

L'ENSEIGNEMENT DU DROIT EN ANGLETERRE

Par

Geoffrey SAMUEL

Professeur à la Faculté de Droit, Université de Kent, Angleterre

et

Susan MILLNS

Lecturer à la Faculté de Droit, Université de Kent, Angleterre

L'enseignement du droit a donné naissance dans les années récentes à une littérature considérable dans les pays qui appliquent la *common law* (1). Cette littérature met en question le rôle des facultés de droit et les buts d'une formation juridique. Il s'agit notamment de savoir si, et comment, le droit peut faire l'objet d'études véritablement intellectuelles et non simplement la base d'une formation uniquement professionnelle. C'est-à-dire, l'enseignement du droit, constitue-t-il une activité qui ne consiste qu'en l'absorption par les étudiants de règles de droit positif afin qu'ils sachent comment les appliquer aux cas pratiques ? Ou s'agit-il plutôt d'une discipline qui se situe parmi les sciences sociales et qui fait du droit un phénomène qui n'est compréhensible que dans une multiplicité de contextes sociaux, politiques, culturels et économiques ?

En outre, le débat se déroule au niveau de la formation professionnelle des juristes. Faut-il que les étudiants obtiennent une licence en droit (ayant suivi une formation purement juridique) avant de pouvoir mener une carrière juridique ? En revanche, les cabinets d'avocats ont-ils raison de préférer (comme ils le font actuellement en Angleterre) les diplômés en matières non juridiques ? Si ces questions pourraient surprendre un juriste de la tradition romano-germanique, il faut constater qu'elles résultent d'une tradition juridique britannique dont l'histoire se révèle tout à fait différente de celles des autres pays de l'Europe.

Ainsi, nous abordons dans une première partie un historique de l'enseignement juridique en Angleterre afin de démontrer dans quelle mesure cette histoire a influencé la conception actuelle des rapports entre les professions juridiques et les études en droit. Cela nous amène, dans une deuxième partie, vers une considération de la méthode d'enseignement dans les universités anglaises et une appréciation des

(1) Voir, par exemple, l'édition spéciale de la *Modern Law Review* consacrée à ce sujet au moment historique du cinquantième anniversaire de la revue (vol. 50, 1987), notamment les contributions de M. Chesterman & D. Weisbrot, "Legal Scholarship in Australia", pp. 709-724 ; H.J. Glasbeek & R.A. Hasson, "Reflections on Canadian Legal Education", pp. 777-80 ; M. Tushnet, "Legal Scholarship in the United States : An Overview", pp. 804-817 ; G. Wilson, "English Legal Scholarship", pp. 818-854.

développements nécessaires pour faire face aux évolutions autant dans les professions juridiques que dans l'enseignement supérieur.

I - L'ENSEIGNEMENT DU DROIT EN ANGLETERRE : RÉPONSE AUX DONNÉES HISTORIQUES ET AUX EXIGENCES PROFESSIONNELLES

Dans cette première partie nous constatons que l'histoire de l'enseignement du droit en Angleterre, située comme elle l'est, dans le contexte de la *common law*, a amené à une formation juridique qui est intimement liée aux besoins (et aux mandats) des professions.

A - L'enseignement juridique : conséquence d'une tradition historique

L'enseignement du droit en Angleterre a une histoire qui se met en contraste avec celle des systèmes romano-germaniques. Pour rendre compte de cette histoire, il faut faire abstraction de toute idée d'une tradition universitaire qui remonte au Moyen Age. En ce qui concerne le droit, une telle tradition n'existait guère avant le XIXe siècle. On s'est persuadé jusqu'à une époque récente que le droit était une discipline pratique dont les fondements n'ont de sens que si on les apprend soit dans les cabinets et les tribunaux, soit dans les *Inns of Court* (lieux où se réunissent les barreaux). Dans ces institutions, qui sont actuellement des institutions professionnelles, les avocats ont reçu une instruction "pragmatique", c'est-à-dire une formation qui ne repose ni sur le *Corpus Iuris Civilis* ni sur l'*ius commune*. Certes, il y avait des cours de droit romain à l'université d'Oxford comme à celle de Cambridge, mais l'étudiant de la *common law* n'avait aucun besoin d'une telle instruction. En effet, tout ce qu'il fallait faire au XVIIIe siècle, pour réussir à avoir une affectation professionnelle dans le droit, c'était de dîner avec les juges dans l'un des *Inns of Court* et d'y verser une certaine somme d'argent. Cette histoire produit toujours un certain nombre de conséquences qui se manifestent à la fois dans l'absence d'une *scientia juris* au sein de la mentalité juridique anglaise et dans l'incertitude vis-à-vis du rôle de l'université dans la formation juridique.

Il a fallu attendre les réformes qui ont suivi un rapport d'une commission d'enquête de Parlement en 1846 avant que cette situation peu souhaitable se transforme. Le *Select Committee on Legal Education* a conclu qu'il n'y avait aucune formation juridique en Angleterre qui méritait cette appellation et il a conseillé aux universités de développer l'enseignement du droit en tant que sujet scientifique (2). Les universités et les *Inns of Court* ont fait un grand effort pour sortir de cette situation pénible (3). Le droit romain et la doctrine allemande ont été accueillis dans les institutions pédagogiques et les traductions des manuels de droit civil ont commencé à s'infiltrer dans les librairies et les bibliothèques. En bref, on mettait l'accent sur l'histoire du droit et sur la théorie générale, ce qui menait également à une modification de la doctrine elle-même.

Des professeurs tels que Sir Henry Maine et George Long ont essayé de façonner une science de droit dans le cadre d'une école historique anglaise. D'autres auteurs ont rédigé des oeuvres intitulées, par exemple, *The Science of Law* et *A Systematic View of the Science of Jurisprudence* (4). Comme le Professeur Stein l'a affirmé, l'Angleterre a adopté dès 1846 une appréciation traditionnelle de la science juridique qui ne reconnaissait aucune distinction entre le droit romain et la *scientia*

(2) *Report from the Select Committee on Legal Education*, 25 August 1846.

(3) P. Stein, *Legal Evolution* (Cambridge, 1980), p. 79.

(4) Voir R. Cocks, *Sir Henry Maine : A Study in Victorian Jurisprudence* (Cambridge, 1988), p. 16.

iuris (5). En effet, même avant le rapport de la commission, le père de la philosophie du droit en Angleterre, John Austin, a effectué un échange des idées de la pandectisme en faveur d'un système universel. De plus, Maine a reconnu la nécessité d'enseigner le droit romain dans le cadre de l'enseignement de la science juridique : "[He] seems to have felt instinctively that the stages in the development of Roman law were generally applicable to progressive societies, and that in turn confirmed his view that Roman law was a necessary ingredient in the courses on general jurisprudence, the scientific aspects of law, which were demanded by the Committee on Legal Education" (6).

Néanmoins, malgré ces changements sur le plan de la doctrine, la *common law* elle-même reste largement à l'abri des influences du droit romain. Ceci s'explique tout d'abord par le fait que le système anglais s'était construit sur un droit d'actions en justice (*forms of action*) qui ne s'harmonisait guère avec le système du droit romain. Les actions en justice ne se divisaient pas entre *actiones in rem* et *in personam* de sorte que le droit anglais ne s'est pas fondé sur une classification scientifique telle que celle qui distingue le droit des personnes du droit des biens. Les notions anglaises restaient toujours marquées par leur origine féodale et même, de nos jours, le droit des biens demeure complexe au sens qu'il n'est pas du tout clair que le point de départ soit l'acceptation d'un principe général du droit à la propriété.

De plus, la procédure juridique devant les tribunaux qui appliquaient les règles de la *common law* ne devait presque rien à la procédure dite romano-canonique (7). Il en résultait que pendant le XIXe siècle, lorsque le législateur a effectué une modernisation des règles procédurales, la symétrie des codes ne pouvait pas s'y imposer. Il est vrai que certains juges ont fait un effort afin d'introduire dans le droit anglais des termes empruntés au droit romain et que, pendant une période de trente ans après l'abolition des formes d'action en 1852, les juridictions ont fait référence de temps en temps aux oeuvres de Pothier et de Savigny, en citant même les opinions de certains juristes romains (8). Cependant, sauf en ce qui concerne le contrat (qu'on a importé des systèmes romano-germaniques), le droit anglais a continué de se construire autour de plusieurs types de recours. Le résultat en était que le droit privé est devenu enraciné dans un système de précédents selon lequel les juges mettent l'accent sur les situations de fait. Par conséquent les facultés de droit et les tribunaux se sont donnés, les uns et les autres, des missions assez différentes.

B - L'enseignement juridique : conséquence d'exigences professionnelles

Ainsi le projet de création des facultés de droit en Angleterre n'avait guère pour but un changement radical du rapport entre la formation des praticiens et la pratique elle-même. Tout d'abord, les deux branches institutionnelles de la profession - c'est-à-dire les barreaux (*the Bar* - composé des *barristers*) et la *Law Society* (institution qui se compose des *solicitors*) - ont continué de contrôler l'accès à leurs associations professionnelles. A cette fin chacune d'elles a introduit un système autonome de formation professionnelle au sein des écoles spécialisées et un régime d'examen tout à fait indépendant de celui des universités. Or, alors qu'un diplôme en droit pouvait toujours accélérer l'accès à la formation professionnelle, il

(5) Stein, *op. cit.*, p. 123.

(6) *Ibid.*

(7) Voir R.C. Van Caenegem, "History of European Civil Procedure", *International Encyclopedia of Comparative Law*, Tome XVI, Chapitre 2, n° 13-26.

(8) Voir G. Samuel & J. Rinkes, *Law of Obligations and Legal Remedies* (Cavendish, Londres, 1996), pp. 77-82.

restait quand même le cas que les écoles spécialisées étaient gérées par les *Inns of Court* et par la *Law Society* et qu'elles restaient ainsi à l'extérieur du système universitaire. De plus, les auxiliaires de la justice se sont réservés le pouvoir de désigner certaines matières comme "*core subjects*", c'est-à-dire des cours essentiels et obligatoires que tout étudiant a dû suivre avant de pouvoir prétendre à une carrière juridique. Par conséquent, les praticiens exerçaient une influence même sur les programmes d'études dans les facultés de droit.

Ce manque de confiance de la part des professions envers les universités se manifestait aussi dans le cadre de la méthodologie. Il y a un siècle les juges anglais regrettaient l'émergence des manuels en tant que source du droit et plusieurs d'entre eux ont constaté que le droit ne se trouve que dans l'argumentation professionnelle des avocats, c'est-à-dire des *barristers*, dans le contexte de chaque cas concret. Les juges, en rendant leurs décisions, ont refusé de reconnaître l'influence de la doctrine en tant que source de leurs jugements, ce qui a encouragé les avocats à ne pas citer les sources doctrinales de leurs arguments (9). De leur côté, quelques professeurs célèbres, qui avaient été nommés à la suite du rapport de 1846, n'étaient pas toujours passionnés du droit anglais. Certains d'entre eux se sont penchés vers la codification, tandis que d'autres se préoccupaient de l'histoire du droit ou du droit romain (10).

En 1970 une nouvelle commission d'enquête établie par le *Lord Chancellor* (garde des Sceaux), et sous la direction de *Mr Justice Ormrod*, a essayé de rationaliser les relations entre les professions et les facultés à l'égard de la formation des praticiens (11). La commission a proposé que la formation juridique se divise en deux. La première phase, appelée l'étape théorique (*academic stage*), se déroule en principe dans une faculté de droit. Cependant, cette étape, qui aboutit à l'obtention d'une licence en droit ne suffit pas par elle-même. Pour qu'un diplômé puisse accéder à la deuxième phase, l'étape professionnelle (*vocational stage*), il faut que l'étudiant ait réussi aux examens dans les matières dites essentielles (les *core subjects*). La commission en a proposé cinq. Cependant, les sujets de base (renommés depuis 1995 "*foundational subjects*" pour mieux représenter leur place fondatrice dans l'enseignement juridique) (12) regroupent actuellement sept branches du droit. Il s'agit de deux cours consacrés au droit des obligations (*contract* et *tort*) et deux consacrés aux biens (*land law* et *trusts*); à ces cours de droit privé, s'ajoutent le droit pénal, le droit public et le droit européen.

La Commission d'Ormrod envisageait aussi que la première étape théorique de la formation juridique devrait avoir lieu dans les facultés de droit et cela pendant une durée de trois ans. Cependant, alors que les professions ont pour la plupart exigé que les candidats soient titulaires d'une licence en droit, elles se révélaient également bien disposées à l'égard des candidats titulaires de diplômes non juridiques pour la

raison essentielle qu'il valait mieux avoir des connaissances plus globales (extra-juridiques) du monde afin d'être à même de répondre aux cas concrets soulevés par les problèmes de tous les jours qui fournissent la substance des travaux des avocats. Ainsi, un candidat, qui n'a pas obtenu son diplôme en droit, peut quand même suivre un programme appelé la *Common Professional Examination* soit dans l'une des quelques facultés de droit qui la fournisse soit dans l'une des écoles professionnelles. En fait, il s'agit d'une formation comprenant l'enseignement pur et simple des sept sujets fondamentaux. On peut constater donc que, selon les professions, la phase théorique ne se compose que de l'enseignement des sept sujets de base qui, selon elles, peuvent être bien maîtrisés pendant une période de douze mois au maximum. Cette présomption a provoqué l'observation d'un professeur de droit romain à l'Université d'Oxford qu'il n'y a aucun pays sauf l'Angleterre où on demande si peu pour former un praticien; il s'agit d'un programme motivé par des professionnels qui n'ont aucune appréciation de la science du droit (13). Cependant, un second professeur d'Oxford a répondu qu'il se peut qu'une licence en philosophie ou en sociologie puisse avoir une composition intellectuelle et une valeur éducative plus élevées que celles d'une licence en droit. Ainsi, la charge de la preuve reste, pour les facultés de droit, de démontrer qu'un diplôme juridique est équivalent au plan intellectuel à un diplôme en philosophie (14).

Tandis que la première étape (théorique) de la formation peut se dérouler soit dans les facultés soit dans les écoles professionnelles, la deuxième phase, l'étape professionnelle (*vocational stage*), se déroule tout d'abord dans une école professionnelle et ensuite dans un cabinet. Malgré la conclusion de la Commission d'Ormrod, qui poussait vers une fusion des écoles professionnelles et des facultés universitaires, le Barreau et la *Law Society* ont gardé leurs propres écoles. Par conséquent, les candidats sont obligés de choisir entre les deux professions aussitôt qu'ils quittent la faculté. Même aujourd'hui une telle fusion ne s'est jamais achevée, malgré le fait que le *College of Law* (l'école professionnelle de la *Law Society* qui est récemment devenue indépendante), vient d'obtenir une permission pour fournir des cours conduisant aux examens du barreau.

En fait, il faut admettre que la phase professionnelle a vu pendant les années récentes des changements sensibles. On met l'accent à l'heure actuelle sur les méthodes techniques du droit (*legal skills*). En ce qui concerne les candidats diplômés d'une licence qui atteste leur compétence dans les sept sujets fondamentaux (ce qu'on appelle un *qualifying law degree*) et ceux qui ont obtenu la *Common Professional Examination*, et qui veulent devenir *solicitor*, ils devront tout d'abord réussir dans le programme d'études qui est intitulé le *Legal Practice Course* et qui dure un an. Le *College of Law* décrit ce programme comme "un pont entre le droit en tant que sujet académique et le travail de celui qui souhaite devenir *solicitor*" (15). Quant au *Bar Vocational Course* (la phase équivalente pour ceux qui désirent devenir *barrister*) on met également l'accent sur la procédure et sur les méthodes, surtout sur la recherche du droit, la gestion des faits (*fact management*), la rédaction des documents et la plaidoirie.

Depuis le rapport d'Ormrod, d'autres changements sont intervenus. Le plus important, c'est la création d'une commission sous la direction du ministre de la justice qui s'appelle le *Lord Chancellor's Advisory Committee on Legal Education and Conduct* (ACLEC). Cette commission, créée d'après une loi de 1990 (16), est

(9) P. Birks, "Adjudication and Interpretation in the Common Law: A Century of Change" (1994) 14 *Legal Studies* 156, pp. 163-166.

(10) "It is difficult to deny... that prestige in the Honours School of Jurisprudence at Oxford, such as it was, resided with those whose reputation and subjects were furthest removed from anything remotely practical. Thus Jurisprudence [legal philosophy], Roman law and Legal History (never beyond the time of Coke) were taught by persons who had academic respectability and who for the most part wrote for audiences outside lawyers' law": R. Stevens, "Legal Education in Context", dans P. Birks (sdd), *Reviewing Legal Education* (Oxford University Press, 1994), p. 88.

(11) *Report of the Committee on Legal Education* (Ormrod Report) (Cmnd 4595) 1971.

(12) The *Law Society* and the Council of Legal Education, *Notice to Law Schools Regarding Full-Time Qualifying Law Degrees* (January 1995). Ce développement plus interventionniste à l'égard de la liberté d'enseignement des facultés de droit a été bien critiqué. Voir par exemple, P. Birks, "Compulsory Subjects: Will the Seven Foundations Ever Crumble?" [1995] Web JCLI (accessible sur l'internet à <http://www.ncl.ac.uk/~nlawwww/articles1/birks1.html>).

(13) Birks, "Adjudication and Interpretation", *op. cit.*, p. 172.

(14) Stevens, *op. cit.*, p. 91.

(15) *College of Law, Prospectus 1999*, p. 9.

(16) *Courts and Legal Services Act 1990* art. 19.

chargée, *inter alia*, de surveiller la formation et l'enseignement de ceux qui fournissent les services juridiques. Son premier rapport publié en avril 1996 a reconnu heureusement que les facultés de droit n'existent pas simplement pour fournir la base d'une formation juridique professionnelle (17). Apprendre le droit et ses méthodes, c'est plutôt apprendre tous les éléments constitutifs d'une "éducation libérale". Bien sûr la question se pose ainsi de savoir comment se définit une éducation libérale et quel en est le contenu ? Ces questions, sur lesquelles nous revenons dans la partie suivante, ont donné lieu à un débat important parmi les enseignants (18). Les réponses se situent au sein des processus d'enseignement dans les facultés de droit - processus qui s'efforcent de s'adapter aux besoins et aux défis du XXe siècle.

II - L'ENSEIGNEMENT DU DROIT EN ANGLETERRE : SON DÉROULEMENT DANS LES FACULTÉS DE DROIT

L'histoire de la formation juridique en Angleterre a doté l'enseignement du droit dans nos facultés de quelques caractères essentiels. Notamment il reste marqué par l'influence importante des professions juridiques. Cependant, aussi bien établis que soient ces traits, l'enseignement juridique ne peut guère résister à l'évolution (même la reconceptualisation) afin de pouvoir répondre aux changements dans les professions et aux développements au sein des universités elles-mêmes. Bref, ce qui était considérée autrefois comme une formation à des fins purement professionnelles est devenu actuellement un enseignement bien intégré au cœur des démarches intellectuelles des sciences sociales.

A - L'enseignement juridique : représentation d'un raisonnement juridique commun aux professions et aux facultés

Tout d'abord, le contrôle exercé par les professions de *solicitor* et de *barrister* se concentre exclusivement sur l'exigence d'un enseignement suffisant dans les sept sujets de base et non pas sur la totalité du contenu du diplôme en droit. En fait, bien que le barreau et la *Law Society* aient déterminé, dans leur avis de janvier 1995, le contenu de l'enseignement par rapport à chacun des cours de base, ils s'intéressent moins aux aspects didactiques de l'enseignement juridique. Ce que l'avis demande, c'est que tout diplôme qui se caractérise en tant que *Qualifying Law Degree* ait pour objet de fournir aux diplômés les fondements du savoir juridique (*foundations of legal knowledge*). Un tel savoir, selon l'avis, veut dire qu'un diplômé en droit peut démontrer les compétences suivantes : compréhension des principes fondamentaux du droit anglais ; connaissance de base des sources du droit ; appréciation des données sociales qui ont influencé l'évolution du droit en Angleterre ; compétences techniques et intellectuelles nécessaires pour faire des recherches législatives et jurisprudentielles et pour effectuer l'analyse des lois et des jugements, y compris une compréhension de la méthodologie par laquelle les législateurs et les juges arrivent à leurs solutions respectives ; et enfin la capacité de réfléchir sur les notions fondamentales du droit telles que la justice, la liberté et les droits subjectifs.

On peut évidemment se demander s'il est vraiment possible de développer une capacité de réfléchir sur la justice ou même sur les droits subjectifs après n'avoir

(17) ACLEC, *First Report on Legal Education and Training* (1996).

(18) Voir D. Oliver, "Teaching and Learning Law : The Pressures on the Liberal Law Degree", dans Birks, *Reviewing Legal Education*, op. cit., pp. 77-86.

suivi qu'un programme de douze mois (ce que supposent le barreau et la *Law Society* étant donné le régime annuaire prévu pour la *Common Professional Examination*). La poursuite d'un tel objectif nous semble nécessiter non seulement une réflexion approfondie qui va certes exiger plus de temps, mais également une appréciation des matières au-delà des cours de base. La justice, les droits subjectifs et la liberté font partie de la philosophie même du droit. Ainsi toute appréciation du droit devrait s'effectuer dans le cadre d'une compréhension universelle des données sociales, de l'analyse de la jurisprudence et de l'étude des méthodes de raisonnement juridique. Cela suggère que le droit comparé, l'histoire du droit et les enseignements plus spécialisés ont tous un rôle à jouer dans la formation juridique (19). Il s'ensuit qu'il existe, au sein de l'avis du barreau et de la *Law Society*, un certain décalage entre la prescription de la substance matérielle des cours de base et les fondements d'un véritable savoir juridique qui mérite l'appellation d'une "éducation libérale".

En fait les professeurs de droit, eux-mêmes, ne s'interrogent guère au sujet des suppositions épistémologiques (20). Ce qu'ils supposent sur le plan de la théorie générale, c'est qu'une connaissance du droit équivaut à une connaissance des propositions linguistiques, à savoir les règles et les principes. Ainsi l'un des manuels pédagogiques britanniques sur la méthodologie porte le titre "Comment faire des choses avec les règles" (*How to do things with rules*) (21). Le métier du juriste, c'est d'interpréter. Ainsi on peut constater que, quant aux méthodes elles-mêmes, la plupart des juristes des pays de la *common law* partagent, avec leurs collègues français et francophones, l'idée que l'activité juridique se préoccupe tout d'abord de la recherche des normes et ensuite de leur interprétation. L'application des règles aux situations de fait s'effectue par une sorte de "syllogisme complexe" (22) et on pourrait dès lors conclure que le raisonnement juridique oscille entre l'interprétation (*ars hermeutica*) et la logique (*scientia juris*).

En réalité la méthodologie se révèle plus intriquée. Vu qu'il n'existe pas en Angleterre de système codifié, il n'est pas possible d'envisager le droit d'après le plan de Gaius selon lequel les règles se divisent entre les personnes, les choses, les obligations et les actions en justice. Cela veut dire que les règles de la *common law* ne se rassemblent pas autour des catégories de droits subjectifs selon une structure qui agit comme "l'instrument d'un exposé d'ensemble du droit aussi bien dans les écoles, que dans les oeuvres de nombreux juristes" (23). La *common law* est un réseau sans frontières (*seamless web*) dans lequel "aucune décision judiciaire ne [peut] jamais être considérée indépendamment des faits sur lesquels elle a porté" (24). Or, il y a des textes ; mais avant qu'on puisse appliquer le syllogisme complexe, il faut souvent une analogie implicite ou explicite entre les cas particuliers.

L'absence des codes en Angleterre a eu pour conséquence donc que traditionnellement on a mis l'accent plus sur la jurisprudence que sur les textes (25). Les précédents étaient en effet la source principale du droit jusqu'au XIXe siècle et

(19) B. De Witte, "The European Dimension of Legal Education", dans P. Birks (sdd), *Reviewing Legal Education* (Oxford University Press, 1994), pp. 68-76.

(20) S. Toddington, "The Emperor's New Skills : The Academy, The Profession and the Idea of Legal Education", dans P. Birks (sdd), *What Are Law Schools For ?* (Oxford University Press, 1996), pp. 69-90.

(21) W. Twining & D. Miers, *How To Do Things With Rules* (Butterworths, 3e éd., 1991).

(22) Lord Simon dans *FA & AB Ltd v Lupton* [1972] AC 634, pp. 658-659.

(23) A. Lefebvre-Teillard, *Introduction historique au droit des personnes et de la famille* (PUF, 1996), p. 11.

(24) P. Legrand, "Sens et non-sens d'un code civil européen" [1996] RIDC 779, p. 789.

(25) Voir par exemple B. Hepple, "The Integration of Contract and Tort", dans P. Birks (sdd), *Examining the Law Syllabus : The Core* (Oxford University Press), pp. 54-57.

cette histoire a permis le développement d'une mentalité dite de *caselaw* au sein de la *common law*. *Ex facto ius oritur*. Cette mentalité se manifeste dans les facultés sous la forme de la *case method*, c'est-à-dire une action pédagogique fondée sur les faits des affaires spécifiques et sur les jugements rendus d'après ces faits. Ainsi, selon cette méthode, on dégage des faits et des jugements les notions, les propositions et les sanctions (*remedies*) qu'on applique aux affaires hypothétiques afin de déterminer ce qui devrait être la solution dans chaque nouvelle situation de fait qui se présente. On apprend le droit par l'expansion des situations de fait. Il s'agit d'une méthodologie de "confrontations avec les vécus" qu'on peut associer non seulement avec les juristes de la tradition de la *common law* mais (et ça peut paraître surprenant vu l'histoire du droit anglais) également avec des juriconsultes romains. Ainsi la méthode de la *common law* se révèle pareille à celle qu'on rencontre au Digeste : "The Romans were practical lawyers.... [T]he Digest is full of cases, of actual situations that were presented to the jurists for advice - advice on how to proceed, advice given to the decision-maker as well as to the client.... Much of the strength of Roman law is due to the fact that it is both rooted in actuality and linked to procedure. It contrived to avoid the patchiness of a purely casuistic system because, rather like professors of law in the United States when teaching with the method that Socrates used in conversation with slaves, the jurists hypothetically varied the actual facts of the situations presented to them, and considered what the legal effect of such hypothetical variations would be" (26).

Donc, il est évident que, même un domaine du droit tel que le droit romain, qui se base sur un grand texte législatif, exige des techniques d'interprétation qui dépassent souvent celles qu'on associe aux codes. Un texte ne s'applique jamais automatiquement au cas concret ; il faut toujours soulever les raisons pour lesquelles on arrive à une solution donnée. Il s'agit d'une technique d'argumentation, un processus contradictoire, selon lequel un "bon argument est celui qui idéalement serait non seulement compris, tenu pour plausible, mais acceptable par toutes les parties concernées" (27). Il faut ajouter que les textes législatifs eux-mêmes utilisent souvent des notions et des expressions qui exigent de l'étudiant une connaissance du droit qui dépasse le texte (28). Il y a par exemple des textes qui emploient le mot "bailment" mais qui n'offrent aucune définition de ce terme juridique. De plus, afin de comprendre l'article 2 de la *Misrepresentation Act 1967*, il faut une bonne compréhension de l'histoire du *tort of deceit* et de la *rescission in equity*. Il est rare que les lois représentent une orientation nouvelle et fondamentale. L'étudiant en droit est obligé d'acquiescer vite un aperçu de l'histoire et une appréciation de l'évolution du sens des termes juridiques.

L'absence en Angleterre de codes fondés sur le plan des *Institutes* a une autre conséquence. On n'envisage guère le droit anglais en tant que système rationnel où les droits réels se distinguent des droits personnels (29). En effet la notion même de droit subjectif (*right*) joue un rôle très limité dans la pensée juridique anglaise. C'est plutôt l'existence ou l'absence d'une action en justice qui détermine si oui ou non la responsabilité est engagée dans chaque affaire concrète. Or, dans les facultés de droit on apprend les *causes of action* par les catégories de contrat et de *tort* (délict)

(26) T. Weir, "Contracts in Rome and England" (1992) 66 *Tulane Law Review* 1615, pp. 1616-1617.

(27) P. Ricoeur, "Le problème de la liberté de l'interprète", in P. Amssele (sdd), *Interprétation et droit* (Bruylant, 1995), p. 184.

(28) Voir par exemple R. Goode, "The Teaching and Application of Fundamental Concepts of Commercial Law", dans P. Birks (sdd), *Examining the Law Syllabus: Beyond the Core* (Oxford University Press, 1993), pp. 55-62.

(29) Voir G. Samuel, "Existe-t-il une procédure de codification du droit anglais?" (1997) 82 *Revue française d'administration publique* 209.

notamment ; mais ces catégories ne se reposent pas sur une vision du droit privé bien définie. Ainsi, bien que le droit anglais connaisse une théorie générale du contrat assez développée, la responsabilité civile délictuelle (*law of torts*) ne donne lieu à aucune obligation générale, sauf en ce qui concerne la négligence. Il s'agit d'une catégorie qui comprend des sous-catégories de *causes of action*, chacune d'entre elles ayant ces propres règles et principes (30). Les actions en responsabilité sont assez nombreuses et elles franchissent les frontières non seulement entre le droit des biens et le droit des obligations mais également entre le droit public et le droit privé (31). L'apprentissage de la responsabilité administrative se fait par conséquent au cours de *tort* et rarement au cours de droit public. Quant aux règles et aux sanctions concernant les meubles, l'étudiant ne les rencontre que dans les cours facultatifs puisqu'il n'y a jamais assez de temps pour les analyser pendant les cours sur la responsabilité civile délictuelle (c'est-à-dire les *torts*), malgré le fait que c'est précisément dans cette catégorie du droit que ces sanctions se situent (32). Par conséquent il est regrettable qu'on ne puisse pas affirmer avec confiance qu'un diplômé en droit anglais ait une connaissance compréhensive du droit privé (33).

En revanche le diplômé devrait avoir une formation pratique construite autour des cas d'espèce. Comme l'a observé Paul Oriante, l'"étude de cas serait, par ailleurs, le lieu privilégié d'une approche convergente du réel à partir du droit et des autres disciplines enseignées" (34). Ainsi il y a des recueils de jugements dans le domaine du droit des contrats, par exemple, qui situent le contrat dans son contexte économique (35). Dans le domaine du droit de la responsabilité civile délictuelle, les *delicts* sont aussi analysés de temps en temps dans l'optique de l'indemnité dans le cas des accidents en général (36). En effet, ces approches pédagogiques pluridisciplinaires sont soutenues par une doctrine approfondie, ce qui a donné naissance à la possibilité de faire un cours sur la responsabilité civile délictuelle sans référence à un seul arrêt. Le droit de la responsabilité délictuelle peut glisser vers la philosophie du sens du terme "délict". Cela dit il ne faut pas exagérer la diversité de la pédagogie dans les facultés de droit. Dans la plupart d'entre elles, les enseignants se réfèrent au droit positif, sinon pour le seul motif de pouvoir dégager les *rationes decidendi* et les *obiter dicta* des jugements. Néanmoins l'importance de la formation des juristes à la méthode des cas pratiques pousse vers une réflexion plus profonde sur l'objectif du droit positif vu dans son contexte social. Heureusement l'école du Réalisme Américain (37) et le débat actuel autour de la définition d'une éducation libérale, n'ont qu'encouragés une telle approche.

Du point de vue des enseignants, ce qui importe c'est la diversité de toute formation juridique. "There seems to be general agreement", a conclu le rapport de Professor Hepple à la fin d'un colloque consacré à la formation juridique, "that law graduates should continue to come from Law Schools offering a diversity of legal and educational philosophies" (38). Cette diversité se manifeste très fortement

(30) Voir G. Samuel & J. Rinkes, *Law of Obligations and Legal Remedies* (Cavendish, 1996), pp. 20-26.

(31) Voir G. Samuel, "Entre les mots et les choses : les raisonnements et les méthodes en tant que sources du droit" [1995] RIDC 509.

(32) *Torts (Interference with Goods) Act 1977*.

(33) P. Birks, "Introduction", dans P. Birks (sdd), *Examining the Law Syllabus: The Core* (Oxford University Press, 1992), pp. 8-9.

(34) P. Oriante, *Apprendre le droit : éléments pour une pédagogie juridique* (Labor, 1990), p. 196.

(35) J. Shaw & S. Wheeler, *Contract Law: Cases, Materials and Commentary* (Clarendon Press, 1994).

(36) J. Conaghan & W. Mansell, *The Wrongs of Tort* (Pluto Press, 1993).

(37) Voir G. Fasso, *Histoire de la philosophie du droit - XIXe et XXe siècles* (LGDI, 1976 ; trad. C. Rouffet), pp. 213-216.

(38) B. Hepple, "Some Concluding Reflections", dans P. Birks, *Reviewing Legal Education*, op. cit., p. 111.

lorsqu'on compare les sujets entre eux. Par exemple, il y a certains enseignants du droit pénal qui estiment que le droit pénal se compose essentiellement de principes dégagés de la jurisprudence et des textes (39). En revanche, il en existe d'autres qui pensent qu'un cours de droit pénal devrait comprendre une analyse du contexte social, historique, philosophique et politique non seulement des normes elles-mêmes mais également du domaine qui forme l'objet des normes pénales (40). Ce qu'on doit souligner, c'est que chaque enseignant, en contraste avec ses homologues dans les facultés de droit pratiquant la tradition romano-germanique, dispose d'une grande liberté de choix dans la détermination de son propre programme, même en ce qui concerne les sujets de base.

B - L'enseignement juridique : représentation d'un rapport approfondissant entre le droit et les sciences sociales

C'est peut-être à cause de cette liberté, y compris l'histoire dans laquelle il faut la comprendre, qu'on peut constater l'existence actuelle d'une certaine crise épistémologique dans l'enseignement du droit dans les facultés des pays représentant la tradition de la *common law*. Mais, loin de fonctionner comme un obstacle à la compréhension du droit, cette crise peut être vue plutôt comme une impulsion qui nous amène vers un développement plus rigoureux de l'enseignement juridique en Angleterre. Ainsi nous terminons cet article en analysant quelques solutions adoptées par les facultés de droit pour remédier à la crise épistémologique, solutions qui tiennent compte également d'une crise parallèle dans les professions juridiques.

La crise professionnelle résulte du fait que, pendant les années 90, les professions juridiques (les *barristers* ainsi que les *solicitors*) ont mis fin à leurs projets d'expansion conçus pendant les années 80. Tandis que pendant ces années-là tous les étudiants en droit étaient plus ou moins sûrs d'avoir un emploi dans le cadre des professions, s'ils le voulaient, il est évident actuellement que plus de la moitié des étudiants en droit n'auront pas cette opportunité. Par exemple, en 1995, il n'y avait que 42 % d'étudiants en droit qui ont obtenu une place pour entrer dans la profession des *solicitors* (41). Par conséquent 58 % ont dû chercher d'autres carrières. Vu un tel état des choses, il est nécessaire qu'une formation juridique n'ait pas uniquement pour but la formation des avocats futurs, mais qu'elle fournisse un enseignement plus divers, plus rigoureux, qui a pour mission d'inculquer aux étudiants les techniques de pensée, de rédaction et d'argumentation qui peuvent leur servir dans n'importe quelle carrière en dehors du domaine juridique. Bref, il faut que l'enseignement juridique fournisse aux étudiants une éducation de type "libérale".

Alors, comment s'est développé cet enseignement dans les années 90 ? Sur le plan du cursus, on ne peut pas nier que les universités se trouvent toujours liées

(39) Selon les paroles de Professeur Lacey : "The traditional criminal law curriculum, reflected in both courses and textbooks, is exemplified by a focus on legal doctrine - in other words, what we can gather about criminal law from statutes, appeal cases and high profile commentaries and suggestions for reform of these by official bodies such as the Law Commission and Criminal Law Revision Committee" : N. Lacey, "Reconstructing the Traditional Syllabus", dans Birks, *Examining the Law Syllabus : The Core*, op. cit., p. 85.

(40) Le Professeur Lacey estime qu'il faut développer des cours du droit pénal qui sont plus spécialisés, qui permettront une analyse approfondie de la matière, c'est-à-dire "criminal law courses which allow for in-depth study of a few selected areas, looking at historical and social context, philosophical and political arguments, enforcement practice and issues" : dans Birks, op. cit., p. 86. Ainsi Mme Lacey préfère reconstruire le droit pénal à partir des catégories sociales plutôt que juridiques : N. Lacey & C. Wells, *Reconstructing Criminal Law* (Butterworths, 2e éd., 1998).

(41) Law Society, *Trends on the Solicitors' Profession*, Law Society Annual Statistical Report 1996, p. 69.

dans une certaine mesure par les avis des institutions professionnelles (le barreau et la *Law Society*), en ce sens que ces institutions exigent que tout juriste acquiert une connaissance suffisante des sept sujets fondamentaux. Mais, cela dit, il reste quand même une partie du cursus qui n'est pas déterminé de cette façon. C'est cet élément du programme des études en droit qui a subi dans les années récentes une évolution importante. La liberté d'enseignement, vis-à-vis des matières "au choix" (c'est-à-dire celles qui se trouvent en dehors des sept sujets de base) se traduit dans la multiplication des cours spécialisés introduits selon les intérêts et les spécialisations des enseignants. Par exemple, on voit habituellement dans les programmes d'études juridiques des matières facultatives tels que les libertés publiques, le droit international public, le droit commercial, le droit bancaire et le droit du travail. Ces matières ont tendance à développer en plus de détails les notions clés introduites dans les cours de base. Cela permet aux étudiants désireux de se spécialiser ou d'approfondir leurs connaissances par rapport à un certain domaine du droit, de suivre des cours destinés à cette fin.

De plus il y a un nombre de filières nouvelles d'études en droit qui sont devenues de plus en plus populaires au cours des années 90. L'une de ces filières porte sur le développement d'une approche critique du droit qui situe le droit avant tout dans son contexte social et politique (42). Une sous-branche de ce type d'analyse critique a fait du concept de la discrimination (et de la lutte contre celle-ci) un aspect essentiel de tout enseignement juridique. Ainsi, on a vu récemment dans les facultés de droit la prolifération de cours ayant pour objet les notions d'égalité, de justice et de solidarité parmi les classes sociales. Ces cours portent sur la discrimination perpétuée contre tous les groupes qui se trouvent marginalisés dans la société : les femmes, les minorités ethniques et religieuses, les minorités sexuelles et les personnes handicapées.

L'un de ces groupes en particulier, celui des femmes, a suscité énormément d'intérêt, ce qui a conduit à l'établissement d'un nombre de cours concernant exclusivement les droits des femmes et les perspectives, dites "féministes" sur le droit. Ainsi, par exemple, dans notre faculté de droit à l'Université de Kent, il existe un cours intitulé "*Feminist Perspectives on Law*". L'objectif de ce cours est de situer le problème de la discrimination perpétuée contre les femmes dans son contexte social, par l'examen des lois et des jugements sur une série de situations de fait concernant notamment la condition féminine : par exemple, la reproduction (avortement, procréation médicalement assistée, mères porteuses), la violence contre les femmes (agressions physiques ainsi que sexuelles), la représentation dans les médias du corps féminin (lois sur les images pornographiques) la criminalisation de certaines activités des femmes (telle que la prostitution), et la discrimination dans l'emploi. Evidemment ces cours ont incité les enseignants à rédiger des manuels exclusivement consacrés au sujet féminin (43).

De plus, ce n'est pas simplement dans les cours spécialisés qu'on a commencé à soulever la question de l'(in)égalité des femmes. Certains auteurs (féministes) ont, depuis les années 80, mis en évidence dans la tradition de l'enseignement juridique des cours fondamentaux (droit des obligations, droit pénal, droit public etc.) une lacune vis-à-vis de toute discussion de la situation des femmes

(42) W. Mansell, B. Meteyard & A. Thomson, *A Critical Introduction to Law*, (Cavendish, 2e éd., 1998) ; P. Ireland & P. Laleng, *The Critical Lawyers' Handbook 2* (Pluto Press, 1997).

(43) S. Atkins & B. Hoggett, *Women and the Law* (Blackwell, 1984) ; H. Barnett, *Introduction to Feminist Jurisprudence* (Cavendish, 1998) ; J. Bridgeman & S. Millns, *Feminist Perspectives on Law - Law's Engagement with the Female Body* (Sweet & Maxwell, 1998) ; R. Graycar & J. Morgan, *The Hidden Gender of Law* (The Federation Press, 1990) ; C. Smart, *Feminism and the Power of Law* (Routledge, 1989).

par rapport aux principes juridiques. Par exemple, aux Etats-Unis, le Professeur Mary Joe Frug a soulevé, dans un recueil d'arrêts portant sur les contrats, l'absence complète des femmes sauf lorsqu'elles étaient invoquées selon un stéréotype caractérisé comme faible et féminin (44).

Pour remédier à ce mauvais état des choses, on a vu l'introduction en Angleterre d'une série de textes qui ont pour mission d'introduire le problème de la discrimination contre les femmes dans tous les cours de base (au lieu d'en parler exclusivement dans un cours spécialisé). L'idée est d'éviter la marginalisation de cette question dans un cours facultatif et choisi pour la plupart par des femmes elles-mêmes. En universalisant le problème on le remet dans son contexte réel au sein de tous les aspects du droit et on le porte à l'attention du grand public. Le premier texte dans cette série, intitulé *"Feminist Perspectives on the Foundational Subjects of Law"* comprend deux essais sur chacune des sept matières fondamentales et tous rédigés dans une perspective expressément féministe (45). Ce livre est destiné à être suivi par d'autres textes encore plus spécialisés concernant les approches féministes au droit médical, au droit public et au droit du travail (46). C'est ainsi qu'on peut remarquer des tendances vers une contextualisation sociale du droit positif et un développement corrélatif des méthodes employées dans l'enseignement juridique qui importent de plus en plus d'idées des sciences sociales et politiques.

Il faut admettre quand même que l'intérêt dans la lutte contre la discrimination n'est pas aussi remarquable qu'il peut sembler à première vue. Ce n'est pas simplement que les enseignants du droit ont décidé d'ouvrir les frontières de l'enseignement juridique vers d'autres considérations que le droit positif, telle que la contextualisation du droit dans la société contemporaine, dans la politique et dans la culture. Les enseignants répondent en même temps au fait de la diversité de la composition du corps étudiant. Jusqu'au début du XXe siècle il était interdit aux femmes de passer des examens dans les universités (47). Ainsi, l'étudiant archétype, c'était un homme, d'environ 20 ans, issu d'un milieu social bourgeois. En revanche, actuellement, l'accès à l'enseignement supérieur a été largement ouvert à une diversité de personnes, sans distinction en fonction de leur âge, leur sexe, et leur ethnicité. En fait, dans les facultés de droit de nos jours, les femmes sont plus nombreuses que les hommes, une tendance qui ne fait que s'accroître (48). Par conséquent, l'évolution de l'enseignement juridique a dû répondre à la réalité de la composition de ses nouveaux consommateurs.

Il faut constater aussi que ce n'est pas uniquement la substance des matières juridiques qui a changé pendant les années 90. Les méthodes d'enseignement du droit ont été également le sujet d'un débat vif dans les milieux universitaires. L'introduction au plan national d'un contrôle de la qualité de l'enseignement supérieur (*Teaching Quality Assessment*) est un phénomène récent. Ce contrôle se manifeste sous la forme d'une visite dans toutes les facultés de chaque université d'une équipe de spécialistes qui surveille la manière dans laquelle se déroule

(44) M. J. Frug, "Re-reading Contracts: A Feminist Analysis of a Contracts Casebook", 34 (1985) *American University Law Review* 1065.

(45) A. Bottomley (ed.), *Feminist Perspectives on the Foundational Subjects of Law* (Cavendish, 1996).

(46) S. Sheldon & M. Thomson, *Feminist Perspectives on Healthcare Law* (Cavendish, 1998); S. Millns & N. Whitty, *Feminist Perspectives on Public Law* (Cavendish, forthcoming 1999); A. Morris & T. O'Donnell, *Feminist Perspectives on Employment Law* (Cavendish, forthcoming 1999).

(47) La raison officielle en était que les femmes n'étaient pas considérées comme des "personnes" que les universités pouvaient admettre selon leurs règlements: *Jex-Blake v. Senatus of Edinburgh University* (1873) 11 M. 784.

(48) En 1996 les femmes constituaient 58 % de la population totale d'étudiants en droit (en comparaison avec la situation en 1995 - 56 %, et en 1994 - 54 %) : C. McGlynn, *The Woman Lawyer, Making the Difference* (Butterworths, 1998) p. 12.

l'enseignement. C'est-à-dire que leur contrôle porte sur les cours, les travaux dirigés, les régimes d'examens, les travaux écrits, etc. L'équipe interroge également les enseignants et les étudiants sur leurs expériences dans la faculté et elle termine l'exercice en accordant à la faculté une série de notes en fonction de sa performance.

Ce type de surveillance, au plan national, a introduit une mentalité de concurrence entre les facultés car les résultats sont publiés et sont consultés par les étudiants qui cherchent les meilleures facultés pour effectuer leurs études. Cela a introduit aussi un esprit de marché dans les universités. Les étudiants se voient comme "clients" ou "consommateurs". Ils demandent plus, ce qui leur semble tout à fait normal, vu l'augmentation des frais d'inscription (49). En contrepartie, il existe de plus en plus de mécanismes pour prendre en compte les avis des étudiants sur le service que leur rendent les enseignants. Typique de cette évolution est l'introduction de sondages faits auprès des cours et des TD par les étudiants, qui ont pour objectif l'évaluation de la qualité de l'enseignement fourni par chaque enseignant. Cette information, qui reste en général une matière de secret entre l'enseignant et le doyen de la faculté, peut quand même être invoquée au moment de l'avancement de l'enseignant (qui est jugé non seulement sur ses recherches, mais également sur l'appréciation des consommateurs de ses cours).

C'est ainsi que nous approchons de l'an 2.000. Si certains peuvent regretter ces évolutions dans les facultés de droit correspondant aux influences du marché, il est évident qu'on ne peut pas revenir vers le passé. Le gouvernement travailliste de Tony Blair, élu au pouvoir en mai 1997, n'a pas pour projet la réintroduction de l'enseignement supérieur gratuit. Il est établi que les étudiants doivent contribuer aux frais de leurs études. On admet également, en principe, la nécessité d'ouvrir l'enseignement supérieur à une population d'étudiants plus diverse, de sorte que les diplômés ne soient plus les élites du passé. La diversité du corps étudiant dans les facultés, y compris les facultés de droit, est souhaitable et elle ne peut qu'avoir une influence profonde sur les professions. En ce qui concerne le droit, cela veut dire non simplement une plus grande diversité dans la composition des professions juridiques (notamment parmi les avocats et les juges), mais également dans d'autres professions (dans le commerce, l'industrie et ailleurs) qui commencent de plus en plus à intéresser les diplômés en droit.

L'obtention d'une éducation libérale est ainsi plus importante que jamais pour enseigner aux étudiants une multiplicité de techniques nécessaires pour fonctionner effectivement dans le monde contemporain. Il n'est plus simplement suffisant pour les juristes d'apprendre par coeur une liste d'arrêts concernant tel ou tel principe juridique. Ils doivent apprendre toutes les techniques qui vont leur servir sur le marché du travail, techniques orales et écrites bien sûr, mais aussi techniques informatiques et techniques de rédaction et de synthèse.

A cette fin le débat sur la validité des recherches dans le domaine de l'enseignement juridique (qui a commencé pendant les années 90) semble devoir se terminer par l'acceptation de la nécessité de telles recherches (50). Ce n'est qu'en connaissant et en évaluant ce qui se passe actuellement au sein de nos facultés qu'on peut commencer à comprendre comment il faut améliorer les choses pour l'avenir. Les facultés de droit ne peuvent plus ignorer ni les exigences du marché de l'enseignement supérieur, ni celles du monde professionnel. Tel est le défi qui se présente actuellement à nos facultés de droit au moment historique de l'approche du millénaire.

(49) Depuis l'année universitaire 1998/99 les étudiants doivent contribuer personnellement £1,000 aux frais d'inscription, le reste étant pour la plupart payé par les autorités locales.

(50) Ce débat est bien représenté dans A. Bradley & F. Cownie (eds.), *Journal of Law and Society: Special Issue - Transformative Visions of Legal Education*, vol. 25/1 (Blackwell, 1998).