

LETTRE OUVERTE A MAITRE PASCAL EYDOUX,
PRESIDENT DU CONSEIL NATIONAL DES
BARREAUX :
NON, MON CHER CONFRERE, LE CONSEIL
CONSTITUTIONNEL N'A PAS DONNE UN BLANC-
SEING AU GOUVERNEMENT POUR EMPECHER LES
AVOCATS D'EXERCER LEUR MISSION
CONSTITUTIONNELLE DE DEFENSE !

« Mais, dans les sciences juridiques plus que dans les autres, seule la discussion est féconde, parce que, seule, elle permet de faire sortir de la loi ou de la sentence, les contraires dont elles ne sont que le provisoire repos »

Doyen Jean CARBONNIER, *Le silence et la gloire,*
Dalloz 1951, chr. XXVIII

Monsieur le Président et Cher Confrère,

Je viens de prendre connaissance, sans doute comme de nombreux autres Avocats, du communiqué publié, le 24 Mai 2017 écoulé, par le **Conseil National des Barreaux**, relatif à la décision rendue le 19 Mai 2017 écoulé par le **Conseil constitutionnel** (**affaire 2017-630 QPC**). Il y est écrit :

« Le Conseil constitutionnel a rendu, le 19 mai 2017, une décision QPC qui confirme que la procédure et les sanctions disciplinaires applicables à la profession d'avocat peuvent être fixées par décret (Décision n° 2017-630 QPC du 19 mai 2017). »

Cette assertion mérite, toutefois, d'être nuancée.

C'est, donc, l'occasion de revenir, plus attentivement, sur **l'importante décision** du 19 Mai 2017.

Pour décevante qu'elle puisse paraître, de prime abord, aux yeux du requérant et des parties intervenantes ayant conclu en faveur de l'abrogation de la disposition législative attaquée (article **53, 2°** de la **loi n°71-1130** du 31 Décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques), la décision du **Conseil constitutionnel** est conforme à la ligne jurisprudentielle qu'il a tracée le 23 Septembre 2016 (**I**).

Cependant, à bien y regarder, le **Conseil constitutionnel va plus loin que les apparences** (**non-lieu à statuer**) ; il offre, à **nouveaux frais**, aux Avocats conscients de leur **statut constitutionnel**, une voie de droit privilégiée devant le **Conseil d'Etat** (**II**).

I.-/ LE CONSEIL CONSTITUTIONNEL RESTE DANS LA LOGIQUE DE SA DECISION N°2016-569 QPC DU 23 SEPTEMBRE 2016 – SYNDICAT DE LA MAGISTRATURE ET AUTRE : LE CHANGEMENT DE POLITIQUE JURISPRUDENTIELLE ABSORBE LE CHANGEMENT DE CIRCONSTANCES

En déclarant qu' « *Il n'y a pas lieu de statuer sur la question prioritaire de constitutionnalité relative au 2° de l'article 53 de la loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971, dans sa rédaction résultant de la loi n° 2011-94 du 25 janvier 2011 portant réforme de la représentation devant les cours d'appel.* », le **Conseil constitutionnel** n'a fait qu'appliquer les articles **23-2** et **23-5, troisième alinéa**, de l'**ordonnance n°58-1067 du 07 Novembre 1958** portant loi organique sur le Conseil constitutionnel (LOCC) (**autorité de la chose jugée** d'une déclaration de conformité à la Constitution « *dans les motifs et le dispositif d'une décision du Conseil constitutionnel, sauf changement des circonstances* »).

En effet, la disposition législative attaquée par la **QPC** (article **53, 2°** de la **loi n°71-1130 du 31 Décembre 1971** portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques) a été **déclarée conforme à la Constitution** dans les motifs et le dispositif de la **décision CC, n°2011-171/178 QPC du 29 Septembre 2011**. Le Haut Conseil y avait jugé qu' « *en renvoyant au décret le soin de fixer les sanctions disciplinaires qui, par leur objet et leur nature, sont en rapport avec l'exercice de cette profession réglementée, le législateur n'a pas méconnu l'étendue de sa compétence ;* » (§ 6).

Il est remarquable, à cet égard, que dans sa décision **2017-630 QPC du 19 Mai 2017**, le **Conseil constitutionnel**, invoquant la solution qu'il avait adoptée dans sa **décision du 29 Septembre 2011**, pour refuser de réexaminer la constitutionnalité de la disposition législative qui lui était déférée, **ne mentionne plus** que les **Avocats** exerceraient une **profession réglementée** et ne se réfère plus à l'**objet** ni à la **nature** des **sanctions disciplinaires** pour justifier la constitutionnalité de la délégation de compétence du législateur au pouvoir réglementaire. Il y énonce **plus sobrement** :

« *qu'en renvoyant au décret le soin de fixer les sanctions disciplinaires applicables aux avocats, le législateur n'a pas méconnu l'étendue de sa compétence.* ».

C'est, en réalité, une **toute autre motivation** que celle qui avait présidé à la décision du **29 Septembre 2011** susmentionnée, qui sous-tend la décision du **19 Mai 2017**.

Celle-ci ne peut se lire qu'après avoir été instruit du **changement radical de politique jurisprudentielle** qu'opère la décision **CC, Décision n° 2016-569 QPC du 23 Septembre 2016 - Syndicat de la magistrature et autre, § 7**, laquelle conduit à une **réduction significative des cas d'incompétence négative**, tout en contribuant à une **meilleure répartition des compétences juridictionnelles** entre le **Conseil constitutionnel** et le **Conseil d'Etat** : à celui-ci le **contrôle de légalité du règlement** ; à celui-là le **contrôle de constitutionnalité de la loi**.

En effet, ainsi que je l'ai explicité dans mon **mémoire portant observations en réponse du 20 Avril 2017** (§ **II-A-3-b**, pages **43-45/231**), le **Conseil constitutionnel** y inaugure une nouvelle lecture des textes argués d'inconstitutionnalité, en privilégiant une **interprétation littérale** de la **loi** :

« (...)

II-A-3-b/ LA METHODE D'INTERPRETATION LITTERALE NOUVELLEMENT ADOPTEE PAR LE CONSEIL CONSTITUTIONNEL RECUSE TOUTE INTERPRETATION EXEGETIQUE OU ANALOGIQUE DE LA LOI DEFEREE A SA CENSURE (CC, Décision n° 2016-569 QPC du 23 Septembre 2016 - Syndicat de la magistrature et autre, § 7)

Le principe de clarté de la loi et l'objectif de valeur constitutionnelle d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi qui découlent respectivement de l'article 34 de la Constitution du 04 Octobre 1958 et des articles 4, 5 et 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 Août 1789 (DDH) commandent que la norme législative puisse être comprise de ses destinataires sans que ceux-ci soient contraints de se reporter à un texte d'application pour y trouver la signification fondamentale :

« (...)

9. *Considérant qu'il incombe au législateur d'exercer pleinement la compétence que lui confie la Constitution et, en particulier, son article 34 ; qu'à cet égard, le principe de clarté de la loi, qui découle du même article de la Constitution, et l'objectif de valeur constitutionnelle d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi, qui découle des articles 4, 5, 6 et 16 de la Déclaration de 1789, lui imposent d'adopter des dispositions suffisamment précises et des formules non équivoques afin de prémunir les sujets de droit contre une interprétation contraire à la Constitution ou contre le risque d'arbitraire, sans reporter sur des autorités administratives ou juridictionnelles le soin de fixer des règles dont la détermination n'a été confiée par la Constitution qu'à la loi ;*

(...) »

(CC, Décision n° 2005-512 DC du 21 avril 2005 - Loi d'orientation et de programme pour l'avenir de l'école, consid. 9) ;

« (...)

14. *Considérant qu'aux termes de l'article 34 de la Constitution : « La loi détermine les principes fondamentaux... du droit du travail, du droit syndical et de la sécurité sociale » ; qu'il incombe au législateur d'exercer pleinement cette compétence ; qu'à cet égard, le principe de clarté de la loi, qui découle du même article de la Constitution, et l'objectif de valeur constitutionnelle d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi, qui découle des articles 4, 5, 6 et 16 de la Déclaration de 1789, lui imposent d'adopter des dispositions suffisamment précises et des formules non équivoques ; qu'il doit en effet prémunir les sujets de droit contre une interprétation contraire à la Constitution ou contre le risque d'arbitraire, sans reporter sur des autorités administratives ou juridictionnelles le soin de fixer des règles dont la détermination n'a été confiée par la Constitution qu'à la loi ;*

(...) »

(Décision n° 2005-514 DC du 28 avril 2005 - Loi relative à la création du registre international français, consid. 14).

Il s'en déduit qu'une lecture de la loi déferée à la censure du Conseil constitutionnel doit, pour permettre d'en apprécier la conformité à la Constitution, se faire **au vu du seul texte législatif et non pas de ses développements réglementaires**, c'est dire en fonction de l'interprétation et de l'application qu'en aurait fait le règlement, dont le contrôle de la **légalité** n'appartient pas au Conseil constitutionnel, mais au Conseil d'Etat :

« (...)

7. En premier lieu, contrairement à ce que soutiennent les syndicats requérants, les dispositions relatives à la **consignation d'une somme d'argent** en vue de garantir le paiement de l'amende transactionnelle ne confèrent pas à cette dernière un **caractère exécutoire**, puisque **l'auteur de l'infraction peut toujours, même après l'homologation, refuser d'acquitter la somme due**. La circonstance que le **décret** pris en application des dispositions contestées **aurait conféré un tel caractère exécutoire** à la mesure transactionnelle en prévoyant que **la consignation valait paiement, une fois la transaction homologuée, ne saurait à cet égard être prise en compte, dans l'exercice de son contrôle, par le Conseil constitutionnel**.

(...)

(CC, Décision n° 2016-569 QPC du 23 septembre 2016 - Syndicat de la magistrature et autre, § 7).

C'est, donc, à une **interprétation littérale** – au vu du seul **texte législatif** et non pas de **l'intention supposée** du législateur – que doit se livrer le **juge constitutionnel**, à la différence du **juge civil** qui pourra, le cas échéant, aux fins d'échapper au grief de **déni de justice** (article 4 du Code civil), tenter d'interpréter une loi obscure ou incomplète – dont il n'a pas le pouvoir d'apprécier la constitutionnalité – à l'aide de la **méthode exégétique** (notamment par les **travaux préparatoires**).

Cette faculté n'est pas ouverte au **Conseil constitutionnel** dès lors qu'une interprétation qui irait au-delà du texte de la loi en révélerait, en réalité, **l'obscurité** ou **l'imprécision**, et partant **l'inconstitutionnalité**, devant conduire à **l'empêcher d'entrer en vigueur** (**contrôle a priori** – article 61) ou à son **abrogation** (**contrôle a posteriori** à l'occasion d'une QPC – article 61-1).

Ces considérations autorisent, dès lors, à **dépasser la solution** de la décision susmentionnée **2011-171/178 QPC du 29 Septembre 2011**, en ce qui concerne tant la **fausse qualification** de **profession réglementée**, que l'interprétation de la **volonté du législateur** à propos de la sanction des manquements à la déontologie des Avocats.

En effet, d'une part, la **loi n°71-1130 du 31 Décembre 1971** n'a jamais dit que la profession d'Avocat serait une **profession réglementée**, mais précise, au contraire, dès son article **1er, I**, que « *La profession d'avocat est une **profession libérale et indépendante*** », qualification **radicalement incompatible** avec celle de **profession réglementée**.

La précision apportée par le **Conseil constitutionnel** dans sa **décision n°2016-569 QPC du 23 Septembre 2016** autorise l'interprète de sa jurisprudence à ne pas tenir compte de la qualification de profession **réglementée** qu'il avait erronément donnée à la profession d'Avocat dans sa précédente **décision n°2011-171/178 QPC du 29 Septembre 2011, M. Michael C. et autre**.

D'autre part, il n'est plus possible d'affirmer, désormais à la **seule lecture du texte législatif**, comme l'avait fait le **Conseil constitutionnel**, en 2011, en lisant, à tort, la loi avec les termes du **décret**, que « *le législateur a entendu, en l'espèce, que les **fautes disciplinaires des avocats** puissent faire l'objet de **sanctions** comprenant, le cas échéant, **l'interdiction temporaire ou définitive d'exercer leur activité** ; ».*

Le législateur, à l'inverse, n'a rien dit des **sanctions** qu'il convenait de prévoir pour réprimer les éventuels manquements déontologiques des Avocats. Seul le décret l'a fait, en méconnaissance du **principe de légalité des délits et des peines** dès lors que les sanctions peuvent aller jusqu'à **l'empêchement d'exercice**, ce que seule la **loi** pouvait décider et ce dont elles s'est abstenue.

(...) »

*

Le changement de méthode absorbe le changement de circonstances.

Il est donc logique, au vu de ce qui précède, que le **Conseil constitutionnel** ait conclu à **l'absence de changement de circonstances** depuis sa décision du 29 Septembre 2011, prenant le soin de préciser, toutefois, que « **le seul objet** » de l'article **53, 2°** de la **loi n°71-1130 du 31 Décembre 1971** est « **le renvoi au pouvoir réglementaire de la compétence pour fixer les sanctions disciplinaires des avocats.** » :

« (...)

*8. Par conséquent, il ne résulte de cette décision ni une modification de la **répartition des compétences entre le pouvoir législatif et le pouvoir réglementaire**, ni une modification de la portée du principe de légalité des peines lorsqu'il s'applique à une sanction disciplinaire ayant le caractère d'une punition. Dès lors, la décision du Conseil constitutionnel du 28 mars 2014 **ne constitue pas un changement de circonstances** justifiant le réexamen des dispositions contestées, dont le seul objet est le renvoi au pouvoir réglementaire de la compétence pour fixer les sanctions disciplinaires des avocats.*

(...) »

Mais, prenons garde ! Ce que valide le **Conseil constitutionnel** ce n'est pas le décret qui fixe telle ou telle sanction disciplinaire, c'est seulement, **sous conditions**, le **principe** de la délégation de compétence au pouvoir réglementaire.

II.-/ UNE VICTOIRE PARADOXALE POUR LES AVOCATS : L'INVITATION A SAISIR LE CONSEIL D'ETAT DE LA CONSTITUTIONNALITE DU DECRET

Deux caractères dominant la **décision 2017-630 QPC** du 19 Mai 2017 :

1°) Le **Conseil constitutionnel** brise l'écran législatif (**II-A**).

2°) Le **Conseil constitutionnel** rappelle, notamment à l'adresse du **pouvoir réglementaire**, les exigences du **principe de légalité des délits et des peines** en matière disciplinaire (**II-B**).

II-A/ LE CONSEIL CONSTITUTIONNEL BRISE L'ECRAN LEGISLATIF : LE DECRET DOIT REPENDRE DE SA CONSTITUTIONNALITE DEVANT LE CONSEIL D'ETAT

II-A-1/ LE RESPECT DU PRINCIPE DE LEGALITE ET SES CONSEQUENCES POUR L'ADMINISTRATION

Comme le rappelle le **Professeur René CHAPUS** (Droit Administratif Général, tome 1, 15^e édition 2001, Domat Droit public, Montchrestien, n°50, p. 33):

« 50. La soumission de l'administration aux normes constitutionnelles. - Le fait que ces normes, qui sont au sommet de notre ordre juridique, s'imposent de la façon la plus immédiate au législateur ne doit pas masquer qu'elles régissent aussi l'organisation et le fonctionnement de l'administration. Les autorités administratives doivent les respecter et il n'y a ni obstacle de principe ni anomalie à ce qu'un acte administratif soit censuré (et notamment annulé par le juge administratif) pour cause de non-conformité à une disposition de la Constitution ou à un principe consacré par le Conseil constitutionnel.

A cet égard, il est peut-être bon de prévenir une confusion: le juge administratif (de même d'ailleurs que le juge judiciaire) ne peut pas contrôler la conformité d'une loi à la la Constitution. Il est juge, non des lois, mais des actes administratifs. Mais il peut censurer un acte administratif pris en méconnaissance d'une règle constitutionnelle.

51. L'hypothèse de l'écran législatif. - il peut toutefois arriver qu'un acte administratif contraire à une telle règle soit insusceptible de censure de la part du juge administratif. C'est le cas lorsque cet acte a été pris conformément à une loi, dont il tient le vice d'inconstitutionnalité qui l'entache. La loi, tout inconstitutionnelle qu'elle soit, fait alors écran entre le juge et la règle constitutionnelle.

(...)

Bien entendu, l'écran n'est plus qu'apparent (en fait, il disparaît) si la loi a simplement investi le gouvernement de la mission de prendre certaines mesures, sans déterminer les principes à mettre en oeuvre. Dans une telle hypothèse, l'existence de la loi ne déliera pas le gouvernement du respect dû à la Constitution.

V. **CE 17 mai 1991, Quintin**, RDP 1991, p. 1429, concl. R. Abraham (et rappr., notamment, **CE 19 novembre 1986, Soc. Smanor**, cité n°190-1°). (...) »

Le **concept** se retrouve sous la plume d'autres éminents auteurs de la doctrine :

« (...) »

116. L'« **écran transparent** » peut être défini comme la « situation dans laquelle le juge se trouve confronté à un **acte pris en vertu d'une loi qui se borne à habilitier le gouvernement** : l'**écran** a simplement investi le gouvernement de **prendre certaines mesures** et celui-ci **n'est donc pas délivré de son obligation de se conformer à la Constitution** » (A. VIDAL-NAQUET, *Abandonner la jurisprudence du Conseil d'État Arrighi ?* in *L'application de la Constitution par les cours suprêmes*, 2007, coll. *Thèmes et commentaires*, Dalloz, p. 133). Certains auteurs utilisent d'autres expressions pour faire allusion à cette technique, comme par exemple « **l'écran partiel** » (G. LEBRETON, *La supériorité des traités sur les lois postérieures*, LPA 1989, no 148. 13).

(...)

118. Dans ses conclusions sous l'arrêt *Quentin*, le commissaire du gouvernement ABRAHAM a opéré la première référence explicite à l'**écran transparent** dans le cadre du contrôle de constitutionnalité des actes administratifs. Le commissaire du gouvernement considéra qu'« on est ici en présence de ce que certains commentateurs ont appelé, à la suite de votre décision *Société Smanor* du 19 novembre 1986, l'«**écran transparent**», notion qui s'applique à une loi qui tout en renvoyant à l'autorité réglementaire le soin de définir certaines règles, ne contient en elle-même aucune règle de fond de nature à faire obstacle à ce que soient critiquées les dispositions réglementaires adoptées au regard des règles de fond de niveau supra-**législatif**, qu'elles soient constitutionnelles ou internationales ». Le Conseil d'État a suivi ces conclusions et a considéré que les dispositions réglementaires « ont été prises sur le fondement de l'habilitation conférée au pouvoir réglementaire par l'article L. 111-1 du code de l'urbanisme pour édicter “les règles générales applicables en dehors de la production agricole en matière d'utilisation du sol, notamment en ce qui concerne la localisation, la desserte, l'implantation et l'architecture des constructions” ; qu'elles ne sont contraires ni au principe constitutionnel du droit de propriété ni aux stipulations de l'article 10 du premier protocole additionnel à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales » (CE 17 mai 1991, req. no 100436 , *Quentin*, RD publ. 1991. 1429, concl. Abraham).

119. À partir du moment où le contenu de la loi qui se place entre l'acte administratif à contrôler et les normes constitutionnelles a un **contenu essentiellement programmatique**, le juge peut opérer un **contrôle de constitutionnalité de l'acte administratif** sans pour autant faire un contrôle indirect de la loi, contrôle qui n'entre pas dans ses compétences. Plusieurs exemples permettent d'illustrer cette technique. Par un **arrêt Gohin de 1996**, le Conseil d'État a considéré que la loi du 26 janvier 1984, qui habilitait le ministre de l'Éducation nationale pour prévoir par arrêté la faculté pour les conseils d'administration des universités d'établir une **procédure d'évaluation des enseignements**, ne faisait pas **écran** entre l'arrêté du ministre de l'Éducation du 26 mai 1992 relatif au diplôme d'études universitaires générales, à la licence et à la maîtrise et le principe d'indépendance des professeurs de l'enseignement supérieur, principe auquel le juge considère qu'il n'a pas été porté atteinte (CE 13 mars 1996, req. no 138749 , *Gohin*, AJDA 1996. 699, note J. Mekhantar).

120. Dans le même cadre du respect du principe d'indépendance des professeurs de l'enseignement supérieur, le Conseil d'État a considéré que « les auteurs du décret du 18 janvier 1985 ont, en incluant les personnels scientifiques des bibliothèques dans le collège des professeurs des universités, privé ces derniers de la représentation propre et authentique nécessaire à l'exercice de leurs responsabilités particulières et ont ainsi porté atteinte au principe, à valeur constitutionnelle, d'indépendance des professeurs d'université », même si ce décret a été pris en vertu du deuxième alinéa de l'article 60 de la loi du 26 janvier 1984 modifiée (CE 9 juill. 1997, req. no 161929 , Picard). Comme l'explique J. MEKHANTAR, « la loi existe bien entre le décret illégal et les principes constitutionnels, mais elle ne formait qu'un **écran** transparent dans la mesure où elle n'imposait pas au décret sur la composition des conseils (essentiellement les conseils scientifiques) son inconstitutionnalité pour respecter la légalité » (La garantie des professeurs d'université à une représentation propre et authentique, AJFP 1998. 29).

121. Plus récemment, le tribunal administratif de Paris a considéré que la disposition réglementaire qui prévoyait que les clubs visiteurs ou jouant sur terrain neutre étaient responsables lorsque les désordres sont le fait de leurs joueurs, dirigeants ou supporters, était contraire au principe à valeur constitutionnelle de personnalité des peines. Il a ainsi jugé que l'article L. 131-8 du code du sport, qui prévoit que les fédérations sportives doivent être dotées d'un règlement disciplinaire, ne faisait qu'un **écran** transparent entre la disposition réglementaire et le principe à valeur constitutionnelle (TA Paris, 6e section, 6e chambre, 16 mars 2007, aff. no 0505016/6-3, PSG c/ Fédération française de football, AJDA 2007. 1890, note M. Maisonneuve).

122. Dans l'arrêt de 2008, **Commune d'Annecy** (CE, ass., 3 oct. 2008, req. no 297931), le Conseil d'État a jugé que la loi du 23 février 2005 relative au développement des territoires ruraux ne fait pas **écran**, annulant ainsi le décret attaqué pour **méconnaissance de la compétence du législateur** posée par l'article 7 de la **Charte de l'environnement**, qui fait partie des **normes constitutionnelles**. Le Conseil d'État a vérifié s'il y a lieu à appliquer la théorie de la loi-écran, en s'interrogeant sur la portée réelle de la loi. Comme l'explique L. JANICOT : « Il vérifie si cette loi “ se borne [...] à **attribuer une compétence** au pouvoir réglementaire, dont ce dernier ne fait qu'“user” ou si, au contraire, elle “fixe [...] un certain nombre de **règles de fond**, dont le pouvoir réglementaire ne fait que tirer les conséquences nécessaires” ». Le Conseil d'État retient en définitive dans le cadre de sa jurisprudence « une **conception matérielle** » de l'**écran législatif** : « l'**écran** est opaque, parce qu'il y a de la “**matière**” **législative** » ; l'**écran** est transparent lorsque la loi se borne à permettre l'exercice de la **compétence** réglementaire. L'idée d'**écran législatif** suppose des **règles de fond** » (L. JANICOT, La valeur constitutionnelle de la Charte de l'environnement, RFDA 2008. 1158).

123. La transparence de l'**écran** est parfois assez subtile, car le juge ne fait pas nécessairement référence à la valeur constitutionnelle de la norme face à laquelle l'acte administratif pris en vertu d'une loi est contrôlé : « Considérant que si la fédération requérante soutient pour demander l'annulation des dispositions de l'article 4 précité du décret du 22 janvier 1996 que d'autres professions libérales ne sont pas astreintes à une telle obligation, il n'en découle pas pour autant que ces dispositions édictées pour fixer les modalités de l'obligation faite aux experts-comptables par l'article 17 précité de l'ordonnance du 19 septembre 1945 entraînent une méconnaissance illégale du principe d'égalité » (CE 10 oct. 1997, req. no 178956 , Fédér. nationale des experts-comptables).

(**Michel VERPEAUX**, Contrôle de constitutionnalité des actes administratifs – 2° Actes – Répertoire Dalloz de contentieux administratif 2011, actualisation Juin 2014).

Il échet de rappeler, en outre, que la théorie de la **loi écran** ne saurait empêcher le juge administratif de censurer un acte réglementaire violant un **principe de valeur constitutionnelle** comme le **principe d'égalité** (**CE 10 Octobre 1997, Fédération Nationale des Experts-Comptables**, DA 1998, N° 67, p. 23, obs. D.P.).

Le **Conseil Constitutionnel** adopte le même principe en jugeant:

« (...) 10. *Considérant, en troisième lieu, que les dispositions d'une loi d'habilitation ne sauraient avoir ni pour objet ni pour effet de dispenser le Gouvernement, dans l'exercice des pouvoirs qui lui sont conférés en application de l'article 38 de la Constitution, de respecter les règles et principes de valeur constitutionnelle, ainsi que les normes internationales et européennes applicables; qu'en particulier, les dispositions relatives à la commande publique devront respecter les principes qui découlent des articles 6 et 14 de la déclaration de 1789 et qui sont rappelés par l'article 1er du nouveau code des marchés publics, aux termes duquel: 'Les marchés publics respectent les principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures. - L'efficacité de la commande publique et la bonne utilisation des deniers publics sont assurées par la définition préalable des besoins, le respect des obligations de publicité et de mise en concurrence ainsi que par le choix de l'offre économiquement la plus avantageuse'; »*

(**CC**, Décision n°2003-473 DC du 26 Juin 2003 – Loi habilitant le Gouvernement à simplifier le droit).

II-A-2/ UNE LOI A FAIBLE DENSITE NORMATIVE NE PEUT PAS FAIRE ECRAN ENTRE LA CONSTITUTION ET LE REGLEMENT

Il ressort de la lecture de la loi elle-même, comme de la décision du 19 Mai 2017, que le législateur de **1971** s'est borné à confier au gouvernement la mission « *de prendre certaines mesures, sans déterminer les principes à mettre en oeuvre* », selon la brillante formule du **Professeur CHAPUS**.

Il s'agissait, en l'occurrence, de fixer « *les conditions d'application* » du **Titre Ier** de la **loi n°71-1130 du 31 Décembre 1971**, intitulé « *Création et organisation de la nouvelle profession d'avocat* » et non pas de créer des règles *ex nihilo*, comme pourrait le faire le **législateur**, dans le respect de la **Constitution**.

Le **Conseil constitutionnel** considère en **2011** et, implicitement, en **2017** (mais pas pour les mêmes raisons), que **n'est pas entaché d'incompétence négative** l'article **53, 2°** de la loi précitée, lequel renvoie au règlement le soin de présenter « *Les règles de déontologie ainsi que la procédure et les sanctions disciplinaires* ; », en **encadrant**, toutefois, l'**habilitation législative** dès lors que la détermination de telles normes devra se faire « *Dans le respect de l'indépendance de l'avocat, de l'autonomie des conseils de l'ordre et du caractère libéral de la profession* ».

Comme l'énonce le **Chief Justice MARSHALL**, Président de la Cour Suprême des Etats-Unis dans le **très célèbre arrêt MARBURY c MADISON** du 24 Février 1803 dont il est le rédacteur :

« (...) *Les termes affirmatifs emportent souvent, dans leur mise en œuvre, négation des objets qu'ils ne visent pas. Il faut alors les interpréter comme refusant ou excluant ceux-ci, si on veut qu'ils aient une application effective. (...)* »

(**Elisabeth ZOLLER**, Grands arrêts de la Cour suprême des Etats-Unis, PUF Collection Droit Fondamental – Droit Politique et Théorique – 1ère édition Juin 2000, p. 99).

Il est constant, à cet égard, que le **Conseil constitutionnel** n'affirme plus, en **2017**, - contrairement à ce qu'il faisait en **2011** - que la profession d'Avocat serait une « *profession réglementée* » ni que « *le législateur a entendu, en l'espèce, que les fautes disciplinaires des avocats puissent faire l'objet de sanctions comprenant, le cas échéant, l'interdiction temporaire ou définitive d'exercer leur activité* ; ».

A bien lire la loi (notamment article **53**), on ne trouve nulle part la **volonté du législateur** de faire sanctionner les éventuels manquements déontologiques des Avocats par une « *interdiction temporaire ou définitive d'exercer leur activité* ».

Le **Constituant** ne l'a pas davantage exigé.

Le **Parlement** a simplement habilité le **Gouvernement** à exercer sa **compétence réglementaire**, sans prévoir de **règles de fond**. Le règlement ne pourra que **mettre en œuvre** – et **non pas mettre en cause** – des règles et principes que la **Constitution** a placés dans le **domaine de la loi**. L'écran législatif est seulement **transparent**. Il n'empêche pas le **contrôle de constitutionnalité**. Celui-ci s'exercera à la fois quant à la **légalité externe** et quant à la **légalité interne** du décret.

Il doit être rappelé, à cet égard, qu'aux termes de l'article **34** de la **Constitution** du 04 Octobre 1958 :

« *La loi fixe les règles concernant (...) les **garanties fondamentales** accordées aux citoyens pour l'exercice des **libertés publiques** ;* », parmi elles, le **droit d'exercer une profession** (CC, **décision n° 2012-285 QPC du 30 novembre 2012 - M. Christian S.**, §§ 6 et 7).

Du texte de la **loi**, tel qu'explicité par le **règlement** (article **21.2.1** du **Code de déontologie des Avocats européens** annexé au **Règlement Intérieur National (R.I.N.) des Barreaux de France - Mai 2014**), il ressort :

1°) que la profession d'Avocat est **libérale** et **indépendante**;

2°) que l'**indépendance de l'Avocat** est, dans l'intérêt du client, nécessairement **absolue**;

3°) que le décret en Conseil d'Etat ne peut que préciser « *les **conditions d'application*** » de la loi et **non pas fixer des règles**, prérogative que l'article **34** de la **Constitution** du 04 Octobre 1958 a confiée au **seul législateur**, pour les matières qui relèvent du **domaine de la loi**, dont l'énumération n'est pas exhaustive (« *La loi fixe les **règles** (...)* »), au premier rang desquelles « *les **garanties fondamentales** accordées aux citoyens pour l'exercice des **libertés publiques** ;* ».

On rappelle volontiers, à cet égard, qu'il appartient au seul **législateur** de fixer les **bornes** à la **liberté en général** et aux **libertés publiques**, dont la **liberté d'entreprendre**, laquelle s'envisage tant comme **liberté d'accès** à une profession ou activité économique, que comme **liberté d'exercice** de cette profession ou activité :

« (...) 6. *Considérant que la **liberté d'entreprendre** découle de l'article 4 de la **Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789** ; qu'il est loisible au **législateur** d'apporter à cette liberté des **limitations** liées à des **exigences constitutionnelles** ou **justifiées par l'intérêt général**, à la condition qu'il **n'en résulte pas d'atteintes disproportionnées** au regard de l'objectif poursuivi ;*

7. *Considérant, d'une part, que la **liberté d'entreprendre** comprend non seulement la **liberté d'accéder** à une profession ou à une activité économique mais également la **liberté dans l'exercice** de cette profession ou de cette activité; que, par suite, la circonstance que l'affiliation à une corporation obligatoire ne conditionne pas l'exercice d'une profession mais en découle, n'a pas pour effet de rendre inopérant le grief tiré de l'atteinte à la liberté d'entreprendre ;*

(...) »

(**CC, décision n° 2012-285 QPC du 30 novembre 2012 - M. Christian S.**, §§ 6 et 7).

Le législateur ne pouvait pas dès lors constitutionnellement **déléguer** au pouvoir réglementaire la tâche de déterminer :

1°) « *Les **conditions d'accès** à la profession d'avocat ainsi que les **incompatibilités**, les **conditions d'inscription au tableau** et **d'omission du tableau** et les **conditions d'exercice** de la profession dans les cas prévus aux articles 6 à 8-1 ;* » (article **53, 1°** de la **loi n°71-1130** du 31 Décembre 1971);

2°) « *Les règles de déontologie ainsi que la procédure et les sanctions disciplinaires*; », comme il a prétendu le faire à l'article **53, 2°** de la **loi n°71-1130 du 31 Décembre 1971**, dès lors que celles-ci vont conditionner le **libre exercice** de la profession d'Avocat et des **droits de la défense** qui y sont étroitement attachés (**CC, décision n°80-127 DC des 19 et 20 Janvier 1981**, Loi renforçant la sécurité et protégeant la liberté des personnes).

C'est le lieu de déterminer ce qui revient de droit au **législateur** et ce qui est laissé au **pouvoir réglementaire**, ce que traduit la délimitation du **domaine de la loi** et du **règlement**.

Autrement dit, il s'agit de répondre à la question de savoir ce qu'il appartenait au pouvoir réglementaire d'édicter, sans dépasser les **limites de l'habilitation législative**, en procédant à un **jugement analytique** (au sens **kantien** du terme). Le pouvoir exécutif ne pourra, dès lors, qu'**explicit**er le **vœu du législateur**, savoir faire sortir de l'énoncé législatif tout ce qu'il **comprend nécessairement**, sans aller au-delà. Les **limites** de l'habilitation législative sont, donc, d'ordre **logique** : le règlement **mettra en œuvre** le principe législatif en adoptant toutes les **mesures** qui en sont la **suite, l'application, l'exécution** ou qui s'y rattachent par un **lien de dépendance nécessaire**.

S'agissant, en l'espèce, d'une **profession libérale et indépendante**, selon les termes mêmes de la loi (article **1er, I**), on en déduit logiquement que les **conditions d'accès** et d'**exercice** en seront fixées par la **loi seule**, sans que le **décret puisse y ajouter d'autres conditions qui n'en découlent pas directement**.

Le **Conseil d'Etat** a eu l'occasion de juger, dans cet ordre d'idées :

« (...) **Considérant** que la Constitution du 4 octobre 1958 dispose dans son article 37, **1er alinéa**, que "les matières autres que celles qui sont du **domaine de la loi**, ont un **caractère réglementaire**" et, dans son article 34, que "**la loi fixe les règles concernant... les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques**" ; qu'au nombre des **libertés publiques** dont, en vertu de cette dernière disposition, les **garanties fondamentales** relèvent du **domaine de la loi** figure le libre accès à l'exercice par les citoyens de toute activité professionnelle **n'ayant fait l'objet d'aucune limitation légale** ;

Considérant qu'il résulte de l'article 414 du code rural, issu de la loi du 29 juin 1984, que les personnes qui se livrent à la pêche à titre professionnel **doivent adhérer à une association agréée de pêcheurs professionnels** et que, selon l'article 416 du même code, "les associations agréées de pêcheurs professionnels regroupent, dans le cadre départemental ou interdépartemental, les pêcheurs professionnels exerçant à **temps plein** ou **partiel** qui seuls sont autorisés à vendre le produit de leur pêche..." ; que si le **dernier alinéa** du même article précise que les **conditions d'adhésion** à ces associations **sont fixées par décret en Conseil d'Etat**, cette disposition n'autorisait pas le gouvernement, **en l'absence d'une habilitation expresse**, à soumettre l'accès à l'exercice de l'activité de pêcheur professionnel à **d'autres limitations que celles qui découlent des dispositions précitées de la loi** ;

*Considérant que l'article 3 du décret n° 85-1316 du 11 décembre 1985 pris pour l'application de ce texte soumet l'adhésion à une association agréée de pêcheurs professionnels en eau douce aux conditions suivantes : " - être **majeur** ; - consacrer au moins la **moitié de son temps de travail** à la pêche professionnelle aux engins ou aux filets en eau douce ou en retirer au moins la moitié de ses revenus professionnels ; - justifier de la **capacité professionnelle requise**, résultant soit de la pratique de la pêche en eau douce à titre professionnel pendant une durée minimum de trois ans, soit de la possession d'un brevet de capacité délivré dans les conditions définies par arrêté conjoint du ministre chargé de la pêche en eau douce et du ministre de l'agriculture ; - être **affilié au régime de protection sociale des personnes non salariées des professions agricoles** en qualité de pêcheur professionnel en eau douce" ; que la deuxième de ces dispositions **se borne à préciser la notion de travail à temps plein ou à temps partiel figurant dans la loi**, et la quatrième, relative au régime de protection sociale, est une **conséquence nécessaire** de la pratique de la pêche **à titre professionnel** ; qu'en revanche les exigences relatives à la **majorité** et à la **capacité** apportent au libre accès à la profession, tel qu'il existait antérieurement, des **restrictions qui ne sont pas prévues par la loi et qui excèdent les pouvoirs reconnus au gouvernement** par les dispositions précitées de l'article 416 du code rural ;*

(...)

*Article 1er : L'article 3 du décret n° 85-1316 du 11 décembre 1985 est **annulé** en tant qu'il dispose que, pour adhérer à une association agréée de pêcheurs professionnels en eau douce, il faut être **majeur** et justifier de la **capacité professionnelle requise**, résultant soit de la pratique de la pêche en eau douce à titre professionnel pendant une durée minimum de trois ans, soit de la possession d'un brevet de capacité délivré dans les conditions définies par arrêté conjoint du ministre chargé de la pêche en eau douce et du ministre de l'agriculture.*

(...)

(CE, Ass. 16 Décembre 1988, Association des pêcheurs aux filets et engins Garonne, Isle et Dordogne Maritimes, n°75544).

Ainsi, pour annuler la disposition réglementaire attaquée, le **Conseil d'Etat** a considéré que la **majorité** et la **capacité professionnelle** n'étaient pas des conditions qui **découlaient nécessairement** des **règles d'accès** à la profession de pêcheur en eau douce, telles que fixées par la **loi**.

Dans le même esprit, il est jugé « *qu'en revanche, en exigeant du demandeur d'une autorisation d'expérimenter sur les animaux la justification qu'il n'a pas encouru de condamnation pénale ou disciplinaire pour des faits contraires à l'honneur ou à la probité, sans distinguer selon la nature des faits ayant motivé la condamnation **ni selon la gravité de la sanction**, le gouvernement a excédé les limites de l'habilitation reçue du législateur et méconnu son objet ; que, dès lors, les requérants sont fondés à demander l'annulation des dispositions susanalysées de l'alinéa 3 de l'article 10 du décret attaqué, qui sont divisibles des autres dispositions dudit décret ;*

(...)

(CE, 3ème et 5ème sous-sections réunies, 16 Décembre 1994, n°93399).

Le **Conseil d'Etat** a, encore, dans cette espèce, censuré la mauvaise interprétation que le décret avait fait de la loi et la mauvaise appréciation corrélative de ses propres prérogatives. En d'autres termes, le **jugement analytique (l'explicitation de la loi)** du Gouvernement était erroné. La prescription législative ne comportait pas **nécessairement** les conséquences que le pouvoir exécutif en avait, à tort, tirées.

*

En l'occurrence, comme susdit, à la lecture du **texte seul** de la loi (méthode d'**interprétation littérale**), il n'est pas possible de savoir ce qu'a décidé le **législateur** en ce qui concerne la **sanction** des « **infractions et fautes commises par les avocats** » dont le « **conseil de discipline institué dans le ressort de chaque cour d'appel connaît** » (article **22, alinéa 1er** de la loi n°71-1130 du 31 Décembre 1971), **lesquelles ne sont pas davantage définies** par la loi.

Or, compte tenu du **statut constitutionnel** (*spécifique*, dit la **Cour européenne des droits de l'homme**) de l'**Avocat défenseur** et de la **réaffirmation par le législateur**, en **2012**, du caractère **libéral et indépendant** de la profession d'Avocat – qui **n'est donc pas une profession réglementée** – rien ne permet d'affirmer que si, aujourd'hui, le Parlement devait se prononcer sur un texte, il opérerait pour un **régime disciplinaire** pouvant conduire à l'**empêchement d'exercice**.

Il résulte de ce qui précède que le **Gouvernement** n'a pas la **compétence constitutionnelle** pour décider de rendre tributaires les Avocats de sanctions pouvant les **empêcher d'exercer**.

Le **Conseil d'Etat** a eu l'occasion, de façon remarquable, en sa formation la plus solennelle, de censurer un **décret** édicté sans que le législateur ait préalablement décidé des **règles de fond** dont le règlement devait seulement déterminer les **conditions d'application** :

« (...)

Considérant que l'article **34** de la **Constitution** prévoit, dans la rédaction que lui a donnée la loi constitutionnelle du 1er mars 2005, que « la loi détermine les **principes fondamentaux** (...) de la **préservation de l'environnement** » ; qu'il est spécifié à l'article 7 de la **Charte de l'environnement**, à laquelle le Préambule de la Constitution fait référence en vertu de la même loi constitutionnelle que « Toute personne a le droit, dans les **conditions et les limites définies par la loi**, d'**accéder aux informations** relatives à l'environnement détenues par les autorités publiques et de **participer à l'élaboration des décisions publiques ayant une incidence sur l'environnement**. » ; que ces dernières dispositions, comme l'ensemble des droits et devoirs définis dans la Charte de l'environnement, et à l'instar de toutes celles qui procèdent du Préambule de la Constitution, ont **valeur constitutionnelle** ; qu'elles s'imposent aux pouvoirs publics et aux autorités administratives dans leurs domaines de compétence respectifs ;

Considérant que les dispositions précitées, issues de la loi constitutionnelle du 1er mars 2005, ont **réservé au législateur** le soin de préciser « **les conditions et les limites** » dans lesquelles doit s'exercer le droit de toute personne à accéder aux informations relatives à l'environnement détenues par les autorités publiques et à participer à l'élaboration des décisions publiques ayant une incidence sur l'environnement ; qu'en conséquence, **ne relèvent du pouvoir réglementaire**, depuis leur entrée en vigueur, **que les mesures d'application des conditions et limites** fixées par le législateur ; que, toutefois, les dispositions compétemment prises dans le domaine réglementaire, tel qu'il était déterminé antérieurement, demeurent applicables postérieurement à l'entrée en vigueur de ces nouvelles normes, alors même qu'elles seraient intervenues dans un domaine désormais réservé à la loi ;

*Considérant qu'il résulte de ce qui précède que, depuis la date d'entrée en vigueur de la loi constitutionnelle du 1er mars 2005, une disposition réglementaire ne peut intervenir dans le champ d'application de l'article 7 de la Charte de l'environnement que **pour l'application de dispositions législatives**, notamment parmi celles qui figurent dans le code de l'environnement et le code de l'urbanisme, que celles-ci soient postérieures à cette date ou antérieures, **sous réserve, alors, qu'elles ne soient pas incompatibles avec les exigences de la Charte** ;*

*Considérant, d'une part, que l'article L. 110-1 du code de l'environnement, qui **se borne à énoncer des principes** dont la portée a vocation à être définie dans le cadre **d'autres lois**, ne saurait être regardé comme déterminant **les conditions et limites** requises par l'article 7 de la Charte de l'environnement ;*

*Considérant, d'autre part, qu'aux termes de l'article **L. 145-1** du code de l'urbanisme : « (...) Autour des lacs de montagne d'une superficie supérieure à 1 000 hectares, un décret en Conseil d'Etat délimite, après avis ou sur proposition des communes riveraines, en tenant notamment compte du relief, un secteur dans lequel les dispositions particulières au littoral figurant au chapitre VI du présent titre s'appliquent seules. Ce secteur ne peut pas réduire la bande littorale de 100 mètres définie au III de l'article L. 146-4. Dans les autres secteurs des communes riveraines du lac et situées dans les zones de montagne mentionnées au premier alinéa, les dispositions particulières à la montagne figurant au présent chapitre s'appliquent seules. » ; que **ces dispositions n'avaient pas pour objet de déterminer les conditions et limites** d'application des principes d'accès aux informations et de participation du public s'imposant au pouvoir réglementaire pour la délimitation des zones concernées ; **qu'en l'absence de la fixation par le législateur de ces conditions et limites**, le décret attaqué du 1er août 2006, dont les dispositions, qui prévoient, outre la mise en œuvre d'une **enquête publique**, des **modalités d'information** et de **publicité**, concourent de **manière indivisible** à l'établissement d'une **procédure de consultation et de participation** qui entre dans le champ d'application de l'article 7 de la Charte de l'environnement, a été pris par une autorité incompétente ;*

Considérant qu'il résulte de tout ce qui précède que la COMMUNE D'ANNECY est fondée à demander l'annulation du décret attaqué ;

(...) »

(CE, Ass. 03 Octobre 2008, Commune d'Annecy, n°297931).

*

Il reviendrait, dès lors, à la **loi seule** de déterminer les **sanctions déontologiques** dès lors que celles-ci vont **mettre en cause l'exercice professionnel**, ce, sous réserve de la **radicale incompatibilité d'un tel régime avec le statut constitutionnel de l'Avocat défenseur**.

*

II-B/ LE PRINCIPE DE LEGALITE (DES DELITS ET) DES PEINES

Le **Conseil constitutionnel**, dans un *obiter dictum* qui a, ici, tout son poids, rappelle, au préalable, que le **principe de légalité des peines** s'applique au **législateur**, comme au **pouvoir réglementaire**, lesquels doivent, chacun en ce qui le concerne, « *fixer les sanctions ayant le caractère d'une punition en des termes suffisamment clairs et précis.* » :

« (...)

6. En second lieu, d'une part, selon l'article 8 de la **Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789** : « *La loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires, et nul ne peut être puni qu'en vertu d'une loi établie et promulguée antérieurement au délit, et légalement appliquée* ». Le Conseil constitutionnel juge, de manière constante, et antérieurement à sa décision du 29 septembre 2011, que le **principe de légalité des peines**, qui découle de cet article, s'applique à **toute sanction ayant le caractère d'une punition** et non aux seules peines prononcées par les juridictions répressives. En vertu de ce principe, le législateur **ou, dans son domaine de compétence, le pouvoir réglementaire**, doivent fixer les sanctions ayant le caractère d'une punition en des termes suffisamment clairs et précis.

(...) »

Il est donc **totaleme nt exclu** de tirer de la décision du 19 Mai 2017 un quelconque **label de légalité** du décret fixant, dans l'absolu, **n'importe quelle sanction disciplinaire**.

Mérite, à ce titre, d'être rappelée la **jurisprudence administrative**, qui a tiré logiquement les conséquences du **principe de légalité des délits et des peines**, qu'elle a transposé à l'exercice de la **liberté professionnelle**, jurisprudence dont le législateur s'est inspiré.

Il n'est pas inutile, ici, de rappeler, comme je l'ai fait devant le **Conseil constitutionnel** le 02 Mai 2017, que le **Tribunal administratif** et la **Cour administrative d'appel de Paris** s'était prononcés, en **2001** et **2002**, pour la **compétence législative** dès lors que la sanction administrative emporte **empêchement d'exercice professionnel**.

« *Considérant que le principe de légalité des délits et des peines s'applique aux sanctions administratives au même titre qu'aux sanctions pénales ; que le retrait de la carte de conducteur de taxi prévu par l'article 22 de l'ordonnance interpréfectorale du 23 janvier 1997 constitue une sanction administrative ; que lorsqu'un régime de sanction administrative comporte une échelle des peines d'une gravité telle que la sanction prononcée peut déboucher sur l'interdiction temporaire ou définitive d'exercer une profession, cette restriction apportée à la liberté professionnelle ne peut, en vertu du principe de légalité et des peines, être instituée que par une loi ou en exécution d'une disposition législative habilitant le gouvernement à l'édicter ; »*

(TA Paris, 24 Avril 2001, Connan, n°9717294/6) ;

« *Considérant que, s'il appartient au **gouvernement** de prendre, en vertu des articles 21 et 37 de la Constitution, les **mesures de police** applicables à l'ensemble du territoire et si ces mesures peuvent légalement apporter à la **liberté des usagers** certaines limitations nécessaires à la **sauvegarde de la sécurité sur les voies publiques**, le retrait de la carte professionnelle prévu par les dispositions réglementaires précitées du décret du 17 août 1995 ne constitue pas une mesure de police exclusivement destinée à protéger la sécurité publique mais présente le caractère d'une **sanction disciplinaire** ; que le **principe de légalité des délits et des peines**, qui s'applique aux **sanctions administratives** au même titre qu'aux **sanctions pénales**, impose que **l'interdiction, à titre temporaire ou définitif, d'exercer une profession** soit instituée par une **loi** ou intervienne en exécution d'une **disposition législative habilitant le gouvernement à l'édicter** ; »*

(CAA Paris, 18 Décembre 2002, BENKERROU, n°01PA02900, confirme le jugement n°9802764/6 en date du 11 Mai 2001 par lequel le **Tribunal administratif de Paris** a **annulé** la décision du Préfet de police de Paris en date du 20 Novembre 1997 retirant à **Monsieur BENKERROU** sa carte professionnelle de conducteur de taxi, pour une durée de sept mois ferme et cinq mois avec sursis).

Le principe selon lequel « **l'interdiction, à titre temporaire ou définitif, d'exercer une profession** » ne peut être instituée que par une **loi** ou **ordonnance** de l'article 38 de la **Constitution** a été confirmé par le **législateur**.

En effet, comme susdit, la **loi** (aujourd'hui, **Code des transports**) a considérablement amoindri la portée du principe appliqué par le **Conseil d'Etat** dans son arrêt d'Assemblée **Benkerrou** du 07 Juillet 2004.

*

Le **Conseil d'Etat** a fini, lui-même, par admettre l'applicabilité du **principe de légalité** – ou, plus exactement de **textualité** - aux **sanctions administratives** et **disciplinaires**, en y apportant une **réserve** quant à l'auteur du texte - non prévue par le **Conseil constitutionnel** - que l'analyse critique permet, toutefois, de lever :

« (...)

*Considérant que si, lorsqu'il est appliqué aux **sanctions administratives**, le **principe de légalité des délits et des peines** ne fait pas obstacle à ce que les **infractions** soient **définies par référence aux obligations** auxquelles est soumise une personne en raison de l'**activité** qu'elle exerce, de la **profession** à laquelle elle appartient ou de l'**institution** dont elle relève, il implique, en revanche, que les **sanctions** soient prévues et énumérées par un **texte** ; que toutefois - ainsi, d'ailleurs, qu'en matière pénale - ce texte n'a pas, dans tous les cas, à être une **loi** ;*

(...) **Considérant** qu'aux termes de l'article 34 de la Constitution du 4 octobre 1958 : La loi fixe les **règles** (...) concernant les **garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques** ; que selon son article 37, les **matières** autres que celles qui sont du **domaine de la loi ont un caractère réglementaire** ; qu'au nombre des **libertés publiques**, dont les **garanties fondamentales** doivent, en vertu de la Constitution, être déterminées par le **législateur**, figure le **libre accès, par les citoyens, à l'exercice d'une activité professionnelle** n'ayant fait l'objet d'**aucune limitation légale** ; que toutefois la **profession de conducteur de taxi** a le caractère d'une **activité réglementée** ; que, dès lors, il était loisible à l'autorité investie du **pouvoir réglementaire** de fixer, en vertu des pouvoirs qu'elle tient de l'article 37 de la Constitution, des **prescriptions complémentaires** de celles résultant de la **loi du 20 janvier 1995** ; qu'ainsi le **décret du 17 août 1995** a pu légalement **subordonner l'exercice de la profession** de conducteur de taxi à la délivrance, sous certaines conditions, d'une **carte professionnelle**, alors même que celle-ci n'était pas prévue par la loi du 20 janvier 1995 ;

Considérant que lorsqu'il est compétent pour fixer certaines **règles d'exercice d'une profession**, le pouvoir réglementaire l'est également pour prévoir des **sanctions administratives** qui, par leur **objet** et leur **nature**, soient **en rapport avec cette réglementation** ; que, dès lors, le décret du 17 août 1995 a pu légalement prévoir que la carte professionnelle de conducteur de taxi pouvait être **retirée** par l'autorité administrative non seulement lorsque son titulaire ne remplirait plus les **conditions** mises à sa délivrance - ce que cette autorité aurait, **même sans texte**, le pouvoir de faire - mais aussi à titre de **sanction** dans le cas où **l'intéressé ne respecterait pas la réglementation applicable à la profession** ;

(...) »

(CE, Ass. 07 Juillet 2004, BENKERROU, n°255136).

« (...) **Considérant** qu'aux termes de l'article 6-1 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales : « Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue (...) publiquement (...) par un tribunal indépendant et impartial établi par la loi, qui décidera (...) des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil (...) » ;

Considérant qu'en vertu de l'article L. 822-7 du code de commerce, les décisions de la chambre régionale de discipline des commissaires aux comptes peuvent être frappées d'appel devant le Haut Conseil du commissariat aux comptes ; que l'article L. 822-8 de ce code prévoit que ces juridictions peuvent infliger aux intéressés les sanctions disciplinaires de l'avertissement, du blâme, de l'interdiction temporaire pour une durée n'excédant pas cinq ans et de la radiation de la liste ; qu'ainsi, les décisions du Haut Conseil du commissariat aux comptes sont susceptibles de porter atteinte au **droit d'exercer la profession de commissaire aux comptes**, lequel revêt le **caractère d'un droit de caractère civil** au sens des stipulations de l'article 6-1 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ; qu'il suit de là que ces stipulations sont applicables aux procédures disciplinaires diligentées à l'encontre des commissaires aux comptes ;

(...)

*Considérant que le requérant soutient que le **principe de légalité des délits et des peines** s'opposait à ce que le Haut Conseil du commissariat aux comptes pût infliger une sanction fondée sur la méconnaissance de ces textes, qui n'auraient pas défini avec **une précision suffisante les obligations** imposées aux commissaires aux comptes ; que, toutefois, pour ce qui concerne les **sanctions susceptibles d'être infligées aux membres des professions réglementées**, y compris celles revêtant un **caractère disciplinaire**, le **principe de légalité des délits** est satisfait dès lors que les **textes applicables** font référence à des **obligations** auxquelles les intéressés sont soumis en raison de l'activité qu'ils exercent, de la profession à laquelle ils appartiennent ou de l'institution dont ils relèvent ; que, dès lors, le Haut Conseil du commissariat aux comptes n'a pas entaché sa décision d'erreur de droit en retenant que la méconnaissance des dispositions figurant à **l'article L. 225-222** du code de commerce et à **l'article 88** du décret du 12 août 1969 pouvait faire l'objet d'une sanction disciplinaire ;*

(CE, Section, 12 Décembre 2009, Petit, n°311641) ;

*« (...) Considérant qu'appliquée en dehors du droit pénal, **l'exigence d'une définition des manquements sanctionnés** se trouve satisfaite, en **matière disciplinaire**, dès lors que les **textes applicables font référence aux obligations auxquelles les intéressés sont soumis en raison de l'activité qu'ils exercent, de la profession à laquelle ils appartiennent ou de l'institution dont ils relèvent**; que si la **nécessité des peines attachées aux infractions** relève du **pouvoir d'appréciation du législateur**, il incombe au **juge disciplinaire** de s'assurer de l'**absence d'inadéquation manifeste** entre les **peines** qu'il inflige et les **obligations** dont elles tendent à réprimer la méconnaissance; (...)*

(CE, 16 Mai 2012, OUESLATI c/ Ministère de l'Enseignement supérieur et de la Recherche, n°356924).

*

On peut ajouter, dans cet ordre d'idées, avec la doctrine autorisée, que la **mise en cause** touche la **substance** de la norme édictée par l'autorité constitutionnellement compétente, tandis que la **mise en œuvre** en révèle les **potentialités juridiques en l'explicitant** :

« (...)

40. - *Il était irréaliste de penser que l'on pourrait délimiter strictement les domaines de la loi et du règlement : les gouvernements puis les juges s'en sont aperçus très vite et ont adopté une attitude beaucoup plus souple.*

*Il n'en reste pas moins que le but originel a été atteint : la **loi** statue sur l'**essentiel** et le **pouvoir réglementaire** sur l'**accessoire**; le législateur ne perd plus de temps à statuer sur les détails ou sur des questions non importantes. En outre, la hiérarchie (retrouvée) entre loi et règlement s'insère dans la hiérarchie générale qui compte un élément supplémentaire avec la **Constitution** : **aux normes constitutionnelles, l'essentiel; aux normes législatives, l'important; aux normes réglementaires, le secondaire et le détail.***

(...) »

(**Doyen Louis FAVOREU**, *Les règlements autonomes n'existent pas*, RFDA Novembre-Décembre 1987, § 40, p. 883).

Cette approche n'est pas, au demeurant, fondamentalement différente de celle qui, il y a **deux siècles**, a présidé à l'élaboration du **Code civil** et qui ne saurait, aujourd'hui, être sérieusement remise en cause :

« (...)

*Les lois, proprement dites, diffèrent des simples **règlements**. C'est aux lois à poser, dans chaque matière, les **règles fondamentales**, et à déterminer les **formes essentielles**. Les **détails d'exécution**, les **précautions provisoires** ou **accidentelles**, les **objets instantanés** ou **variables**, en un mot, toutes les choses qui sollicitent bien plus la **surveillance de l'autorité qui administre** que l'intervention de la **puissance qui institue** ou qui **créé**, sont du ressort des **règlements**. Les **règlements sont des actes de magistrature**, et les **lois des actes de souveraineté**.*

(...) »

(**PORTALIS**, Discours préliminaire sur le projet de Code civil, 1er Pluviose An IX, cité en épigraphe des **actes du colloque « LE DOMAINE DE LA LOI ET DU REGLEMENT »** organisé par la Faculté de Droit et de Science politique d'Aix-Marseille et qui s'y est tenu les 2-3 Décembre 1977, sous la direction de **Louis FAVOREU**, p. 6).

En l'espèce, il n'est pas contestable que les articles **3, alinéa 1er, 9, 14-2, 15, 16, 17, 21, 21-1, 21-2, 22 à 25-1 et 53** de la **loi n°71-1130 du 31 Décembre 1971**, non plus qu'une autre disposition législative, ne définissent ni les **infractions déontologiques** ni les **peines disciplinaires**, ni même **la procédure** applicables aux Avocats, qui sont déterminées et fixées, en application de l'article **53, 2°** de ladite loi, par les articles **183, 184** et suivants du **décret n°91-1197 du 27 Novembre 1991** organisant la profession d'avocat.

La **délégation de compétences législatives** au pouvoir réglementaire n'est donc pas sérieusement discutable.

Si, comme vient de le juger le **Conseil constitutionnel**, elle n'est pas **contraire aux droits et libertés que la Constitution garantit**, au sens et pour l'application de l'article **61-1** de la **Constitution** du **04 Octobre 1958**, c'est, cependant, **sous la réserve** que les **matières** sur lesquelles elle porte ne relèvent pas du **domaine de la loi**.

Il est, en effet, difficilement admissible de n'envisager l'**accès à une profession** et l'**exercice professionnel** que comme un **simple détail**, qui relèverait du **règlement**, alors qu'ils conditionnent, à l'évidence, les **moyens de subsistance économique** d'un individu, de même que son **droit à l'épanouissement personnel** et à **une vie familiale normale**, garanti par l'**alinéa 10** du **Préambule** de la **Constitution** du **27 Octobre 1946** :

« La nation assure à l'individu et à la famille les conditions nécessaires à leur développement. »

Cet aspect est renforcé en ce qui concerne, plus spécialement, la **profession d'Avocat** dont la **mission de défense** est d'**ordre constitutionnel**.

*

Il résulte de la jurisprudence qui précède :

1°) que « *la nécessité des peines attachées aux infractions relève du pouvoir d'appréciation du législateur,* » (CC, Décision n° 2011-199 QPC du 25 novembre 2011 - M. Michel G. ; CE, 16 Mai 2012, OUESLATI c/ Ministère de l'Enseignement supérieur et de la Recherche, n°356924) ;

2°) que les **peines disciplinaires** doivent être obligatoirement déterminées dans leur **nature** et leur **quantum** par la **loi**, au sens **organique** et **non pas seulement matériel**, œuvre du **législateur** et **non pas du pouvoir réglementaire**, « *dès lors que (...) sont mis en cause (...) des règles (ou) des principes fondamentaux placés par la Constitution dans le domaine de la loi ; (...)* » (CC, décision n°2011-171/178 QPC du 29 Septembre 2011, M. Michael C. et autre, précitée, § 3, *a contrario*), étant rappelé, comme le mentionne judicieusement **Monsieur le Premier ministre** dans ses observations du 24 Mars 2017, que par l'article **34** de la Constitution du 04 Octobre 1958 « *le constituant a entendu, en matière répressive, conférer au législateur une compétence pour la détermination des infractions les plus graves; (...)* » (CC, décision n° 87-151 L du 23 septembre 1987 - Nature juridique de certaines dispositions de l'article L 69-1 du code des postes et télécommunications, § 3);

3°) que la **liste des sanctions** pouvant être prononcées par le juge ne peut être que **limitative** et **non pas indicative**.

*

On sait, en effet, que le **principe de légalité des délits et des peines** ne se satisfait pas de **formulations insuffisamment claires et précises** :

« (...)

13. *Compte tenu de la généralité des termes qu'il a employés, du caractère large et indéterminé de la mention des « droits humains » et des « libertés fondamentales » et du périmètre des sociétés, entreprises et activités entrant dans le champ du plan de vigilance qu'il instituait, le législateur ne pouvait, sans méconnaître les exigences découlant de l'article 8 de la Déclaration de 1789 et en dépit de l'objectif d'intérêt général poursuivi par la loi déférée, retenir que peut être soumise au paiement d'une amende d'un montant pouvant atteindre dix millions d'euros la société qui aurait commis un manquement défini en des termes aussi insuffisamment clairs et précis.*

14. *Par conséquent, le dernier alinéa de l'article 1er de la loi déférée est contraire à la Constitution. Il en va de même du troisième alinéa de l'article 2 et de l'article 3, qui en sont indissociables.*

(...) »

(CC, décision n° 2017-750 DC du 23 Mars 2017 - Loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre, §§ 6 à 14).

*

CONCLUSION

« *Comment sortir vainqueur d'une défaite* », chanté par Charles AZNAVOUR dans « *Mourir d'aimer* », pourrait être la conclusion – provisoire - de cette **procédure constitutionnelle**.

En effet, la décision du 19 Mai 2017 pèse plus par **les silences de ses motifs (ce qu'ils ne disent plus)** que par **les mots de son (non-) dispositif**.

Le **grand mérite** de la décision qui vient d'être rendue, appréciée à l'aune de la **dialectique** que les lignes qui précèdent se sont efforcées de mettre en exergue (« *la lutte du vrai contre lui-même* »), est, donc, d'opérer un **transfert des compétences juridictionnelles**. Une loi peut très bien, conformément à la **Constitution**, habiliter le pouvoir réglementaire à exercer ses compétences, sans que les actes du Gouvernement échappent, pour autant, à un **contrôle de constitutionnalité** exercé par le **Conseil d'Etat**.

Comme l'écrivait au **siècle des Lumières**, le maître du **criticisme** :

« (...) *Notre siècle est le siècle propre de la critique, à laquelle tout doit se soumettre. La religion, par sa sainteté, et la législation, par sa majesté, veulent ordinairement s'y soustraire. Mais alors elles excitent contre elles un juste soupçon, et ne peuvent prétendre à ce respect sincère que la raison accorde seulement à ce qui a pu soutenir son libre et public examen.* »

(**Emmanuel KANT**, *Critique de la raison pure*, préface de la première édition (**1781**), Bibliothèque de La Pléiade, Gallimard, 1980, p. 727).

La **justice**, procédant de l'une et de l'autre – empruntant à la **religion** sa **sacralité** et à la **législation** sa **rationalité** – rien ne justifie qu'elle soit exempte de toute **critique rationnelle**, à l'instar de celle que les **Avocats** ayant **actualisé leur statut constitutionnel** développent au quotidien, dans la défense des intérêts de leurs mandants.

Ne peuvent, dans ces conditions, obtenir un brevet de constitutionnalité les **prétendues normes** telles la **délicatesse**, la **prudence**, ou la **loyauté** qui, **en violation du principe de légalité des délits et des peines**, permettent, dans l'application qu'en font certaines juridictions (**arrêt n°2016/ 13D** rendu le 29 Septembre 2016 par la **Cour d'appel d'Aix-en-Provence - Première Chambre A – RG 15/15836 - décision attaquée** par le **pourvoi n°D 16-26.080** du 18 Novembre 2016 – *pièce n°198 - 203*), de **blâmer** un Avocat d'avoir **licitement, sans excès ni carence**, conformément aux dispositions de l'article **411** du Code de procédure civile, exécuté un **mandat de représentation en justice**, dont **l'objet n'est pas contraire à l'ordre public**, lequel mandat, aux termes de ce texte, « *emporte pouvoir et devoir d'accomplir au nom du mandant es actes de la procédure.* ».

Seuls pourront être appréciés, le cas échéant, comme fautifs, les comportements **légalement établis** et susceptibles d'un **débat contradictoire**, savoir des **actions** ou **omissions** répondant aux **critères objectifs** et **rationnels** suivants :

1°) être **vérifiables**, ce qui implique d'être réalisables et perceptibles dans le **monde sensible extérieur** et non pas enfouis dans la **pensée intime** de l'auteur présumé;

2°) être **matérialisés** par des **mesures** positives ou négatives **dans un sens déterminé**;

3°) être **rapportables** à une **norme de référence claire et précise, décidée par l'autorité compétente**.

On se rappelle pertinemment, ici, avec le célèbre physicien **Niels BOHR** (théoricien de la physique quantique, **prix Nobel en 1922**) que « *Ce qui ne se mesure pas n'existe pas* ».

*

En définitive, la marge de manoeuvre du Gouvernement est étroite. Celui-ci devra édicter des **règles d'application** ayant pour objet, dans le respect de **l'indépendance de l'Avocat** et du **caractère libéral de la profession**, de garantir le respect de la **déontologie** des membres du Barreau.

La voie privilégiée est, sans doute, celle balisée par **l'ordre public procédural** (**nullité, irrecevabilité, inopposabilité** ou **caducité de l'acte accompli en violation de la déontologie**), dès lors qu'il ne méconnaît ni les **droits de la défense** ni le **statut constitutionnel de l'Avocat défenseur**.

Souhaitons que la **décision 2017-630 QPC** du 19 Mai 2017 ait quelque écho au **Conseil d'Etat**, que je m'appête à saisir d'un **nouveau recours pour excès de pouvoir** dirigé contre le **décret n°91-1197** du 27 Novembre 1991 prétendant organiser la profession d'Avocat.

J'invite, en conséquence, **tous les Avocats** concernés personnellement ou en tant que défenseurs par cette problématique – que le **Grand Barreau de France** a vocation à accueillir prochainement - à faire de même.

Le **Conseil National des Barreaux**, que le **législateur** (article **21-1, alinéa 1er** de la **loi n°71-1130** du 31 Décembre 1971) charge de « *représenter la profession d'avocat notamment auprès des pouvoirs publics.* », aura, dès lors, s'il le souhaite, tout le loisir de dire au juge administratif suprême ce qu'il pense de la **constitutionnalité** de ce texte réglementaire.

*

On ne le répètera jamais assez : le **régime disciplinaire** est **radicalement incompatible** avec le **statut constitutionnel de l'Avocat défenseur** et son **INDEPENDANCE ABSOLUE**. Il devra, en conséquence, être très rapidement **abrogé**.

Rappelons, encore, que selon la formule de **John RAWLS**: « *La justice est la première vertu des institutions sociales comme la vérité est celle des systèmes de pensée. Si élégante et économique que soit une théorie, elle doit être rejetée ou révisée si elle n'est pas vraie; de même, si efficaces et bien organisées que soient des institutions et des lois, elles doivent être réformées ou abolies si elles sont injustes.* » (**Théorie de la Justice**, Editions du Seuil, Février 1987, p. 29).

Le **Doyen CARBONNIER** a raison : « *seule la discussion juridique est féconde* ».

Nouvelle démonstration en est faite présentement.

Aujourd'hui, le silence ; demain...

*

Marseille, le **26 Mai 2017**

Philippe KRIKORIAN,
Avocat à la Cour (Barreau de Marseille)
Tél. 04 91 55 67 77
BP 70212 – 13178 MARSEILLE CEDEX 20
Courriel Philippe.KRIKORIAN@wanadoo.fr
Site Internet www.philippekrimorian-avocat.fr