

stant aux limites étroites
ent par le cas, dans lequel
particulier vers l'universel.
le universitaire sélectionne
gles à restituer: un appren-
modifier les habitudes de
prennent pas « par cœur »
; les rendent omniscients,
Mais là réside tout l'enjeu
ment, « une philosophie ».

L'enseignement du droit aux États-Unis ou l'ingénierie des juristes américains

François VAN DER MENSBRUGGHE

Professeur à l'Université de Saint-Louis Bruxelles

*« Tell me and I forget, teach me and I remember,
involve me and I learn »*

Benjamin Franklin

Le titre de cette contribution, emprunté à Roscoe Pound, appelle quelque explication. Précisons tout d'abord que Roscoe Pound (1870-1964), doyen de la *Harvard Law School* de 1916 à 1936, est connu pour avoir participé à la fondation de la première revue de droit comparé aux États-Unis. Nourrissant un intérêt pour la sociologie et ses rapports avec le droit, Pound est aussi connu pour être intervenu dans l'École juridique réaliste, sinon comme fondateur, du moins comme l'un de ses précurseurs. Convaincu que les caprices inconscients des juges exercent un contrôle sur leur pouvoir discrétionnaire, il insiste sur le fait que l'on doive se soustraire d'une fixation abstraite et absolue pour les « règles en caractères gras » (*black-letter rules*) pour au contraire embrasser une approche raisonnée qui tienne compte de considérations sociologiques, économiques et politiques. Il balaie du revers de la main les « moines juridiques » qui se meuvent, leur vie durant, dans une atmosphère de droit pur, formaliste, détachés des éléments de l'humain. Le droit sert à ordonnancer les intérêts sociaux. Dans ce contexte, le juge se doit d'être un « ingénieur social » appelé à exercer sa profession en pleine connaissance des circonstances dans lesquelles ses décisions produiront leurs effets. Sans aller jusqu'à prétendre que l'université remplit une fonction d'ingénierie de « l'âme juridique » américaine, nous pouvons nous reporter à un adage ancien: *Le droit qui s'enseigne est le droit qui règne...* Pareil adage prête moins à controverse. Il invite à une lecture « *jurisculturelle* » (chère à Pierre Legrand¹).

1. P. LEGRAND, « Sur l'analyse différentielle des juriscultures », *RIDC* 1999, p. 1053-1071.

L'enseignement du droit aux États-Unis intéresse l'auteur de ces lignes à plusieurs titres. D'abord, il est chargé de l'enseignement du droit américain dans deux universités belges. À ce titre, un problème majeur qui se pose est celui de concilier la substance de la matière avec la méthodologie en usage en Europe continentale. Peut-on enseigner les fondements de la doctrine de *consideration* sans passer par un minimum d'échanges avec les étudiants chargés de débusquer les éléments de la *consideration* – *detriment/benefit* – dans un amas de *cases* à lire au préalable² ?

Par ailleurs, l'intérêt pour la matière vient d'un séminaire donné par Mmes Liora Israel et Rachel Vanneuville à Bruxelles le 11 octobre 2014, sur la formation en droit des élites françaises. Après avoir brossé un tableau de plusieurs institutions (HEC, Centrale, l'ENA et l'ENM), celles-ci terminaient leur propos sur l'importance prise par le barreau des affaires comme facteur explicatif de l'émergence de l'enseignement du droit à Sciences Po. Christophe Jamin aurait largement puisé son inspiration chez les réalistes américains.

L'influence des *law schools* américains – avec sa méthode socratique (une forme de violence institutionnelle obligée) – serait omniprésente. Il nous appartient de brosser un éventail de considérations propres à l'enseignement et à l'apprentissage du droit aux États-Unis d'Amérique, ruisselant à terme sur la pratique des juristes américains. Traiter de ce sujet, c'est poursuivre une transmission du savoir dans un cadre spécifique, les *law schools* (I). Il nous restera ensuite à analyser la pédagogie en vigueur dans ces établissements d'enseignement supérieur (II).

I – LE CADRE INSTITUTIONNEL DES *LAW SCHOOLS*

L'accès aux *law schools* américaines (A) se doit d'être traité avant d'endresser l'inventaire (B).

A. L'accès aux *law schools*

Si les cours de droit en Angleterre et aux États-Unis portent les mêmes intitulés, les étudiants américains sont engagés dans un cursus d'études de *master* (les étudiants anglais entamant leurs études de droit au sortir de l'enseignement secondaire). En effet, ils accèdent aux études de droit

2. En sens inverse, un étudiant abordant le droit français aux États-Unis ne pourrait se passer du commentaire d'arrêt.

api
un
un
"B.
em
de
leu

poi
cau
un
lim
fiqu
à d
s'ai

– I
c
e
– I
c
(
– I
l
I

3.
(bac
(ma.
esto
Uni
Coll
les P
"in c
des c
du E
scho

4.]
un A
5. I
Leg
grad
org/
6. I
– Ch
Nov

auteur de ces lignes à
nt du droit américain
najeur qui se pose est
éthodologie en usage
ments de la doctrine
ges avec les étudiants
- *detriment/benefit* -

séminaire donné par
: 11 octobre 2014, sur
brossé un tableau de
(NM), celles-ci termi-
u des affaires comme
a droit à Sciences Po.
ion chez les réalistes

méthode socratique
rait omniprésente. Il
ons propres à l'ensei-
'Amérique, ruisselant
iter de ce sujet, c'est
e spécifique, les *law*
ogie en vigueur dans

AW SCHOOLS

être traité avant d'en

is portent les mêmes
s un cursus d'études
les de droit au sortir
t aux études de droit

États-Unis ne pourrait se

après avoir effectué quatre années de *undergraduate studies*. Les *colleges* ou *universities* (les deux termes étant synonymes aux États-Unis) dispensent un savoir propédeutique aboutissant à la délivrance d'un diplôme en "*Bachelor of Arts*", ou en "*Bachelor of Science*"³. Les étudiants peuvent emprunter les deux voies pour ensuite accéder à une *law school*. En guise de spécialisation, les étudiants s'orientent de manière plus pointue durant leurs études de bachelier en optant pour une majeure ("*a major*").

À la différence de la médecine⁴, aucune majeure spécifique n'est requise pour accéder à une *law school*. Du reste, l'Association des barreaux américains (*American Bar Association*, ci-après « ABA ») se refuse à préconiser une recommandation spécifique⁵. Il est à noter toutefois qu'un nombre limité d'institutions offrent deux majeures qui se concentrent plus spécifiquement sur le droit: "*Pre-Law*" et "*Criminal Justice*"⁶. Quoique sujet à de fortes variations, les cours donnés dans une majeure en "*Pre-Law*" s'articulent pour l'essentiel autour de quatre thèmes:

- L'écriture et l'art de la parole ("*writing and speaking skills*"). Les cours comprennent la composition anglaise, la rhétorique, la communication et le théâtre.
- La résolution de problèmes ("*problem-solving skills*"). Les cours comprennent l'économie, les statistiques, la philosophie et les affaires ("*entrepreneurship*").
- La compréhension du comportement humain ("*understanding human behavior*"). Les cours comprennent l'anthropologie, la psychologie, l'histoire et la sociologie.

3. Traditionnellement, les *colleges* offraient uniquement des programmes de bachelier (*bachelor's degrees*) tandis que les *universities* offraient également des programmes de master (*master's degree*), voire une formation doctorale (PhD). La distinction s'est aujourd'hui estompée, certaines *universities* n'offrant aucun programme de master (ex. *Winthrop University* dans l'état de Caroline du sud) alors que des *colleges* les offrent bien (ex. *Boston College*). Le choix des termes est laissé à l'appréciation des institutions. De façon générale, les Américains considèrent qu'une personne qui poursuit ses études après le secondaire est "*in college*", même si elle est formellement inscrite dans une université. Il existe également des *community colleges* à vocation professionnalisante (infirmiers, mécaniciens, professions du BTP) qui sont d'accès libre: toute personne titulaire d'un diplôme du secondaire (*high school*) peut s'y présenter.

4. Les étudiants qui souhaitent embrasser une carrière médicale ne peuvent prétendre à un *Med School* sans avoir fait une majeure en pré-médecine ("*pre-med*").

5. D'après la Commission chargée de l'enseignement et de l'accès au barreau ("*Section of Legal Education and Admissions to the Bar*"), "*The ABA does not recommend any undergraduate majors or group of courses to prepare for law school*"; http://www.americanbar.org/groups/legal_education/resources/pre_law.html (consulté le 16 oct. 2015).

6. University of California - Berkeley, Michigan State University, Saint-Xavier University - Chicago, University of Texas - Arlington, University of Maryland - University College, Nova Southeastern University - Florida, Champlain College - Burlington, Vermont.

- Des sujets relatifs au droit ("*topics related to law*"). Les cours comprennent la science politique, les institutions ("*government*"), le droit et l'éthique.

Les majeures les plus communément suivies pour accéder dans une *law school* sont l'histoire, la science politique, la psychologie et "*Criminal Justice*".

L'accès aux études de droit aux États-Unis se fait au moyen d'une pondération de quatre éléments principaux. Indépendamment d'une lettre de motivation ("*personal statement*") et de lettres de recommandations, les deux principaux éléments sont les notes obtenues lors de quatre années d'études universitaires ("*Grade Point Average*" ou GPA) et un test standard qui – pour cause – ne relève en rien de connaissances juridiques au sens formel du terme ("*Law School Aptitude Test*" ou LSAT). Pour ce qui concerne le GPA, la moyenne des notes se calcule selon une échelle numérique de cinq points, allant du chiffre 0 (correspondant à la lettre F) au chiffre 4 (correspondant à la lettre A)⁷. Le LSAT, quant à lui, est constitué d'un test standardisé organisé à l'échelon national par un Conseil d'admission aux études de droit ("*Law School Admission Council*" ou LSAC). Créé en 1947 par – et pour – les deux seules universités de Yale et Harvard, ce test fut rapidement adopté à l'échelle nationale comme clé d'accès obligatoire à toutes les *law schools*⁸. Il est organisé quatre fois l'an, dure 3 heures et demie, et comporte quatre volets constitués pour l'essentiel de questions à choix multiple :

- Le raisonnement logique ("*Logical reasoning*") : également connu sous l'appellation "*Arguments*") : cette partie évalue la capacité des étudiants à trouver des éléments d'information pertinents dans un texte et à en faire ressortir et évaluer différents arguments. Constituée de deux parties de 25 questions chacune, les étudiants disposent d'un peu plus d'une heure (70 minutes) pour compléter cette partie.
- Le raisonnement analytique ("*Analytical reasoning*") : également connu sous l'appellation "*Games*") : cette partie évalue la capacité des étudiants

7. La lettre « A » signifie l'excellence, la lettre « C » une note moyenne et la lettre « F » correspond à une note d'échec. Sauf exception, les institutions ne donnent pas la lettre « E ». Les valeurs numériques sont attribuées comme suit : A = 4, B = 3, C = 2, D = 1, et F = 0. Il est à noter enfin qu'une nuance positive (ex. B+) infléchit la GPA de 0,33 points vers le haut (soit 3,33), tandis qu'une nuance négative (ex. A-) infléchit la GPA de 0,33 points vers le bas (soit 3,67). Très peu d'institutions offrent A+.

8. Pour un compte rendu historique du LSAT, v. W. P. LAPIANA, "Merit and Diversity: The Origins of the Law School Admission Test", in *Before the Paper Chase. The Scholarship of Law School Preparation and Admission*, T. A. GARRISON et F. GULIENZA (eds.), Durham, Carolina Academic Press, 2012, p. 63-90.

to law"). Les cours
is ("government"), le

accéder dans une *law*
hologie et "Criminal

un moyen d'une pondé-
riment d'une lettre de
recommandations, les
lors de quatre années
ou GPA) et un test
maissances juridiques
t" ou LSAT). Pour ce
règle selon une échelle
respondant à la lettre
SAT, quant à lui, est
ational par un Conseil
mission Council" ou
es universités de Yale
: nationale comme clé
rganisé quatre fois l'an,
stitués pour l'essentiel

égaleme connu sous
apacité des étudiants à
is un texte et à en faire
lée de deux parties de
un peu plus d'une heure

ig": également connu
capacité des étudiants

moyenne et la lettre « F »
: donnent pas la lettre « E ».
= 3, C = 2, D = 1, et F = 0.
GPA de 0,33 points vers le
la GPA de 0,33 points vers

UNA, "Merit and Diversity:
per Chase. *The Scholarship*
GULIENZA (eds.), Durham,

à évaluer l'impact de règles sur des décisions. Constitué de 25 questions, l'épreuve dure 35 minutes.

- La compréhension de texte ("*Reading comprehension*") : sur une durée de 35 minutes, les étudiants doivent lire quatre textes et répondre à une batterie de questions se rapportant aux idées principales qui y sont développées. À l'occasion, ils doivent comparer des textes offrant des perspectives différentes sur un même problème ("*Comparative reading*").
- La rédaction d'une dissertation ("*Essay*") sur une durée de 35 minutes (deux pages maximum). Celle-ci ne fait pas l'objet d'une notation. La dissertation est scannée et envoyée aux différentes *law schools* désignées par le candidat, accompagnant les résultats pour les autres sections. De l'avis général, les *law schools* ne procèdent pas à une lecture systématique des dissertations (rédigées à la main), préférant s'en remettre aux lettres de motivation ("*personal statements*").

Les mauvaises réponses pour le LSAT ne sont pas comptabilisées (elles ne font pas l'objet de soustraction de points). Il est par conséquent vivement conseillé de ne pas laisser de questions sans réponses (l'étudiant ayant au moins une chance sur cinq de répondre correctement même si la réponse a été donnée au hasard). Notée sur une échelle de 120 à 180 points, les *law schools* les plus prestigieuses fixent le seuil d'admission à 170 points. D'après une étude effectuée par l'université de North Texas, les étudiants qui obtiennent la moyenne la plus élevée au LSAT sont les étudiants ayant fait une majeure en mathématiques/physique (moyenne de 160)⁹. Les étudiants ayant suivi une majeure en "Pre-Law" ou "Criminal Justice" sont ceux dont les moyennes au test sont les plus faibles (respectivement 148,3 et 146). Évidemment, le LSAT a un coût (\$175 en octobre 2015) et nombre d'étudiants ont recours à des sociétés de préparation de tests qui en font un business. Le nombre d'étudiants qui présentent le LSAT a chuté considérablement depuis 2010 (jusqu'à 16 % par an)¹⁰. Une légère reprise s'est amorcée en février 2014 (+ 1,1 %). Prenant du recul, le LSAT est crédité de la vertu d'appliquer un test standard, à l'échelle du pays, qui fait abstraction des notes reçues dans les universités (celles-ci sont notoirement connues pour pratiquer une inflation de notes). Autrement dit, le LSAT serait un « égalisateur » ("*leveler*"). Versant négatif de la chose, le LSAT est critiqué comme concentrant trop d'importance – un examen de trois

9. V. notamment M. NIESWIADOMY, "LSAT Scores of Economic Majors: The 2008-2009 Class Update", in http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1430654 (consulté le 16 oct. 2015).

10. K. LEE, "The Continuing Decline in LSAT Takers", *Above the Law*, in <http://above-thelaw.com/2015/08/the-continuing-declining-in-lsat-takers/> (consulté le 16 oct. 2015).

heures et demie – aux conséquences déterminantes¹¹. Indépendamment du GPA et du LSAT, les *law schools* privilégient les candidats ayant déjà un parcours professionnel.

B. L'inventaire des *law schools*

En termes quantitatifs, le pays dispose de 205 *law schools* accréditées par l'ABA, une organisation privée constituée en 1878 et comprenant aujourd'hui 400 000 membres¹². Sur le nombre total des *law schools*, la majorité est privée (il existe 83 *law schools* publiques : l'état de Californie en compte cinq : Berkeley, Davis, Hastings, Irvine et Los Angeles). Certaines sont confessionnelles : catholiques (par exemple : Georgetown ou Boston College), juives (Benjamin Cardozo Law School ou Jacob D. Fuchsberg Law Center¹³), mormones (J. Reuben Clark Law School at Brigham Young University¹⁴). Enfin, il existe plusieurs institutions autonomes, privées – des *free-standing law schools* – non affiliées à quelque université que ce soit. Elles sont au nombre de 20, soit environ 10 % de l'ensemble des *law schools* américaines¹⁵. Ainsi, Appalachian School of Law, dans l'État de Virginie, a été fondé en 1994 et compte 350 étudiants provenant de 26 États¹⁶. De l'avis général, le nombre des *law schools* devrait baisser au cours de vingt prochaines années car les inscriptions d'étudiants sont en forte baisse.

La première raison de cette chute réside dans les coûts exorbitants des études et les incertitudes liées aux débouchés professionnels. D'après une étude menée par l'ABA au printemps 2012, seuls 55 % des diplômés en droit avaient réussi à trouver un emploi en adéquation avec leur formation au sortir de leurs études. Ce faisant, les frais d'inscription ont quasiment doublé en dix ans, passant de \$23 000 en 2001 à \$40 500 en 2011. En 2015-2016, les frais d'inscription à Harvard ou NYU s'élevaient à près

11. S. TUROW, *One L. The Turbulent Story of a First Year at Harvard Law School*, New York, Warner Books, 1977, p. 14-15.

12. Sur les 205 *law schools* accréditées, une seule ne délivre pas le diplôme de base : il s'agit de la *US Army Judge Advocate General's School*.

13. Sur ces institutions juives, v. M. HERZ, "The Role of One Religiously Affiliated Law School", *Journal of Legal Education*, 2009, p. 136.

14. Sur cette institution mormone, v. J. D. GORDON III, "Religiously Affiliated Law Schools, Values, and Professionalism", *Journal of Legal Education*, 2009, p. 151.

15. Albany, Appalachian, Charleston, John Marshall (Chicago), Oklahoma City, Thomas Jefferson, Ava Maria, Florida Coastal, Mississippi College, Phoenix, Vermont, Brooklyn, Franklin Pierce, New England, South Texas, William Mitchell, California Western, John Marshall Atlanta, New York Law School, Thomas Cooley.

16. Sur cette institution, voir <http://www.asl.edu/About-ASL/Facts.html> (consulté le 16 oct. 2015). Les frais d'inscription en 2014-2015 s'élevaient à \$31,520.

Indépendamment du nombre de candidats ayant déjà un

law schools accréditées en 1878 et comprenant l'ensemble des *law schools*, la faculté de l'état de Californie en Los Angeles). Certaines universités comme Georgetown ou Boston ont vu leur nombre de candidats à Jacob D. Fuchsberg School of Law à Brigham Young University diminuer, tandis que d'autres universités comme l'université de Virginie ont vu leur nombre de candidats augmenter. Dans l'ensemble des *law schools*, le nombre de candidats par université a diminué de 26 États¹⁶. De plus, le coût des études a diminué au cours de vingt ans, passant d'un montant en forte baisse.

Les coûts exorbitants des études ont poussé de nombreux professionnels. D'après les données de 2011, 55 % des diplômés ne trouvent pas d'emploi correspondant à leur formation. Les frais d'inscription ont augmenté de 1001 à \$40 500 en 2011. À NYU, les frais s'élevaient à près

de \$40 500 à la Harvard Law School, New

York. Le diplôme de base : il s'agit

de la Religiously Affiliated Law

Religiously Affiliated Law School, 2009, p. 151.

À Oklahoma City, Thomas Jefferson University, Vermont, Brooklyn, New York, California Western, John

et L/Facts.html (consulté le 16 oct. 2015). \$31,520.

de \$60,000¹⁷. Le tout mène à une situation d'endettement des plus préoccupantes, aux conséquences préjudiciables pour les étudiants et la société américaine dans son ensemble¹⁸.

La deuxième raison qui explique le désenchantement pour le droit a trait aux changements induits par les nouvelles technologies de l'information et de la communication. Les grands cabinets d'avocats, jadis pourvoyeurs de garanties d'engagements pour les jeunes diplômés brillants, n'engagent plus, voire « dégraissent ». Qui plus est, nous connaissons un phénomène de délocalisation juridique. Ces phénomènes sont décrits dans deux livres qui ont connu un retentissement considérable dans le monde anglo-américain, tous deux écrits par le professeur Richard Susskind, de l'université d'Oxford : *Tomorrow's Lawyers* (2013) et *The End of Lawyers?* (2010). Grâce à Internet et à la baisse du prix des télécommunications, les grandes sociétés et cabinets d'avocats américains ont bouleversé leurs habitudes de communication et de recherche afin de réduire leurs coûts. Entre autres, ils recourent à des phénomènes de *leasing* d'avocats ou même à des services juridiques fournis par des sociétés basées à l'étranger, particulièrement en Inde (cela présente quatre avantages : terreau d'influence du *common law*, pays où l'enseignement du droit se fait en anglais, décalage horaire de 10 heures permettant aux cabinets d'Américains de fonctionner 24h/24 – 7j/7 et coût de la main-d'œuvre dérisoire¹⁹). Connue sous le nom de

17. \$57,200 exactement pour Harvard ; \$57,544 exactement pour NYU. Le site de *Harvard Law School* considère qu'il faut compter, par année, sur un budget total de \$85,000 : voir <http://hls.harvard.edu/dept/sfs/financial-aid-policy-overview/student-financial-aid-budget/> (consulté le 16 oct. 2015). Le site de NYU évalue le coût annuel à \$85,964 : v. <http://www.law.nyu.edu/financialaid/budgetandbudgeting/studentexpensebudget> (consulté le 16 oct. 2015).

18. Vu leur endettement, une majorité de diplômés de droit américains rechignent à embrasser une carrière dans le secteur public, préférant de loin les offres lucratives des grands cabinets d'avocats : pour de plus amples développements, v. J. M. DOLIN, "Opportunity Lost: How Law School Disappoints Law Students, the Public, and the Legal Profession", in T. ALAN et F. GULIUZZA (dir.), *Durham, Carolina Academic Press*, 2012, p. 408 : "the crushing burden of law school debt drives graduates away from lower paying public service jobs into higher paying, but less altruistic jobs. While law schools charge higher tuitions and spin off excess profits to their universities, law students sink further into debt, and the poorest segments of society suffer from the lack of attorneys able to address a range of social ills". Dans le même sens, v. R. GRANFIELD, *Making Elite Lawyers*, New York, Routledge, 1992. Il précise : "Only an average of 2 percent the graduates from Harvard, Yale, NYU, Stanford and the Universities of Michigan, California, Chicago, and Pennsylvania went directly into public interest practice".

Pour une analyse d'ensemble du problème de l'endettement des étudiants américains, v. S. BOND, "Student debt weighs heavily on young Americans", *Financial Times*, 31 juill. 2012, p. 6 ; N. LEMANN, "The Cost of College", *The New Yorker*, 28 mai 2012, p. 28.

19. Il n'y a qu'à comparer les revenus moyens d'un avocat américain (\$95,000) avec ceux d'un avocat indien (\$20,000). V. <http://legalcareers.about.com/od/jobmarket/a/Offshoring.htm> (consulté le 16 oct. 2015).

Legal Process Outsourcing (LPO), ce phénomène – loin d'être anecdotique – concernerait 18 000 personnes en Inde avec une croissance annuelle de 30 %, générant des recettes de plus d'un milliard de dollars²⁰. Ce serait le secteur qui connaîtrait la plus forte croissance en Inde²¹.

L'accréditation des *law schools* par la ABA se fait depuis 1923, à l'initiative du président de la Cour suprême, Chief Justice William Howard Taft²². L'accréditation n'est pas obligatoire mais hautement encouragée: la plupart des états ne permettront pas aux diplômés de droit d'une *law school* non accréditée de passer les examens du barreau de l'état en question. Autrement dit, le système est censé encourager la mobilité géographique, les candidats pouvant se présenter partout, au gré de leur choix. La seule exception notable à ce système d'accréditation est l'État de Californie qui gère son propre système d'accréditation et qui organise l'examen au barreau le plus difficile du pays. La ABA, quant à elle, est composée de nombreuses commissions, dont une plus spécialement chargée de l'enseignement juridique: Section of Legal Education and Admissions to the Bar²³. Celle-ci voit le jour à l'occasion de la généralisation des examens écrits à la fin du XIX^e siècle (1893), censée mettre un terme à l'arbitraire auquel les Américains associent les examens oraux. Très rapidement, les examens se font sous forme de problèmes pratiques à résoudre. La Section a aussitôt adopté un seuil de standards à respecter et une liste des *law schools* qui s'y conforment. Aujourd'hui, la Section est constituée de 28 sous-sections et est composée de 10 000 membres. Outre l'ABA, des standards plus stricts sont établis par l'Association of American Law Schools – également une organisation privée – auxquels 179 *law schools* souscrivent²⁴. On le voit, c'est un système de liberté absolue de l'enseignement qui prévaut, le pays ne connaissant pas de loi sur l'enseignement supérieur en général et sur l'enseignement du droit en particulier.

Classées sur quatre échelons ("*1st tier to fourth tier*"), on a tendance à focaliser son attention sur le premier échelon, les *law schools* américaines

20. V. l'étude d'une société de recherche indienne (ValueNotes) sur le site suivant: <http://www.sourcingnotes.com/content/view/913/30/>. V. aussi la revue américaine *Forbes*, du 31 janv. 2013: <http://www.forbes.com/sites/petercohan/2013/01/31/does-america-need-202-law-schools/> (sites consultés le 16 oct. 2015).

21. Pour plus d'informations, v. <http://legalcareers.about.com/od/jobmarket/a/Offshoring.htm> (consulté le 16 oct. 2015).

22. J. PODGERS, "A Unique Role. Legal Education Section Celebrates Centennial", *ABA Journal*, March 1993, p. 99.

23. V. le site suivant: http://www.americanbar.org/groups/legal_education.html (consulté le 16 oct. 2015).

24. Sur *The Association of American Law Schools*, v.: <http://www.aals.org> (consulté le 16 oct. 2015). V. aussi A. T. VON MEHREN et P. L. MURRAY, *Law in the United States*, 2nd ed., Cambridge University Press, 2007, p. 253.

oin d'être anecdotique
croissance annuelle de
e dollars²⁰. Ce serait le
nde²¹.

it depuis 1923, à l'ini-
stice William Howard
autement encouragée:
rés de droit d'une *law*
u de l'état en question.
mobilité géographique,
le leur choix. La seule
it l'État de Californie
organise l'examen au
elle, est composée de
ent chargée de l'ensei-
missions to the Bar²².
n des examens écrits à
l'arbitraire auquel les
lement, les examens se
i. La Section a aussitôt
des *law schools* qui s'y
de 28 sous-sections et
s standards plus stricts
ools – également une
scrivent²⁴. On le voit,
nt qui prévaut, le pays
ieur en général et sur

ier”), on a tendance à
law schools américaines

s) sur le site suivant: <http://www.forbes.com/2011/11/01/does-america-need-law-schools/>

ut.com/od/jobmarket/a/

lebrates Centennial”, ABA

al_education.html (consulté

/www.aals.org (consulté le
law in the United States, 2nd

les plus prestigieuses: Yale, Harvard, Stanford, Columbia, Chicago, NYU, Berkeley, Michigan, Georgetown²⁵. Pour être tout à fait honnête, seule une douzaine de *law schools* (tout au plus) méritent autant d'honneurs²⁶. La vaste majorité n'a pas de grandes prétentions scientifiques et se situent dans une approche d'enseignement du droit de l'état où elles se trouvent, puisant leurs étudiants dans un vivier local. À titre d'illustration, la *law school* de la Western New England University dans l'État de Massachusetts entretient des liens étroits et chaleureux avec le barreau local et, quelque part, il n'y a rien là de plus normal: le droit américain (fédéral) est marginal. L'essentiel se fait au niveau étatique. Du reste, les Américains se réfèrent à une poignée de *national law schools* où l'enseignement ne donne pas la préférence au droit d'un seul État mais où les étudiants comparent des affaires de tout le pays, un exercice censé renforcer l'idée de dynamique du *common law* américain²⁷.

Sur le plan institutionnel, plusieurs différences distinguent les *law schools* américaines de leurs homologues anglaises. Tout d'abord, la majorité de professeurs aux États-Unis n'est pas détenteurs d'un doctorat au sens européen du terme²⁸. Il suffit du diplôme de JD, de qualités pédagogiques, d'engagement au service de la communauté, et de ce qu'on appelle “*devotion to scholarship*”. Par ailleurs, les universités américaines disposent de plus d'autonomie que les universités anglaises, notamment sur le plan budgétaire (sous réserve de changements récents). Jusqu'à il y a peu, en Angleterre, la gestion de la masse salariale était traditionnellement fixée selon des barèmes fixés par le gouvernement. Les variables d'ajustement étaient pour ainsi dire inconnues.

Le détail peut paraître anodin, mais la conséquence de cette situation était que la mobilité entre universités s'en trouvait fort affectée: la pratique américaine d'attirer des professeurs prestigieux – sur le plan national ou international – d'autres universités était inexistante en Angleterre. Enfin, les *law schools* américaines sont astreintes à des obligations de transparence peu communes. Ceci est le résultat d'initiatives d'étudiants²⁹ voulant à la fois améliorer l'information des « consommateurs » et renouveler le modèle

25. Répertoire ici selon leur classement par « Top-Law-Schools.Com »: <http://www.top-law-schools.com/rankings.html> (consulté le 16 avr. 2015).

26. V. P. JESTAZ et C. JAMIN, *La doctrine*, Paris, Dalloz, 2004, p. 267.

27. S. TUROW, *One L*, New York, Warner Books, 1977, p. 70.

28. Le diplôme de base – JD (*Juris Doctor*) – n'a rien à voir avec le doctorat belge ou français. Certaines personnes poursuivent leurs études au-delà du JD pour un SJD (*Scientiae Juridicae Doctor*, parfois appelé JDS), impliquant des recherches fondamentales. Très peu de professeurs en sont titulaires.

29. V. sur les origines “*Law School Transparency*”, <http://www.lawschooltransparency.com/blog/about/origins/> (consulté le 16 oct. 2015).

traditionnel d'enseignement aux États-Unis. Pour l'essentiel, les préoccupations se fondent sur la nécessité de corriger l'asymétrie d'information qui fait en sorte que les *law schools* fixent les droits d'inscription à leur guise, sans du tout tenir compte du marché de l'emploi pour les juristes (*employment outcomes*). La crise de l'endettement des étudiants américains (plusieurs articles de presse comparent cette crise à celle des *subprime mortgages*) et la volonté de rendre les études de droit plus abordables, expliquent cette situation. Pas moins d'une quinzaine de *law schools* ont été assignées en justice pour avoir prétendument induit leurs étudiants en erreur avec des informations trompeuses sur les débouchés professionnels (*deceptive employment data*). Il existe également une affaire de *negligent enrollment* (inscription négligente).

II – LA PÉDAGOGIE DES LAW SCHOOLS

Partons de l'Angleterre (le mot « Angleterre » s'impose puisque la question est tout autre en Écosse). On le sait : l'Angleterre est depuis longtemps empreinte d'une démarche d'apprentissage du droit. Les avocats forment les avocats, sans passer par la case universitaire, et les étudiants lisent le droit dans les bureaux ou *chambers* d'avocats inscrits au barreau (aujourd'hui encore, il est plus correct de dire "*to read law*", plutôt que "*to study law*"). Jusqu'au début du XIX^e siècle, deux universités seulement existent en Angleterre : Oxford et Cambridge (tandis que l'Écosse – avec une population cinq fois moindre – a cinq universités : ceci explique pour partie l'influence du droit romain au nord du mur d'Hadrien). La troisième grande université anglaise – l'université de Londres – ne date que de 1836³⁰. Au demeurant, les soubresauts révolutionnaires du XVII^e siècle anglais portent un coup quasi fatal aux deux seules institutions universitaires qui offrent un enseignement du droit. Pendant des siècles, le droit est regardé en Angleterre sous l'angle de la procédure, non sous celui du fond du droit. Un adage fondamental du droit anglais est *remedies precede rights*.

La justice ne peut s'obtenir que si le requérant trouve une procédure particulière – un *writ* – permettant de saisir les Cours royales. Dans ces conditions, on conçoit que l'intérêt accordé aux règles de fond du droit soit limité. Les quatre *Inns of Court* – tous situés dans un périmètre de deux kilomètres à Londres – prodiguent une approche des plus pratiques du droit. Familièrement parlant, les jeunes apprentis « mettent les mains

30. Il en ressortira 29 diplômés trois années plus tard. Aujourd'hui, l'université de Londres accueille 22 000 étudiants.

dans le ca
nellement
doute le n
l'universit
qu'il est d
ses arrêts)
sa jeunesse
qu'elle acc
Premier m
femme Pr
mais l'ense
l'acquisiti
sation, les
naturellen
les *law sch*
peut parle
forme actu

A. La « h :

Le systè
transporté
avocats³². I
Bar Assoc
université cor
Le systèm
raisons de
legal educa
culture con
de l'embo
Au XVIII^e s :

31. R. GRAN
sera largemer

32. Il en est
S. Breyer s'ex
this Nation b
Benjamin Fra
education dir
Ford, and Go
firm. Throug
secondary edu
514 U.S. 549

l'essentiel, les préoccupations d'information et d'inscription à leur emploi pour les juristes : des étudiants américains à celle des *subprime* droit plus abordables, une de *law schools* ont conduit leurs étudiants en touchés professionnels ne affaire de *negligent*

CHOOLS

s'impose puisque la Angleterre est depuis le droit. Les avocats itaire, et les étudiants ats inscrits au barreau *read law*", plutôt que universités seulement lis que l'Écosse – avec és : ceci explique pour Hadrien). La troisième ne date que de 1836³⁰. du XVII^e siècle anglais ions universitaires qui es, le droit est regardé celui du fond du droit. *s precede rights*.

trouve une procédure ours royales. Dans ces gles de fond du droit dans un périmètre de che des plus pratiques tis « mettent les mains

hui, l'université de Londres

dans le cambouis » tout en se positionnant – socialement et professionnellement – dans des réseaux qu'ils espèrent utiles³¹. Lord Denning, sans doute le magistrat le plus célèbre du XX^e siècle anglais, avait bien étudié à l'université d'Oxford (Magdalen College), mais c'est en mathématiques qu'il est diplômé (et du reste, une rigueur mathématique se ressent dans ses arrêts). Margaret Thatcher a exercé la profession de *barrister* durant sa jeunesse (spécialisée en... fiscalité). C'est avec un diplôme de chimie qu'elle accède au barreau (du reste, elle était plus fière d'être le premier Premier ministre avec un diplôme de sciences exactes que d'être la première femme Premier ministre). Aujourd'hui, la situation a quelque peu évolué mais l'enseignement du droit en Angleterre reste pour l'essentiel axé sur l'acquisition d'un savoir pratique (*trade schools*). Produit de la colonisation, les débuts de l'enseignement du droit aux États-Unis empruntent naturellement le même chemin que l'Angleterre. Petit à petit cependant, les *law schools* américaines s'affranchiront de la tutelle britannique (on peut parler de « harvardisation ») (A), pour se singulariser et revêtir leur forme actuelle (B).

A. La « harvardisation » des *law schools*

Le système d'apprentissage du droit en Angleterre sera naturellement transporté aux États-Unis. Comme en Angleterre, les avocats forment les avocats³². Formulé autrement, c'est le barreau – aujourd'hui, the American Bar Association (ABA) – qui réglemente la formation, et non pas l'université comme c'est le cas en Europe continentale depuis le XIII^e siècle. Le système d'apprentissage sera même accentué outre-Atlantique. Les raisons de cet engouement pour les "*apprenticeships*" – ou "*on-the-job legal education*" – aux États-Unis tiennent pour l'essentiel à la langue et à la culture communes, ainsi qu'à l'immensité du territoire américain, s'étendant de l'embouchure du fleuve Saint-Laurent jusqu'à la péninsule de Floride. Au XVIII^e siècle, il y a peu d'universités et quasiment pas de bibliothèques

31. R. GRANFIELD, *Making Elite Lawyers*, op. cit., p. 21. D'après l'auteur, ce schéma élitiste sera largement repris aux États-Unis.

32. Il en est de même pour la plupart des professions aux États-Unis au XIX^e siècle : le juge S. Breyer s'exprime sur sa dissidence au fameux arrêt *United States v. Alfonso Lopez* : "When this Nation began, most workers received their education in the workplace, typically (like Benjamin Franklin) as apprentices. As late as the 1920's, many workers still received general education directly from their employers—from large corporations, such as General Electric, Ford, and Goodyear, which created schools within their firms to help both the worker and the firm. Throughout most of the 19th century fewer than one percent of all Americans received secondary education through attending a high school", in *United States v. Alfonso Lopez*, 514 U.S. 549 (1995), at 620.

outre-Atlantique... Au demeurant, et contrairement à ce que l'on pense, le fondateur de l'université de Harvard, établi en 1636, n'est pas John Harvard. Ce dernier a laissé son nom à l'université en raison, justement, du legs de sa bibliothèque (400 livres) et de la moitié de sa fortune à l'institution³³. Roscoe Pound écrira que le principal facteur de formation du droit américain est justement... l'ignorance. On trouve nombre d'apprentis du droit parmi les pères fondateurs des États-Unis (la moitié des signataires de la Déclaration d'indépendance sont des juristes). John Marshall (1755-1835), le premier président de la Cour suprême, apprendra le droit comme apprenti, tout comme le juge Isaac Charles Parker (1838-1896) – auquel William Rehnquist vouait une admiration sans bornes³⁴. Robert H. Jackson (1892-1954) quant à lui n'a jamais reçu de diplôme de l'enseignement supérieur (ni *college*, ni *law school*), ce qui ne l'a pas empêché d'être le seul américain de l'histoire à avoir été successivement conseil du gouvernement auprès de la Cour suprême (*United States Solicitor General*), ministre de la Justice (*United States Attorney General*) et juge à la Cour suprême (*Associate Justice of the United States Supreme Court*)³⁵. Parfois, les apprentis sont assujettis à des cours plus approfondis sous la tutelle de maîtres éclairés en droit et en lettres. Ainsi, George Wyeth est considéré comme le premier professeur de droit des États-Unis.

Certains avocats arrondissent leurs honoraires en dispensant des cours à un auditoire de plusieurs dizaines de personnes. L'initiative est souvent détachée de toute structure académique. À partir de 1779, plusieurs institutions universitaires établissent une chaire en droit (par exemple: Yale, William & Mary University, University of Pennsylvania), mais, pour l'essentiel, il s'agit de compléter les autres matières, comme le ferait un professeur de philosophie, parce que le droit a une portée utile non pas seulement pour des praticiens mais pour toute personne désirant s'engager dans la vie publique. L'apprentissage restera la norme jusqu'à la deuxième moitié du XIX^e siècle³⁶. Établie en 1784 et considérée comme la première

33. Au début, Harvard s'appelait *New College*. V. <http://www.summer.harvard.edu/blog-news-events/3-lies-harvard> (consulté le 16 oct. 2015).

34. J.-P. STEVENS, *Five Chiefs. A Supreme Court Memoir*, New York, Little, Brown & Company, 2011, p. 184. Le juge PARKER – surnommé « *the Hanging Judge* » – rendit pas moins de 160 sentences de peine capitale. Le juge se défendit en disant que le verdict de culpabilité reposait dans les mains du jury: « *I never hung a man. It is the law* ». V. <http://www.encyclopediaofarkansas.net/encyclopedia/entry-detail.aspx?entryID=1732> (consulté le 16 oct. 2015).

35. Jackson fut également procureur en chef pour les États-Unis au procès de Nuremberg en 1945-46. Sur la vie de ce juriste atypique, v. G. JARROW, *Robert H. Jackson, New Deal Lawyer, Supreme Court Justice, Nuremberg Prosecutor*, Honesdale, Pennsylvania, Calkins Creek, 2008.

36. B. RUBIN HENDERSON, « Asking the Lost Question: What is the Purpose of Law School », in *Before the Paper Chase. The Scholarship of Law School Preparation and*

à ce que l'on pense, 636, n'est pas John en raison, justement, de sa fortune à l'insur de formation du nombre d'apprentis (la moitié des signastes). John Marshall apprendra le droit Parker (1838-1896) – ns bornes³⁴. Robert diplôme de l'enseigne l'a pas empêché isivement conseil du es Solicitor General), al) et juge à la Cour ne Court)³⁵. Parfois, dis sous la tutelle de Wyeth est considéré

dispensant des cours initiative est souvent 779, plusieurs insti-(par exemple: Yale, lvania), mais, pour comme le ferait un portée utile non pas ie désirant s'engager jusqu'à la deuxième comme la première

institution à se consacrer exclusivement au droit, la *law school* de Tapping Reeve dans la ville de Litchfield, dans l'État de Connecticut, se targue d'offrir plus qu'un apprentissage. Elle se vante d'«enseigner le droit comme une science et non pas seulement ou principalement comme une affaire mécanique, ou une collection de fragments d'informations éparpillés»³⁷. En réalité, Litchfield n'est que l'extension naturelle d'un cabinet d'avocats débordé par un trop-plein d'étudiants désireux de parfaire leur connaissance sous la tutelle d'avocats. L'apprentissage reçoit des représentations cinématographiques parfois savoureuses.

Dans le film *Vers sa destinée* (1939), de John Ford, on voit un jeune Abraham Lincoln campé par Henry Fonda s'ébaubir devant les *Commentaires* de William Blackstone. Couché sur le dos, les jambes plantées contre un arbre, il s'exclame le sourire aux lèvres: "By gee, that's all there is to it" (« Bon sang. C'est aussi simple que ça »). Pour des raisons variées, qui tiennent pour l'essentiel au besoin d'élever le niveau des juristes et de limiter leur croissance exponentielle, le système d'apprentissage décline petit à petit après la guerre de Sécession. En 1947, on comptera encore 34 États qui reconnaissent l'apprentissage comme voie d'accès au barreau³⁸. Le système d'apprentissage n'est pas tout à fait révolu. Aujourd'hui, quatre États continuent de permettre l'accès au barreau par l'apprentissage (Virginia, Vermont, Washington et la Californie) et trois États autorisent un panachage d'apprentissage et de formation par une *law school* (New York, Maine et Wyoming)³⁹. De nombreuses voix se font entendre pour revenir au système d'apprentissage. Ainsi, parmi une série d'articles publiés dans *The New York Times* en 2011, nous tombons sur "Bring Back Apprenticeships". L'auteur de l'article – David Lat – justifie sa position au regard de la réduction des coûts et d'un retour à une approche plus pratique (« on apprend à être plombier en travaillant avec, observant, et imitant un maître expérimenté »). En février 2013, John J. Farmer Jr. se

w.summer.harvard.edu/

York, Little, Brown & ing Judge» – rendit pas disant que le verdict de It is the law". V. <http://entryID=1732> (consulté

au procès de Nuremberg t H. Jackson, New Deal e, Pennsylvania, Calkins

: is the Purpose of Law School Preparation and

Admission, T. A. GARRISON et F. GULIUZZA (eds), Durham, NC, Carolina Academic Press, 2012, p. 7.

Harvard n'aura sa *Law School* qu'en 1817, plus de 180 ans après sa création.

37. B. RUBIN HENDERSON, "Asking the Lost Question: What is the Purpose of Law School", *loc. cit.* Traduction personnelle. L'original se lit: Litchfield "taught the law as a science, and not merely nor principally as a mechanical business, nor as a collection of loose independent fragments".

38. M. FELDMAN et J. M. FEINMAN, "Legal Education: Its Cause and Cure", *Mich. L. Review*, 914, 921 (1983-1984). Treize états permettaient encore l'apprentissage en 1966.

39. Sur environ 84 000 personnes qui passent les examens du barreau chaque année ("state or multistate bar exams"), une soixantaine provient du système de l'apprentissage (et sont des « law office readers »). Pour de plus amples développements, v. S. P. FARRELL, "The Lincoln Lawyers. Bypassing law school on your way to the bar", *The New York Times, Education Life*, 3 août 2014, p. 22.

prononce lui aussi, dans les colonnes du *New York Times* pour un retour à l'apprentissage⁴⁰.

Les *law schools* telles que nous les connaissons aujourd'hui, à savoir des facultés prodiguant un enseignement du droit dans un ensemble universitaire plus vaste, n'apparaîtront qu'à partir de 1817, année de l'établissement de la Harvard Law School⁴¹. Au XIX^e siècle, dans les quelques *law schools* qui existent, les professeurs lisent en chaire quelques pages de ce qu'on nomme des "*pleading books*" agrémentées d'explications succinctes, et les étudiants ont pour mission d'en assurer le recopiage et la récitation. Peu de profit se dégage de cette méthode dogmatique. Comme leurs prédécesseurs privées, ces *law schools* sont principalement des *trade schools*⁴². C'est alors qu'interviennent trois personnes.

- Charles W. Eliot (1834-1926), le président de l'université de Harvard, de 1869 à 1909⁴³. Cousin du poète T.S. Eliot, il a une formation de mathématicien et de chimiste. Il insiste sur une méthode clinique et l'offre d'un large éventail de cours ("*elective system*"), jusqu'alors inconnus aux États-Unis.
- Christopher Columbus Langdell (1826-1906), nommé doyen de la faculté de droit de Harvard en 1870 (poste qu'il occupera jusqu'en 1895). Lui-même a entamé le droit sur le tas ("*clerking in a law office*") avant de poursuivre ses études de droit à Harvard. Pour Langdell, « *si le droit est vraiment une science, il doit alors faire l'objet d'études académiques sérieuses* »⁴⁴. Langdell commence son cours de *Contract* en interpellant un étudiant sur une affaire précise: "*Mr Fox, will you state the facts in the case of Payne v. Cave?*".... Ainsi naît la "*Langdellian case method*" ou tout simplement "*case method*" qui reste en vigueur aux États-Unis (surtout en première année)⁴⁵.
- James Barr Ames (1846-1910) succède à Langdell comme doyen de la *law school* de Harvard, et ce jusqu'en 1910. Il poursuit l'œuvre anti-formaliste de Langdell.

40. J. J. FAMER JR., "To Practice Law, Apprentice First", *The New York Times*, February 17, 2013.

41. V. B. RUBIN HENDERSON, "Asking the Lost Question: What is the Purpose of Law School", in *Before the Paper Chase. The Scholarship of Law School Preparation and Admission*, loc. cit., p. 7.

42. *Ibidem*.

43. Pour un compte rendu de ses accomplissements à Harvard, v. <http://www.harvard.edu/about-harvard/harvard-glance/history-presidency/charles-william-eliot> (consulté le 16 oct. 2015). Pour une biographie de C. W. ELIOT, v. aussi <http://www.anb.org/articles/09/09-00250.html> (consulté le 16 oct. 2015).

44. B. RUBIN HENDERSON, "Asking the Lost Question: What is the Purpose of Law School", loc. cit. Traduction personnelle, l'original se lit: "*If law really was a science, then it deserved serious academic study*".

45. P. JESTAZ et C. JAMIN, *La doctrine*, op. cit., p. 270.

La
exclu
ne la
traité
à en
inhé
catic
qu'ai
cains
le dr
tique
l'ana
fond
la ju
entar
de li
cour:
inter
ques
répo:
en co
easen
prior
d'êtr
facul
pas e

Dè
et An
consi
du cc
de ne
de l'e
le pre
de Co
étudi
« L'e:
droit
par u

46. I
en 187
de la l
Langd

le *Times* pour un retour

aujourd'hui, à savoir des
s un ensemble universi-
année de l'établissement
les quelques *law schools*
ques pages de ce qu'on
cations succinctes, et les
ge et la récitation. Peu de
nme leurs prédécesseurs
*ade schools*⁴². C'est alors

l'université de Harvard,
une formation de mathé-
hode clinique et l'offre
'), jusqu'alors inconnus

), nommé doyen de la
occupera jusqu'en 1895).
g in a law office") avant
ur Langdell, « si le droit
et d'études académiques
Contract en interpellant
will you state the facts in
ingdellian case method"
vigueur aux États-Unis

dell comme doyen de la
l poursuit l'œuvre anti-

le *New York Times*, February

What is the Purpose of Law
Law School Preparation and

vard, v. <http://www.harvard.edu/charles-william-eliot> (consulté
. aussi <http://www.anb.org/>

What is the Purpose of Law
law really was a science, then

Langdell part de deux constats. Premièrement, il considère que l'emploi exclusif des *pleading books* a dégénéré en un exercice stérile de mémoire, ne laissant aucune place à la discussion. De surcroît, il y a disette de bons traités théoriques et les professeurs de l'époque ne se sentent pas de taille à en composer de nouveaux. Par ailleurs, Langdell observe qu'à la variété inhérente au droit américain s'ajoute une procédure qui atteint des complications inouïes. L'esprit juridique américain appelle, sans doute plus qu'ailleurs, une part de ruse (ce n'est pas pour rien que les juristes américains s'adonnent à la théorie des jeux). Langdell en tire la conclusion que le droit ne peut pas s'enseigner convenablement par une méthode dogmatique. Dans ces conditions, il considère que le droit doit s'enseigner comme l'anatomie, par la dissection des espèces, d'après une méthode inductive. Il fonde ce qu'on appelle le *case-system*, à savoir l'enseignement du droit par la jurisprudence, à la manière des sciences expérimentales. Le professeur entame directement avec ses étudiants la discussion des *cases*. Il les avertit de lire, avant chaque cours, un certain nombre de *cases*. En arrivant au cours, le professeur – plutôt que de procéder à un exposé *ex cathedra* – interroge ses étudiants, leur fait dégager dans chaque arrêt les faits et les questions de droit, demande leur opinion sur les motifs et le dispositif, répond à leurs questions et instaure une discussion. Aucun échange, ni en cours, ni à l'examen ne portera sur la définition d'un *tort*, ou d'un *easement*. L'enseignement des éléments du droit n'est pas vu comme une priorité. Pour le doyen Ames, un cours de philosophie du droit se devait d'être placé à la fin et non pas au début des études, dispensé comme cours facultatif réservé à une élite, car la majorité des étudiants en droit n'était pas en mesure de comprendre le sujet.

Dès le début, des voix s'élèvent contre le système préconisé par Langdell et Ames. Elles proviennent tout d'abord de leurs propres étudiants. Ceux-ci considèrent que l'exercice s'apparente à un échange futile de propos de café du commerce. À la superficialité supposée de la démarche s'ajoute la crainte de ne pas recevoir une formation en adéquation avec les exigences du marché de l'emploi. Plus insidieusement, les étudiants nourrissent la suspicion que le professeur lui-même cache sa propre incompétence. L'assistance au cours de *Contract* chute de façon vertigineuse, Langdell se trouvant devant sept étudiants en fin de semestre⁴⁶. Pour le juge et professeur Sim Baldwin : « L'expérience des vieux pays d'Europe démontre que vouloir enseigner le droit uniquement ou principalement au moyen d'espèces, sans commencer par un solide enseignement des principes fondamentaux, c'est procéder à

46. Les inscriptions à la *law school* de Harvard baisseront de 136 en 1870-1871 à 113 en 1872-1873. Certains auteurs considèrent que cette « crise » conduira à l'établissement de la *law school* de Boston University. V. <http://legal-dictionary.thefreedictionary.com/Langdell,+Christopher+Columbus> (consulté le 16 oct. 2015).

l'envers d'une méthode vraiment scientifique. C'est vouloir expliquer les fondations d'un bâtiment en examinant le toit, ou plutôt quelques-unes de ses tuiles... Les espèces ne font pas les principes, elles n'en sont que des applications... Et ce sont les principes, non pas les espèces, qui font le droit»⁴⁷.

Ces critiques s'expriment également en Europe. Alfred Nerincx, de l'université de Louvain, effectue plusieurs séjours aux États-Unis au début du xx^e siècle. Dans un ouvrage publié en 1909, il se montre accablé par ce qu'il observe dans les *law schools*. Pour lui, les Américains font « *seulement un apprentissage professionnel. Aussi ne s'appliquent-ils pas à remonter jusqu'à sa source le cours des traditions juridiques. Ils s'arrêtent à la jurisprudence acquise définitivement et portent plutôt leur examen sur la manière différente dont un tribunal de première instance, une juridiction d'appel et une cour suprême ont discuté et tranché un même litige* »⁴⁸. Plus loin, il ajoute : « *Procéder exclusivement selon le case-system, mettre l'étudiant presque sans aucune préparation en présence du droit concrétisé dans une série d'espèces, c'est le jeter à l'eau pour lui apprendre à nager* »⁴⁹.

B. La pédagogie contemporaine

La pédagogie développée par Eliot-Langdell-Ames au xix^e siècle se répand dans toutes des *law schools* américaines. Aujourd'hui, elle se distingue sur deux plans : (1) la matière étudiée, et (2) la méthode socratique.

1. La matière étudiée

En première année de droit (familièrement appelée « *1L* »), il existe cinq, voire six cours obligatoires (*core courses*) : *Property*, *Contracts*, *Constitutional Law*, *Torts*, *Civil Procedure* (inspirée des *Federal Rules of Civil Procedure*), et *Criminal Law*. Il existe également des cours de méthodologie (parfois appelés « *Lawyering* » ou « *Legal Practice* ») comprenant un volet d'écriture juridique, un volet recherche et un volet plaidoirie. Une effusion de nouveaux cours s'est développée au cours des années 1990. Ils portent davantage sur du droit matériel (L'État régulateur, le droit et le développement, le droit de l'environnement...) que sur les aspects traditionnellement liés à l'exercice de la profession (*lawyering skills*). L'enseignement de la déontologie (*professional responsibility*) est très peu

47. Discours du juge et professeur S. BALDWIN, *American Bar Association Report*, 1903, p. 673-690.

48. A. NERINCX, *L'organisation judiciaire aux États-Unis*, Paris, V. Giard & E. Brière, 1909, p. 122.

49. *Ibidem*, p. 123.

st vouloir expliquer les
i plutôt quelques-unes
elles n'en sont que des
ces, qui font le droit»⁴⁷.
lfred Nerincx, de l'uni-
États-Unis au début du
tre accablé par ce qu'il
ns font « seulement un
pas à remonter jusqu'à
tent à la jurisprudence
n sur la manière diffé-
ridiction d'appel et une
»⁴⁸. Plus loin, il ajoute:
tre l'étudiant presque
incrétisé dans une série
nager»⁴⁹.

Ames au XIX^e siècle se
. Aujourd'hui, elle se
la méthode socratique.

pelée « IL »), il existe
: *Property, Contracts*,
ée des *Federal Rules of*
nt des cours de métho-
ctice») comprenant un
a volet plaidoirie. Une
ours des années 1990,
at régulateur, le droit
...) que sur les aspects
ion (*lawyering skills*).
onsibility) est très peu

ar Association Report, 1903,

Paris, V. Giard & E. Brière,

développé⁵⁰. Prise dans son ensemble, l'approche est moins formelle aux États-Unis qu'en Angleterre. Le droit n'est pas vu comme une abstraction détachée des forces historiques ou sociales qui l'ont façonné. Il n'est pas possible de réduire l'enseignement prodigué dans les *law schools* américaines à une transmission du savoir cantonnée aux règles en vigueur (*black letter law*) ou plus généralement portant sur le droit américain (*the law of the land*), cette dernière possibilité étant impossible en raison des variations étatiques. L'objectif principal est d'apprendre aux étudiants une méthodologie – comment interpréter, analyser, comparer, évaluer et critiquer. C'est le raisonnement qui est privilégié et non pas l'absorption passive de doctrines. Contrairement à la plupart de leurs homologues britanniques, les professeurs américains insistent sur le besoin de dépasser les *black letter rules* pour débusquer les enjeux sociaux et pratiques qui sous-tendent les normes et les décisions. L'approche est sans conteste *problem-solving*, et les étudiants sont censés venir au cours après avoir pesé le pour et le contre de tous les arguments offerts.

Cette manière d'aborder le droit est facilitée par le niveau des étudiants, déjà au fait de la théorie politique, de l'économie, et de la philosophie par leurs études au *college*. Comme indiqué plus haut, les étudiants américains arrivent dans une *law school* avec un bagage plus ou moins solide de politique, d'économie et de philosophie nourrissant une approche différente du droit, conçu justement comme un *instrument* d'infléchissement politique, économique et social⁵¹.

2. « Socratic-Casebook Method »

La méthode des *cases*, et son succédané, la méthode socratique, constitue le fondement de la pédagogie des facultés de droit américaines. Dans la logique de Langdell, l'enseignement du droit passe forcément par le *case reading* et les *casebooks* représentent « la fleur de la doctrine juridique américaine »⁵². Les étudiants analysent eux-mêmes les décisions jurisprudentielles (*cases*) sous l'autorité du professeur qui doit leur soumettre une décision et les aider à lire le cas. Il ne s'agit pas de reproduire les principes exposés dans des manuels (appelés « *hornbooks* », dont la lecture par les étudiants de

50. B. RUDIN HENDERSON, "Asking the Lost Question: What is the Purpose of Law School", *loc. cit.* p. 17.

51. P. S. ATIYAH et R. S. SUMMERS, *Form and Substance in Anglo-American Law*, Oxford, Clarendon Press, 1987, p. 392.

52. E. PATTERSON, "Book Review: Chafee and Simpson, *Cases on Equity Jurisdiction and Specific Performance*", *Harvard Law Review*, 1934, p. 1261.

première année est découragée par les professeurs⁵³). Procéder par la lecture des *cases* a pour objet de repérer les principes fondamentaux contenus dans un nombre plus ou moins important de décisions pertinentes, puis de les classer et de les relier entre eux selon des critères logiques. L'exercice ne se fait pas sans péripéties puisqu'il induit une mise en condition des textes. Dans son ouvrage, *The Language of Law School. Learning to Think Like a Lawyer*, Elizabeth Mertz évoque d'abord la difficulté de séparer la *ratio decidendi* du *dictum* (dans des affaires pouvant compter des dizaines de pages, et ce, avec des *concurring/dissenting opinions*)⁵⁴. Ce seul exercice laisse place à des manœuvres en tous genres, sans compter le fait qu'une affaire ne revêt de véritable signification qu'à la lumière de son interprétation comme précédent dans des affaires rendues ultérieurement.

Par conséquent, on procède à des interprétations sans fin grâce à une re-contextualisation permanente. Les *cases* sont établis (*fixed*) et ré-établis (*refixed*) dans un processus de questionnement ininterrompu. On parle d'une idéologie où il n'y a « pas de bonnes réponses » (*"no right answers ideology"*)⁵⁵. Au demeurant, loin de présenter une suite continue de *precedents*, les *casebooks* juxtaposent des décisions ambiguës ou contradictoires (quoique les faits puissent être identiques), histoire de brouiller les pistes et de mettre les étudiants à la recherche des problèmes et arguments propres à chaque espèce. La multiplicité des décisions aux États-Unis, éparpillées dans les 50 États et le système fédéral, permet de trouver tous les cas de figure. Les étudiants se retrouvent confrontés à de vastes puzzles desquels ils peuvent faire ressortir toutes les distinctions imaginables afin d'expliquer le résultat final, sans que le professeur ne donne forcément les clefs de la réponse⁵⁶.

L'affaire *Erie Railroad v. Tompkins*, de 1938, est symptomatique de cette approche. Dans cet arrêt célèbre, la Cour suprême met fin à l'existence d'un *federal general common law*, ce qui permet aux juges fédéraux d'appliquer le droit de l'État où ils siègent à l'espèce qui leur est soumise. Pour ainsi dire, les juridictions fédérales se résolvent à utiliser des règles différentes pour trancher les mêmes questions juridiques. Fruit de forces sociales et politiques, la variabilité des règles est mise en exergue, aucune solution

53. S. TURROW, *One L*, op. cit., p. 30. Il précise: "Professors discourage hornbook reading by beginning students. They fear that hornbook consultation will limit a 1L's ability to deduce the law himself from the cases and also that it will decrease a student's interest in class, since the hornbooks often analyze the daily material in much the same way that the professors do themselves".

54. E. MERTZ, *The Language of Law School. Learning to Think Like a Lawyer*, Oxford, OUP, 2007, p. 62.

55. *Ibidem*, p. 63.

56. S. TURROW, *One L*, op. cit., p. 71.

ne
s'a
pa
lan
bli
ne
\$10
giq
ser
cet
de
the
Me
of
du
spo
des
dét
l
pro
Pie
cas
ses
s'a
pat

57
58
Lea
59
pro
de l
60
the
en 1
61
rect
sibil
usin
part
in u
62
Lau
mal
hun

). Procéder par la lecture
 amentaux contenus dans
 pertinentes, puis de les
 logiques. L'exercice ne
 en condition des textes.
Learning to Think Like
 iculté de séparer la *ratio*
 ompter des dizaines de
 ions)⁵⁴. Ce seul exercice
 s compter le fait qu'une
 umière de son interpré-
 ultérieurement.

ons sans fin grâce à une
 ablis (*fixed*) et ré-établis
 ninterrompu. On parle
 ses » (*"no right answers*
 suite continue de *prece-*
 ignuës ou contradictoires
 de brouiller les pistes et
 s et arguments propres à
 ts-Unis, éparpillées dans
 tous les cas de figure. Les
 zles desquels ils peuvent
 in d'expliquer le résultat
 es clefs de la réponse⁵⁶.

symptomatique de cette
 met fin à l'existence d'un
 zes fédéraux d'appliquer
 est soumise. Pour ainsi
 er des règles différentes
 uit de forces sociales et
 ergue, aucune solution

discourage hornbook reading
on will limit a 1L's ability to
ecrease a student's interest in
much the same way that the

hink Like a Lawyer, Oxford,

ne s'imposant comme telle⁵⁷. Pour ajouter à la confusion, le professeur
 s'adonnera à la formulation d'hypothèses (*hypos*) de son propre cru :
 par exemple, pourrait-on qualifier de voie de fait un coup inoffensif que
 lancerait un nain sur Mohammed Ali ? Le refus d'allouer \$200,000 à l'éta-
 blissement de systèmes de sécurité sur un barrage constitue-t-il le *tort of*
negligence si le terrain qui se trouve affecté par un problème ne vaut que
 \$100 000⁵⁸ ? L'ensemble de ces pratiques induit une approche des plus straté-
 giques de la part des étudiants, tout comme cela permet de supprimer tout
 sentiment d'empathie à l'égard de l'une ou l'autre partie⁵⁹. C'est du reste
 cette suppression de considérations morales qui retient une bonne partie
 de l'attention de Duncan Kennedy dans son ouvrage *Legal Education and*
*the Reproduction of Hierarchy. A Polemic Against the System*⁶⁰. Elizabeth
 Mertz partage cette analyse au chapitre 6 de son ouvrage sur *The Language*
*of Law School*⁶¹. L'exercice est affaire de technique juridique. L'essentiel
 du travail de l'étudiant, jusqu'au jour de l'examen, consiste à faire du *issue*
spotting dans un amas factuel et juridique quasi inextricable. Au grand dam
 des étudiants, l'enseignement par les *casebooks* tient le haut du pavé, au
 détriment des *hornbooks*⁶².

Reste à évaluer la méthode de *case-reading*. Elizabeth Mertz expose ces
 problèmes dans son ouvrage précité. S'appuyant sur *La Reproduction* de
 Pierre Bourdieu et Jean-Claude Passeron, elle développe la méthode des
cases et notamment les jeux de pouvoir qui existent entre le professeur et
 ses étudiants. Pour Duncan Kennedy, c'est également de reproduction qu'il
 s'agit et la participation des étudiants est ravalée à une « pseudo-partici-
 pation » dans laquelle ils s'exposent devant leurs camarades – désespérément

57. S. TURROW, *One L*, op. cit., p. 191-192.

58. S. TURROW, *One L*, op. cit., p. 45-46. V. aussi E. MERTZ, *The Language of Law School. Learning to Think Like a Lawyer*, op. cit., p. 65.

59. S. TURROW observe cette "suppression of feeling" avec consternation : outre que les professeurs se moquent du sentimentalisme (*"sentimental goo"*), il considère que les garants de la justice sont discrédités de la sorte. V. S. TURROW, *One L*, op. cit., p. 73 et p. 265.

60. D. KENNEDY, *Legal Education and the Reproduction of Hierarchy. A Polemic Against the System*, New York University Press, 2004, p. 22. L'ouvrage fut originellement publié en 1983, à compte d'auteur.

61. Elle insiste plusieurs fois : "the student is actually put in the position of giving 'incorrect' answers about her inner thoughts and emotions", at 127. V. encore son analyse sur l'invisibilité culturelle : "The classroom experience initiates law students into this new language using an approach that encourages them to push aside the emotional and socially embedded particulars of the conflict. (...) When students speak this language, they operate in a world in which important aspects of social context and identity have become invisible", at 132.

62. S. TURROW, *One L*, op. cit., p. 265 : "Were I king of the universe—or dean of Harvard Law School—I would supplement case reading with use of other devices—film, drama, informal narrative, actual client contact (...) seeking to cultivate a sensitivity to the immediate human context in which the law so forcefully intervenes".

– pour dire quelque chose de sensé⁶³. Le tout alimente une approche «mythique», donnant l'impression que seuls les initiés – des élus – peuvent saisir le nœud du problème. Indépendamment de ces réactions fondées sur des jeux de pouvoir, il faut bien reconnaître que les *casebooks* sont d'une utilité marginale pour la vaste majorité des personnes qui poursuivront la pratique du droit dans un cabinet d'avocats: "It is old news that law schools currently do not adequately prepare students to practice law, even at the most minimally competent level"⁶⁴. Combien d'affaires sont effectivement plaidées devant les juridictions? Reprenant Bethany Rubin Henderson, la plupart des litiges se résolvent avant d'arriver au stade du procès, et de toute manière la règle du précédent ne s'impose pas pour bon nombre de juridictions à compétence spécialisée⁶⁵. En clair, la *case method*, pour répandue qu'elle soit, repose sur des assises pédagogiques intrinsèquement faibles et ses fondements se sont évanouis il y a longtemps⁶⁶. C'est sans doute la raison pour laquelle les *casebooks* contemporains ne se cantonnent plus de reproduire les seules décisions jurisprudentielles. S'y ajoutent de nombreux extraits d'articles juridiques, voire de la matière extra-juridique, agrémentés de commentaires qui visent à contextualiser le matériau reproduit⁶⁷. En dépit de toutes les critiques sur la *case method*, elle continue de tenir le haut du pavé dans les *law schools*. Les raisons qui expliquent sa persistance ont trait à des considérations financières et à ce qu'il faut bien qualifier d'inertie institutionnelle⁶⁸. Prétextant tracer

63. D. KENNEDY, *Legal Reasoning and the Reproduction of Hierarchy*, op. cit., p. 19.

64. J. M. DOLIN, "Opportunity Lost: How Law School Disappoints Law Students, the Public, and the Legal Profession", in *Before the Paper Chase. The Scholarship of Law School Preparation and Admission*, op. cit., p. 405. Dans le même sens, v. U. H. WEIGLOD, "The Attorney-Client Privilege as an Obstacle to the Professional and Ethical Development of Law Students", *Pepp. L. Review*, 2006, p. 677: "In most American law schools, students may graduate having very little practice or experience in many of the skills that lawyers must possess to represent clients competently and ethically" (at 678).

65. B. RUBIN HENDERSON, "Asking the Lost Question: What is the Purpose of Law School", in *Before the Paper Chase. The Scholarship of Law School Preparation and Admission*, op. cit., p. 15. D'après l'auteur, "Like their predecessors, modern casebooks consist almost entirely of appellate opinions even though most legal disputes never appear in court and many courts of limited jurisdiction do not rigidly follow precedent. The focus on appellate opinions obscures the fact that lawyers' role in shaping cases is just as important as precedent, if not more so to a judge's decision".

66. R. L. WEAVER, "Langdell's Legacy: Living with the Case Method", *Vill. L. Review*, 2004, p. 517: "the fact that Langdell's justification for developing and using it—his belief that law is a science can be reduced to fundamental rules through scientific analysis—has long since been repudiated".

67. Sur cette évolution, v. J. W. JOHNSON, *American Legal Culture, 1908-1940*, Westport, CT., Greenwood Press, 1981, Chapitre 6 et particulièrement, p. 110-113.

68. Sur l'inertie institutionnelle, v. R. C. CRAMTON, "The Current State of Law School Curriculum", 32 *L. Legal Educ.* 321 (1982): "We are jealous of our prerogatives, comfortable with the way things are, and intensely conservative about matters as central to our

alimente une approche ititiés – des élus – peuvent de ces réactions fondées e que les *casebooks* sont s personnes qui poursui-cats: "It is old news that students to practice law, Combien d'affaires sont eprenant Bethany Rubin ant d'arriver au stade du ie s'impose pas pour bon . En clair, la *case method*, es pédagogies intrin-nous il y a longtemps⁶⁶. *books* contemporains ne sions jurisprudentielles. iques, voire de la matière ii visent à contextualiser iques sur la *case method*, *law schools*. Les raisons sidérations financières et nelle⁶⁸. Prétextant tracer

of *Hierarchy*, op. cit., p. 19. Disappoints Law Students, the *The Scholarship of Law School* ens, v. U. H. WEIGLOD, "The il and Ethical Development of merican law schools, students many of the skills that lawyers [at 678].

What is the Purpose of Law Law School Preparation and edecessors, modern *casebooks* ost legal disputes never appear lly follow precedent. The focus aping cases is just as important

ase Method", Vill. L. Review, eloping and using it—his belief ough scientific analysis – has

Culture, 1908-1940, Westport, it, p. 110-113.

: Current State of Law School is of our prerogatives, comfor- about matters as central to our

une voie médiane entre l'ancien système (personnalisé) de l'apprentissage et l'enseignement (impersonnalisé) des cours magistraux, les *law schools* parviennent à dispenser un enseignement à bas coûts et haut rendement: "Today the case method still enables semipersonalized instruction of large numbers of law students at a relatively low cost, and at a relatively high student-faculty ratio"⁶⁹.

C'est surtout par la méthode que les différences se remarquent entre l'enseignement du droit en Angleterre et aux États-Unis. L'on en vient à la méthode socratique, autrement dit une méthode fondée sur le dialogue entre le professeur et ses étudiants. L'image d'Épinal de cette façon de procéder a été popularisée dans un film de 1973, *The Paper Chase*, décrivant la vie d'un étudiant de première année de droit à Harvard. Le protagoniste (dénommé *Hart* non sans humour...) et ses congénères sont pour le moins traumatisés par leur professeur de *Contract* (le professeur Kingsfield)⁷⁰. La méthode socratique, quoiqu'exagérée dans le film, reste fort décriée. Pour Scott Turow, elle offre au professeur le privilège d'envahir l'espace de sécurité des étudiants, les exposant sans retenue à la critique du professeur devant un public goguenard, partagé entre le voyeurisme et le soulagement de ne pas se retrouver sous les feux de la rampe, soumis à un véritable interrogatoire. La méthode socratique constituerait un jeu avec un seul joueur (le professeur)⁷¹, voire un instrument de terreur⁷². Liora Israël et

selfhood as what and how we teach. Moreover, our special strengths and weaknesses are perpetuated by the hiring process, which tends to filter out our people who do not have the same accomplishments and interests, have not attended the same schools and shared the same experiences. We are threatened by discussions of values, by messy human emotions, by personal involvement with students or clients, and we place these matters out of bounds for classroom discussion. We are tied to familiar teaching materials and methods" (at 333-334). Dans le même sens, v. D. L. RHODE, "Missing Questions: Feminist Perspectives on Legal Education", *J. Legal educ.*, 1982 p. 321; R. P. SCHUWERK, "The Law Professor as Fiduciary: What Duties Do We Owe to Our Students", *S. Tex. L. Rev.*, 2004, p. 753.

69. B. RUBIN HENDERSON, "Asking the Lost Question: What is the Purpose of Law School", op. cit., p. 19. L'aspect financier des études de droit et le retour vers les universités est décrit dans le détail dans l'article de J. M. DOLIN, "Opportunity Lost: How Law School Disappoints Law Students, the Public, and the Legal Profession", in *Before the Paper Chase. The Scholarship of Law School Preparation and Admission*, loc. cit., p. 408: "Whereas many, if not most, graduate programs are money losers for their universities, law schools are moneymakers and profit centers. (...) Law schools have always called themselves the gatekeepers to the legal profession. They should act as gatekeepers, not toll collectors".

70. Le rôle a valu à l'acteur J. Houseman un Oscar d'interprétation.

71. S. TURROW, *One L*, op. cit., p. 25 "Ralph Nadar has called it 'the game only one can play', and there have been generations of students who (...) have wished curses on Dean Langdell".

72. S. TURROW, *One L*, op. cit., p. 263: "... the peculiar privilege which Socraticism grants a teacher to invade the security of every student in the room means that in the wrong hands it can become an instrument of terror. I never felt that my education gained by being frightened, and I was often scared in class. Law faculties have too long excused, in the name

Rachel Vaneuville parlaient, elles, d'une forme de violence institutionnelle, également mise en évidence par Elizabeth Mertz⁷³.

En termes pratiques, les étudiants en première année de droit aux États-Unis sont disposés dans l'auditoire selon un ordre établi, qui ne changera pas du début à la fin de l'année, et les professeurs disposent d'une carte – nominative et photographique – des étudiants. Pour Duncan Kennedy, cette disposition reproduit à la fois la famille patriarcale et un état kafkaïen⁷⁴. Il la qualifie de « *culturellement réactionnaire* »⁷⁵. Pour beaucoup d'étudiants, c'est une régression vers les études secondaires puisqu'en *college*, les étudiants disposaient d'autrement plus de liberté, à la fois dans la prise de parole et dans le simple fait de s'asseoir à sa guise. Ainsi, à Harvard, les 560 étudiants de première année sont divisés en sept sections de 80 personnes (la taille a été réduite en 2001 : auparavant, il s'agissait de quatre sections d'environ 120 étudiants)⁷⁶. Traditionnellement, le professeur appelle un étudiant, sans prévenir, et l'interroge sur sa compréhension du *case* à lire préalablement au cours. S'ensuit une batterie de questions que l'étudiant peut difficilement éluder, destinées à briser ses certitudes et le déséquilibrer. Le stress qui en résulte peut laisser des traces profondes. Pour Jason M. Dolin, « *The Socratic Casebook method through which students are taught is not only pedagogically ineffective, but is downright damaging to their mental and emotional health. Substantial evidence, gathered through a number of studies, indicates this damage carries over into the student's future law practice* »⁷⁷. La prise de parole en cours, quant à

of academic freedom, a failure to hold colleagues within basic limits of decency". L'auteur ajoute plus loin : "But the risk, the ultimate risk, of allowing students to make their first acquaintance with the law in such an atmosphere, in that state of hopeless fright, is that they will come away with a tacit but ineradicable impression that it is somehow characteristically 'legal' to be heartless, to be brutal, and will carry that attitude with them into the execution of their professional tasks" (p. 264).

73. E. MERTZ, *The Language of Law School. Learning to Think Like a Lawyer*, op. cit., p. 26.

74. D. KENNEDY, *Legal Reasoning and the Reproduction of Hierarchy*, op. cit., p. 19.

75. *Ibidem*.

76. Sur la taille des sections en première année à Harvard Law School. V. <http://www.law.harvard.edu/current/1l-sections/> (consulté le 16 oct. 2015).

77. J. M. DOLIN, "Opportunity Lost: How Law School Disappoints Law Students, the Public, and the Legal Profession", in *Before the Paper Chase. The Scholarship of Law School Preparation and Admission*, op. cit., p. 406. Ce constat est explicité à la p. 410 : "Lawyers experience depression and other emotional maladies at rates between five and fifteen times higher than the general population. The rate of attorney substance abuse and suicide is exceptionally high as well. The difference between lawyer mental health and that of the public starts in law school". Pour de plus amples développements sur la santé des avocats aux États-Unis, v. P. J. SCHILTZ, "On Being a Happy, Healthy, and Ethical Member of an Unhappy, Unhealthy, and Unethical Profession", in *Before the Paper Chase. The Scholarship of Law School Preparation and Admission*, op. cit., p. 429.

violence institutionnelle,

re année de droit aux
un ordre établi, qui ne
professeurs disposent
étudiants. Pour Duncan
ille patriarcale et un état
laire»⁷⁵. Pour beaucoup
secondaires puisqu'en
de liberté, à la fois dans
oir à sa guise. Ainsi, à
divisés en sept sections
paravant, il s'agissait de
nellement, le professeur
ir sa compréhension du
terrie de questions que
iser ses certitudes et le
r des traces profondes.
method through which
active, but is downright

Substantial evidence,
his damage carries over
parole en cours, quant à

limits of decency". L'auteur
students to make their first
of hopeless fright, is that they
is somehow characteristically
with them into the execution

think Like a Lawyer, op. cit.,

Hierarchy, op. cit., p. 19.

Law School. V. <http://www.>
i).

sappoints Law Students, the
ise. The Scholarship of Law
tat est explicité à la p. 410:
es at rates between five and
attorney substance abuse and
wyer mental health and that
loppements sur la santé des
Healthy, and Ethical Member
before the Paper Chase. The
., p. 429.

elle, entre rarement dans l'évaluation de l'étudiant. L'évaluation se déroule pour l'essentiel comme du temps de Langdell dans les années 1870, à savoir la résolution d'un cas pratique (*rule application*) et une/la question juridique à débusquer (*issue-spotting*). Peu d'étudiants consultent leurs copies d'examen et celles-ci sont du reste très sommairement annotées par les professeurs. Assénant un avis cinglant sur cette situation, Bethany Rubin Henderson considère que les étudiants sont à la fois mal évalués dans leur travail et mal outillés pour la vie professionnelle⁷⁸.

Vu le caractère agressif de la méthode socratique, plusieurs *law schools* se sentent obligées d'offrir force explications sur leur façon de faire pour contrer ou amadouer les critiques. Sur son site internet, l'université de Chicago reconnaît que prendre la parole devant un professeur dans un vaste auditoire est anxiogène, mais c'est pour mieux aguerrir l'étudiant à la profession d'avocat⁷⁹. La même *law school* considère que le cours magistral finement structuré (un *lecture*) relève de la malhonnêteté dans la mesure où le droit est intrinsèquement complexe: "...to provide certainty where there is none or to give a neat framework where the law is messy is to teach dishonestly".

Aujourd'hui, la méthode socratique – dans sa forme traditionnelle – se meurt⁸⁰. D'une part, les étudiants sont souvent avertis par les professeurs qu'ils seront interrogés lors du prochain cours, et, d'autre part, cette méthode se cantonne pour l'essentiel à la première année des études de droit (1L). La méthode socratique perd du terrain même en première

78. B. RUBIN HENDERSON, "Asking the Lost Question: What is the Purpose of Law School", in *Before the Paper Chase. The Scholarship of Law School Preparation and Admission*, op. cit., p. 16. D'après l'auteur, "For the most part, assessment of law students neither tests them on the many-faceted capacities they will require as lawyers nor gives them significant feedback on their performance".

79. D'après E. GARRET, "Many students are worried about speaking in front of a large group that includes their professor. Speaking in public, whether in the courtroom, before a group of clients or opposing counsel, or in a meeting of lawmakers working to draft a statute, is part of every lawyer's job, so developing the ability to present ideas forcefully and effectively in such contexts is integral to becoming a lawyer. In addition, students are very anxious about making mistakes when they participate in a Socratic dialogue. Making mistakes in class is inevitable and ultimately helpful as we work toward solutions to difficult legal problems. Any professor who uses the Socratic Method has had the experience of getting a 'right' answer too early in the class and then facing the challenge of working backward to clarify for other students the process of reaching a solution. We are teaching reasoning skills, and the process of discovering a right answer is often more important than the answer itself. Mistakes-or perhaps, more accurately, tentative steps toward a solution that lead us down unavailing but illuminating paths-are part of learning", http://www.law.uchicago.edu/socrates/soc_article.html (consulté le 16 oct. 2015).

80. A. T. VON MEHREN et P. L. MURRAY, *Law in the United States*, op. cit., p. 258.

année⁸¹. Une étude menée dans les années 1990 révèle qu'elle occupe environ 53 % du volume horaire du temps de cours en première année. Le recul de la méthode socratique se fait au bénéfice de cours magistraux (*lectures*) déclinés sous plusieurs variantes⁸², et des *clinical courses*, dont il existe deux variétés : ceux qui s'apparentent à des simulations au sein de l'université et ceux qui font participer les étudiants sur le terrain, dans des *legal aid clinics*, prodiguant des conseils à de véritables clients – souvent des personnes indigentes – sous la tutelle de praticiens⁸³. Cette dernière variété reste cependant limitée, pour des raisons de temps et de programmes surchargés. Elle est pour l'essentiel cantonnée à la troisième année des études de droit⁸⁴.

Dès les années 1930, la *Socratic-Casebook Method* fit l'objet de critiques acerbes. Karl Llewellyn, père fondateur du Uniform Commercial Code, et Jerome Frank, juge à la Cour d'appel fédérale pour le Second Circuit, seront les premiers à porter l'estocade⁸⁵. Leurs appels tomberont sur des oreilles sourdes. Aujourd'hui, la *Socratic-Casebook Method* est quasi unanimement décriée et ce dans des termes on ne peut plus clairs : "*Let us get on with the business of teaching students the law in a comprehensive and efficient manner. The Socratic-Casebook method is not it*"⁸⁶. Aujourd'hui, un « vilain

81. D. G. MARSHALL, "Socratic Method and the Irreducible Core of Legal Education", in *Before the Paper Chase. The Scholarship of Law School Preparation and Admission*, loc. cit., p. 343. Il précise : "*The fact is that teaching and learning by genuine dialog has all but disappeared from the second and third years of law school, and is fast disappearing from the first*", p. 343.

82. D. G. MARSHALL opère une typologie en trois parties. Il peut s'agir de cours magistraux à proprement parler (*straightforward lecture*), de cours magistraux procédant par questions – et réponses – de l'enseignant (*pro-forma dialog*), ou de cours qui se prétendent interactifs mais qui en fait ne le sont aucunement (*avuncular dialog*). Il considère la première forme de cours magistral comme une perte de temps absolu ("*The straightforward lecture is a waste of valuable classroom time and space, and has been ever since the invention of the printing press*"). La deuxième est qualifiée de « déception ». La troisième serait une insulte pour les étudiants, en attente légitime de se voir provoqués intellectuellement ("*The avuncular dialog an insult to the students, who are entitled to be challenged*"). D. G. MARSHALL, "Socratic Method and the Irreducible Core of Legal Education", in *Before the Paper Chase. The Scholarship of Law School Preparation and Admission*, loc. cit., p. 343 et s.

83. *Ibidem*, p. 259.

84. De surcroît, B. RUBIN HENDERSON considère que le *clinical work* est déconsidéré par les étudiants et le monde académique dans son ensemble.

85. K. N. LLEWELLYN, "On What is Wrong with So-Called Legal Education", *Columbia Law Rev.*, 1935, p. 651 ; J. FRANK, "Why Not a Clinical Lawyer-School?", *U. Pa. Law Rev.*, 1933 ; J. FRANK, "A Plea for Lawyer-Schools", *Yale Law Rev.*, 1947, 1303.

86. J. M. DOLIN, "Opportunity Lost: How Law School Disappoints Law Students, the Public, and the Legal Profession", in *Before the Paper Chase. The Scholarship of Law School Preparation and Admission*, loc. cit., p. 416.

petit
Il s'a
acadé
et de
a-cha
du tis
en pe

87. C.
précise :
life. Yo
student:
most of
through
professo

O révèle qu'elle occupe cours en première année. fice de cours magistraux : *clinical courses*, dont il s simulations au sein de ts sur le terrain, dans des itables clients – souvent ticiens⁸³. Cette dernière temps et de programmes à la troisième année des

od fit l'objet de critiques m Commercial Code, et le Second Circuit, seront mberont sur des oreilles d est quasi unanimement irs : "Let us get on with prehensive and efficient . Aujourd'hui, un « vilain

le Core of Legal Education", *eparation and Admission, loc. by genuine dialog has all but and is fast disappearing from*

peut s'agir de cours magistraux traux procédant par questions rs qui se prétendent interactifs onsidère la première forme de ightforward lecture is a waste e the invention of the printing me serait une insulte pour les lement ("The avuncular dialog). D. G. MARSHALL, "Socratic Before the Paper Chase. The it., p. 343 et s.

nical work est déconsidéré par

Legal Education", *Columbia er-School?*", *U. Pa. Law Rev.*, v., 1947, 1303.

isappoints Law Students, the *The Scholarship of Law School*

petit secret » ("ugly little secret") traverse les *law schools* des États-Unis⁸⁷. Il s'agit de l'absence d'un projet pédagogique mené par une communauté académique pleinement engagée dans sa tâche, de transmission du savoir et de valeurs éthiques. Le débat est loin d'être clos. "The times, they are a-changin", chantait Bob Dylan. Le changement fait effectivement partie du tissu américain. Sans doute un des atouts de ce pays est de se réinventer en permanence, même en ce qui concerne la formation de ses juristes.

87. C. COOPER, "Letter to a Young Law Student", *Tulsa Law Journal*, 2000, 275. L'auteur précise : "There is one other thing that I hesitate to mention, but it is a fact of law school life. Your professors are not trained to be educators. We got here mostly by being good law students, not because we have any background in higher education theory. This is true of most of graduate school, but it is even worse for law professors, because very few of us go through the traditional doctoral level educational system where one apprentices under a professor who may actually know something good about education", p. 278.

Pratique(s) et enseignement du droit

L'épreuve du réel

Actes du colloque
organisé les 22 et 23 avril 2015
Faculté de droit de l'Université de Toulon

Sous la direction de
Jean-Jacques SUEUR
Professeur émérite de l'Université de Toulon
et Sarah FARHI
Maître de conférences à l'Université de Toulon

LGDJ une marque de
Lextenso

(2016)