

Sur un argument d'analogie entre l'activité universitaire des juristes et des médecins

ERIC MILLARD – MÉLANGES D. LOCHAK (2007)

1 - Régulièrement revient en débat la question de la réforme du statut dérogatoire des enseignants-chercheurs dans les disciplines juridiques,¹ qui leur permet de cumuler une activité de recherche et d'enseignement dans la fonction publique, et une activité libérale de juriste². Se faisant écho des inquiétudes nombreuses de la corporation, le président de l'association des universités à dominante juridique et politique a adressé au Premier ministre un courrier³, dont il a assuré une large publicité en le diffusant dans toutes les facultés de droit⁴. Ce courrier reprend notamment l'argument classique suivant : « *Il est des disciplines comme le droit ou la médecine, qui impliquent un lien étroit entre la recherche universitaire et la pratique professionnelle. Il est aussi difficile de concevoir un médecin n'examinant jamais un patient, qu'un juriste ne croisant jamais un justiciable* ».

Je ne peux pas ici discuter en général la question de la légitimité de ce cumul d'activités, et de ses conséquences sur le fonctionnement de l'enseignement et de la recherche en droit⁵. Mais je crois que cet argument, qui semble avoir pour lui les qualités de l'évidence, doit être pris au sérieux : il pourrait aisément montrer que loin de plaider pour le conservatisme et la protection des avantages acquis, il suppose une radicale et salutaire remise en cause du fonctionnement du service public universitaire dans les disciplines juridiques, sans impliquer en quoi que ce soit un lien entre pratique du droit et cumul d'activités publique et privée.

2 – Nul ne s'étonnera de l'absence de lien dans l'argument entre la pratique et l'enseignement : si ce lien est davantage que souhaitable, comme je vais en défendre l'idée, on doit convenir pour le moins que l'organisation actuelle des moyens pédagogiques de l'enseignement du droit dans les cycles universitaires (au moins premier et second) est

¹ L'article 25 de la loi du 13 juillet 1983 portant titre I du statut général de la fonction publique dispose : « *Les fonctionnaires consacrent l'intégralité de leur activité professionnelle aux tâches qui leur sont confiées. Ils ne peuvent exercer à titre professionnel une activité lucrative de quelque nature que ce soit [...] Les conditions dans lesquelles il peut être exceptionnellement dérogé à cette interdiction sont fixées par décret en Conseil d'État* ». Ce décret en Conseil d'État n'est jamais intervenu. C'est sur la base d'un décret-loi du 29 octobre 1936 que des dérogations au statut demeurent possibles.

² L'article 2 du décret-loi du 29 octobre 1936 prévoit, entre autres dérogations, l'exercice d'une profession libérale découlant de la nature des fonctions.

³ Courrier du 5 décembre 2005 adressé au Premier Ministre.

⁴ Courrier du 15 décembre 2005 adressé à l'ensemble des Présidents d'université et Directeurs d'UFR.

⁵ Dans son rapport consacré au cumul d'activités et de rémunérations des agents publics (in Rapport pour 1999), le Conseil d'État estime notamment : « *Pour certains professeurs d'université semble-t-il, l'activité principale est devenue accessoire et vice-versa : ils exercent d'abord une activité libérale, sur laquelle ils prennent quelques heures pour donner leur enseignement de professeur d'université.* » Il convient de ne pas généraliser, selon une formule consacrée, mais nul n'a encore démontré que cette affirmation était dépourvue de tout fondement.

Sur un argument d'analogie entre l'activité universitaire des juristes et des médecins

ERIC MILLARD – MÉLANGES D. LOCHAK (2007)

incapable de faire apparaître la moindre plus-value liée aux connaissances ou à l'expérience pratique de l'enseignant.

Le modèle imposé de l'amphithéâtre, du cours magistral, appuyé par des applications dirigées (TD), des maquettes quasi uniformes, y fait obstacle : que le cours soit prononcé par un praticien ou par un non praticien n'y change rien, il reste avant toute chose délivré. Notre enseignement n'est ni pratique, ni théorique (deux fois hélas !), il est simplement dogmatique et abstrait, pour l'essentiel. Or, si je ne me trompe, il est prévu dans les études de médecine, puisque c'est là l'analogie qui soutient l'argument, quelques moments de transmission du savoir par la pratique et l'expérience, qui vont au-delà des sempiternels stages tant recherchés par la voie professionnalisante de nos masters, ne serait-ce que parce que le stage est en dehors du milieu universitaire (université à laquelle il échappe largement, entraînant une extrême hétérogénéité de son intérêt formateur, et de son déroulement pratique), alors que l'enseignement pratique s'agrège à l'université elle-même.

3 – En revanche, l'argument fait donc état d'un supposé lien naturel entre la recherche en droit et la pratique professionnelle. Plusieurs raisons permettent de douter de la véracité d'une implication pourtant constamment invoquée. Les unes tiennent à ce qu'est la recherche en droit, d'autres à ce que devrait être la recherche scientifique en général.

La production scientifique des juristes peut en effet être interrogée. Rares, comme le note Jacques CAILLOSSE notamment⁶, sont les disciplines dans lesquelles la forme par excellence de la production intellectuelle réside dans le manuel : par ses prétentions didactiques (et pour tout dire : pour répondre aux attentes supposées de sa clientèle, largement captive), ce médium renvoie à des exercices imposés, qui nourrissent le conformisme intellectuel, et en fin de compte l'académisme ; plus qu'une recherche innovante, une déclinaison (à des degrés variés de précision ou de complément) de la manière dont le droit est enseigné oralement. La place des Essais demeure marginale ; il en va de même des publications dans des revues dont les comités de lecture fonctionnent réellement. Rien qui ne permette de valoriser, s'il y a lieu, l'apport qualitatif de la pratique professionnelle à la recherche scientifique.

S'il y a lieu car, en outre, d'un point de vue conceptuel, il n'est pas non plus clair qu'il y ait apport. Si la recherche en droit obéit, en quelque sens que ce soit, à des règles épistémologiques minimales, on peut s'accorder sur le fait qu'elle dépend de la mise en œuvre de méthodes adaptées, sur un objet déterminé ; qu'elle dépend donc d'une démarche de connaissance, et non du statut du sujet (prétendument) connaissant. Ni la qualité d'universitaire, ni celle de praticien du droit, ne sont la garantie ou l'obstacle à une recherche scientifique. On peut gloser sur le temps à consacrer à la recherche, qu'un praticien n'aurait pas, mais dont les universitaires, mobilisés à l'extrême par les questions de gestion de l'institution, et par la bureaucratie des financements, ne disposent pas nécessairement davantage, sauf à se désintéresser de leur institution. On peut également peser la connaissance qu'apporte d'un côté, quant aux faits, la pratique du droit, et de l'autre, quant à la modélisation, la démarche théorique ; on conviendra que l'une et l'autre sont indispensables et inséparables, et que nul, s'il s'en tient à ce qu'il connaît par contexte, ne sera ici mieux placé qu'un autre. Méthode toujours.

⁶ Par exemple J. CAILLOSSE, « Complexité et droit administratif », Actes du Colloque de Brest *Droit et Complexité* (2006), J. LE GOFF et M. DOAT (dir), à paraître.

Sur un argument d'analogie entre l'activité universitaire des juristes et des médecins

ERIC MILLARD – MÉLANGES D. LOCHAK (2007)

De fait, la recherche scientifique en droit - dont il est j'espère inutile de devoir rappeler que, même théorique et fondamentale, elle est utile à tous : chercheurs, praticiens, citoyens - a besoin de prendre en compte en même temps l'université et la pratique, et de le faire à partir de ce qu'elles sont ; de faire se rencontrer donc l'université et la pratique, de faire travailler ensemble de (vrais) praticiens et de (vrais) universitaires ; de faire donc se croiser des regards. L'institution par exemple des professionnels, associés par contrats à temps partiel et à durée limitée aux activités de recherche et d'enseignement (PAST), participe de cette dynamique. Mais la figure d'un universitaire praticien, à la fois universitaire et praticien, se dispersant (au mieux) entre université (cours, recherche, administration : ce sont là trois fonctions déjà) et pratique libérale, ne me paraît pas accroître le potentiel de la recherche ; sauf exception tenant davantage à la qualité des hommes et femmes concernés qu'à leur statut. Et puisque l'argument discuté porte sur l'analogie avec la médecine, je ne crois pas savoir non plus que, sauf exceptions du même ordre, les équipes scientifiques de recherche dans le domaine médical, pharmaceutique, ou plus généralement des sciences de la vie (INSERM ou CNRS), soient majoritairement constituées de praticiens libéraux. On conviendra que la recherche y est sans doute différente de ce qu'elle est dans le domaine juridique. Certes ; mais, d'une part, il n'est pas certain que cette différence ne soit pas (pour l'épistémologie pratique) accentuée délibérément par le fait que justement on se refuse généralement chez les juristes à adopter (autrement que formellement : pour les rapports d'activité et l'accès aux biens matériels collectifs que sont les bureaux, les ordinateurs, etc.) le modèle du laboratoire, c'est-à-dire de la recherche collective avec des chercheurs ou enseignants-chercheurs à temps plein, physiquement présents ; et, d'autre part et surtout, s'il est vrai que cette recherche est différente, alors l'argument d'analogie invoqué par les défenseurs du cumul ne tient plus, et il redevient légitime de l'interroger.

4 – J'ai dit que je ne pourrai pas ici le faire bien que de manière générale, je considère que le cumul tend à produire objectivement des effets négatifs. Un corps professionnel s'identifie par des valeurs et un statut communs. Le cumul (et d'autres choses encore : je ne prétends pas que de là proviennent tous nos maux) sont des obstacles à la réalité d'un corps professionnel d'enseignants chercheurs en droit, par delà tout ce qui politiquement peut fort heureusement distinguer chacun d'entre nous. Sur les services, sur les modalités d'évaluation et d'auto-évaluation, sur les maquettes d'enseignements, des ruptures peuvent apparaître à partir de la pluralité des situations effectives (cumul ou non) qui, si elles ne sont pas automatiques, produisent plus d'effet que par exemple la séparation (statutaire) entre corps (professeurs et maître de conférences notamment ; rappelons que les deux corps sont autorisés à ce cumul).

Sur une question aussi centrale (et rarement évoquée car peut-être trop triviale) que celle des rémunérations et des compléments de rémunération par exemple : il paraît assez clair que si les universitaires français ne sont pas dans une situation aussi défavorable que dans de nombreux pays dans lesquels le cumul d'activités analogiques est une nécessité, le niveau de rémunération est indiscutablement faible (pour un universitaire qui effectivement remplit correctement toutes ses fonctions, ce qui renvoie à d'autres questions comme celle de la volonté politique de l'utilisation du statut au cas de service non fait, du contrôle sur les activités d'enseignement et de recherche, etc., etc.) en regard des responsabilités assumées, du niveau de formation requis, du temps consacré et de l'ampleur des compétences nécessaires, particulièrement en comparaison de fonctions semblables dans le secteur privé voire dans d'autres secteurs de la fonction publique. Mais il est devenu indécent de le dire quand cette rémunération ne représente même plus l'essentiel du revenu de certains universitaires ; et que

Sur un argument d'analogie entre l'activité universitaire des juristes et des médecins

ERIC MILLARD – MÉLANGES D. LOCHAK (2007)

certains d'entre eux, en raison du cumul (encore une fois, le propos n'est pas manichéen : parfois en raison du cumul, parfois sans lien avec le cumul, mais c'est une autre question qui ne doit pas conduire à ne pas interroger le cumul), se désintéressent fréquemment d'une partie de leurs fonctions (les fonctions de responsabilités collectives et/ou celles de recherche), voire même se reposent pour une partie de celles-ci (les fonctions de responsabilités collectives notamment) sur ceux qui, se consacrant seulement à l'université, ne perçoivent pourtant que leur rémunération d'universitaire. Être pleinement universitaire n'est plus un choix valorisant et valorisé, et n'offre plus en interne (dans l'université) et en externe (auprès des citoyens qui ne comprennent plus ce que font ces universitaires), à ceux qui se consacrent à la recherche et à l'enseignement en priorité, un statut attractif.

Le cumul n'est pas seul en cause bien sûr⁷, mais il participe de cette perte d'identité et loin dès lors de constituer un « plus » pour la recherche (autrement qu'à l'échelle de certains individus, qui de toute façon, universitaires ou praticiens, feraient de la recherche), il tend à produire ces effets négatifs pour l'ensemble des enseignants chercheurs.

Ce n'est cependant pas la question du cumul qui doit prioritairement nous préoccuper, car elle n'est qu'une question de statut, de conséquence, alors que l'essentiel est ailleurs, dans la définition des objectifs et modalités du service public universitaire. Ce qui me paraît indéfendable à l'heure actuelle, c'est-à-dire dans une situation où nos méthodologies d'enseignement, et plus largement de fonctionnement du système universitaire sont elles mêmes discutables, peut s'avérer par ailleurs, dans un autre contexte, et peut-être sous certaines conditions d'aménagement,⁸ ou bien indifférent, ou bien même positif.⁹ Je ne procède pas d'un

⁷ Illustration à la marge : la défense acharnée par les universitaires du principe de leurs droits d'auteurs. Cf. par exemple « Du droit d'auteur des universitaires et des chercheurs », article collectif in Les petites affiches, n° 252, 20/12/2005 ; ou quelques pétitions qui circulent ça et là (même s'il est vrai que l'essentiel de la question posée sur ce point par la loi Droit d'auteur et droits voisins dans une société de l'Information – L. DaDvSi du 3 août 2006 – était lié à une crainte de voir se mettre aussi en place une sorte de contrôle de l'autorité hiérarchique sur les publications des enseignants-chercheurs). En tant qu'enseignants-chercheurs, la recherche fait partie de nos fonctions, et que le résultat de nos recherches appartienne à la collectivité (si l'on est optimiste), à notre employeur-financier (si on est réaliste) ne devrait surprendre personne. Que l'on voit dans cette idée une atteinte à nos salaires devrait pour le moins nous interroger, quand on connaît la réalité des droits d'auteurs perçus par la très grande majorité des universitaires pour leurs travaux de recherche. Au contraire, cela tend à faire apparaître les droits d'auteurs comme la récompense (le bon point ou la carotte ?) pour celui ou celle qui fait un peu plus que ce qui est requis ; en oubliant que ce « un peu plus » n'est jamais qu'une de nos fonctions normales, et que sa rémunération devrait donc être discutée dans le salaire principal. Mais là encore cela supposerait sans doute que d'autres questions soient envisagées, et notamment celles de l'édition des revues ou ouvrages en droit, qui dépend peut-être trop des politiques d'éditeurs privés, très légitimement mus par la recherche du retour sur investissement, davantage que de critères scientifiques publiquement soutenus.

⁸ On pourrait par exemple imaginer un statut d'enseignants-chercheurs réellement à mi-temps, c'est-à-dire consacrant effectivement et exclusivement la moitié de leur temps à chacune des activités (d'enseignant-chercheur et de praticien), avec les conséquences salariales liées au mi-temps.

⁹ Digression ou proposition : j'ai toujours été surpris par le fait que lorsque un universitaire exerce une profession libérale, il participe au titre de ces deux activités, bien que différemment, à deux régimes de protection sociale, avec deux régimes de financement. Partant du principe que les universités ne sont pas très riches, et que il doit y avoir quelque intérêt à tirer avantage de son appartenance à l'université dans l'exercice de certaines professions libérales (en bref, que l'université peut être bonne fille en permettant non seulement à certains de ses membres de lui consacrer un moindre temps, mais aussi, surtout et malgré tout, de s'autoriser de l'université pour des activités et des profits extérieurs à elle), et que les universitaires cumulant une rémunération publique et une rémunération privée cotisent de fait deux fois pour un risque unique, ne pourrait-on pas considérer par exemple qu'une cotisation (celle que l'on voudra) soit suffisante, et que la seconde pourrait être versée à l'université concernée, pour abonder son budget recherche ou fonctionnement, contrepartie à la fois de la relative

Sur un argument d'analogie entre l'activité universitaire des juristes et des médecins

ERIC MILLARD – MÉLANGES D. LOCHAK (2007)

jugement moral *a priori* et principiel ; juste d'une analyse critique d'un argument pris dans le contexte de son utilisation au service d'une cause.

5 – Il me paraît nécessaire de distinguer soigneusement la question du cumul de la question de l'engagement. L'argument que je discute est présenté à l'appui d'un cumul d'activités *rétribuées* : il veut justifier l'exercice de deux professions et de deux rémunérations. L'engagement au contraire repose sur le bénévolat : il peut y avoir cumul d'activités mais sans rémunération complémentaire. La discussion éthique de la justification de ce bénévolat est elle aussi fort complexe, et je ne peux pas non plus l'ébaucher ici. Je veux simplement rappeler d'abord que l'engagement bénévole ne peut poser problème au regard de ce qui nous retient qu'à partir du moment où il est susceptible de distraire l'universitaire de ses fonctions, ce qui est moins évidemment le cas que pour une activité rémunérée en raison d'une plus grande palette de degré d'engagement et de bénévolat possibles¹⁰ ; ensuite que derrière la question de l'engagement bénévole se profile la question de l'intérêt général : en fonction de nos conceptions de celui-ci (à apprécier en fonction de méta conceptions politiques), il sera plus ou moins acceptable de considérer que le fait pour un universitaire de mettre ses compétences à la disposition d'une cause d'intérêt général, sans qu'il en tire un profit matériel personnel, quand bien même elle le distrairait de certains des fonctions liées à son emploi, n'a pas tout à fait la même signification que le fait d'exercer deux professions, intellectuellement liées peut être, mais ne présentant pas une identité d'objectifs. Pour le dire plus simplement, il ne me paraît pas sérieusement discutable que nos sociétés démocratiques tirent profit de ce que ses universitaires, et pour ce qui nous concerne, ses juristes universitaires, mettent leur compétence bénévolement au service de diverses causes, comme l'information et le soutien juridiques (incluant la revendication et l'action en justice) à destination d'une catégorie de personnes en situation de précarité ou d'exclusion. Par exemple. Que ces mêmes universitaires puissent défendre ou informer une de ces personnes appartenant à la catégorie précitée contre rémunération me paraît être tout autre chose. Éthiquement, politiquement et même dans une certaine mesure juridiquement : si un universitaire peut attaquer jusqu'aux plus hautes instances de l'Etat qui l'emploie en tant que citoyen, en tant qu'universitaire, en tant qu'universitaire juriste¹¹, il ne peut plaider contre lui comme professionnel praticien du droit.

6 – C'est en définitive à partir de cette seule notion d'intérêt général que l'on peut examiner la signification de l'argument d'analogie entre l'activité universitaire des juristes et des médecins : notion d'intérêt général qui n'est pas *a priori* (et mon argument doit donc aussi s'entendre comme une prescription de ce que devrait être cette activité, particulièrement au

absence du fonctionnaire concerné, et de l'avantage que celui-ci tire de son rattachement à l'université ? Les détails seraient sans doute plus complexes que je ne l'imagine, mais je m'étonne que l'on ne se pose jamais la question en ces termes ; question qui n'est en rien technique ou juridique, mais bien politique.

¹⁰ On comprendra mieux ceci en constatant simplement que certains universitaires peuvent à la fois cumuler une rémunération publique et une rémunération privée (avec les fonctions attenantes), et avoir aussi un engagement bénévole.

¹¹ V. par exemple l'ordonnance n° 287777, C.E., 9 décembre 2005, Mme ALLOUACHE et autres, et particulièrement à propos d'une demande de suspension de l'état d'urgence et d'injonction adressée au Président de la République, émanant de juristes universitaires se présentant comme tels, l'admission large de l'intérêt à agir : « si large que puisse être l'intérêt à contester devant le juge administratif les mesures décidant de faire application à un territoire déterminé du régime de l'état d'urgence ainsi que les décisions ultérieures ayant une incidence sur le maintien en vigueur de ce régime, une personne qui, à la date de la saisine du juge, ne réside pas habituellement à l'intérieur de la zone géographique d'application des dispositions relatives à l'état d'urgence, ne justifie pas d'un intérêt suffisant pour en contester le maintien en vigueur ».

Sur un argument d'analogie entre l'activité universitaire des juristes et des médecins

ERIC MILLARD – MÉLANGES D. LOCHAK (2007)

regard de trois publics : la société dans son ensemble, les praticiens du droit, les étudiants en droit).

Je ne reviens pas sur la recherche scientifique, part importante de l'activité des juristes universitaires, dont j'ai dit qu'elle n'était pas leur monopole, et qu'elle n'avait pas de lien évident avec l'exercice par ces universitaires d'une activité de praticien du droit, rémunérée ou non. Les trois publics identifiés (en réalité des poupées russes) ont besoin que cette activité soit réalisée le mieux possible, et si la situation actuelle est loin d'être satisfaisante, ce n'est pas à partir de cette conception fusionnelle pratique- université que la science progressera. Car la pratique du droit n'est pas une science, et elle ne fournit à la recherche juridique que (éventuellement et en partie) son objet de connaissance empirique.¹²

Mais, je l'ai dit et j'y reviens, la question se pose différemment pour l'activité d'enseignement.

Le modèle des écoles professionnelles est loin d'être le mien : je ne crois pas que la tâche de l'Université soit de pré-formater des acteurs professionnels ; je le crois encore moins dans le domaine du droit où la part d'étudiants qui effectivement exerceront une profession juridique au sens strict est faible. En revanche, le modèle de l'Université ne peut survivre à des méthodes archaïques, conçues pour d'autres publics (et objectifs), quantitativement et qualitativement. Il faut penser autrement pratique et théorie : dans un lien constant ; non sur le modèle de la séparation ou de la fusion, mais sur le modèle du miroir, l'une et l'autre rétroagissant.

Ici l'analogie avec la médecine prend sens. Nous n'avons pas à reproduire le modèle médical, pour toute une série de raisons, et sans que cela ne soit une évaluation négative de ce modèle. Epidermiquement, il faudrait malgré tout ne pas éluder la question des prérequis aux études juridiques, et des niveaux de sélections¹³. Quoi qu'il en soit, il restera une originalité des modalités d'enseignement, qui s'appuient sur la pratique clinique, et qui peut être importée et adaptée.

L'idée d'une clinique du droit n'est pas nouvelle, même si elle est très largement étrangère à la tradition française : elle relève d'abord du modèle nord américain¹⁴. Mais elle n'est pas irrémédiablement liée au système de *common law* dès lors que l'on accepte que l'enseignement que nous devons donner aux étudiants juristes doit contenir une partie de *connaissance du droit par la pratique*, et de *connaissance de la pratique* du droit : qu'il ne doit donc pas être enfermé

¹² Sur toutes ces questions et leur lien avec la nécessité d'une certaine activité scientifique du droit, v. E. MILLARD, *Théorie générale du droit*, Paris, Dalloz, 2006.

¹³ Sur toutes ces questions, complexes et ambiguës, je ne veux pas supposer que le modèle des études et de l'enseignement médicaux soit parfait : il est lui aussi pour ce qui le concerne assez largement critiquable, bien que pour d'autres raisons. Mais sur le point évoqué, je veux me contenter de suivre la consistance de l'argument d'analogie.

¹⁴ A ma connaissance, le premier texte évoquant l'idée d'une clinique du droit est celui de William V. ROWE, « Legal Clinics and Better Trained Lawyers. A Necessity », 11 *ILL. L. REV.* 591 (1917). Mais c'est avec le mouvement réaliste que l'interrogation se généralise : J. FRANK propose « Why Not a Clinical Lawyer School », 81 *U. PA. L. REV.* 907 (1933), tandis que K. LLEWELYN y voit une réponse « On what is wrong with so called legal education », 35 *Columbia L.R.* 951 (1935). Dans les années soixante, le National Council on Legal Clinics (fondation privée) va financer la mise en place de cliniques du droit dans les Universités, et enclencher un mouvement de généralisation aux Etats-Unis d'Amérique, puis au Canada. L'expérience des cliniques s'étend désormais au-delà de l'aire territoriale de l'Amérique du nord : cf par exemple « The legal clinic, The Idea, Organization, Methodology », *The Legal Clinics Foundation*, Varsovie, 2005.

Sur un argument d'analogie entre l'activité universitaire des juristes et des médecins

ERIC MILLARD – MÉLANGES D. LOCHAK (2007)

dans l'abstraction, et dans la transmission du dogme. Elle n'est pas non plus irrémédiablement liée à l'idée de professionnalisation : il faut sans doute réfléchir à l'articulation entre apprentissage classique (ses moments, ses contenus) et apprentissage par l'expérience. Il me paraît de mon côté clair que : 1) la part de l'apprentissage par l'expérience doit être pensée le plus tôt possible, dans l'alternance la plus stricte et fréquente avec l'apprentissage classique, et avec une couverture la plus large des champs pratiques de mobilisation du droit (qui ne se limitent pas aux territoires fréquentés par le « justiciable » de l'argument, sauf à considérer que nous sommes tous des justiciables en devenir, et donc à prendre le terme pour synonyme d'êtres humains) ; et que 2) l'apprentissage classique doit avoir pour objectif essentiellement une formation théorique et critique, qui ne vise pas l'exhaustivité des connaissances et la reproduction des comportements, mais la transmission de méthodes d'accès à l'information, de méthodes de traitement critique de l'information, et de formation et développement personnels et humains de l'étudiant.¹⁵

D'un autre côté, il me paraît assez visible que nos institutions peinent à répondre à la demande sociale de droit : d'information, de médiation, d'orientation, d'action. Ni les institutions d'aide juridictionnelle, de juges de proximité, de règlement alternatif des conflits ne paraissent satisfaisantes pour les acteurs comme pour les destinataires. Elles remplissent une fonction utile sans remplir l'espace nécessaire à cette fonction¹⁶.

Le croisement entre les exigences de formation et les exigences sociales en matière juridique conduit à repenser l'argument d'analogie et à prendre au sérieux l'idée de clinique du droit.

Un certain type de clinique médicale, le centre hospitalier universitaire, peut être un lieu où les futurs médecins se confrontent à la pratique et apprennent, où des enseignants ont une pratique médicale, où des expériences de recherche peuvent être conduites, où des praticiens non universitaires interviennent (de différentes manières), enfin où des populations très variées ont accès aux soins, desquels ils pourraient sinon être éventuellement exclus.

Comme pour la médecine, l'institution de cliniques juridiques pourrait permettre de concilier, de rapprocher, de coordonner, d'articuler, de maximiser, les ressources liées et utiles à l'enseignement universitaire, les ressources liées et utiles à la pratique juridique, les ressources liées et utiles au champ social¹⁷. Comme pour les hôpitaux, ces cliniques ne peuvent se substituer aux modalités classiques de la pratique du droit : elles devraient les compléter, et pour une part sans doute bien moindre que ne le font les hôpitaux universitaires, et pour des

¹⁵ La thématique critique demeure d'actualité, malgré les cliniques, cf. D. KENNEDY, « Legal Education and the Reproduction of Hierarchy », NYU Press, Critical America, 2004

¹⁶ Je dois reconnaître que même si je connaissais depuis assez longtemps le principe et le fonctionnement des cliniques du droit, particulièrement aux Etats-Unis (Baltimore University School of Law) ou au Canada (UQAM et Université McGill), et que je considérais ces expériences avec sympathie, il ne m'apparaissait pas qu'elles soient davantage qu'un formidable outil pédagogique dans un système universitaire et des sociétés favorisées. J'ai pris conscience en observant une expérience menée dans un tout autre contexte, celui des favelas du Nordeste brésilien (le quartier Pirambu à Fortaleza), grâce aux professeures A. COELHO et R. LIA, de l'intérêt social encore plus grand de cette institution. Quelle que soit la société.

¹⁷ Utiles au champ social, on le perçoit aisément : répondre à cette demande de droit. Liées au champ social : l'extrême hétérogénéité des situations dans lesquelles le droit est, de manière là encore très hétérogène, mobilisé comme ressource doit être saisi dans l'apprentissage, trop souvent axé autour de la dimension matérielle-morale (la conduite) ou pratico-professionnelle (le procès). La plupart des mobilisations de ressources juridiques se font hors procès ; la plupart des ressources juridiques ne sont pas liées au respect de règles de conduite.

Sur un argument d'analogie entre l'activité universitaire des juristes et des médecins

ERIC MILLARD – MÉLANGES D. LOCHAK (2007)

«difficultés» sans doute bien moindres que celles traitées dans les hôpitaux ; les cliniques du droit ne peuvent sans doute ni *faire* le droit, ni *décider* juridiquement, ni même *conseiller* massivement sur des questions complexes. En revanche, elles pourraient avec utilité pour tous (y compris le systèmes juridictionnels surchargés, les avocats commis d'office dans des conditions qui donnent de leur part régulièrement lieu à dénonciation, etc.) filtrer, concilier, informer, aux fins de rendre acceptables par toutes les parties concernées des propositions qui éviteraient le recours juridictionnel, ou administratif, ou qui pourraient être validées par l'autorité juridictionnelle ou administrative selon le cas. Elles pourraient aussi plus classiquement assister des professionnels du droit dans certaines de tâches, professionnels qui en contrepartie participeraient à l'enseignement clinique ou à l'encadrement clinique (avocats, notaires, DRH, juges, préfets, autorités administratives indépendantes, etc. etc.). Elles pourraient enfin permettre de mener des études qualitatives et quantitatives, nourrissant aussi bien la recherche scientifique que des propositions d'action (réformes juridiques, politiques sociales, etc.).

Il est sans doute bien des questions pratiques liées à cette idée de clinique du droit dans nos systèmes universitaires auxquelles je n'ai pas de réponse, alors qu'il faudrait les fournir ; il est même sans doute des questions que je n'ai pas imaginées, et que l'on m(e)'(op)posera.

Il faudrait notamment concevoir des systèmes de responsabilité de l'enseignement clinique et de la pratique clinique qui associent les universitaires et les praticiens ; penser des systèmes de financement, de facturation et de rémunération¹⁸. Imaginer des lieux, des méthodes, des comportements, des règles. Sans doute aussi des modalités de communication pour que ni les praticiens du droit, ni les autorités juridiques et politiques se refusent *a priori*, par mécompréhension et finalement crainte pour leurs propres statuts et compétences, de discuter de cette possibilité.

Mon objectif n'est pas d'imposer un modèle préconçu avec des réponses intangibles ; mais bien d'affirmer une conviction sur le fondement d'une certaine conception de l'enseignement universitaire (formation critique d'individus), du droit (ressource pour l'action) et des devoirs des universitaires dans la société (engagement social, toute question de scientificité étant traitée par ailleurs et pour ce qui la concerne). En insistant à la fois sur la faiblesse de l'utilisation conservatrice (que je discute) de l'argument d'analogie, et sur la force de son utilisation (que je soutiens) pour une réelle réforme du système universitaire : ne pas opposer (inutilement, faussement, et à des fins visiblement intéressées) pratique et (soi-disant) théorie, mais concevoir le lien entre (réelles) pratique et théorie dans une perspective plus large, participant de la définition d'un intérêt social.

Eric MILLARD,

Professeur de droit public,

Centre de théorie et analyse du droit (UMR 7074)

¹⁸ Y compris pour les universitaires : quand on me parle d'analogie entre l'activité universitaire des juristes et des médecins, j'ai tout de suite tendance à penser *aussi* au statut des professeurs des universités- praticiens hospitaliers : D. 84-135 du 24 février 1984.