale, à leur place dans la hiérarchie judiciaire, bref à toute une série d'éléments sur lesquels mes professeurs n'insistaient pas du tout.

Bien plus tard, réfléchissant à ces questions d'un point de vue beaucoup plus théorique, je me suis dit que Jerome Frank n'était pas loin d'avoir raison. On l'a beaucoup critiqué aux États-Unis pour avoir peut-être écrit (car on n'en est pas sûr) que ce qui comptait le plus pour un avocat, ce n'était pas de connaître parfaitement le droit et de le restituer au juge, mais de savoir ce que ce juge avait mangé à son petit déjeuner. Il y a plus qu'une simple boutade dans ce propos. Jerome Frank et, avec lui, les réalistes américains des années trente, voulaient dire par là que la masse déjà croissante à l'époque des textes, des jugements, des travaux doctrinaux n'avaient qu'une portée relative (même si elle était très loin d'être nulle) et qu'il fallait aussi maîtriser bien d'autres disciplines si l'on voulait devenir un bon juriste (en ce sens que le droit était imprégné de ces disciplines, non qu'elles en constituaient le complément) : la psychologie sociale, la philosophie, l'économie, la sociologie, etc. Autrement dit qu'il fallait ouvrir le juriste à d'autres disciplines que le droit si on voulait le former à peu près correctement. Et surtout ne pas le confiner aux aspects les plus techniques si l'on voulait qu'il puisse « prédire » (le mot vient du juge Holmes) ce qu'allait être la décision du juge. Le réalisme juridique, un réalisme juridique d'un type un peu particulier (celui qui ne fait pas de la technique l'alpha et l'oméga du droit) aboutissait à une certaine forme d'ouverture (en l'occurrence à d'autres disciplines que le droit)...

J'ai consacré par la suite plusieurs années à réfléchir à la formation des juristes, précisément sous ces deux angles : le réalisme et l'ouverture. Aussi je vous remercie de me permettre de vous en parler aujourd'hui, en focalisant mon attention sur le système de formation des juristes dans notre pays, et en réduisant mon propos à une certaine conception du réalisme (l'absence de croyance dans la prééminence de la technique juridique) et de l'ouverture (aux autres sciences sociales). Je le ferai assez rapidement en commençant par vous présenter ce système de formation, fût-ce de manière stylisée, avant de me poser devant vous un certain nombre de questions sur la manière dont nous pourrions agir collectivement pour rendre cette formation à la fois plus réaliste et plus ouverte, autrement dit en essayant de voir s'il n'existe pas quelques pistes de réflexion pour réformer notre système de formation. Ce

qui me permettra *in fine* de me jeter à l'eau en vous faisant quelques propositions.

## I. UNE PRÉSENTATION STYLISÉE DE NOTRE SYSTÈME DE FORMATION

Pour tenter de comprendre ce qu'est ce système, il faut se donner un peu de profondeur de champ, à la fois historique et comparatif (et en mélangeant l'un et l'autre).

En matière d'enseignement, les choses sérieuses me semblent vraiment commencer à la fin du XIX<sup>e</sup> siècle au moment où les universités françaises se rénovent sur le modèle allemand (en 1896). Avant cette époque, il y a des choses intéressantes qui se font, mais de manière générale, l'enseignement dispensé au sein des facultés de droit est assez médiocre et ces facultés sont essentiellement des lieux de sociabilité bourgeoise, même si la licence en droit a de longue date été exigée en France pour exercer les fonctions d'avocat ou de juge. Les décennies 1880-1920 sont en revanche cruciales. L'esprit scientifique domine l'époque : il faut faire du droit une authentique *science*. Se passe alors quelque chose de très intéressant que je vais vous résumer en quelques mots, parce que je pense que nous en sommes les héritiers – et que c'est à la fois notre grandeur et une partie de notre problème.

À cette époque, la question de l'interprétation est centrale. Le Code civil (qui constitue encore le socle de l'enseignement du droit) a vieilli et on ne peut plus l'appliquer comme s'il datait d'hier. Les juristes vont donc rénover les techniques d'interprétation en faisant de ce code un texte vivant dont ils soutiendront qu'il faut l'interpréter en fonction des considérations du moment. Souvenez-vous de vos vieilles lectures de Saleilles et Gény. Selon eux et quelques autres, l'interprète doit se libérer du carcan des textes ; il doit s'affranchir de la méthode dite classique ou exégétique et de ses abus de déductions logiques. Mais nos auteurs se trouvent alors confrontés à un problème majeur qui ne cesse depuis lors de hanter les juristes : comment faire pour libérer les interprètes (et en particulier les juges) sans tomber dans l'arbitraire ? Se joue alors une pièce un peu complexe où les professeurs de droit, qui ont été dépassés par la *jurisprudence des arrêts* (autrement dit les juges) durant la seconde moitié du XIX<sup>e</sup> siècle, vont essayer de reprendre la main, d'occuper le premier rôle : il est tout à fait possible aux interprètes de s'imprégner de l'air du temps, soutiendront-ils, mais toute interprétation nouvelle d'un texte ne sera *juridiquement* acceptable que si elle s'insère de manière harmonieuse et cohérente (ce mot devient fondamental) dans un ensemble plus vaste constitué de principes qui font système. Contre le vice-président Chenot, le professeur Rivero écrira dans les années cinquante que « tout juriste est faiseur de systèmes »<sup>(3)</sup> (ce qui démontre que le droit public est aussi concerné que le droit privé). Du moins à l'université, la formation des juristes va se construire sur ce modèle que j'ai qualifié ailleurs de *modèle doctrinal*<sup>(4)</sup>. Le droit y est découpé en *branches* et il s'apprend avant tout à partir de manuels qui sont censés les *rationaliser* ; plus encore ces manuels *construisent* le droit qui est alors restitué aux étudiants. Ceux-ci sont censés en maîtriser le système et

(3) J. Rivero, « Apologie pour les « faiseurs de systèmes » » : D. 1951, p. 99.

(4) V. en particulier, C. Jamin, *La cuisine du droit*, Lextenso, 2012.

ses principes, qu'ils pourront ensuite appliquer aux cas divers qui leur seront soumis.

Mais évidemment, cela ne marche pas, ou pas complètement. Et c'est cela que les juristes réalistes nord-américains, qui sont confrontés à un problème identique que leurs homologues français, ont compris dès les années trente (en s'inspirant d'ailleurs de certains juristes français dont Saleilles, Gény ou Demogue) : pour prédire la décision d'un juge, pour comprendre la manière dont un juriste travaille concrètement, il ne suffit pas de maîtriser les principes et le système. Pourquoi ? Parce qu'un juge ne se prononce pas seulement au regard des principes et du système – qu'il peut d'ailleurs assez aisément manipuler. C'est ce que je vous disais en introduction : d'autres facteurs entrent en ligne de compte dont ses intuitions, ses préjugés qui tiennent à ses convictions politiques ou religieuses, à un milieu social ou à sa formation, au *climat* du moment, etc. Aussi ces juristes réalistes font-ils des choix intellectuels très différents des juristes français, ce qui va avoir des répercussions immédiates en matière de formation. Beaucoup vont considérer qu'il n'y a rien à tirer de l'analyse doctrinale, que le droit dans son acception technique trouve très vite ses limites, et qu'un bon juriste est celui qui tout à la fois maîtrise l'économie, la psychologie ou la sociologie (ou les trois à la fois), et qui est capable de réfléchir sur le droit à partir de questions concrètes. Ce réalisme produit donc un double effet : ouverture aux sciences sociales d'un côté, ouverture à la pratique de l'autre.

Ouverture aux sciences sociales d'abord. Il est difficile de vous en parler tant cette histoire est complexe et riche, ne serait-ce que parce que les États-Unis sont un pays très décentralisé, ce qui ne facilite pas les synthèses historiques. Je ne vous donnerai qu'un seul exemple qui fera en quelque sorte le lien avec le propos de mon ami Bruno Deffains. Dès les années trente, la faculté de droit de Chicago crée un programme interdisciplinaire d'études juridiques en quatre ans et recrute pour enseigner « l'analyse économique des politiques publiques » son premier économiste, en l'occurrence Henry Simons dont on peut dire qu'il est à l'origine du mouvement *Law & Economics*, du moins à Chicago. Ce mouvement est d'un certain point de vue l'héritier du réalisme juridique américain. D'un certain point de vue, car il constitue la branche *formaliste* de cet héritage. Il repose sur l'idée générale suivante : le modèle doctrinal est incapable de produire des solutions certaines, car les solutions les plus contradictoires y sont défendables et rien ne permet en définitive de les départager ; pour sortir de cette impasse, il faut s'affranchir du discours juridique et passer toutes les questions au tribu-chet du critère de l'efficacité économique qui a vocation à devenir la matrice disciplinaire des juristes – en passant au passage par-dessus bord une grande part de leurs catégories juridiques. De cette manière, les juristes pourront retrouver quelques certitudes.

Ouverture à la pratique ensuite. Très actif en ce domaine, Jerome Frank considère qu'il faut s'inspirer de ce qui se dessine en matière médicale. En 1910, Abraham Flexner publie, à la demande de la Fondation Carnegie, un rapport sur la formation des médecins où il prône en particulier un rapprochement des universités et des hôpitaux. Jusqu'à cette date, les étudiants apprenaient la médecine sous un angle théorique à la faculté de médecine et on les

envoyait ensuite à l'hôpital pour y effectuer des stages. Flexner défend l'idée qu'il faut intégrer les hôpitaux dans les universités. Ses idées influenceront le système de formation des médecins dans un très grand nombre de pays occidentaux ; nous leur devons en France les « centres hospitalo-universitaires ». Aux États-Unis, Jerome Frank reprend cette idée à son compte pour les études juridiques : il considère que six mois passés dans des livres de droit suffisent à son apprentissage théorique, et qu'il faut très vite apprendre aux étudiants à travailler sur de vrais dossiers en créant en quelque sorte des cabinets d'avocats au sein même des facultés de droit, à la façon de ce que font les médecins. Il invente ainsi, sur le modèle de l'enseignement clinique des facultés de médecine, les « cliniques juridiques ».

Voilà pour l'héritage réaliste. Vous en retiendrez seulement que l'histoire ne s'est pas arrêtée là aux États-Unis qui ont connu une période « post-réaliste », ne serait-ce que parce que la critique du rationalisme juridique (parfois radicale) faite par les réalistes était dérangeante, puisqu'il n'y avait plus avec elle grand-chose à tirer du droit... ce qui permit à certains de leurs détracteurs de les qualifier de *nihilistes*. Mais de cette critique réaliste, il est toujours resté quelque chose.

En France, les choses ne se sont pas passées de la même manière. Les juristes français ont eu leur moment réaliste, quelques années autour de 1900, entre l'instant où ils ont commencé à se poser la fameuse question de l'interprétation dont je vous parlais tout à l'heure et celui où ils l'ont résolue en faisant des juristes des *faiseurs de systèmes*. Surtout chez les privatistes, les professeurs de droit ont réussi à faire admettre qu'ils étaient les meilleurs gardiens de l'interprétation des textes et de la cohésion du système. Et puisqu'ils avaient le monopole de la formation des juristes et de la délivrance des grades en droit, puisque les professions juridiques n'exercent qu'un contrôle très lâche sur le contenu des enseignements juridiques, ils ont pu imposer le modèle doctrinal de formation des juristes. À peine ont-ils introduit des enseignements non juridiques les premières années du cursus avec les réformes de la licence de 1922 et surtout de 1954. C'est ainsi que nous avons vu apparaître des cours de sociologie, d'économie ou de sciences politiques durant les premières années de la licence en droit, mais sans jamais que ces matières remettent en cause la rationalité juridique elle-même, le droit étant toujours perçu comme une discipline *autonome* et *dominante* (en ce sens qu'elle serait le réceptacle de toutes les autres). Ces matières ont ainsi toujours été considérées comme des *disciplines annexes*, selon une expression parlante fréquemment en usage. Ce qui n'exclut pas certaines évolutions, par exemple du côté de l'analyse économique du droit. La création récente du master 2 « Économie et Droit » à l'université Paris II, ou celle du master 1 « Économie et Droit » à l'école d'économie de Toulouse en constituent autant de preuves. De même, constituent des innovations notables la création de doubles diplômes (« droit et histoire », « droit et philosophie », « droit et langues », etc.) dans un nombre croissant d'universités, ou encore l'ouverture de l'enseignement à des disciplines connexes au sein du collège de droit de l'université Paris II. Néanmoins, tout cela n'a pas vraiment remis en cause le discours dominant, à savoir que ces enseignements enrichissent certes la formation des

juristes, mais sans remettre en cause le caractère spécifique et autonome du droit, ni la croyance dans ce fameux modèle doctrinal. En d'autres termes, il s'agit d'un plus qui vient s'ajouter à l'apprentissage du droit, mais qui ne modifie pas vraiment le regard que les juristes portent sur lui. À titre d'exemple, l'analyse économique du droit ne l'a pas emporté en France où son statut demeure assez marginal, au rebours de la plupart des pays européens.

Les professionnels se sont vite aperçus que l'apprentissage du droit selon ce modèle ne suffisait pas à former un juriste. Exemple : en 1961, le futur président Lemontey participe à la rédaction d'un article au recueil Dalloz où il soutient qu'il faut « trouver une méthode d'approche des problèmes, de projeter la théorie sur la vie pratique, en bref, de superposer l'esprit judiciaire à l'esprit juridique »<sup>[5]</sup>. C'est la manière française de reprendre, au moins pour partie, la critique des juristes réalistes. Le résultat en sera la création du Centre national d'études judiciaires qui deviendra par la suite l'École nationale de la magistrature (ENM). Dénués d'autorité sur les facultés de droit, les professionnels ne se sont pas attaqués à la forteresse universitaire ; ils l'ont contournée en complétant l'enseignement dispensé dans les universités.

En définitive, toutes les professions qui sont un tant soit peu constituées ont procédé de la même manière durant la seconde moitié du XX<sup>e</sup> siècle. Les notaires y songent dès les années soixante à partir du moment où le rapport *Armand-Rueff* remet violemment en cause la légitimité même de leur profession. Les avocats s'y mettront à leur tour en créant au cours des années soixante-dix les centres régionaux de formation professionnelle des avocats, qui sont devenus en 2004 les écoles d'avocats. Et ces différentes formations entretiennent des liens plus ou moins lâches avec les universités. Les notaires en sont proches au point de nouer des alliances avec de nombreux universitaires ; les avocats ou les magistrats en sont nettement plus éloignés. Quant aux professions qui ne sont pas réglementées, elles s'associent volontiers aux universités pour former leurs cadres. Ce qui est une manière pour elles d'acquérir une certaine légitimité. C'est en particulier le cas des juristes d'entreprise qui s'associent à la création des diplômés de juriste conseil d'entreprise (DJCE).

« À l'école du barreau, on apprend (plus ou moins bien) à gérer son cabinet ou à maîtriser la procédure, mais bien peu la psychologie sociale... »

Vous voyez donc comment les Français ont réglé la question du réalisme : d'abord en créant des doubles diplômes au sein de l'université, ensuite en développant des enseignements professionnels hors l'université au sein d'écoles spécialisées ou dans les universités via les masters professionnels. Mais il faut insister sur le fait que ces formations professionnelles ne sont guère d'inspiration réaliste au sens américain du terme. Elles

se traduisent le plus souvent par des enseignements, de facture doctrinale, spécialisés. Au sein des centres de formation professionnelle des notaires, on enseigne à très forte dose le droit successoral et les ventes immobilières, et pas du tout l'analyse économique du droit. Au sein des DJCE, l'accent est mis sur les aspects les plus techniques du droit des affaires et du droit fiscal. À l'école du barreau, on apprend (plus ou moins bien) à gérer son cabinet ou à maîtriser la procédure, mais bien peu la psychologie sociale... Il me semble qu'il n'y a guère qu'à l'ENM qu'on ait recours à quelques enseignements pluridisciplinaires : sociologie, psychologie, psychiatrie, etc.

Voici donc où nous en sommes : nous avons un système de formation des juristes français qui combine un enseignement *doctrinal* de facture universitaire à la base (une base qui dure tout de même assez longtemps, puisqu'il s'agit en général de quatre années) auquel viennent s'ajouter les premiers temps quelques enseignements de disciplines annexes, le tout complété par un enseignement *pratique* ou *professionnalisant*, qui intervient cette fois en fin de cursus (en master 2 à l'université, ou au sein d'écoles professionnelles).

Évidemment, il s'agit là d'un croquis qui peut toujours être affiné. Il connaît par exemple quelques exceptions intéressantes. Bon nombre d'avocats d'affaires n'ont guère mis les pieds dans des universités. Ils sont diplômés d'écoles de commerce ayant conclu des accords de coopération avec des universités qui acceptent leurs étudiants parfois directement en master 2. Quand j'étais professeur à l'université Lille 2, j'avais ainsi conclu un accord avec l'EDHEC qui m'envoyait chaque année deux étudiants dans le DEA que je dirigeais. Je dois dire que ces étudiants étaient souvent les mieux classés en fin d'année. L'un d'eux est d'ailleurs devenu avocat aux conseils après avoir brillamment soutenu sa thèse de doctorat, mais sans avoir suivi un seul des cours de droit des quatre premières années du cursus universitaire ! De la même manière, les meilleurs juristes de la fonction publique, en l'occurrence ceux qui intègrent le Conseil d'État à leur sortie de l'ENA, peuvent n'avoir jamais suivi le moindre cours de droit au sein d'une faculté, ou simplement complété leur cursus par une licence en droit...

Voici pour mon histoire stylisée. Vous me direz que j'ai oublié quelque chose d'important : j'ai beaucoup insisté sur l'ouverture aux sciences sociales, et pas du tout à l'international. Et vous aurez raison. Les universités françaises se sont ouvertes à l'international depuis maintenant quelques décennies, chez nous d'ailleurs plus que dans certains autres pays. Les programmes Erasmus y ont contribué, mais pas seulement. Plusieurs universités ont organisé des doubles diplômes avec des universités étrangères. Le plus ambitieux d'entre eux est peut-être le master 2 de « juriste européen » que l'université Paris II organise avec l'université Humboldt en Allemagne et *King's College London*. Mais il est très loin d'être le seul. Il existe en particulier de très nombreux diplômes binationaux un peu partout en France (et parfois trinationaux, comme à l'université Lille 2). À cela, il faut ajouter le fait qu'un certain nombre d'étudiants complètent leur formation en allant suivre des LLM (*Master of Laws*) en Angleterre et surtout aux États-Unis. C'est très certainement un effet de la pression exercée par les cabinets anglais et américains de la place de Paris sur leurs futurs collaborateurs.

(5) J. Lemontey et Y. Patureau, « Le Centre national d'études judiciaires et la formation des magistrats » : D. 1961, p. 61.

Ces LLM ont une double fonction : s'assurer que ces derniers a) seront capables d'écrire et de s'exprimer en anglais, et b) qu'ils disposeront d'un vocabulaire commun avec leurs interlocuteurs étrangers et plus spécialement anglo-américains – en d'autres termes, qu'ils disposeront du bagage juridique minimum leur permettant de comprendre une tradition juridique qui n'est pas la leur.

Voilà où nous en sommes. À partir de là, nous pouvons décider de ne rien changer, mais nous pouvons aussi choisir de réformer notre système de formation. C'est de ces réformes possibles dont je voudrais vous dire quelques mots.

### II. QUELQUES QUESTIONS ET PISTES DE RÉFLEXION

Vous l'aurez compris : la France a fait le choix d'un système où les études juridiques débutent en principe immédiatement après l'obtention du baccalauréat. Les étudiants y suivent quatre ou cinq années d'études *doctrinales* dont seule la dernière est à certains égards à vocation *professionnelle* (le master 2), années suivies le cas échéant de plusieurs mois d'études à vocation professionnelle dans diverses écoles spécialisées qui multiplient les stages. De ce point de vue, nous ne sommes pas très éloignés du système allemand qui fait se succéder cinq ans d'études théoriques menant au premier examen d'État, puis deux ans de stages sanctionnés par le second examen d'État. C'est un modèle de formation, mais il en existe au moins deux autres.

Le deuxième est le modèle anglais traditionnel. Je vous le cite pour mémoire, car il a été en partie abandonné il y a plusieurs années. Pendant longtemps, les juristes anglais apprenaient le droit *en le pratiquant* après avoir suivi des études dans d'autres domaines. En dépit de l'existence de quelques chaires prestigieuses (dont celle de Blackstone à Oxford), le droit n'était pas vraiment une discipline universitaire, et les praticiens avaient le plus grand mépris pour les universitaires. On ne compte pas le nombre de grands juges diplômés d'études d'histoire, de chimie ou de médecine, mais qui n'avaient aucun diplôme de droit (un peu à la manière de certains de nos conseillers d'État)... Aujourd'hui, les étudiants suivent en principe trois années d'études juridiques dans une faculté de droit avant de commencer leur exercice professionnel. Mais il existe de nombreuses dérogations. La fille de bons amis vient ainsi d'être recrutée comme stagiaire par un grand cabinet londonien après avoir suivi cinq ans d'études japonaises à Oxford puis une année d'économie internationale à la *London School of Economics*. Pour devenir *solicitor*, il lui faudra poursuivre avec succès son apprentissage dans ce cabinet après avoir suivi un an seulement de cours de droit, ce qui est somme toute assez peu.

Je vous cite cet exemple anglais car il traduit peut-être cette idée que, dans l'esprit de certains, le centre de gravité du droit se situe peut-être moins dans la raison que dans l'expérience (pour parler comme Holmes), et qu'un esprit bien formé peut suffire à faire un bon apprenti juriste et que c'est la pratique qui fait en définitive le bon juriste.

Le troisième modèle est étasunien, même s'il s'inspire originellement du modèle allemand. Pendant longtemps,

aux États-Unis, il ne fut pas nécessaire d'être diplômé en droit pour devenir avocat. Les choses ont changé il y a plus d'un siècle et les études de droit sont devenues des études de second cycle universitaire, et cela dans le but de renforcer le prestige *scientifique* du droit (ce fut là l'inspiration allemande). Ce qui donne aujourd'hui le modèle suivant : les étudiants américains commencent par quatre années d'études au sein d'un *college* (en mathématiques, économie, philosophie, sciences politiques, etc.), puis ils rejoignent une faculté de droit pour y effectuer trois ans d'études, ce qu'on appelle un *JD (Juris Doctor)*. Pour de multiples raisons, ce système fait aujourd'hui l'objet de débats intéressants. Le président Obama (qui enseigna longtemps le droit à Chicago) s'en est même mêlé en souhaitant, il y a quelques mois, que la durée des études de droit soit réduite à deux ans car, dès la deuxième année du cursus, les étudiants sont stagiaires dans des cabinets et ils ont de moins en moins de temps à consacrer à leurs études – et de moins en moins le goût de s'y consacrer une fois qu'ils ont commencé à toucher au *vrai* droit dans la pratique.

“ *Les études de droit devraient commencer au niveau master 1 et ne durer que deux ou trois ans* ”

Voici donc à grands traits les modèles qui sont sur le marché des systèmes de formation. Nous pouvons évidemment ne pas changer le nôtre. Nous serons alors quelques-uns – universitaires et praticiens – à lui reprocher son caractère trop *doctrinal*. Nous serons quelques-uns à nous plaindre de son insuffisante ouverture aux autres sciences humaines et sociales (et à une forme de théorisation qui n'a rien à voir avec l'analyse doctrinale) et à la pratique (en ce qu'elle apprend à réfléchir à partir de la réalité concrète du droit). Et ce n'est peut-être pas si grave, car notre système n'est pas mauvais (surtout rapporté à la masse des étudiants) et il continuera en quelque sorte à produire ses anticorps : les écoles de commerce continueront à conclure des accords de coopération avec des facultés de droit ; l'université Paris II pourra développer son master « droit en management » avec succès ; l'école de droit de Sciences Po, qui fonctionne en partie (mais en partie seulement) sur le modèle étasunien, continuera à recruter de nombreux étudiants ; et quand il s'agira de s'ouvrir au monde, les meilleurs étudiants continueront à se rendre aux États-Unis pour y obtenir des LLM à prix d'or... Nous pouvons aussi nous dire qu'il devient nécessaire de faire évoluer un système qui paraît à quelques-uns (universitaires et praticiens) à bout de souffle en raison de l'épuisement intellectuel du *modèle doctrinal*, mais aussi parce qu'il n'offre guère de perspectives aux 200 000 étudiants qui peuplent les facultés de droit et dont la plupart sont exclus sans ménagement au bout des premières années – en dépit des grands efforts déployés par certains de mes collègues (ce qui fut mon cas durant 12 ans passés à l'université Lille 2).

Ce débat, mon collègue et ami Mikhaïl Xifaras et moi-même l'avons lancé dans un article qui devrait bientôt paraître dans la revue *Commentaire*, article qui a déjà

circulé et qui suscite quelques réactions<sup>(6)</sup>. Nous y soutenons plus spécialement que les études de droit devraient commencer au niveau master 1 et ne durer que deux ou trois ans. Cela permettrait aux futurs étudiants en droit de commencer leurs études supérieures, durant les trois ans de la licence, par l'apprentissage d'autres disciplines, d'autres méthodes de raisonnement, d'autres regards sur le monde. Cela leur permettrait d'acquérir la maturité qui nous semble nécessaire à l'apprentissage du droit, et cela permettrait à ces étudiants de mûrir leur choix et non de l'exprimer par défaut. Se limiter à deux ou trois ans d'études permet encore de ne plus focaliser son attention sur la maîtrise d'un système, de la totalité d'un système, ou encore sur l'apprentissage de la substance d'un droit positif sans cesse changeant, mais plutôt sur des modes de raisonnement qui sont appliqués seulement à certains items juridiques (ex. : ne pas apprendre l'ensemble du droit des biens, mais uniquement les éléments les plus formateurs au raisonnement juridique). Items qui trouvent au surplus avantage à être appris en situation (ce qui incite à multiplier les « cliniques juridiques ») pour ne plus séparer artificiellement théorie et pratique, « esprit juridique » et « esprit judiciaire », pour reprendre deux expressions que nous avons déjà rencontrées sous la plume du président Lemontey. Enfin, en faisant le choix de former les futurs étudiants en droit à d'autres disciplines de manière un peu approfondie préalablement à leurs études de droit, on peut espérer que cela rejaillira sur l'enseignement du droit (et sur sa théorisation). Il est toujours intéressant d'avoir dans sa classe un(e) étudiant(e) qui a étudié de manière approfondie la philosophie, l'économie, les sciences de l'ingénieur ou la médecine... Le débat juridique en est largement enrichi. Nous avons un exemple de cette nécessité en droit économique : il suffit de voir la part prise par les théories économiques en droit de la concurrence et l'incapacité (relative) des juristes à en débattre (ce qui leur fait souvent dire que le droit de la concurrence « n'est pas vraiment du droit » – une affirmation qui est lourde de présupposés sur leur conception de ce qu'est le droit) pour s'en convaincre. Mais l'ouverture à d'autres disciplines (la philosophie par exemple) peut aussi être utile quand on aborde des questions touchant aux libertés publiques et aux droits humains qui imprègnent aujourd'hui toutes les branches du droit. Quant aux enseignements portant (par exemple) sur « droit & littérature » (le droit perçu comme texte littéraire, plus sûrement que le droit dans la littérature), ils pourraient être utiles à tous les juristes qui sont quotidiennement confrontés à des questions portant sur l'interprétation des textes.

On peut se dire que nous ne sommes pas très loin d'un tel système. Des enseignements réputés extra-juridiques sont dispensés au sein des facultés de droit, du moins les premières années, l'université Paris II a inauguré le collège de droit qui permet aux meilleurs étudiants de recevoir un enseignement complémentaire dans d'autres disciplines que le droit, et des doubles cursus existent un peu partout. Il s'agirait simplement d'aller un peu plus loin en sortant définitivement ces enseignements du giron des facultés de droit où ces disciplines ne sont pas dispensées

pour elles-mêmes, où elles sont le plus souvent indexées à l'apport qu'elles offrent à un droit qui est toujours perçu de la manière la plus classique.

Est-ce que cela peut suffire pour permettre une *ouverture* aux autres sciences sociales, à faire en sorte que la pensée juridique elle-même soit irriguée – en quelque sorte de l'intérieur – par ces autres sciences humaines et sociales ? Cela n'est pas sûr, car on peut commencer par des études d'économie et continuer à croire que le droit conserve son autonomie et qu'il se résume à des principes et à un système. Pour changer radicalement la donne, les facultés de droit aux États-Unis ont mis l'accent sur le recrutement de leurs professeurs. Ceux-ci sont de plus en plus nombreux à être titulaires d'un doctorat dans une discipline quelconque autre que le droit (de l'économie aux relations internationales en passant par la psychologie ou la médecine) et d'un *JD*. Leur manière de penser et d'enseigner le droit change alors de façon radicale. Le droit ne peut plus être cette discipline autonome pensée en termes de principes et de système. C'est l'expérience de Henry Simons (celle menée dans les années trente à Chicago) à la puissance 1 000 !

Difficilement concevable en France où domine le modèle de l'agrégation, celui d'une maîtrise technique du droit et d'une technique perçue de manière très formelle, cette évolution n'est d'ailleurs pas sans inconvénient. J'en vois deux principalement. D'une part, les écrits de nos collègues étasuniens sont certes sophistiqués intellectuellement, mais ils s'adressent moins aux praticiens qu'à leurs collègues des autres disciplines, et les praticiens se plaignent de l'appauvrissement du dialogue entre ce que nous appelons « l'école » et « le palais ». D'autre part, et dans le prolongement de ce que je viens de dire, ces mêmes professeurs s'intéressent peu aux aspects pratiques de la formation. Le déficit est alors en partie comblé par un développement important des « cliniques juridiques » dispensées par une autre catégorie de professeurs.

Les cliniques juridiques : voici une autre piste pour réformer notre enseignement. Souvenez-vous : contre ses prédécesseurs, Jerome Frank soutenait que les facultés de droit ne devaient pas être construites autour des bibliothèques, mais adjacentes aux palais de justice. Je vous en ai suffisamment dit sur l'influence de Flexner sur sa réflexion. Elle nous a valu la création de « cliniques juridiques » dans le sillage des enseignements cliniques dispensés au sein des facultés de médecine. Ces cliniques ont longtemps été l'apanage des facultés de droit nord-américaines, mais on les a vues récemment arriver dans les facultés de droit européennes et françaises. Et c'est peut-être l'innovation pédagogique la plus intéressante de ces dernières années. Ces cliniques fleurissent un peu partout, et sur des objets divers : il y en a dans les universités de Dauphine, Nanterre, Tours, Caen, Bordeaux, Strasbourg, etc.

Ces cliniques ne se confondent pas avec des stages ; elles se situent au sein même des facultés de droit, mais elles sont un lieu de rencontre entre praticiens et universitaires. Elles sont un merveilleux outil d'enseignement du droit hors des livres et des bibliothèques, en partant du droit tel qu'il se fait concrètement. On y étudie des cas et des cas qui ne sont pas stylisés, mais analysés sous tous les

(6) C. Jamin et M. Xifaras, « Sur la formation des juristes en France – Prolégomènes à une enquête » : *Commentaire* 2015, comm. n° 150, p. 240.

angles, dans toute leur complexité. Et cela peut se faire très vite, presque dès le début de la formation juridique.

Il ne faut cependant pas se tromper sur leur philosophie. Les cliniques juridiques ne sont pas seulement des lieux de *professionnalisation* du droit. Elles doivent être à mon sens plus que cela : des lieux où l'on apprend que le droit n'est pas seulement dominé par des principes, que ces principes sont instables et souvent contradictoires, que la raison juridique manque souvent de cohérence, que les arguments sont à peu près tous réversibles, que le raisonnement juridique ne se limite pas au syllogisme, que de nombreux cas sont à proprement parler indécidables, mais aussi que le droit ne se réduit pas à des savoirs et qu'il faut y ajouter tout ensemble des savoir-faire (des tours de main qui s'acquièrent uniquement par l'expérience) et des savoir-être (des manières de se comporter). En d'autres termes, les cliniques juridiques peuvent être un puissant instrument propre à nous défaire du modèle intellectuel que nous avons construit au début du XX<sup>e</sup> siècle pour tenter de surmonter la question de l'interprétation, à remettre en cause les fondations intellectuelles de notre système de formation<sup>(7)</sup>.

Or, c'est en remettant en cause ces fondations que nous pourrions peut-être disposer d'un système de formation plus réaliste et plus ouvert. Ouvert à d'autres savoirs, mais aussi ouvert au monde. Je voudrais ici émettre une hypothèse : c'est peut-être parce que nous baignons dans le *modèle doctrinal*, parce que nous pensons le droit en termes systémiques que nous opposons les systèmes les uns aux autres (ce qui aboutit parfois à des caricatures, telle celle qui consiste à partager le monde en deux camps : le *common law* et le droit continental). Plus encore, c'est peut-être cette vision des choses qui nous empêche de penser la *globalisation* du droit. J'ai bien dit *globalisation* et non *internationalisation* du droit. Parler d'*internationalisation*, c'est encore se référer au binôme national/international. C'est continuer à croire que le droit est un phénomène national. Or, pour penser le *global*, qui ne relève pas de cette catégorisation, de cette opposition binaire, il faut certainement se défaire et du national et de l'esprit de système. Mais pour s'en défaire, on doit se défaire dans le même temps du fameux *modèle doctrinal* dont ces deux éléments constituent la base. Je vais dire les choses autrement : si nous voulons penser la globalisation, si nous voulons enseigner aux futurs juristes à se mouvoir dans un espace global, nous devons peut-être en finir avec un modèle qui a été imaginé et construit au début du XX<sup>e</sup> siècle pour répondre à une autre question, celle de l'interprétation.

Mais je n'en dirai pas plus sur ce mouvement de globalisation du droit, car je n'en suis pas un spécialiste. Je me borne à lire attentivement ceux qui y travaillent<sup>(8)</sup> pour

essayer d'en tirer quelques enseignements sur la formation des juristes. Pour tenir compte de ce que certains de mes amis tiennent pour un *tournant global* de la pensée juridique et de la pratique du droit (qui serait l'équivalent au fameux *tournant herméneutique*), cette formation ne doit pas se limiter au développement de diplômés bi ou trinationaux (parce qu'ils reposent encore sur une logique nationale où chacun enseigne chez lui son droit national). Elle doit faire sa part au métissage, mais aussi aux rudes oppositions entre manières de penser très diverses – et pas seulement occidentales. Elle doit s'appuyer sur des études de cas très concrets plus certainement que sur l'apprentissage de systèmes. Elle doit, de manière générale, nous inciter à changer nos logiciels intellectuels en nous contraignant à sortir de nos habituels schémas mentaux, tant elle met en jeu des questions inédites. Ce qui peut se traduire par la réalisation de travaux concrets en collaboration avec des praticiens rompus au multiculturalisme, l'envoi d'étudiants à l'étranger (et spécialement dans des pays non occidentaux, ou à la périphérie du centre que sont les pays occidentaux), ou encore la multiplication des rencontres avec des professeurs de cultures et de nationalités diverses. En ce domaine, le chantier est encore à construire, mais il se construit très rapidement avec de multiples expériences qui sont mises en œuvre ici et là partout dans le monde – Jindal, Tilburg, NYU, etc.

Mais il est temps de conclure. Il me semble que nous avons construit, au début du XX<sup>e</sup> siècle, un certain modèle de formation, qui présente des avantages, mais aussi quelques défauts. Je crois en particulier qu'il empêche les futurs juristes de penser le droit *tel qu'il se fait vraiment* et qu'il repose sur un type de théorisation qui me semble daté, une théorisation qui, pour faire court, fait la part trop belle aux *faiseurs de systèmes*. Peut-être faut-il se borner à aménager ce modèle, peut-être faut-il en sortir. Dans cet esprit, et pour lancer le débat, je vous ferai cinq propositions de réformes : (1) faire débiter les études supérieures par l'apprentissage d'autres disciplines intellectuelles que le droit et ne commencer l'apprentissage du droit qu'en master, (2) limiter la durée des études de droit à deux ou trois ans en mettant l'accent moins sur l'apprentissage de la substance du droit positif et d'un *corpus de règles* (expression très connotée) que sur des modes de raisonnement, (3) donner certes aux étudiants une grammaire doctrinale de base, mais passer très vite à des enseignements cliniques (qui n'ont rien de superficiels), (4) théoriser le droit autrement qu'en s'enfermant dans ce que M<sup>me</sup> Sylvaine Poillot-Peruzzetto a appelé en introduction la « dogmatique », (5) et peut-être aussi diversifier plus que nous le faisons le recrutement des professeurs en se libérant du puissant modèle de l'agrégation.

Ce ne sont évidemment là que des pistes de réflexion soumises à discussion. Je sais par avance qu'elles séduiront certains d'entre vous et heurteront la sensibilité de quelques autres. J'en ai l'habitude, mais c'est cela le plaisir d'être universitaire : même en droit, il faut savoir s'écarter de l'opinion commune des docteurs !

(7) Je me permets de renvoyer ici à mon article « Cliniques du droit : innovation versus professionnalisation ? » : D. 2014, p. 65 et s.

(8) V. récemment, parmi une littérature abondante, J.-Y. Chérot et B. Frydman (dir.), *La science du droit dans la globalisation*, Bruylant, 2012.