

**MEMOIRE PORTANT OBSERVATIONS EN
INTERVENTION RELATIVES A UNE QUESTION
PRIORITAIRE DE CONSTITUTIONNALITE**

A

**MONSIEUR LE PRESIDENT ET MESDAMES ET
MESSIEURS LES MEMBRES DU CONSEIL
CONSTITUTIONNEL**

**METTANT EN CAUSE LA CONFORMITE AUX DROITS ET LIBERTES
QUE LA CONSTITUTION GARANTIT DE L'ARTICLE 9 DE LA LOI N°71-
1130 DU 31 DECEMBRE 1971 PORTANT REFORME DE CERTAINES
PROFESSIONS JUDICIAIRES ET JURIDIQUES**

(en application des articles **61-1** de la **Constitution** du 04 Octobre 1958,
23-4 à **23-12** de l'**ordonnance** n°58-1067 du 07 Novembre 1958 portant
loi organique sur le Conseil Constitutionnel et **6, alinéa 2** de la **Décision**
du 04 Février 2010, Portant règlement intérieur sur la procédure suivie
devant le Conseil constitutionnel pour les questions prioritaires de
constitutionnalité)

renvoyée par la **Chambre criminelle** de la **Cour de cassation** (**arrêt de renvoi n°279** du 07
Février 2018 - **pourvoi n°E 17-90.025 FS-D** - reçu au **greffe** du **Conseil constitutionnel** le 09
Février 2018), à elle transmise le 22 Novembre 2017 par **décision** en date du 13 Novembre 2017
du **Conseil régional de discipline des avocats de la Cour d'appel de Douai**, dans l'instance
concernant **Maître Frank B.**,

aux motifs que « *si cette disposition tend à éviter qu'un accusé soit jugé sans l'assistance d'un
avocat et au-delà d'un délai raisonnable, l'appréciation, non motivée, par le seul président de la
cour d'assises, des motifs d'excuses invoqués par l'avocat qu'il a lui-même commis pour assurer la
défense d'un accusé, peut être de nature à porter atteinte aux droits de la défense, reconnus par le
Conseil constitutionnel comme découlant de l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme
du 26 août 1789 ; (...)* »

POUR:

LE GRAND BARREAU DE FRANCE – GBF – groupement volontaire d'Avocats libres, indépendants et démocrates oeuvrant dans l'intérêt des justiciables et la défense des droits fondamentaux – organisé sous la forme d'une association sans but lucratif régie par la loi du 1er Juillet 1901, déclarée le 27 Juillet 2017 à la Préfecture des Bouches-du-Rhône et rendue publique par insertion au Journal officiel du 05 Août 2017 – annonce n°146 (pièce n°1),
dont le siège social est sis 14, Rue Breteuil – BP 70212 – 13178 MARSEILLE CEDEX 20
(Cabinet de Maître Philippe KRIKORIAN, Avocat à la Cour - Barreau de Marseille),

pris en la personne de son **Président-Fondateur en exercice** ayant, aux termes de l'article **15.1**, 1° des **Statuts** signés le 27 Juillet 2017 (pièce n°1), « **le pouvoir de représenter le Grand Barreau de France dans tous les actes de la vie civile** » et, aux termes de l'article **15.6** des mêmes **Statuts**, le **pouvoir de décider seul**, « *jusqu'à la valeur de 20 000 € (VINGT MILLE EUROS) par acte introductif d'instance (...) des procédures d'intervention volontaire au fond ou en référé devant toute juridiction (...)* »,

Représenté devant le **Conseil constitutionnel** par **Maître Philippe KRIKORIAN**, Avocat à la Cour (Barreau de Marseille), adresse postale du Cabinet **BP 70212 – 13178 MARSEILLE CEDEX 20** - Tél. 04 91 55 67 77 - Fax 04 91 33 46 76, Courriel Philippe.KRIKORIAN@wanadoo.fr – Site Internet www.philippekrikorian-avocat.fr,

CONTRE:

L'ETAT pris en la personne de **MONSIEUR LE PREMIER MINISTRE** domicilié Hôtel de Matignon – 57, Rue de Varenne 75700 PARIS, en sa qualité **d'autorité constitutionnelle détentrice du pouvoir d'initiative des lois de la République**, en vertu de l'article **39, alinéa 1er** de la **Constitution** du 04 Octobre 1958,

Défendeur à la question prioritaire de constitutionnalité;

EN PRESENCE DE :

Maître Franck B.

Demandeur à la QPC;

PLAISE AU CONSEIL CONSTITUTIONNEL

L'exposé de la situation litigieuse (I) précédera la discussion juridique (II).

I-/ RAPPEL SYNTHETIQUE DES FAITS, DE LA PROCEDURE ET DU CONTEXTE DE L'AFFAIRE

Le **GRAND BARREAU DE FRANCE – GBF** - entend présentement intervenir, en application de l'article **6, alinéa 2** de la **Décision** du 04 Février 2010, Portant règlement intérieur sur la procédure suivie devant le Conseil constitutionnel pour les questions prioritaires de constitutionnalité, dans le cadre de l'instance **2018-704 QPC** dont est actuellement saisi le **Conseil constitutionnel**, aux fins d'**abrogation** de l'article **9** de la **loi n°71-1130** du 31 Décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques, rédigé comme suit :

« L'avocat régulièrement commis d'office par le bâtonnier ou par le président de la cour d'assises ne peut refuser son ministère sans faire approuver ses motifs d'excuse ou d'empêchement par le bâtonnier ou par le président. »

Dans l'**arrêt de renvoi n°279** du 07 Février 2018, la **Cour de cassation** a indiqué, pour justifier le renvoi de la **QPC** au **Conseil constitutionnel** :

« si cette disposition tend à éviter qu'un accusé soit jugé sans l'assistance d'un avocat et au-delà d'un délai raisonnable, l'appréciation, non motivée, par le seul président de la cour d'assises, des motifs d'excuses invoqués par l'avocat qu'il a lui-même commis pour assurer la défense d'un accusé, peut être de nature à porter atteinte aux droits de la défense, reconnus par le Conseil constitutionnel comme découlant de l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme du 26 août 1789 ; (...) »

*

II-/ DISCUSSION

Ni le **bien-fondé** (**II-B**) de la présente **demande d'intervention volontaire sur question prioritaire de constitutionnalité**, ni sa **recevabilité** (**II-A**), ne sont sérieusement contestables.

II-A/ L'INTERET SPECIAL A INTERVENIR DU GRAND BARREAU DE FRANCE : LA DEFENSE DU STATUT CONSTITUTIONNEL DE L'AVOCAT DEFENSEUR

Selon l'article **6, alinéa 2** de la **Décision** du 04 Février 2010, Portant règlement intérieur sur la procédure suivie devant le Conseil constitutionnel pour les questions prioritaires de constitutionnalité, dans sa dernière rédaction issue de la **décision 2013-128 ORGA** du 22 Novembre 2013 (JORF 24 Novembre 2013, p. 19106, @ 41) :

*« Lorsqu'une personne justifiant d'un **intérêt spécial** adresse des **observations en intervention relatives à une question prioritaire de constitutionnalité** avant la date fixée en application du troisième alinéa de l'article 1er et mentionnée sur le site internet du Conseil constitutionnel, celui-ci décide que **l'ensemble des pièces de la procédure lui est adressé** et que **ces observations sont transmises aux parties et autorités** mentionnées à l'article 1er. Il leur est imparti un délai pour y répondre. En cas d'urgence, le président du Conseil constitutionnel ordonne cette transmission. »*

Le requérant répond, au vu de son **objet social** (article **3**, pages **9-13/26**, des **Statuts** signés et déposés le 27 Juillet 2017 à la **Préfecture des Bouches-du-Rhône** - JORF 05 Août 2017, annonce n°146 – *pièce n°1*), aux conditions du texte précité dès lors qu'il justifie d'un **intérêt spécial** lui permettant d'intervenir dans l'instance **n°2018-704 QPC**.

Celui-ci s'apprécie aisément dans la **volonté légitime** du **GRAND BARREAU DE FRANCE** de **voir prochainement abroger le régime disciplinaire**, source d'**arbitraire manifeste et radicalement incompatible** avec le **statut constitutionnel de l'Avocat défenseur** de même qu'avec l'**INDEPENDANCE ABSOLUE** dont celui-ci doit jouir dans l'exercice de ses fonctions.

Ainsi, aux termes de ses **statuts** (article **3-1 – pièce n°1**) signés et déposés à la **Préfecture des Bouches-du-Rhône** le 27 Juillet 2017 (**publication au JORF** du 05 Août 2017, **annonce n°146**), le **GRAND BARREAU DE FRANCE** s'est donné pour mission :

« 3.1.1 -/ de promouvoir le statut constitutionnel de l'Avocat défenseur (CC, décision n°80-127 DC, 19-20 Janvier 1981, Loi renforçant la sécurité et protégeant la liberté des personnes, consid. 48 à 53) par l'exercice de toutes actions juridictionnelles, quasi-juridictionnelles et citoyennes (saisine des juridictions compétentes, du Défenseur des droits, de l'Autorité de la concurrence et autres autorités indépendantes, organisation et participation à des pétitions, réunions publiques, colloques...) ;

3.1.2 -/ la défense des intérêts moraux, patrimoniaux et extra-patrimoniaux de la profession d'Avocat, de chacun de ses membres et de tout justiciable dont le Grand Barreau de France se déclare solennellement le protecteur universel ; ».

Entrent dans le périmètre de son **objet social** (article **3.2.2**) notamment les **recours juridictionnels** tendant à l'**annulation** des **normes entravant le libre exercice** de la **mission constitutionnelle du défenseur universel**, à l'instar de l'article **9** de la **loi n°71-1130 du 31 Décembre 1971** portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques, vecteur du **régime disciplinaire** :

« (...) **3.2.2** -/ tous **recours juridictionnels** ou **quasi-juridictionnels, nationaux, étrangers** ou **internationaux**, y compris **interventions volontaires** tendant à supprimer les **entraves** créées par la loi ou le règlement au libre exercice par l'Avocat de sa **mission constitutionnelle de défenseur**, notamment le **régime disciplinaire, radicalement incompatible** avec l'exigence d'**INDEPENDANCE ABSOLUE opposable erga omnes** (article **1er**, alinéa **3** et article **3, alinéa 2** de la **loi n°71-1130 du 31 Décembre 1971** ; article **21.2.1.1** du **Code de déontologie des Avocats européens** adopté par le **Conseil des barreaux européens** à Strasbourg le **28 Octobre 1998**, révisé à Lyon le **28 Novembre 1998**, à Dublin le **06 Décembre 2002** et à Porto le **19 Mai 2006**, annexé au **Règlement Intérieur National des Barreaux de France – R.I.N.** - dont il constitue l'article **21**) (v. affaire **2017-630 QPC**) ;
 (...) »

L'**intérêt à intervenir** du **GRAND BARREAU DE FRANCE** dans l'instance **2018-704 QPC** n'est, dès lors, pas sérieusement contestable, en sa qualité de **justiciable** et eu égard à l'**objet précis** de ses **Statuts** susmentionnés.

Le **GRAND BARREAU DE FRANCE** a, donc, intérêt, pour la **conservation de ses droits**, notamment **moraux** (la défense du **statut constitutionnel de l'Avocat défenseur, digne héritier du Tribunal de la Plèbe** et sa **conception authentique** de l' « *avocature* », selon l'expression de **Maître Daniel SOULEZ-LARIVIERE**, Ramsay, 1982), en considération spécialement du **JUS FRATERNITATIS** (*affectio societatis* ou *affectio associationis*), qui **s'oppose, au sein d'un barreau, à tout acte agressif entre ses membres**, dans le respect des **règles de déontologie** de la **profession d'Avocat**, à soutenir **Maître Patrick B.** dans sa demande tendant à l'**abrogation** de l'article **9** de la **loi n°71-1130 du 31 Décembre 1971** portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques.

Il y a lieu d'observer, dans cet ordre d'idées, que c'est au vu des mêmes **Statuts**, que l'**intervention volontaire, à titre accessoire**, du **GRAND BARREAU DE FRANCE** a été déclarée **recevable** par **arrêt n°1/18** rendu le **19 Janvier 2018** par la **Cour d'appel de Rennes**, réunie en **audience solennelle et publique** (*pièce n°6*) « *en l'absence de toute opposition de ce chef et au regard de ses statuts* », lequel venait appuyer les prétentions d'un **Avocat du Barreau de Rennes** tendant à l'**annulation d'opérations électorales** au sein du **Conseil Régional de discipline** des Barreaux du ressort de la **Cour d'appel de Rennes**.

Dans ces conditions, la **recevabilité** de la présente **intervention** ne fait pas difficulté.

**II-B/ LE BIEN-FONDE DE LA DEMANDE D'INTERVENTION VOLONTAIRE :
L'ARTICLE 9 DE LA LOI N°71-1130 DU 31 DECEMBRE 1971 PORTANT REFORME DE
CERTAINES PROFESSIONS JUDICIAIRES ET JURIDIQUES DOIT ETRE ABROGE**

Pour renvoyer au **Conseil constitutionnel** la **question prioritaire de constitutionnalité** de l'article 9 de la **loi n°71-1130 du 31 Décembre 1971** portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques, la **Chambre criminelle** de la **Cour de cassation** s'interroge, à juste titre, sur l'atteinte portée par cette disposition législative aux **droits de la défense**, de **rang constitutionnel**, en tant que tels garantis par l'article 16 de la **Déclaration des droits de l'homme et du citoyen** du **26 Août 1789 – DDH**) :

« (...) *si cette disposition tend à éviter qu'un accusé soit jugé sans l'assistance d'un avocat et au-delà d'un délai raisonnable, l'appréciation, non motivée, par le seul président de la cour d'assises, des motifs d'excuses invoqués par l'avocat qu'il a lui-même commis pour assurer la défense d'un accusé, peut être de nature à porter atteinte aux droits de la défense, reconnus par le Conseil constitutionnel comme découlant de l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme du 26 août 1789 ; (...)* »

Cette disposition législative **contraint un Avocat à défendre, contre son gré, un accusé** devant la **Cour d'assises** dès lors que ses motifs d'excuse n'auront pas été acceptés par le Président de ladite Cour.

Elle méconnaît manifestement tant la **liberté de conscience** que le **droit à un recours juridictionnel effectif**, ayant tous deux **valeur constitutionnelle**.

Il est à rappeler, en outre, que l'article 4 § 2 de la **Convention européenne des droits de l'homme** prohibe le **travail forcé** ou **obligatoire** :

« *Nul ne peut être astreint à accomplir un travail forcé ou obligatoire.* »

La **commission d'office** n'est pas mentionnée parmi les exceptions au principe. Elle ne peut être assimilée à un « *travail ou service formant partie des obligations civiques normales.* » dès lors qu'elle s'adresse à un professionnel, tel l'**Avocat défenseur**, jouissant d'un **statut constitutionnel** et d'une **INDEPENDANCE ABSOLUE**.

S'il est vrai, en effet, selon la belle formule de **PORTALIS**, que « *La justice est la première dette de la souveraineté* », l'**Etat** ne saurait remplir l'**obligation** qu'il a contractée auprès de la **Nation** d'assurer une **protection juridictionnelle effective** aux personnes relevant de sa juridiction au prix d'une **violation grave et manifeste des droits et libertés garantis par la Constitution**.

Le **principe de liberté** conduit à donner à ses développements une **dimension concrète et effective** et **non pas théorique et illusoire**.

C'est ce qu'exprime le **Constituant** à l'article 5 de la **Déclaration des droits de l'homme et du citoyen** du **26 Août 1789 (DDH)** :

« *La loi n'a le droit de défendre que les actions nuisibles à la société. Tout ce qui n'est pas défendu par la loi ne peut être empêché ; et nul ne peut être contraint à faire ce qu'elle n'ordonne pas.* »,

lequel complète utilement l'article 4 DDH, « *Directement issu de la philosophie des Lumières* » (**Michel LASCOMBE**, Professeur à l'IEP de Lille – Université Lille Nord de France – Centre de recherches Droits et Perspectives du Droit – EA 4487 (ERDP), Code constitutionnel et des droits fondamentaux Dalloz 2014, p. 52), aux termes duquel :

« *La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui ; ainsi, l'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres membres de la société la jouissance de ces mêmes droits. Ces bornes ne peuvent être déterminées que par la loi.* »

L'article 6 de la **Constitution de l'An I (24 Juin 1793)** dont il est sain de s'inspirer indique justement :

« *La liberté est le pouvoir qui appartient à l'homme de faire tout ce qui ne nuit pas aux droits d'autrui : elle a pour principe la nature ; pour règle la justice ; pour sauvegarde la loi ; sa limite morale est dans cette maxime : Ne fais pas à un autre ce que tu ne veux pas qu'il te soit fait.* »

Il est crucial que ces **principes fondamentaux** soient présents en permanence, à l'esprit de tous, sans quoi, pour reprendre l'expression du **Chief justice MARSHALL (Cour suprême des Etats-Unis, Marbury c. Madison, 24 Février 1803)**, « *les constitutions écrites ne sont que d'absurdes tentatives de la part des peuples de limiter un pouvoir par nature illimité. (...)* ».

Il est vrai que « *l'ignorance, l'oubli ou le mépris des droits de l'homme sont les seules causes des malheurs publics et de la corruption des Gouvernements* » (**Préambule de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 Août 1789**).

C'est en substance ce que rappelait, au siècle dernier, le **Commissaire du Gouvernement CORNEILLE** :

« (...) *Il faut tout de suite se rappeler (...) que le point de départ de notre droit public est dans l'ensemble des libertés des citoyens, que la Déclaration des droits de l'homme est, explicitement ou implicitement, au frontispice des constitutions républicaines, et que toute controverse de droit public doit, pour se calquer sur les principes généraux, partir de ce point de vue que la liberté est la règle, et la restriction de police l'exception.* » (**Commissaire du Gouvernement CORNEILLE**, conclusions sur **CE 10 Août 1917, Baldy**, Rec. 640, cité par **Etienne PICARD**, Professeur à l'Université de Rouen, en épigraphe de *La notion de police administrative*, LGDJ 1984, Tome I).

La **doctrine autorisée** confirme le principe de **subordination de la légalité des mesures de police à leur nécessité** :

« (...) Il y a là une **exigence spécifique** du régime des **mesures de police administratives** et qui est directement lié au fait que **ces mesures limitent les libertés publiques** : celles, notamment, d'aller et de venir, du commerce et de l'industrie, de la concurrence, de réunion, de manifestation. (...) Il est naturel que l'atteinte portée aux libertés **ne soit légale que si elle est nécessaire** (et par suite **adaptée et proportionnée aux risques de troubles de l'ordre public**).

(...) »

(**Professeur René CHAPUS**, Droit administratif général, Domat droit public, Montchrestien, 15^e édition 2001, § 932, p. 727).

*

La **commission d'office** procède du **pouvoir de police de l'instance** (**mesure d'administration judiciaire** relevant de l'**ordre public procédural**) que l'article 3 du Code de procédure civile confie au juge, lequel, au-delà de la procédure civile, « **veille au bon déroulement de l'instance** ; il a le pouvoir d'impartir les délais et d'ordonner les **mesures nécessaires**. ».

Ce **pouvoir de police** ne saurait, pour autant, s'exercer en violation des **droits et libertés que la Constitution garantit**, notamment la **liberté de conscience** et le **droit à un recours juridictionnel effectif**.

Il est nécessaire d'observer, à cet égard :

D'une part, que le **statut constitutionnel** et l'**indépendance absolue** de l'**Avocat défenseur** lui confèrent une **inviolabilité** et une **immunité** pour tous les actes et propos de sa mission (**II-B-1**).

De deuxième part, il est patent, dans ces conditions, que l'article 9 de la **loi n°71-1130 du 31 Décembre 1971** portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques viole, **sauf réserve d'interprétation** (**II-B-4**), tant la **liberté de conscience** (**II-B-2**), que le **droit à un recours juridictionnel effectif**, ensemble les **droits de la défense** (**II-B-3**).

Il y aura lieu de relever, de troisième part, à la lumière de la réponse à la **question préjudicielle** posée à la **Cour de justice de l'Union européenne**, sur le fondement de l'article 267 § 3 du **Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne** (**TFUE**), que seul le **législateur organique** est compétent pour **concilier** les **exigences constitutionnelles** des **droits de la défense** et les **nécessités de l'ordre public procédural** (**II-B-5**).

II-B-1/ LE STATUT CONSTITUTIONNEL ET L'INDEPENDANCE ABSOLUE DE L'AVOCAT DEFENSEUR LUI CONFERENT UNE INVOLABILITE ET UNE IMMUNITE POUR TOUS LES ACTES ET PROPOS DE SA MISSION

La **nature** de la **mission constitutionnelle de défense de l'Avocat** exclut qu'il soit soumis à une **police administrative (II-B-1-a)**.

La **liberté d'expression de l'Avocat**, vecteur des **droits de la défense**, requiert, dès lors, une **protection particulière (II-B-1-b)**.

II-B-1-a/ LA NATURE DE LA MISSION CONSTITUTIONNELLE DE DEFENSE DE L'AVOCAT EXCLUT RADICALEMENT QU'IL SOIT SOUMIS A UNE POLICE ADMINISTRATIVE DE L'OPPORTUNITE DE SES ACTES ET PRISES DE POSITION PUBLIQUES – L'IMMUNITE ET L'INVOLABILITE

On ne saurait trop insister en rappelant la définition du **Droit** et des rapports qu'il entretient avec les **lois** :

*« Il nous a paru utile de commencer nos travaux par un livre préliminaire, **Du droit et des lois en général.***

Le droit est la raison universelle, la suprême raison fondée sur la nature même des choses. Les lois sont ou ne doivent être que le droit réduit en règles positives, en préceptes particuliers.

*Le droit est **moralement obligatoire**; mais par lui-même il n'emporte aucune contrainte; il dirige, les lois **commandent**; il sert de **boussole**, et les lois de **compas**.*

(...) »

(Discours préliminaire du premier projet de Code Civil « présenté le 1er pluviôse an IX par MM. Portalis, Tronchet, Bigot-Prémeneu et Maleville, membres de la commission nommée par le gouvernement »).

La nature de la mission constitutionnelle de défense de l'Avocat, laquelle relève de l'ordre public de protection individuelle – qui ne s'oppose pas à l'ordre public général, mais le complète et l'équilibre - nécessite qu'elle soit adéquatement protégée contre les tentatives d'immixtion dans la sphère privée des droits de la défense.

i.-/ L'EXCLUSION DU REGIME DISCIPLINAIRE ET DE LA POLICE ADMINISTRATIVE

Procédant de la norme la plus élevée de l'ordre juridique national, il est normal et logique que la **mission de défense** de l'Avocat (la mise en œuvre à titre professionnel du **droit constitutionnel d'accès à un tribunal**) ne puisse faire l'objet d'un **contrôle d'opportunité a priori** ou **a posteriori** d'une quelconque autorité administrative ou juridictionnelle. Seuls les **actes** juridiques qu'il accomplit seront, le cas échéant, susceptibles de recevoir la **critique** des personnes intéressées, **sans jamais qu'elle entame la jouissance de ses prérogatives ni sa capacité d'exercice professionnel**. C'est, ainsi, définir les contours d'une **immunité juridictionnelle** : l'Avocat ne doit pas pouvoir, à l'instar du **Défenseur des droits**, être poursuivi, recherché, arrêté, détenu ou jugé à raison des **opinions** qu'il émet ou des **actes** qu'il accomplit dans l'exercice de ses fonctions.

L'**immunité juridictionnelle** est, traditionnellement, le **privilege** qui s'attache nécessairement aux fonctions exposant ceux qui les exercent à la **critique publique**. C'est le cas notamment, à l'échelon **constitutionnel** :

1°) du **Président de la République** (article **67** de la **Constitution** du 04 Octobre 1958) ;

2°) des **parlementaires** (article **26** de la **Constitution** du 04 Octobre 1958) ;

3°) du **Défenseur des droits** : immunité juridictionnelle à raison des propos et actes de sa mission - article **2** de la **loi organique** n° 2011-333 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits :

*« Le **Défenseur des droits, autorité constitutionnelle indépendante**, ne reçoit, dans l'exercice de ses attributions, aucune instruction.*

*Le **Défenseur des droits et ses adjoints** ne peuvent être **poursuivis, recherchés, arrêtés, détenus** ou **jugés** à l'occasion des **opinions** qu'ils émettent ou des **actes** qu'ils accomplissent dans l'exercice de leurs fonctions. »*

La question du **contrôle déontologique** de l'Avocat ne peut, dès lors, pas s'envisager à **l'intérieur de son champ de compétence**, sauf à nier la valeur constitutionnelle des droits de la défense. Critiquer a posteriori un Avocat pour ses **choix stratégiques** de défense définis en concertation avec son client n'a, partant, aucun sens. Cela revient, en effet, à contester le **droit au juge** lui-même, qui est garanti par l'article **16 DDH**.

**ii.-/ LA CONFORMITE DES ACTES DE L'AVOCAT A L'ORDRE PUBLIC
PROCEDURAL SUFFIT A PROCURER AUX JUSTICIABLES DES PRESTATIONS DE
QUALITE DANS LE RESPECT D'UNE BONNE ADMINISTRATION DE LA JUSTICE**

1/ DROIT STATUTAIRE ET DROIT DISCIPLINAIRE

Lato sensu la Société dans son ensemble est soumise à un régime disciplinaire qui touche chacun de ses membres (« *Toute institution est coercitive et disciplinaire.* », affirmait Maurice HAURIOU, Principes du droit public, 1910, p. 129., cité par Professeur Etienne PICARD, *LA NOTION DE POLICE ADMINISTRATIVE*, LGDJ 1984, Tome II, § 272, p. 500, note 18).

En poussant le concept à l'extrême on peut résolument conclure, avec la doctrine, que « *Tout le Code pénal n'est rien d'autre qu'une vaste loi de police* » (F.P. BENOIT, op. cit., § 1357, p. 741, cité par Professeur Etienne PICARD, *LA NOTION DE POLICE ADMINISTRATIVE*, LGDJ 1984, Tome II, § 278, p. 514, note 15).

Selon l'excellente formule du Professeur Etienne PICARD, « *la police est donc la fonction disciplinaire des institutions.* » (Professeur Etienne PICARD, *LA NOTION DE POLICE ADMINISTRATIVE*, LGDJ 1984, Tome II, § 254, p. 477).

Quant à l'**ordre public**, il est la préoccupation principale de la **police**, en tant que facteur prépondérant de **conservation de l'Institution**.

Il s'agit, selon Maurice HAURIOU, de « *l'ordre matériel et extérieur* » (Précis de droit administratif, 12^o éd., p. 549 – cité par Professeur René CHAPUS, Droit administratif général, Tome 1, Domat droit public, Montchrestien, 15^o édition 2001, § 904, p. 702).

Le Doyen de Toulouse de préciser : « *La police ne poursuit pas l'ordre moral dans les idées et dans les sentiments, elle ne pourchasse pas les désordres moraux (...) si elle l'essayait, elle verserait immédiatement dans l'oppression des consciences.* » Il ajoutait que « *Ce n'est pas que la société n'ait pas besoin d'ordre moral (...) Cela veut dire que la société est invitée à se protéger par d'autres institutions que celle de la police* » (Précis de droit administratif, 12^o éd., pp. 549 – 550 – cité par Professeur René CHAPUS, Droit administratif général, Tome 1, Domat droit public, Montchrestien, 15^o édition 2001, § 910, p. 707).

La doctrine autorisée, inspirée par les travaux de Maurice HAURIOU, indique que le droit qui « *est tout à la fois produit et moule de l'institution* » (J. MOURGEON) « *se dédouble en deux branches, selon la distinction de Maurice Hauriou : d'une part le droit statutaire, d'autre part le droit disciplinaire.*

« Le **droit statutaire** 'permet l'**organisation nécessaire** en ce qu'il détermine la **situation juridique** des **organes** et des **membres** d'une part, et la **situation juridique** de **chacun des membres** d'autre part' (16. HAURIOU, L'institution et le droit statutaire, p. 168.) ; autrement dit, il détermine les **obligations** et les **droits** ou, plus généralement, le **rôle** des organes de l'institution, que ces organes soient **dirigeants** ou simplement **membres ordinaires** de l'institution. En schématisant à l'extrême, on peut indiquer, pour fixer les idées, que le **droit constitutionnel** est le droit statutaire des **organes dirigeants** de l'institution étatique et que le **droit civil** ou le **droit commercial** constitue une part du droit statutaire des **membres** de cette institution. (...)

'Le **droit disciplinaire** est constitué, selon Hauriou, par l'ensemble des actes juridiques émanant de l'autorité sociale instituée ou qui ont pour objet soit d'imposer aux individus des **mesures**, soit de créer des **situations opposables**, soit de **réprimer des écarts de conduite**, le tout principalement **dans l'intérêt de l'institution** et sous la seule sanction de la **force de coercition** dont elle dispose' (17. HAURIOU, Principes de droit public, p. 137.). La discipline sert donc à garantir la **cohésion du groupe** et la bonne réalisation de la **fonction institutionnelle**. L'accomplissement de l'ensemble des actes que suppose le maintien de la discipline fait qu'il existe donc une fonction disciplinaire, dont le fondement, le contenu, la finalité, les conditions d'exercice sont commandés par **l'idée d'oeuvre à réaliser**. En principe, par conséquent, la **fonction disciplinaire** est une **fonction accessoire** par rapport à une **fonction institutionnelle** principale dont l'exercice est la raison d'être de l'institution considérée.

Il faut aussi remarquer que, en tant qu'activité institutionnelle, la fonction disciplinaire s'exerce selon les dispositions du **droit statutaire**, puisque c'est celui-ci qui désigne les différents organes compétents pour édicter toutes les normes disciplinaires, pour les préciser, en surveiller le respect, ou en sanctionner la méconnaissance, et, d'une façon générale, qui pose les conditions légales selon lesquelles ces activités doivent être exercées.

(...) »

(**Professeur Etienne PICARD, LA NOTION DE POLICE ADMINISTRATIVE**, LGDJ 1984, Tome II, § 254, pp. 476 - 477).

« (...) 2° *Le droit statutaire privé*

269. - Ce **droit statutaire** n'est pas privé par son mode d'élaboration puisque ce sont les organes dirigeants qui, selon la répartition des compétences opérées par le droit statutaire public, édictent ces règles. Il n'est privé que par son **objet** qui consiste à **garantir la liberté** et, plus précisément, à **définir les droits et les obligations** corrélatives des membres privés de l'institution les uns envers les autres. C'est cet objet qui le distingue du **droit disciplinaire**, lequel détermine les **obligations** des membres de l'institution **envers celle-ci** et également les droits que ces derniers détiennent **à son encontre**.

Toute analyse du contenu positif du droit statutaire privé apparaît ici inutile car elle conduirait à une énumération qui ne pourrait être exhaustive (9 – A titre d'illustration, on peut néanmoins indiquer que relèvent du **droit statutaire privé** les règles qui affirment **l'existence d'une liberté**, qui en règlent les **conditions d'exercice** à l'encontre des tiers membres de l'institution (et non vis-à-vis de celle-ci), qui déterminent **l'état** et la **capacité des personnes**, le régime des **droits réels**, des **obligations civiles et commerciales**, contractuelles et quasi-délictuelles...)

L'élaboration d'un **droit statutaire privé** conforme à l'**idée d'oeuvre** constitue la raison d'être de l'**institution primaire libérale** (10 – HAURIOU écrivait à cet égard : 'Si le **droit statutaire** tend à la **définition de l'institution**, il a par là-même pour objet la **détermination des compétences**, c'est-à-dire des **sphères de pouvoirs** de chacun des organes et de chacun des membres de l'institution. Et si cette détermination est opérée dans un intérêt individuel, elle touche naturellement au statut individuel, c'est-à-dire que la compétence et la sphère de pouvoir attribuée à chacun deviennent le statut individuel de chacun. Ainsi le **statut de l'institution** devient nécessairement et logiquement le **statut individuel** de chacun des éléments de l'institution' (op. cit., p. 168)). De ce point de vue, le **droit statutaire public** n'apparaît que comme l'ensemble des **conditions** propres à garantir la formation et le respect d'un **droit statutaire privé** conforme à l'idée d'oeuvre. C'est là sa finalité ultime puisque **l'institution est faite pour le service de ses membres privés** et non pour le bénéfice ou le seul fonctionnement de ses organes dirigeants. On trouve là la raison pour laquelle le **droit statutaire privé** ne comporte par principe **aucune obligation** des membres de l'institution à l'égard de celle-ci et pour laquelle cette dernière n'est tenue à leur égard que d'**une seule obligation très générale**, qui la fonde en tant qu'**institution primaire libérale** : garantir l'existence et l'efficacité de ce droit statutaire privé, c'est-à-dire, d'une part, d'élaborer et, d'autre part, permettre aux membres de l'institution d'**en faire sanctionner par le juge les violations** (11 – **D'où la condamnation du déni de justice par l'article 4 du Code civil.**). Cette obligation très générale en implique bien entendu une autre, **toute négative** : **s'abstenir, sauf nécessité**, de porter atteinte par la voie disciplinaire à ce **droit statutaire**, c'est-à-dire au **principe de liberté** (12 – C'est la sanction de cette obligation que le **Conseil constitutionnel** a prononcée par sa décision du **16 juillet 1971** relative à la **liberté d'association.**).

L'**idée d'oeuvre** ou la finalité de l'institution postule également que le **droit statutaire** ne fasse que **consacrer en droit les libertés préexistantes** à la formation de l'institution. Ceci signifie que le contenu de ce droit doit se conformer aux libertés de l'**ordre 'naturel'**, car leurs titulaires ne sont pas censés les avoir aliénés par la création de l'institution. Le fondement de l'institution libérale suppose même que la validité de l'ordre statutaire se mesure à cette conformité.

Par conséquent – et c'est là un des paradoxes sur lequel repose l'institution – celle-ci ne saurait fixer le contenu de l'ordre social privé ; elle ne peut que le **consacrer** en tant qu'ordre juridique, c'est-à-dire élaborer le cadre juridique qui permet d'en rendre le contenu **opposable erga omnes** devant les organes juridictionnels de l'institution. La consécration de cet **ordre social naturel** en **ordre statutaire privé** apparaît donc à la fois comme une **fonction reconnitive** du contenu des rapports sociaux supposés antérieurs à l'institution et comme la **fonction constitutive** de l'institution primaire libérale. L'optimisme de la théorie libérale lui fait même penser que l'état d'ordre règne au sein de l'institution par la seule vertu d'un tel **droit statutaire** et qu'il n'y a pas lieu, sauf nécessité, à mettre en œuvre la **fonction disciplinaire**.

Il apparaît, dès lors, que la **police** tient sa spécificité de celle de l'**institution primaire libérale**.
(...) »

(**Professeur Etienne PICARD, LA NOTION DE POLICE ADMINISTRATIVE**, LGDJ 1984, Tome II, § 269, pp. 496 - 497).

2/ L'ORDRE PUBLIC PROCEDURAL EST LE MOYEN PRINCIPAL D'ASSURER UNE BONNE ADMINISTRATION DE LA JUSTICE

Un rappel de la définition du mot « **ordre** » facilitera la compréhension des développements qui suivent.

ORDRE

« *N. m. - Lat. ordo, ordinis : rang, ligne ; le sens de 'prescription' vient du verbe *ordonner.*

*1. Ensemble ordonné, considéré sous le double rapport de son **existence comme entité distincte** (classe, catégorie) et de son **organisation interne**, que l'ordre s'applique à des personnes, des juridictions, des opérations ou activités, ou aux règles du Droit. Ex. ordre des créanciers, ordre judiciaire, ordre du jour, ordre juridique ; peut aussi bien désigner en ce sens une **procédure**, un groupement, une hiérarchie. Comp. Police (I).*

(...)

(**Vocabulaire juridique Gérard CORNU**, PUF, 10e édition Janvier 2014, v° ORDRE, p. 716).

La **procédure** ou *police du procès* tient à la fois du **droit statutaire** et du **droit disciplinaire**.

Statutaire, en tant qu'elle consacre le **droit d'action en justice** comme le droit d'être entendu par le juge sur le fond d'une prétention (article **30** du Code de procédure civile - CPC).

Disciplinaire par ses dispositions qui sanctionnent l'inobservation des règles de formalisation de l'action (exceptions de procédure, fins de non-recevoir, caducité de la citation).

L'**ordre procédural** doit être le seul ordre de contrainte opposable à l'Avocat dans l'exercice de sa mission constitutionnelle de défense.

La sanction affectera principalement l'**acte** en cause (nullité ou inopposabilité, selon les cas) et non pas la **personne** de son auteur, qui **ne doit pas être empêché d'exercer** au seul motif d'une défaillance contractuelle ou déontologique.

Elle pourra, sans doute, avoir des **conséquences indirectes sur le patrimoine** (absence de rémunération de l'Avocat pour diligences *manifestement inutiles* : Cass. 2° Civ. 14 Janvier 2016, n°14-10.787 ; Cass. 2° Civ., 08 Décembre 2016, n°15-26.683). Mais, ce ne serait que l'application du principe de **prohibition de l'enrichissement sans cause** (actuel article **1303** du Code civil relatif à l'**enrichissement injustifié**).

On serait, donc, bien en peine de dire ce que le public aurait de particulier à redouter d'un Avocat, - dont il est bon de rappeler que le domaine est celui de l'**intelligibilité** et non celui de la **sensibilité** - à un point tel que le moindre écart de conduite soit susceptible de l'exclure du **marché concurrentiel** sur lequel il doit évoluer librement (droit à une concurrence saine et loyale).

L'équilibre sociétal (la paix sociale) au sein de la Nation est assuré par la conciliation « entre, d'une part, la *prévention des atteintes à l'ordre public et la recherche des auteurs d'infractions, toutes deux nécessaires à la sauvegarde de droits et de principes de valeur constitutionnelle, et, d'autre part, l'exercice des libertés constitutionnellement garanties, » (CC, Décision n° 2003-467 DC du 13 mars 2003 - Loi pour la sécurité intérieure, § 8).*

Cette **mission d'intérêt général** est confiée par le **Constituant** au seul **législateur**.

Celui-ci a le **choix des moyens juridiques** susceptibles d'atteindre le **but légitime** ainsi fixé :

1°) **Police judiciaire** : définition des infractions graves (crimes et délits) et des limites de la répression des contraventions définies par le pouvoir réglementaire ;

2°) **Police administrative générale** : assurer le bon ordre (**matériel et extérieur**, selon Hauriou), la sécurité, la tranquillité et la salubrité publiques ;

3°) **Polices administratives spéciales** : réglementation des activités présentant un **risque** pour les personnes et les biens ou faisant peser une **charge** sur la collectivité (**professions réglementées**) ;

La doctrine classique rappelle :

« (...) **196. Police générale et polices spéciales.** - On distingue la **police générale**, c'est-à-dire le pouvoir de prendre en général et sur tous les objets touchant l'ordre, la sécurité ou la salubrité publiques, des **règlements de police**, et les **polices spéciales**. On dit qu'il y a police spéciale lorsque, dans une matière déterminée, les autorités de police ont reçu des pouvoirs de police plus grands, ou quelquefois au contraire plus restreints, que leur pouvoir de police générale habituel.

Il y a, par exemple, des **professions réglementées** : il y a une police, c'est-à-dire une réglementation spéciale, du commerce des matières d'or et d'argent ; une police de la pharmacie, de la vente des substances vénéneuses, etc. (...) » (**Professeur Marcel WALINE**, Droit Administratif, Traité Sirey 1963, § 196, p. 122).

A la **discipline générale** au sein de la Nation, qu'assurent la **police administrative** (générale et spéciale) et la **police judiciaire**, chargées, chacune en ce qui la concerne, de maintenir les conditions de la vie sociale en contrôlant les activités privées, s'oppose ou, plutôt, se combine, le **service public** :

« (...) **1073. Police et service public.** - La police, d'autre part, ainsi entendue, s'oppose à une autre forme d'activité de l'administration, qui est le service public. Là où il y a service public, il n'y a plus activité privée, mais une activité régie, totalement ou au moins partiellement, par le droit public ; tandis que l'activité que peuvent exercer les citoyens dans le cadre de la réglementation de police, dans la mesure où la réglementation de police leur laisse une marge de liberté, demeure naturellement une activité purement privée.

Ainsi, la notion de police paraît s'opposer à celle de service public, comme désignant deux modes d'intervention absolument différents, contradictoires entre eux, d'intervention des autorités publiques dans la vie sociale.

1074. Le service public de la police. - Et pourtant, il existe un service public de la police ; il en existe même deux, puisqu'il y a la police administrative et la police judiciaire. On parle, en effet, des forces de police pour désigner une partie de la force publique, c'est-à-dire des forces qui sont à la disposition des gouvernants. Parmi elles, on distingue la force de police et la force armée, celle-ci n'ayant pas pour rôle de faire régner l'ordre à l'intérieur, ne pouvant être appelée à collaborer au maintien de l'ordre qu'exceptionnellement, en vertu d'une réquisition des autorités civiles. Les forces de police sont donc la partie de la force publique, par opposition à la force armée, qui a pour mission essentielle de faire respecter les lois et les prescriptions réglementaires ou individuelles de police.

(...)

1076. Divers sens de l'expression « police générale'. -

(...)

Dans la langue du droit administratif, le mot 'police générale' désigne le régime de droit commun de la police administrative, c'est-à-dire l'ensemble des pouvoirs donnés d'une façon générale aux autorités de police pour le **maintien de l'ordre, de la sécurité et de la salubrité** ; tandis qu'on dit qu'il y a une **police spéciale** lorsqu'un **ordre déterminé d'activité des citoyens** peut faire l'objet de **limitations particulières**, les autorités administratives ayant reçu en cette matière des pouvoirs particuliers en vertu d'une loi.

Par exemple, à côté de la police générale, il y a les polices spéciales de la chasse, des débits de boissons, des prix, des manifestations extérieures du culte, de la pêche, de la prostitution, des réunions, des spectacles, des bourses de valeurs, des inhumations, des appareils à vapeur, de la colombophilie, des courses de chevaux, des foires et salons, des jeux, des loteries, des nomades ambulants et forains, des objets trouvés, des prises de vues aériennes, de la protection des monuments historiques et des sites, du commerce des substances vénéneuses, du commerce de l'or et de l'argent, etc.

L'existence, en une matière déterminée, d'une police spéciale, laisse subsister concurremment les pouvoirs de police générale : C.E., 2 nov. 1926, Soc. coopér. Laitière de Hermes, p. 402.

1077. Sanctions des prescriptions de police. - Quant aux sanctions des prescriptions de police administrative, rappelons qu'en règle générale, cette sanction se trouve dans l'article R. 26, n°15, du Code pénal ; que, dans le cas d'urgence, lorsqu'il doit être mis fin immédiatement à une activité contraire à l'ordre public, et où la simple menace de la condamnation à la modique amende que prévoit cet article, n'aurait pas de pouvoir d'intimidation suffisant, l'exécution d'office peut être employée pour obtenir l'obéissance aux prescriptions de police.

Cette exécution d'office est formellement prévue par l'article 104 du Code pénal pour la dispersion des attroupements armés ou séd(i)tieux.

(...)»

(**Professeur Marcel WALINE**, Droit Administratif, Traités Sirey 1963, § 1073, p. 638).

La **police** pourra, sous cet angle, être vue comme le **bras armé** de la loi et du règlement.

Quant aux **but**s d'intérêt général que poursuit la police, ils sont traditionnellement **l'ordre, la sécurité, la salubrité et la tranquillité publiques**.

UN SERVICE PUBLIC HYBRIDE : LE SERVICE PUBLIC DE LA JUSTICE

« *La justice est la première dette de la souveraineté.* » (**PORTALIS**)

Il est assuré par :

1°) des ressources humaines : un personnel de justice (magistrats judiciaires et administratifs, greffiers, experts, fonctionnaires de l'administration pénitentiaire) ;

2°) des moyens matériels : palais de justice, salles d'audiences, moyens de communication avec les juridictions (RPVA, RPVJ).

Où se placent, naturellement, les **défenseurs par excellence** que sont les **Avocats** ?

Procèdent-ils de l'**Etat**, ils sont des *auxiliaires de justice*.

Emanent-ils de la **Société civile**, ils sont des *auxiliaires en justice*.

Les **rapports institutionnels** qu'entretiennent les **Avocats** avec la **Puissance publique** sont de la même nature (**homothétie**) que ceux qui se nouent entre les **justiciables** et le **service public de la justice** à l'occasion de la création d'un **lien d'instance** : ils relèvent, dans les deux cas, du **pacte républicain originel** conclu entre la **Nation** et l'**Etat**, celui-ci trouvant sa justification dans la nécessité de **donner vie juridique** à celle-ci.

En raison de ce **lien d'instance**, la **police du procès** (la procédure) - et elle seule - pourra s'exercer, sur chacun de ses protagonistes, dans le respect des prérogatives constitutionnelles de défense de l'Avocat, si la partie est représentée et des droits de la défense, dans tous les cas (cf. art. **25-1** de la **loi n°71-1130** du 31 Décembre 1971)

Comme l'exprime très clairement la doctrine autorisée, les **administrés** et la nécessité de régir leurs rapports sont la raison d'être de l'Administration :

« INTRODUCTION

1 Droit de l'administration et droit administratif. - L'administration est soumise à un droit qui régit son organisation et son activité et, par là même, ses **rappports avec les administrés**, qui sont sa **raison d'être** et dont elle tend à satisfaire les besoins par l'exercice d'activités d'intérêt général ou, plus précisément, par des **activités de service public**.

Quant aux moyens par lesquels elle exerce ces activités de service public, ils sont de nature variable. Ou bien l'administration, mettant en œuvre les **prérogatives de puissance publique** dont elle est investie, se comporte selon les modes de la '**gestion publique**'. Ou bien elle procède comme on le fait dans les relations privées et situe son action sur le terrain de la '**gestion privée**'.

(...) »

(**Professeur René CHAPUS**, Droit administratif général, Tome 1, Domat droit public, Montchrestien, 15^e édition 2001, § 1, p. 1).

A défaut de quoi, les **Avocats** ne seraient pas des **défenseurs universels** mais des **référénts**, terme qui connote la notion de **subordination**, radicalement incompatible avec les **principes constitutionnels de souveraineté nationale** et de **liberté de la défense** :

« ADMIN. **Personne qui sert d'interlocuteur** (auprès d'un organisme, d'une autorité). 'un seul référent s'occupant à la fois du placement et de l'indemnisation des demandeurs d'emploi' (Le Figaro, 2009). - APPOS. *Médecin référent* : en France, généraliste ou spécialiste choisi par un patient pour coordonner ses soins de santé. *Educateur référent* ou n. m. *référent* : professionnel chargé d'aider un enfant, un jeune ou un adulte en difficulté. - éducateur. - *Professeur référent*, chargé d'assurer le soutien et la coordination des équipes pédagogiques. Enseignant référent, chargé d'aider dans sa scolarité un élève handicapé. »

(**Dictionnaire Le Petit Robert, 2014**, v^o REFERENT, ENTE, p. 2158).

iii.-/ L'ABSENCE DE SUBORDINATION JURIDIQUE DE LA NATION A L'ETAT : IL APPARTIENT AU SEUL LEGISLATEUR DE FIXER LES BORNES DE L'EXERCICE DES LIBERTES PUBLIQUES ET INDIVIDUELLES – ART. 4 DDH –

« (...) *Dans l'Etat légal, ce n'est pas à l'autorité administrative qu'il appartient de déterminer par voies de **mesure de police** l'étendue et les limites des **libertés individuelles**, mais tout au contraire, le système de l'Etat légal signifie que cette étendue et ces limites ne peuvent être tracées que par une **loi*** » (**Raymond CARRE DE MALBERG**, Contribution à la théorie générale de l'Etat, Sirey 1920, rééd. C.N.R.S. Paris 1962, T. I, p. 508, cité par **Professeur Etienne PICARD**, **LA NOTION DE POLICE ADMINISTRATIVE**, LGDJ 1984, Tome II, § 246, p. 458, note 5).

Seules les **nécessités de l'ordre public** pourront justifier qu'il soit apporté à l'exercice des libertés publiques certaines restrictions, ce, dans le respect du **principe de proportionnalité**.

Les **règles** établies par le législateur devront être **claires et précises** aux fins de mettre leurs destinataires à l'**abri de l'arbitraire** créé par une **interprétation contraire à la Constitution**.

Le principe est parfaitement résumé par la formule du **Commissaire du gouvernement CORNEILLE**, au siècle dernier :

« (...) *Il faut tout de suite se rappeler (...) que le point de départ de notre droit public est dans l'ensemble des libertés des citoyens, que la Déclaration des droits de l'homme est, explicitement ou implicitement, au frontispice des constitutions républicaines, et que toute controverse de droit public doit, pour se calquer sur les principes généraux, partir de ce point de vue que la liberté est la règle, et la restriction de police l'exception.* » (Commissaire du Gouvernement **CORNEILLE**, conclusions sur **CE 10 Août 1917, Baldy**, Rec. 640, cité par **Etienne PICARD**, Professeur à l'Université de Rouen, en épigraphe de *La notion de police administrative*, LGDJ 1984, Tome I).

C'est la définition première de la **Société ouverte** qui s'exprime par le **Contrat social** (la citoyenneté, le marché concurrentiel) et qui s'oppose à la **Société fermée** délimitée par son **statut** et son **règlement intérieur** (l'Administration, l'entreprise).

Le **Conseil constitutionnel** applique les mêmes principes à l'**activité normative du législateur** :

« (...)

8. *Considérant qu'il appartient au législateur d'assurer la **conciliation** entre, d'une part, la **prévention des atteintes à l'ordre public** et la **recherche des auteurs d'infractions**, toutes deux **nécessaires à la sauvegarde de droits et de principes de valeur constitutionnelle**, et, d'autre part, l'**exercice des libertés constitutionnellement garanties**, au nombre desquelles figurent la **liberté d'aller et venir** et le **respect de la vie privée**, protégés par les articles 2 et 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, ainsi que la **liberté individuelle**, que l'article 66 de la Constitution place sous la surveillance de l'autorité judiciaire ;*

9. Considérant que les **mesures de police administrative** susceptibles d'affecter l'exercice des **libertés constitutionnellement garanties** doivent être justifiées par la **nécessité de sauvegarder l'ordre public** ;

(...)

(CC, Décision n° 2003-467 DC du 13 mars 2003 - Loi pour la sécurité intérieure).

C'est, de la sorte, définir une **police normative** :

« (...) La **règle de droit** est une **disposition précise**, visant des **hypothèses**, et **liant strictement le juge en vertu d'un pouvoir supérieur à celui du juge** (il en serait de même de la règle de droit liant le pouvoir d'un **administrateur**). Sans doute, le système des règles juridiques est susceptible de s'étendre d'une hypothèse à une autre par analogie et par déduction logique, mais toujours avec une certaine rigidité. En outre, la règle de droit, à raison de sa grande généralité, aboutit à une justice abstraite, très peu individualisée, se pliant difficilement aux cas particuliers. Tel quel le système des règles de droit, surtout quand elles sont reliées entre elles par les principes généraux qui en sont déduits, et encore quand elles sont codifiées, représente l'élément de stabilité du droit.

Au contraire, le **standard** est destiné à guider le juge ou l'administrateur, dans l'administration du droit, en lui laissant un certain pouvoir discrétionnaire ; le plus souvent, le juge ou l'administrateur, armé de son pouvoir discrétionnaire, se fait à lui-même ses standards ou ses directives. Le standard, en effet, n'est pas une règle précise pour une hypothèse, mais un pouvoir général d'arbitrer une catégorie de conflits en employant certaines méthodes que l'on s'impose à soi-même. C'est ainsi qu'en France, sous l'empire de la loi du 31 mars 1922 sur les prorogations des loyers avec majoration, chaque juge s'est fait un standard, c'est-à-dire une méthode propre pour le calcul de la majoration. On peut dire aussi du standard qu'il est une sorte de principe posé d'emblée par intuition avant toute application, et, par conséquent, tout le contraire des principes généraux déduits d'un ensemble de règles de droit préexistantes. Le standard est, d'ailleurs, **empirique** et construit à l'occasion de cas particuliers ; le juge ou l'administrateur changent facilement de standards, il en essayent plusieurs avant de s'arrêter à celui qui leur paraît le meilleur. Ce caractère individualisé du standard fait qu'il convient mieux au **pouvoir administratif** qu'au **pouvoir judiciaire**. Il en résulte aussi que le standard, souple et changeant, représente dans le droit, **l'élément de mobilité**.

(...)

III. - Il y a, en effet, un **domaine de la règle de droit** et un **domaine de l'élément standard-directive**.

Sont dans le **domaine de la règle de droit**, d'après Sanhoury, tous les chapitres du Droit qui, soit pour la **sécurité des relations juridiques**, soit pour la **garantie de libertés primordiales**, sont dominés par le **besoin de stabilité** et, par conséquent, **exigent que le pouvoir soit lié par des règles qui lui soient extérieures** : '**Droit pénal**, quant à la **définition des délits**, non pas nécessairement quant à l'appréciation de la peine ; **droit de la procédure**, droit commercial, dans la lettre de change, le billet à ordre, etc ; **droit civil** dans le régime de la propriété, les droits réels, les sûretés réelles, dans le statut familial, mariage, filiation, successions et régime matrimoniaux. » Il est à remarquer que ces **éléments statiques** composent ce qu'on peut appeler la **constitution sociale d'un pays**.

*Sont dans le domaine de l'élément standard-directive toutes les parties du droit qui, congénitalement ou accidentellement, se trouvent avoir **besoin de mobilité, de souplesse, d'adaptabilité** de la jurisprudence et pour lesquelles on est obligé de **sacrifier, dans une certaine mesure, la stabilité**, pour laisser au juge ou à l'administrateur la liberté d'allures nécessaire, s'en remettant aux standards et directives intérieurs à son propre pouvoir.*

*Dans le droit privé, actuellement, toutes les matières qui sont en crise et en évolution, par suite de l'avènement de l'ère industrielle, les relations entre le capital et le travail, les associations de personnes et de capitaux, sociétés, trusts et cartels, le contrat de louage d'ouvrage, les diverses matières de la législation industrielle. Le retour offensif des institutions sociales et les statuts qui s'en dégagent provoquent aussi l'application de la directive **tant que des règles législatives ou coutumières n'ont pas été posées** ; nous venons d'en voir des exemples avec les fonds de commerces. Quant au droit public, il abonde en standard-directives, particulièrement le droit administratif ainsi que nous le verrons au paragraphe suivant.*

(...)

(**Maurice HAURIOU**, Doyen de la Faculté de droit de l'Université de Toulouse, « **POLICE JURIDIQUE ET FOND DU DROIT** », RTD civ. 1926, p. 268).

Il ne saurait, dès lors, être question de **profession réglementée** pour définir l'**Avocat**.

En effet, une profession dont le **titre est protégé** ne saurait être qualifiée de **réglementée** au seul motif que les conditions de son accès et de son exercice sont déterminées par la loi. Ce qualificatif doit être réservé aux **activités économiques** faisant peser une **charge** ou un **risque** sur la **collectivité** (tel que l'occupation du domaine public ou la circulation routière pour les exploitants et chauffeurs de taxis) dont l'Etat doit assurer le contrôle, au moyen d'une **police administrative spéciale**, ce qui n'est pas le cas de la profession d'Avocat dont l'objet et les moyens sont **purement intellectuels**. L'Avocat évolue davantage dans le **monde intelligible** (il fait des **propositions de droit**, pour l'essentiel), que dans le **monde sensible** (ses actes **ne sont pas coercitifs** et ne sont rendus **opposables aux tiers** que par **décision du juge**). **Il y a, donc, plus à craindre de l'Etat-juge que de l'Avocat.**

La police spéciale des professions réglementées s'exerce sur les professions qui ont noué expressément ou implicitement un **lien** avec la Puissance publique, en raison de la **nature** de l'activité en cause, des **risques** auxquels elle expose le public ou des **charges** qu'elle fait supporter à la collectivité :

(« (...) **Le pouvoir disciplinaire ne pourrait s'appliquer aux relations générales entre l'Etat et les citoyens sans supplanter d'une manière inadmissible le droit pénal** ». (**Doyen AUBY**, D. 1952, chron. p. 111).

Il s'agit d'une déclinaison des **pouvoirs propres de police générale** que le **Premier ministre** détient **sans habilitation législative** et sur l'ensemble du territoire, aux fins d'**assurer l'ordre public** (**CE, Labonne 08 Août 1919**, Rec. 737).

iv.-/ LE DROIT STATUTAIRE (RESPONSABILITE CIVILE) SUFFIT A ASSURER AUX DESTINATAIRES DES PRESTATIONS JURIDIQUES UNE PROTECTION JURIDICTIONNELLE EFFECTIVE CONTRE LES MANQUEMENTS DEONTOLOGIQUES

Deux qualités émergent, parmi d'autres, en ce qui concerne le **principe de responsabilité** :

1°) son **universalité** (1) ;

2°) sa **fonction préventive** (2).

1.-/ L'UNIVERSALITE DU PRINCIPE DE REPARATION - RESPONSABILITE

L'**universalité** du **principe de réparation - responsabilité** suffit, dans le principe, à assurer l'effectivité des obligations spécifiques auxquelles un **professionnel** peut être tenu statutairement (**droit statutaire privé**), en sus de celles dont il est tributaire comme simple particulier :

« (...)

Et sur le moyen unique du pourvoi tiré de la prétendue violation des art. 1142, 1147, 1315, § 2, et 1382 c. nap. : -

Attendu, sur le premier grief, tiré de l'omission du dépôt des états de situation semestriels, que le décret du 17 févr. 1853, qui prescrit ce dépôt, n'y attache pas, comme sanction nécessaire, la responsabilité des représentants de la société, dans le cas où il n'aurait pas été effectué ; qu'il appartenait donc à la cour impériale de rechercher si cette omission constituait une faute assez grave pour donner lieu à des dommages-intérêts vis-à-vis des tiers ; que l'arrêt attaqué déclare formellement le contraire... ;

(...) »

(**Cass. Civ. 24 Janvier 1870**, DP 1870, p. 177).

Ce n'est qu'à **titre exceptionnel** que la **fonction disciplinaire** interviendra lorsque l'exercice de la liberté est susceptible de nuire directement à certains droits d'autrui. C'est l'objet du **droit pénal**.

« (...) 2° La protection des 'droits d'autrui'

278.- En principe, tout débiteur d'une **obligation civile** – c'est-à-dire ressortissant au **droit statutaire privé** – trouve en face de lui un créancier de cette obligation qui sera le meilleur garant de son respect (...).

1. Mais il se peut, en premier lieu, que le respect de cette obligation soit considéré comme **tellement fondamental pour l'intégrité de tout l'ordre institutionnel lui-même**, ou que le créancier soit dans un **état d'infériorité** tel que **l'institution décide de se constituer directement garante de son exécution** : elle le fait en **surajoutant à l'obligation civile une obligation disciplinaire**. Ainsi, par exemple, en plus de l'**obligation civile de respecter la propriété d'autrui**, l'institution pose des **obligations disciplinaires** de même contenu général mais plus précises dans leur objet (**l'interdiction du vol**, notamment), car il serait inutile, et surtout contraire à l'idée d'oeuvre, de protéger de la sorte tous les droits attachés à la propriété (...).

Dans cette perspective, **attenter aux 'droits d'autrui'** peut donc revenir, **si l'institution en a ainsi décidé**, à **compromettre l'ordre institutionnel lui-même**, si bien que la protection de ces droits par une intervention positive de l'institution se traduit par la transformation de certains éléments de l'**ordre privé** en éléments de l'**ordre public** (...)

- A l'inverse, ce peuvent être les **créanciers d'une obligation** qui apparaissent soit **trop nombreux**, soit **trop indéterminés**, soit **trop peu créanciers** au regard du **droit statutaire** qui les considère séparément, pour qu'ils puissent utilement faire valoir leurs droits et qu'ainsi l'ordre institutionnel soit en pratique garanti (18). **L'institution se substitue alors à l'ensemble de ces créanciers**, fondus en une **catégorie unique**, celle du **public** (19), au sein de laquelle chacun d'entre eux n'est plus individualisé, mais peut néanmoins voir ses droits sauvegardés parce qu'une **règle disciplinaire** y pourvoit (20).

18. (...)

19. '**La loi est d'ordre public** disait déjà **PORTALIS** quand elle intéresse plus directement la **société que les particuliers**', cité par Ph. MALAURIE, Les contrats contraires à l'ordre public, éd. Matot Braine, Reims 1953, p. 263. C'est aussi de cette façon que **M. TEITGEN** a expliqué la notion d'ordre public : selon cet auteur, un **fait** intéresse l'**ordre public** 'quand, en raison de sa nature ou des circonstances de temps ou de lieu, il **menace le public** défini comme l'ensemble ou comme l'un quelconque de **tous ceux qui, n'ayant avec l'auteur du fait dommageable aucun rapport de droit spécial ou préexistant, peuvent cependant être atteints par ses agissements...**' (op. cit., p. 50). Mais cette approche nous semble incomplète ; d'une part, tel propriétaire peut subir un dommage de la part d'une personne avec laquelle il n'entretenait aucun rapport de droit spécial ou préexistant (avec tel voleur de l'un de ses biens, par exemple) et néanmoins obtenir sa condamnation par la voie civile ou statutaire, parce que l'ordre public n'est pas seul en cause (si l'ordre public est aussi en cause ici ce n'est pas à raison de l'inexistence de ce rapport de droit spécial, mais à raison de la gravité de l'atteinte au droit) ; d'autre part, l'ordre public comporte bien d'autres aspects, ceux que nous nous efforçons de circonscrire dans ce paragraphe. Sur ce point, V. aussi P. BERNARD, op. cit., p. 69 notam. ; P. BON, p. 200.)

20. Il faut déduire de ce que nous venons d'expliquer que, à l'inverse, **la police** et en particulier la police municipale, **ne peut pas entreprendre de régler des difficultés qui ne relèvent que du droit statutaire privé**, dès lors que les **mécanismes de ce dernier et ses règles sont de nature à les régler** : cf. C.E. 19 mai 1911, Lecoq, Rec., p. 602 ; (...) »

(**Professeur Etienne PICARD, LA NOTION DE POLICE ADMINISTRATIVE**, LGDJ 1984, Tome II, § 278, pp. 514 – 517, notes 19 et 20).

2.-/ LA FONCTION PREVENTIVE DU PRINCIPE DE REPARATION - RESPONSABILITE

La doctrine autorisée a, il y a déjà **plusieurs décennies**, mis en exergue cette **fonction prophylactique** de la **responsabilité civile** :

(...)

C. - Le rôle normatif de la responsabilité

(...)

1) La dissuasion des comportements anti-sociaux

40. - *Que la responsabilité civile soit un instrument de dissuasion des comportements anti-sociaux nuisibles à la société, la plupart des auteurs l'admettent sur un plan très général, mais ils s'interrogent plus rarement sur l'efficacité réelle de cette fonction (32).*

(...)

De même, dans le règlement des conflits du travail, l'action en responsabilité civile fondée sur l'article 1382 du Code civil paraît aujourd'hui de plus en plus utilisée et elle permet, semble-t-il, de discipliner, dans une certaine mesure, l'exercice du droit de grève (38).

D'ailleurs il convient de remarquer que le rôle normatif de la responsabilité civile va au-delà de cet aspect préventif et dissuasif. Dans certaines de ses applications, elle contribue en effet à assurer le respect des droits méconnues par autrui.

2) L'affirmation de certains droits.

43. - *Lorsqu'il n'existe pas de voie plus spécifique, l'action en responsabilité civile apparaît en effet comme le moyen d'affirmer certaines prérogatives et de les faire respecter. Il est certain, par exemple, que la théorie des droits de la personnalité s'est imposée en France, principalement grâce aux principes de la responsabilité délictuelle et notamment à l'article 1382 du Code civil qui demeure, aujourd'hui encore, son auxiliaire le plus efficace (39). De même l'action en concurrence déloyale, qui est une application de ce même article 1382, a incontestablement joué un rôle de premier plan dans la mise au point des règles qui s'imposent aux commerçants dans leurs efforts pour attirer la clientèle (40). Et c'est également par le biais de l'action en responsabilité que les consommateurs se sont vus récemment reconnaître un véritable droit à l'information aussi bien dans la période précontractuelle (41) qu'au stade de l'exécution des conventions (42).*

(...) »

(**Geneviève VINEY**, Traité de droit civil, sous la direction de **Jacques GHESTIN**, LGDJ 1982 – Les obligations – La responsabilité : conditions, § 39, p. 50 ; v. plus récemment, du même auteur, Les effets de la responsabilité, LGDJ 4ème édition 2017, Introduction, tendances générales, §§ **1 à 31**, pages **7 à 50**).

Il est, dès lors, assez remarquable d'observer que les **pouvoirs publics** viennent de manifester, très récemment, leur volonté de **renforcer le rôle préventif** de la **responsabilité civile**, aux fins d'en faire un instrument efficace de **régulation des comportements sociaux** dans la France du **XXI^e siècle** :

« (...) *La seconde innovation notable du projet est d'inscrire dans le marbre du code la fonction préventive de la responsabilité civile, jusqu'alors trop méconnue de notre droit positif.*

Fortement inspiré des travaux du professeur TERRÉ, le projet consacre tout d'abord la cessation de l'illicite, comme fonction autonome de la responsabilité civile en matière extracontractuelle.

En confiant au juge la possibilité de prescrire toute sanction ayant pour objet ou pour effet de prévenir le dommage ou de faire cesser un trouble illicite, il ne s'agit plus seulement de réparer le dommage, mais d'agir sur sa source.

De même, l'introduction dans notre droit commun de l'amende civile vient conforter cette fonction préventive.

L'idée consiste à ouvrir une voie intermédiaire entre : La voie civile classique (centrée sur la réparation des dommages), Et la voie pénale (axée sur la sanction des comportements).

Ce chemin intermédiaire est destiné à s'appliquer, lorsque le responsable aura délibérément commis une faute lucrative (recherche d'un gain ou d'une économie), sans nécessairement avoir recherché le dommage.

L'objectif, pour reprendre les mots d'un éminent auteur (I. B. Starck, H. Roland et L. Boyer, Les obligations, I. La responsabilité délictuelle, 5e éd., § 1335.), est de prévenir la commission de fautes.

Des fautes, qui, malgré l'octroi de dommages et intérêts à la victime à hauteur de son préjudice, « laissent à leur auteur une marge bénéficiaire suffisante pour qu'il n'ait aucune raison de ne pas les commettre. ».

Contrairement aux dommages et intérêts punitifs, le montant de l'amende ne sera pas versé à la victime de la faute, mais à l'Etat ou à des fonds d'indemnisation.

Il n'y a donc nulle crainte de voir poindre devant nos tribunaux les dérives que l'on connaît outre-Atlantique.

L'amende civile à la française sera respectueuse de notre tradition juridique attachée au principe de la réparation intégrale, tout en remplissant la fonction de moralisation des comportements qui lui est assignée.

(...) »

(**Discours de Monsieur Jean-Jacques URVOAS, Garde des sceaux, Ministre de la justice – Présentation du projet de réforme du droit de la responsabilité civile – Académie des Sciences morales et politiques – Lundi 13 Mars 2017 (pages 8-9/9)**).

Serait, ce faisant, poursuivie et, peut-être achevée l'évolution du droit vers un **plus juste et plus efficace** traitement de *l'illicite*.

La doctrine contemporaine rapporte, à cet égard, que, depuis la **Rome antique (actions de la loi, puis procédure formulaire)**, jusqu'aux **sociétés modernes**, les juristes se sont efforcés, avec plus ou moins de bonheur, de trouver des solutions les plus adaptées et humaines possibles, aux troubles sociaux de leur époque.

S'est progressivement opéré un glissement de la **contrainte par corps** vers l'exécution de la créance sur le **patrimoine du débiteur**.

Ainsi, quant à la notion d'**obligation**, son étymologie (*ob-ligare*) est directement rattachée à son **utilité sociale** :

« (...)

Etre lié, c'est être tenu. L'expression avait, à son origine, un sens qui n'était pas figuré : la soumission du débiteur au créancier se traduisait par un lien matériel; le débiteur était enchaîné (ligatus) dans la prison, et à la disposition de son créancier qui pouvait le mettre à mort ou le réduire en esclavage. Ce lien s'est idéalisé; il n'est plus qu'un lien juridique (vinculum juris); mais le débiteur reste lié en ce sens qu'il est tenu d'exécuter ce qu'il doit.

(...) »

(**Leçons de droit civil**, Obligations : Théorie générale, Tome II – Premier volume – **Henri et Léon MAZEAUD, Jean MAZEAUD et François CHABAS**, 7^o Ed. Montchrestien 1985 par **François CHABAS**, p. 8).

La **rudesse** des mœurs antiques se reflétait sur le **droit romain** :

« (...)

La manus injectio (legis actio per manus injectionem) est, dans sa notion la plus large, une procédure par laquelle le créancier s'empare de son débiteur devant le magistrat et, s'il n'est pas immédiatement désintéressé ou arrêté par l'intervention d'un tiers appelé vindex, l'emmène dans sa maison pour l'y garder prisonnier durant soixante jours, au bout desquels il pourra le mettre à mort ou le vendre comme esclave à l'étranger (trans Tiberim).

(...) »

(**Paul Frédéric GIRARD, Manuel élémentaire de droit romain**, 8^o édition, réédition présentée par **Jean-Philippe LEVY**, Professeur émérite à l'Université Panthéon-Assas – Paris II – Dalloz, 2003, Livre IV – Titre I, pages **1041 – 1042**).

Quant à l'**abandon noxal**, il rend compte, aussi, d'une **conception archaïque** des relations humaines :

« Phénomène fondamentalement lié à la structure de la société romaine archaïque, l'abandon noxal, attesté à Rome de la loi des XII Tables jusqu'à Justinien, permet au propriétaire d'un animal et au maître d'un esclave ou d'un dépendant (fils de famille), coupables d'un délit, de se libérer de la responsabilité délictuelle du fait d'autrui en abandonnant entre les mains de la victime l'animal, l'esclave, le fils, auteurs du délit.

(...)

*Défendeur à l'action pénale, dite **noxale**, le pater a le choix : ou d'assumer la défense et fournir la garantie qu'il paiera l'estimation du litige s'il est condamné; ou de ne pas contester le délit et, soit de convenir d'une composition avec la victime (noxiam sarcire), soit d'**échapper à toute obligation** en remettant à la victime le fils (qui passe sous le mancipium de la victime) ou l'esclave, dont la propriété est transférée par une mancipation. Pour toutes les actions noxales s'applique le principe noxa caput sequitur (D. 47, 2, 41, 2 : Gai., 4, 77) : l'action est dirigée contre celui qui, au moment où la victime agit, a **la puissance sur l'auteur du délit** (et non contre celui qui avait la puissance au jour du délit). La responsabilité du fait d'autrui n'a donc, à Rome, rien de commun avec les fondements modernes de la responsabilité des personnes ou des choses que l'on a sous sa garde. En droit classique, le fils retrouvait la liberté après avoir fourni un travail compensateur. Ce système, après la disparition progressive, à partir du IV^e s. apr. J.-C., de l'abandon noxal des filii, fut étendu par Justinien (Inst. 4, 8, 3) aux esclaves, dont les délits restèrent la source d'une responsabilité noxale et d'un droit d'abandon.*

(...) »

(**Giuliano CRIFO**, trad. **Michel HUMBERT**, in **Dictionnaire de l'Antiquité**, PUF Quadrige, 1^{ère} édition Octobre 2005).

« (...)

*L'action noxale est l'action par laquelle la victime d'un délit demande à **celui qui a l'auteur en sa puissance** de lui en payer la composition ou de lui en livrer l'auteur. C'est un produit nécessaire de l'évolution qui a conduit de la **vengeance privée** aux **compositions légales** en passant par les **compositions volontaires**.*

(...)

(**Paul Frédéric GIRARD**, *Manuel élémentaire de droit romain*, 8^e édition, réédition présentée par **Jean-Philippe LEVY**, Professeur émérite à l'Université Panthéon-Assas – Paris II – Dalloz, 2003, Livre IV – Titre I, page **720**).

De même, peut-on noter l'abandon, en France, de la **prison pour dette privée** en raison de son inefficacité. Demeure, cependant, en vigueur la **contrainte judiciaire**, successeur de la **contrainte par corps** – pour les créances du Trésor public et en matière douanière.

Ne perçoit-on pas, dès lors, dans le **régime disciplinaire** des relents d'une **action noxale**, par laquelle le plaignant – qui n'est pas, en ce qui concerne la procédure applicable aux Avocats, partie à l'instance – réclame à l'autorité censée exercer un pouvoir de surveillance sur le professionnel concerné, un châtement, dans le cadre d'une démarche purement **vindicative**?

Il reste, toutefois, du **droit romain**, le concept fondamental d'**action** :

« (...)

Après avoir donné quelques indications sur les sources, les définitions et les divisions du droit, (Gaius) pose en principe que **tout le droit** se ramène au **droit des personnes**, au **droit des choses** et au **droit des actions** (2), c'est-à-dire qu'un **droit** quelconque suppose trois éléments : une **personne** qui en est le *sujet*, qui l'exerce ; une **chose** qui en est l'*objet*, sur laquelle il porte ; une **action** qui en est la *sanction*, à l'aide de laquelle on le fait **reconnaître** et **protéger** en cas de **contestation**. (...) »

(2) Gaius, 1, 8 = Inst., 1, 2, De j. nat., 12 : *Omne autem jus quo utimur vel ad personas pertinet vel ad res vel ad actiones.*

(Paul Frédéric GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain*, 8^o édition, réédition présentée par Jean-Philippe LEVY, Professeur émérite à l'Université Panthéon-Assas – Paris II – Dalloz, 2003, Chapitre préliminaire, page 8).

Se profile, sans doute, de la sorte, ce qui devrait être, *de lege ferenda*, le droit de l'Avocat de demain, respectueux de son **statut constitutionnel**.

Instruit de l'enseignement de la science du Droit, mieux vaudrait, donc, ouvrir l'**action** (le droit d'être entendu par le juge sur le fond d'une prétention) aux personnes justifiant d'un **intérêt personnel et direct**, plutôt que de persister à appliquer **artificiellement** aux Avocats un **régime archaïque**, qu'ils n'ont jamais mérité.

*

II-B-1-b/ LA LIBERTE D'EXPRESSION, VECTEUR NECESSAIRE DES DROITS DE LA DEFENSE

La **liberté d'expression** est garantie par l'article **11** de la **Déclaration des droits de l'homme et du citoyen** du 26 Août 1789 (**DDH**), dans les termes suivants :

« La libre communication des pensées et des opinions est un des droits les plus précieux de l'homme; tout citoyen peut donc parler, écrire, imprimer librement, sauf à répondre de l'abus de cette liberté dans les cas déterminés par la loi. »

Le **Conseil constitutionnel** a rappelé récemment que « (...) la **liberté d'expression et de communication** est d'autant plus précieuse que son exercice est une condition de la démocratie et l'une des garanties du respect des autres droits et libertés. Il s'ensuit que les atteintes portées à l'exercice de cette liberté doivent être **nécessaires, adaptées et proportionnées** à l'objectif poursuivi. (...) » (**CC, Décision n° 2016-745 DC du 26 Janvier 2017, Loi relative à l'égalité et à la citoyenneté, § 192**) :

« (...)

– Sur d'autres dispositions :

191. Le 2° de l'article 173 de la loi déferée modifie l'article 24 bis de la loi du 29 juillet 1881. En application du dernier alinéa de ce 2°, la négation, la minoration ou la banalisation de façon outrancière d'un **crime de génocide, d'un crime contre l'humanité, d'un crime de réduction en esclavage ou d'un crime de guerre** sont punies d'un an d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende lorsque cette négation, cette minoration ou cette banalisation constituent une incitation à la violence ou à la haine par référence à la prétendue race, la couleur, la religion, l'ascendance ou l'origine nationale.

192. Aux termes de l'article **11** de la **Déclaration de 1789** : « La libre communication des pensées et des opinions est un des droits les plus précieux de l'homme : tout citoyen peut donc parler, écrire, imprimer librement, sauf à répondre de l'abus de cette liberté dans les cas déterminés par la loi ». L'article **34** de la **Constitution** dispose : « La loi fixe les **règles** concernant... les droits civiques et les **garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques** ». Sur ce fondement, il est **loisible au législateur** d'édicter des **règles concernant l'exercice du droit de libre communication et de la liberté de parler, d'écrire et d'imprimer**. Il lui est également loisible, à ce titre, d'instituer des **incriminations** réprimant les **abus de l'exercice de la liberté d'expression et de communication** qui portent atteinte à l'**ordre public et aux droits des tiers**. Cependant, la liberté d'expression et de communication est d'autant plus précieuse que son exercice est une condition de la démocratie et l'une des garanties du respect des autres droits et libertés. Il s'ensuit que les atteintes portées à l'exercice de cette liberté doivent être **nécessaires, adaptées et proportionnées** à l'objectif poursuivi.

193. Le dernier alinéa du 2° de l'article 173 permet de **réprimer la négation de certains crimes**, lorsque cette négation constitue une **incitation à la violence ou à la haine** par référence à la prétendue race, la couleur, la religion, l'ascendance ou l'origine nationale, **y compris si ces crimes n'ont pas fait l'objet d'une condamnation judiciaire**.

194. En premier lieu, si la **négarion**, la **minoration** ou la **banalisation** de façon outrancière de certains crimes de génocide, crimes contre l'humanité, crimes de réduction en esclavage ou crimes de guerre peuvent constituer une **incitation à la haine ou à la violence** à caractère raciste ou religieux, elles ne revêtent pas, **par elles-mêmes et en toute hypothèse**, ce caractère. De tels actes ou propos ne constituent pas non plus, **en eux-mêmes**, une **apologie** de comportements réprimés par la loi pénale. Dès lors, la négation, la minoration ou la banalisation de façon outrancière de ces crimes ne peuvent, **de manière générale**, être réputées constituer **par elles-mêmes** un abus de l'exercice de la liberté d'expression et de communication portant atteinte à l'ordre public et aux droits des tiers.

195. En deuxième lieu, aux termes du septième alinéa de l'article 24 de la loi du 29 juillet 1881 **actuellement en vigueur**, est puni d'un an d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende le fait de **provoquer à la discrimination, à la haine ou à la violence** à l'égard d'une personne ou d'un groupe de personnes à raison de leur origine ou de leur appartenance ou de leur non-appartenance à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée. Dès lors, les dispositions introduites par le dernier alinéa du 2° de l'article 173, qui répriment des **mêmes peines** des propos présentant les **mêmes caractéristiques**, **ne sont pas nécessaires** à la répression de telles incitations à la haine ou à la violence.

196. En troisième lieu, et compte tenu de ce qui est rappelé au paragraphe précédent, le seul effet des dispositions du dernier alinéa du 2° de l'article 173 est **d'imposer au juge**, pour établir les **éléments constitutifs de l'infraction**, de se prononcer sur **l'existence d'un crime** dont la négation, la minoration ou la banalisation est alléguée, **alors même qu'il n'est pas saisi au fond de ce crime et qu'aucune juridiction ne s'est prononcée sur les faits dénoncés comme criminels**. Des actes ou des propos peuvent ainsi donner lieu à des poursuites au motif qu'ils nieraient, minoreraient ou banaliseraient des faits **sans pourtant que ceux-ci n'aient encore reçu la qualification de l'un des crimes** visés par les dispositions du dernier alinéa du 2° de l'article 173. Dès lors, ces dispositions font peser une **incertitude** sur la **licéité d'actes ou de propos** portant sur des faits susceptibles de faire l'objet de **débats historiques** qui ne satisfait pas à l'exigence de **proportionnalité** qui s'impose s'agissant de l'exercice de la liberté d'expression.

197. Il résulte de ce qui précède que le législateur, en réprimant la négation, la minoration et la banalisation de certains crimes **n'ayant fait l'objet d'aucune condamnation judiciaire préalable**, a porté une atteinte à l'exercice de la liberté d'expression qui n'est **ni nécessaire ni proportionnée**. Le dernier alinéa du 2° de l'article 173 est donc contraire à la Constitution.

(...) »

(CC, Décision n° 2016-745 DC du 26 Janvier 2017, Loi relative à l'égalité et à la citoyenneté).

Appliquée à la mission de l'Avocat, la **liberté d'expression** s'unit aux **droits de la défense** (article **16 DDH**) dont elle est le **vecteur nécessaire, dans le prétoire ou en dehors.**

La **Cour européenne des droits de l'homme** l'a jugé de façon spectaculaire :

« (...)

c) Concernant le statut et la liberté d'expression des avocats

132. Le statut spécifique des avocats, intermédiaires entre les justiciables et les tribunaux, leur fait occuper une position centrale dans l'administration de la justice. C'est à ce titre qu'ils jouent un rôle clé pour assurer la confiance du public dans l'action des tribunaux, dont la mission est fondamentale dans une démocratie et un État de droit (Schöpfer c. Suisse, 20 mai 1998, §§ 29-30, Recueil 1998-III, Nikula c. Finlande, no 31611/96, § 45, CEDH 2002-II, Amihalachioaie c. Moldova, no 60115/00, § 27, CEDH 2004-III, Kyprianou, précité, § 173, André et autre c. France, no 18603/03, § 42, 28 juillet 2008, et Mor, précité, § 42). Toutefois, pour croire en l'administration de la justice, le public doit également avoir confiance en la capacité des avocats à représenter effectivement les justiciables (Kyprianou, précité, § 175).

133. De ce rôle particulier des avocats, professionnels indépendants, dans l'administration de la justice, découlent un certain nombre d'obligations, notamment dans leur conduite (Van der Mussele c. Belgique, 23 novembre 1983, série A no 70, Casado Coca c. Espagne, 24 février 1994, § 46, série A no 285-A, Steur c. Pays-Bas, no 39657/98, § 38, CEDH 2003-XI, Veraart c. Pays-Bas, no 10807/04, § 51, 30 novembre 2006, et Coutant c. France (déc.), no 17155/03, 24 janvier 2008). Toutefois, s'ils sont certes soumis à des restrictions concernant leur comportement professionnel, qui doit être empreint de discrétion, d'honnêteté et de dignité, ils bénéficient également de droits et des privilèges exclusifs, qui peuvent varier d'une juridiction à l'autre, comme généralement une certaine latitude concernant les propos qu'ils tiennent devant les tribunaux (Steur, précité).

134. Ainsi, la liberté d'expression vaut aussi pour les avocats. Outre la substance des idées et des informations exprimées, elle englobe leur mode d'expression (Foglia c Suisse, no 35865/04, § 85, 13 décembre 2007). Les avocats ont ainsi notamment le droit de se prononcer publiquement sur le fonctionnement de la justice, même si leur critique ne saurait franchir certaines limites (Amihalachioaie, précité, §§ 27-28, Foglia, précité, § 86, et Mor, précité, § 43). Ces dernières se retrouvent dans les normes de conduite imposées en général aux membres du barreau (Kyprianou, précité, § 173), à l'instar des dix principes essentiels énumérés par le CCBE pour les avocats européens, qu'il s'agisse notamment de « la dignité, l'honneur et la probité » ou de « la contribution à une bonne administration de la justice » (paragraphe 58 ci-dessus). De telles règles contribuent à protéger le pouvoir judiciaire des attaques gratuites et infondées qui pourraient n'être motivées que par une volonté ou une stratégie de déplacer le débat judiciaire sur le terrain strictement médiatique ou d'en découdre avec les magistrats en charge de l'affaire.

135. La question de la **liberté d'expression** est liée à **l'indépendance de la profession d'avocat**, cruciale pour un fonctionnement effectif de l'administration équitable de la justice (*Sialkowska c. Pologne*, no 8932/05, § 111, 22 mars 2007). Ce n'est qu'**exceptionnellement** qu'une limite touchant la **liberté d'expression de l'avocat de la défense – même au moyen d'une sanction pénale légère** – peut passer pour nécessaire dans une société démocratique (*Nikula et Kyprianou*, précités, respectivement §§ 55 et 174, et *Mor*, précité, § 44).

136. Il convient toutefois de distinguer selon que l'avocat s'exprime dans le prétoire ou en dehors de celui-ci.

137. S'agissant tout d'abord des « **faits d'audience** », dès lors que la liberté d'expression de l'avocat peut soulever une question sous l'angle du **droit de son client à un procès équitable**, l'équité milite également en faveur d'un **échange de vues libre, voire énergique**, entre les parties (*Nikula*, précité, § 49, et *Steur*, précité, § 37) et l'avocat a le **devoir de « défendre avec zèle les intérêts de ses clients »** (*Nikula*, précité, § 54), ce qui le conduit parfois à s'interroger sur la nécessité de s'opposer ou non à l'attitude du tribunal ou de s'en plaindre (*Kyprianou*, précité, § 175). De plus, la Cour tient compte du fait que les propos litigieux ne sortent pas de la salle d'audience. Par ailleurs, elle opère une distinction selon la personne visée, un **procureur**, qui est une « **partie** » au procès, devant « **tolérer des critiques très larges de la part de [l'avocat de la défense]** », même si certains termes sont déplacés, dès lors qu'elles ne portent pas sur ses qualités professionnelles ou autres en général (*Nikula*, précité, §§ 51-52, *Foglia*, précité, § 95, et *Roland Dumas*, précité, § 48).

138. Concernant ensuite les **propos tenus en dehors du prétoire**, la Cour rappelle que la **défense d'un client peut se poursuivre avec une apparition dans un journal télévisé ou une intervention dans la presse** et, à cette occasion, avec une **information du public sur des dysfonctionnements de nature à nuire à la bonne marche d'une instruction** (*Mor*, précité, § 59). À ce titre, la Cour estime qu'un avocat ne saurait être tenu responsable de tout ce qui figurait dans l'« interview » publiée, compte tenu du fait que c'est la presse qui a repris ses déclarations et que celui-ci a démenti par la suite ses propos (*Amihalachioaie*, précité, § 37). Dans l'affaire *Foglia* précitée, elle a également considéré qu'il ne se justifiait pas d'attribuer à l'avocat la responsabilité des agissements des organes de presse (*Foglia*, précité, § 97). De même, lorsqu'une affaire fait l'objet d'une couverture médiatique en raison de la gravité des faits et des personnes susceptibles d'être mises en cause, on ne peut sanctionner pour violation du secret de l'instruction un avocat qui s'est contenté de faire des déclarations personnelles sur des informations déjà connues des journalistes et que ces derniers s'approprient à diffuser avec ou sans de tels commentaires. Pour autant, l'avocat n'est pas déchargé de son devoir de prudence à l'égard du secret de l'instruction en cours lorsqu'il s'exprime publiquement (*Mor*, précité, §§ 55 et 56).

139. Il reste que les avocats ne peuvent tenir des propos d'une gravité dépassant le commentaire admissible sans **solide base factuelle** (Karpetas, précité, § 78 ; voir également *A c. Finlande (déc.)*, no 44998/98, 8 janvier 2004) ou proférer des injures (Coutant (déc.), précitée). Au regard des circonstances de l'affaire *Gouveia Gomes Fernandes et Freitas e Costa*, **un ton non pas injurieux mais acerbe, voire sarcastique, visant des magistrats, a été jugé compatible avec l'article 10** (*Gouveia Gomes Fernandes et Freitas e Costa*, précitée, § 48). La Cour apprécie les propos dans leur contexte général, notamment pour savoir s'ils peuvent passer pour trompeurs ou comme une attaque gratuite (*Ormanni c. Italie*, no 30278/04, § 73, 17 juillet 2007, et *Gouveia Gomes Fernandes et Freitas e Costa*, précité, § 51) et pour s'assurer que les expressions utilisées en l'espèce présentent un lien suffisamment étroit avec les faits de l'espèce (*Feldek c. Slovaquie*, no 29032/95, § 86, CEDH 2001-VIII, et *Gouveia Gomes Fernandes et Freitas e Costa*, précité).

(...)

(CEDH, Grande Chambre, 23 Avril 2015, MORICE c. FRANCE, n°29369/10).

La Cour de cassation confirme le **droit de critique des dysfonctionnements institutionnels** reconnus aux membres du Barreau, en jugeant que l'Avocat a « **le droit de critiquer le fonctionnement de la justice ou le comportement de tel ou tel magistrat** » (Cass. 1° Civ. 04 Mai 2012, Procureur général près la Cour d'Appel de Paris c/ Me SZPINER, n°11-30.193, 481), principe réaffirmé en 2014 par la Cour régulatrice selon laquelle l'Avocat « **a le droit de critiquer le fonctionnement de la justice ou le comportement d'un magistrat ou d'un avocat (...)** » (Cass. 1° Civ., 29 Octobre 2014, n°12-27.610).

La Haute juridiction française rappelle encore que « (...) **le but poursuivi par l'article 6, paragraphe 1, de la convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, (est d') assurer le contrôle de l'autorité judiciaire par le public pour la sauvegarde du droit à un procès équitable (...)** » (Cass. 3° Civ. 10 Mai 2007, SCI DUSU c/ SCP PIMOUGUET-LEURET, n° V 05-21.290).

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 l'**Avocat conscient de son statut constitutionnel** s'efforce de développer au quotidien, dans la défense des intérêts de ses mandants.

*

.../...

Il résulte de ce qui précède que toute norme qui prétend contrôler la **manière** dont un Avocat remplit sa **mission de défense** s'expose à la **critique publique** dès lors que par son **objet** ou par ses **effets** elle *met en cause* – et non pas seulement *en œuvre* – la **substance** même de cette **mission d'ordre constitutionnel**.

II-B-2/ LA VIOLATION DE LA LIBERTE DE CONSCIENCE GARANTIE PAR L'ARTICLE 10 DE LA DECLARATION DES DROITS DE L'HOMME ET DU CITOYEN DU 26 AOUT 1789 ET L'ALINEA 5 DU PREAMBULE DE LA CONSTITUTION DU 27 OCTOBRE 1946

Parmi les cinq termes du **serment de l'Avocat** (article **3, alinéa 2** de la loi n°71-1130 du 31 Décembre 1971), qui sont, à la fois, l'**armure** et la **parure** du **défenseur universel**, figure la « **conscience** », que renforce l'exigence d'**INDEPENDANCE ABSOLUE** (article **21.2.1.1** du **Code de déontologie des Avocats européens** annexé au **Règlement Intérieur National - R.I.N. - des Barreaux de France - Mai 2014**).

Bien qu'inscrit dans un texte législatif, le **serment de l'Avocat** a **rang constitutionnel**, comme étant le garant du libre exercice de sa mission de défense, de même nature (**CC, décision n°80-127 DC, 19-20 Janvier 1981, Loi renforçant la sécurité et protégeant la liberté des personnes**, consid. **48 à 53**).

L'article **10** de la **Déclaration des droits de l'homme et du citoyen** du 26 Août 1789 garantit la **liberté d'opinion** et la **liberté de conscience** :

*« Nul ne doit être inquiété pour ses **opinions**, même religieuses, pourvu que leur manifestation ne trouble pas l'ordre public établi par la loi. »*

De même, l'**alinéa 5** du **Préambule** de la **Constitution** du 27 Octobre 1946 donne **rang constitutionnel** au **droit de ne pas être lésé dans son travail ou son emploi** à raison notamment de ses **croyances** :

*« Chacun a le droit de travailler et le droit d'obtenir un emploi. **Nul ne peut être lésé, dans son travail ou son emploi, en raison de ses origines, de ses opinions ou de ses croyances.** »*

C'est, précisément, ce qu'a rappelé le **Conseil constitutionnel** dans sa décision **n°2001-446 DC du 27 juin 2001** - Loi relative à l'interruption volontaire de grossesse et à la contraception, § **13** :

« (...)

*13. Considérant qu'aux termes de l'article **10** de la **Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789** : "Nul ne doit être inquiété pour ses opinions, même religieuses, pourvu que leur manifestation ne trouble pas l'ordre public établi par la loi" ; que le **cinquième alinéa** du **Préambule** de la **Constitution de 1946** rappelle que "Nul ne peut être lésé, dans son travail ou son emploi, en raison de ses origines, de ses opinions ou de ses croyances" ; que la **liberté de conscience** constitue l'un des **principes fondamentaux reconnus par les lois de la République** ;*

(...)»

(**CC, Décision n° 2001-446 DC du 27 juin 2001** - Loi relative à l'interruption volontaire de grossesse et à la contraception, § **13**).

En application des **normes constitutionnelles** précitées, un Avocat doit pouvoir refuser la mission qu'il n'a pas choisi de remplir volontairement, au seul motif qu'elle est **contraire à sa conscience** et sans avoir à faire approuver cette déclaration par le Président de la Cour d'assises ou le bâtonnier du barreau où, le cas échéant, il est inscrit, qui n'est pas son supérieur hiérarchique, mais son **concurrent économique** et, le cas échéant, son **rival politique**.

Il est à rappeler, à cet égard, qu'aux termes de l'article **323** du Code de procédure pénale, l'Avocat de l'accusé pourra **être ou non inscrit à un barreau** :

« Lorsque l'avocat de l'accusé n'est pas inscrit à un barreau, le président l'informe qu'il ne peut rien dire contre sa conscience ou le respect dû aux lois et qu'il doit s'exprimer avec décence et modération. »

Le **GRAND BARREAU DE FRANCE** a, dans cet ordre d'idées, inscrit dans ses **Statuts** (**article 3.2.4**) le **droit pour l'Avocat d'exercer hors barreau**. Entre, ainsi, dans le domaine de son **objet social** l'exercice de

« (...)

3.2.4 -/ tous recours juridictionnels ou quasi-juridictionnels, nationaux, étrangers ou internationaux, y compris interventions volontaires tendant à la reconnaissance du droit de l'Avocat d'exercer individuellement ou en groupe (Loi BERGASSE – 16 Août – 02 Septembre 1790), par l'effet de ses seules qualifications universitaires et de sa prestation de serment, sans avoir l'obligation d'être affilié à un Barreau déterminé, au sens et pour l'application de l'article 93 de la Loi n°2016-1547 du 18 Novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle (JORF n°0269 du 19 novembre 2016 texte n° 1), ayant créé les articles L. 77-12-1 à L. 77-12-5 du Code de justice administrative (L'action en reconnaissance de droits). L'article 323 du Code de procédure pénale relative aux débats devant la Cour d'assises, prévoit expressément, à cet égard, le cas de l' « avocat de l'accusé (qui) n'est pas inscrit à un barreau ». Il est rappelé, dans cet ordre d'idées, que le droit d'exercer la profession de chauffeur de taxi sans être affilié à une association professionnelle a été reconnu en 1993 par la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH, 30 Juin 1993, Sigurdur A. SIGURJONSSON c ISLANDE, n°16130/90, § 35, à propos de l'adhésion forcée à une association professionnelle de chauffeurs de taxis). Le groupe d'intérêt, au sens et pour l'application de l'article L. 77-12-1 du Code de justice administrative, en faveur duquel l'action sera présentée par le Grand Barreau de France est caractérisée par l'identité de la situation juridique de ses membres, en l'occurrence, l'ensemble des Avocats exerçant sur le territoire national ;

(...) »

Mais, qu'il soit membre ou non d'un barreau, l'Avocat sera tenu par son **devoir de conscience**, lequel sera opposable *erga omnes* et notamment à la **Cour d'assises** devant laquelle il pourra **licitement refuser de plaider**.

On sait, de plus, qu'en vertu de l'article **1100** du Code civil :

« Les obligations naissent d'actes juridiques, de faits juridiques ou de l'autorité seule de la loi.

Elles peuvent naître de l'exécution volontaire ou de la promesse d'exécution d'un devoir de conscience envers autrui. »

L'**autorité seule de la loi** serait, ici, inefficace à créer une **obligation juridique** dès lors qu'elle heurte la **liberté de conscience**.

**II-B-3/ LA VIOLATION DU DROIT A UN RECOURS JURIDICTIONNEL
EFFECTIF ET DES DROITS DE LA DEFENSE GARANTIS PAR L'ARTICLE 16 DE LA
DECLARATION DES DROITS DE L'HOMME ET DU CITOYEN DU 26 AOUT 1789**

Le **travail forcé** qu'impose à l'**Avocat** l'article 9 de la **loi** n°71-1130 du 31 Décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques ne manque pas, de même, de très fortement contrarier les **droits de la défense** dont l'**exercice naturel** ne souffre **aucune contrainte**.

Il y a, en effet, fort à craindre qu'un **Avocat** qui estimera ne pas devoir prendre en charge la défense d'un accusé, quelle qu'en soit la raison, soit parce qu'elle **heurte sa conscience**, soit par **manque de temps**, ne déploiera pas l'**énergie** ni le **zèle** que tout justiciable est en droit d'attendre de son **défenseur**. On rappelle, dans cet ordre d'idées, que la **Cour européenne des droits de l'homme** juge que « *l'avocat a le devoir de « défendre avec zèle les intérêts de ses clients » (Nikula, précité, § 54), ce qui le conduit parfois à s'interroger sur la nécessité de s'opposer ou non à l'attitude du tribunal ou de s'en plaindre (Kyprianou, précité, § 175). (...)* » (CEDH, Grande Chambre, 23 Avril 2015, MORICE c. FRANCE, n°29369, § 137).

Sans **mandat librement accepté**, il ne saurait y avoir d'**accès intégral au juge**.

A l'évidence, la disposition législative attaquée expose l'accusé au risque d'une **défense superficielle** et **sans conviction**, en d'autres termes, **théorique** et **illusoire**, alors qu'est seule digne de ce nom une **défense concrète et effective**, **authentique** et **sans concession**.

La **violation** de l'article 16 de la **Déclaration des droits de l'homme et du citoyen** du 26 Août 1789 est, dès lors, **patente**.

II-B-4/ LA COMMISSION D'OFFICE D'UN AVOCAT NE PEUT CONSTITUTIONNELLEMENT SE CONCEVOIR QUE DANS LE CADRE D'UNE DELEGATION DE SERVICE PUBLIC

Seul un **Avocat** qui se serait engagé par **convention** avec l'**Etat**, aux termes d'une **délégation de service public**, à assurer la défense d'un accusé n'ayant fait le choix d'aucun défenseur, serait tenu d'honorer son **engagement contractuel, sous réserve de sa liberté de conscience.**

Cet **Avocat**, comme susdit (article **323** du Code de procédure pénale), **pourra être ou non inscrit à un barreau.**

L'**autorité seule de la loi** ne permettant pas de contrarier la **volonté individuelle** si elle méconnaît la **liberté de conscience**, seul le **contrat** est de nature à procurer à l'accusé la **prestation caractéristique** qu'il est en droit d'attendre de l'**Avocat** : une **défense libre** livrée en **pleine conscience** et en **toute indépendance**, conformément au **serment** de l'**Avocat**.

Au **mandat** que concluent naturellement l'**Avocat** et son client qui le choisit librement, se substitue, ici, une **délégation de service public** entre l'**Etat** et l'**Avocat** aux termes de laquelle celui-ci s'engage à représenter ou assister tout justiciable demandant son **concours**. L'**Avocat** est, en effet, un **auxiliaire en justice** (*auxiliator litigantium*) et **non pas un auxiliaire de justice** (*auxiliaris*).

On retrouve, ici, naturellement la définition de la **volonté générale**, selon **Denis DIDEROT**, placée au frontispice des **Statuts du GRAND BARREAU DE FRANCE** :

« (...) la volonté générale est dans chaque individu un acte pur de l'entendement qui raisonne dans le silence des passions sur ce que l'homme peut exiger de son semblable, et sur ce que son semblable est en droit d'exiger de lui ; (...) » ; (Encyclopédie - article Droit naturel).

*

Dès lors, la **commission d'office** ne peut se concevoir que de façon **volontaire** et **non pas contrainte**. La formule législative « *L'avocat régulièrement commis d'office* (...) » doit, partant, s'entendre comme désignant une **commission d'office acceptée** si l'on veut prêter à l'article **9** de la **loi n°71-1130 du 31 Décembre 1971** portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques une **interprétation conforme** à la **liberté de conscience**.

La **délégation de service public** (le **service public de l'accès au juge** auquel concourt naturellement l'**Avocat**) est le mode optimal d'assurer une **protection juridictionnelle effective** aux justiciables n'étant pas en mesure de choisir leur défenseur.

Une **réserve d'interprétation** pourrait, subsidiairement, au vu de ce qui précède, être apportée à l'article **9** de la **loi n°71-1130 du 31 Décembre 1971** portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques, en ce sens que seul l'**Avocat** ayant souscrit une **obligation contractuelle** au titre de la **commission d'office**, dans le cadre d'une **délégation de service public**, serait tenu de faire approuver ses **motifs d'excuse** par le président de la cour d'assises, s'il entendait refuser de prêter son concours à l'accusé n'ayant pas fait le choix d'un défenseur.

.../...

II-B-5/ SEUL LE LEGISLATEUR ORGANIQUE EST COMPETENT POUR CONCILIER LES EXIGENCES CONSTITUTIONNELLES DES DROITS DE LA DEFENSE ET LES NECESSITES DE L'ORDRE PUBLIC PROCEDURAL

Le Conseil constitutionnel rappelle, avec constance, qu'il « *ne dispose pas d'un pouvoir général d'appréciation de même nature que celui du Parlement ;* » (CC, décision n°2010/14/22 QPC du 30 Juillet 2010 – M. Daniel W. et autres – Garde à vue, § 30).

Après l'**abrogation** hautement souhaitée de la disposition législative critiquée, **sauf réserve d'interprétation** (v. supra § II-B-4), le vote d'une **loi organique** sera nécessaire aux fins d'assurer l'équilibre entre, d'une part, **l'intérêt d'une bonne administration de la justice** et, d'autre part, les **exigences des droits de la défense**, qui sont de **rang constitutionnel**.

Le premier terme postule que les Avocats, **défenseurs universels**, répondent à des conditions d'**intégrité** et de **compétence**, que laisse **présumer** le **serment** qu'ils prêtent, avant d'exercer leurs fonctions, devant la **Cour d'appel**. Celle-ci, agissant en qualité d'**autorité administrative**, plus que juridictionnelle – à la manière des **Parlements d'Ancien Régime** chargés d'enregistrer les édits royaux – rend le **serment** et chacun des cinq termes qu'il contient, **opposables erga omnes**.

Le second terme conduit à **prémunir le libre exercice des droits de la défense** contre des **ingérences de la puissance publique** qui ne seraient pas strictement justifiées par l'**impérieuse nécessité** d'assurer l'**ordre public procédural**. Telle pourrait être la prochaine mission de l'**AUTORITE DE REGULATION DES BARREAUX – ARB** – dont la création a été proposée par **Maître Philippe KRIKORIAN**, ès qualités de Président-Fondateur en exercice du **GRAND BARREAU DE FRANCE**, au **Président de la République** par **lettre** en date du 12 Décembre 2017 dont copie a été communiquée à **Monsieur le Président du Conseil constitutionnel** (v. *pièces n°4 et 5*).

L'**équilibre normatif** pourra, en tout état de cause, être trouvé dans la **lumineuse formule** par laquelle **Denis DIDEROT** définissait la **volonté générale** : « (...) *la volonté générale est dans chaque individu un acte pur de l'entendement qui raisonne dans le silence des passions sur ce que l'homme peut exiger de son semblable, et sur ce que son semblable est en droit d'exiger de lui ; (...)* » ; (Encyclopédie - article Droit naturel).

Que peut, dans ces conditions, raisonnablement exiger le **justiciable** d'un **Avocat** sinon qu'il ait la **capacité réelle** de défendre ses intérêts en **toute indépendance**? N'est-il pas, dès lors, justifié de nourrir quelque soupçon à l'endroit d'un régime, qui par les sanctions qu'il comporte, est de nature à **porter substantiellement atteinte aux prérogatives de défense** et, corrélativement à **entamer la confiance du public en la justice**?

Or, comme l'affirmait justement **PORTALIS**, « *La justice est la première dette de la souveraineté.* ».

Le **Conseil constitutionnel** définit l'équilibre à trouver entre **respect des libertés** et **sauvegarde de l'ordre public** de la façon suivante :

« (...) 8. Considérant qu'il appartient au **législateur** d'assurer la **conciliation** entre, d'une part, la **prévention des atteintes à l'ordre public** et la **recherche des auteurs d'infractions**, toutes deux **nécessaires à la sauvegarde de droits et de principes de valeur constitutionnelle**, et, d'autre part, l'**exercice des libertés constitutionnellement garanties**, au nombre desquelles figurent la **liberté d'aller et venir** et le **respect de la vie privée**, protégés par les articles 2 et 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, ainsi que la liberté individuelle, que l'article 66 de la Constitution place sous la surveillance de l'autorité judiciaire ;

9. Considérant que les **mesures de police administrative** susceptibles d'affecter l'exercice des **libertés constitutionnellement garanties** doivent être justifiées par la **nécessité de sauvegarder l'ordre public** ;

(...)

60. Considérant qu'il est loisible au législateur de prévoir de **nouvelles infractions** en déterminant les **peines** qui leur sont applicables ; que, toutefois, il lui incombe d'assurer, ce faisant, la **conciliation** entre les **exigences de l'ordre public** et la **garantie des droits constitutionnellement protégés** ; qu'il lui incombe également, en vertu de l'article 8 de la **Déclaration de 1789**, de respecter le **principe de la légalité des peines** et le **principe de la nécessité** et de la **proportionnalité des peines et des sanctions** ;

(...)

(CC, Décision n° 2003-467 DC du 13 mars 2003 - Loi pour la sécurité intérieure).

« (...)

11. Considérant que le requérant et l'association intervenante contestent le régime des **titres de circulation**, institué par les articles 2 à 6, ainsi que les règles relatives à la commune de rattachement prévues par les articles 7 à 10 ;

– SUR LES NORMES DE CONSTITUTIONNALITÉ APPLICABLES :

12. Considérant, d'une part, qu'aux termes de l'article 1er de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 : « Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits. Les distinctions sociales ne peuvent être fondées que sur l'utilité commune » ; qu'aux termes de l'article 1er de la Constitution : « La France est une République indivisible, laïque, démocratique et sociale. Elle assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction d'origine, de race ou de religion... » ;

13. Considérant que l'article 6 de la Déclaration de 1789 dispose que la loi « doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse » ; que le principe d'égalité ne s'oppose ni à ce que le législateur règle de façon différente des situations différentes, ni à ce qu'il déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général, pourvu que, dans l'un et l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport direct avec l'objet de la loi qui l'établit ;

14. Considérant, d'autre part, qu'en vertu de l'article 34 de la **Constitution**, la **loi** fixe les **règles** concernant les **garanties fondamentales** accordées aux citoyens pour l'**exercice des libertés publiques** ; que, dans le cadre de cette mission, il appartient au législateur d'opérer la **conciliation nécessaire** entre le **respect des libertés** et la **sauvegarde de l'ordre public** sans lequel l'exercice des libertés ne saurait être assuré ;

15. Considérant que les **mesures de police administrative** susceptibles d'affecter l'exercice des **libertés constitutionnellement garanties**, au nombre desquelles figurent la **liberté d'aller et venir**, composante de la **liberté personnelle** protégée par les articles 2 et 4 de la Déclaration de 1789 et le **respect de la vie privée** qu'implique la liberté proclamée par l'article 2 de ladite Déclaration, doivent être **justifiées** par la **nécessité de sauvegarder l'ordre public** et **proportionnées** à cet objectif ;

(...) (CC, Décision n° 2012-279 QPC du 5 octobre 2012 - M. Jean-Claude P.)

La doctrine classique conclut au sujet de la **police** :

« (...) règle bien établie aux termes de laquelle **il ne saurait appartenir à une administration de supprimer une liberté reconnue et organisée par la loi**. Cette règle se justifie par les principes fondamentaux de notre droit public, issu de la **Révolution française**, qui comporte la **suprématie de la loi** et le **respect des libertés**. Permettre à une **autorité de police** d'en paralyser l'exercice **sous le prétexte de la défense de l'ordre public**, ce serait, d'une part, risquer de rendre illusoire ces prérogatives essentielles, d'autre part, attribuer à l'administration la **faculté de tenir en échec une loi**. (...) »

(Achille MESTRE, note ss CE, 19 Mai 1933, BENJAMIN, Sirey 1934, p. 1).

*

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)

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 prochainement **abrogé**.

La **déclaration d'inconstitutionnalité** de la **disposition législative attaquée** devant profiter au requérant et à l'intervenant volontaire, **rien ne justifie que ses effets soient retardés**.

*

PAR CES MOTIFS

Vu le principe de **prééminence du Droit**,

Vu la **Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen du 26 Août 1789**, notamment ses articles **4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 15, 16** et **17**,

Vu le **Préambule de la Constitution du 27 Octobre 1946**, notamment ses **alinéas 1er, 5** et **10**,

Vu la **Constitution du 4 Octobre 1958**, notamment ses articles **1er, 34, 55, 61-1, 62, alinéa 2, 88-1**, ensemble les articles **23-1** à **23-12** de l'**ordonnance n°58-1067 du 07 Novembre 1958** portant loi organique sur le Conseil Constitutionnel (ci-après « **LOCC** »),

Vu l'article **6** du **Traité sur l'Union européenne du 7 Février 1992**,

Vu la **Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne du 7 Décembre 2000**, notamment ses articles **1er, 4, 7, 14, 15, 16, 17, 20, 21** et **47**,

Vu les articles **1er, 3, 6 § 1, 8, 13** et **14** de la **Convention européenne des droits de l'homme** et **1er** de son **Premier Protocole additionnel**,

Vu les articles **2, 7, 14 § 1, 17** et **26** du **Pacte international relatif aux droits civils et politiques du 19 Décembre 1966**,

Vu le **Traité de Lisbonne du 13 Décembre 2007**, entré en vigueur le 1er Décembre 2009,

Vu l'article **267 § 3** du **Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne**, dans sa rédaction issue du **Traité de Lisbonne**,

Vu la **loi des 16-24 Août 1790**, notamment son article **13**, ensemble le **décret du 16 Fructidor An III**,

Vu la **loi du 29 Juillet 1881** sur la liberté de la presse, notamment son article **41**,

Vu la **loi n°71-1130 du 31 Décembre 1971** portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques,

Vu la **Décision du 04 Février 2010**, Portant règlement intérieur sur la procédure suivie devant le Conseil constitutionnel pour les questions prioritaires de constitutionnalité, notamment son article **6, alinéa 2**,

Vu les **autres pièces du dossier** ci-après inventoriées sous bordereau,

1°) **ADMETTRE** les observations en intervention du **GRAND BARREAU DE FRANCE – GBF** ;

Vu l'article 267, § 3 du **Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE)**,

2°) **SURSEOIR A STATUER et ADRESSER** à la **Cour de justice de l'Union européenne**, selon la **procédure d'urgence** prévue par l'article **23 bis** du Statut de la **CJUE (Protocole n°3** annexé aux **TUE, TFUE et Traité CEA)** et par l'article **105** du Règlement de la Cour, les **demandes de décisions préjudicielles** suivantes :

2-1°) « *Le principe d'égalité de traitement, principe général du droit de l'Union européenne, consacré par l'article 2 du Traité sur l'Union européenne (TUE), la directive 98/5/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 Février 1998 visant à faciliter l'exercice permanent de la profession d'avocat dans un Etat membre autre que celui où la qualification a été acquise, notamment son article 5, doivent-ils être interprétés en ce sens qu'ils s'opposent à une législation et une réglementation nationales, telles qu'elles résultent des articles 9, 15, 16, 17, 22 à 25-1 et 53 de la loi n°71-1130 du 31 Décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques, ainsi que des articles 180 à 199 du décret n°91-1197 du 27 Novembre 1991 organisant la profession d'Avocat, en tant que le régime disciplinaire qu'elles instaurent et dont elles prétendent rendre tributaires les Avocats inscrits à un Barreau français est un facteur de discrimination entre Avocats, sous l'angle de l'opportunité des poursuites, principe qui préside à la mise en œuvre de ce régime ?*

2-2°) « *Les articles 101 à 106 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne – TFUE - doivent-ils être interprétés en ce sens qu'ils s'opposent à une législation et une réglementation nationales, telles qu'elles résultent des articles 9, 15, 16, 17, 22 à 25-1 et 53 de la loi n°71-1130 du 31 Décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques, ainsi que des articles 180 à 199 du décret n°91-1197 du 27 Novembre 1991 organisant la profession d'Avocat, en tant que le régime disciplinaire qu'elles instaurent et dont elles prétendent rendre tributaires les Avocats inscrits à un Barreau français conduit le Bâtonnier, les membres du Conseil de l'Ordre et les membres du Conseil Régional de discipline à abuser d'une position dominante créée ou renforcée par le simple exercice de droits spéciaux ou exclusifs (l'action disciplinaire) que leur confèrent les textes nationaux litigieux ?*

APRES RECEPTION DE L'ARRET PREJUDICIEL et réponse aux questions posées,

EN TOUT ETAT DE CAUSE,

3°) **DECLARER** l'article 9 de la loi n°71-1130 du 31 Décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques **contraire à la Constitution** en toutes ses dispositions indivisibles;

4°) **DIRE ET JUGER** que la **déclaration d'inconstitutionnalité** prendra effet dès la **publication** de la décision du Conseil constitutionnel au Journal officiel de la République française;

SUBSIDIAIREMENT,

5°) DIRE ET JUGER qu'au sens et pour l'application de l'article **9** de la **loi** n°71-1130 du 31 Décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques, seul l'Avocat ayant souscrit une **obligation contractuelle** au titre de la **commission d'office**, dans le cadre d'une **délégation de service public accordée par l'Etat** est tenu de faire approuver ses **motifs d'excuse** par le président de la cour d'assises, s'il entend refuser de prêter son concours à l'accusé n'ayant pas fait le choix d'un défenseur ;

6°) DIRE ET JUGER que la décision à intervenir sera **publiée au Journal officiel de la République française** et **notifiée** dans les conditions prévues à l'article **23-11** de la LOCC susvisée ;

7°) RESERVER les dépens;

SOUS TOUTES RESERVES

Fait à Marseille, le **25 Février 2018**

pour le **GRAND BARREAU DE FRANCE**,

Maître Philippe KRIKORIAN

BORDEREAU EN DATE DU 25 FEVRIER 2018 DES PIECES PRODUITES ET COMMUNIQUEES PAR LE GRAND BARREAU DE FRANCE - GBF -, A L'APPUI DE LA DEMANDE D'INTERVENTION DEVANT LE CONSEIL CONSTITUTIONNEL, DANS LE CADRE DE L'INSTANCE 2018-704 QPC

1. **Statuts du Grand Barreau de France – GBF –** signés et déposés à la **Préfecture des Bouches-du-Rhône** le 27 Juillet 2017 (vingt-six pages), avec **témoignage de publication au JORF** du 05 Août 2017 – **annonce n°146** (une page)
2. **Lettre ouverte** en date du 26 Mai 2017 de **Maître Philippe KRIKORIAN** à **Maître Pascal EYDOUX**, Président du Conseil National des Barreaux intitulée : « ***NON, MON CHER CONFRE, LE CONSEIL CONSTITUTIONNEL N'A PAS DONNE UN BLANC-SEING AU GOUVERNEMENT POUR EMPECHER LES AVOCATS D'EXERCER LEUR MISSION CONSTITUTIONNELLE DE DEFENSE !*** » (vingt-cinq pages)
3. **Note de Maître Philippe KRIKORIAN** en date du 08 Novembre 2017 intitulée « ***La défense n'est pas un service public, mais une mission d'intérêt général confiée à des membres qualifiés de la Société civile*** » (huit pages)
4. **Lettre** en date du 12 Décembre 2017 de **Maître Philippe KRIKORIAN**, Président-Fondateur du **GRAND BARREAU DE FRANCE - GBF**, à **Monsieur Emmanuel MACRON**, Président de la République – demande de réforme constitutionnelle (vingt pages)
5. **Lettre** en date du 16 Décembre 2017 de **Maître Philippe KRIKORIAN**, Président-Fondateur du **GRAND BARREAU DE FRANCE - GBF**, à **Monsieur le Président du Conseil constitutionnel** – copie de la demande de réforme constitutionnelle (deux pages ; sept pièces jointes)
6. **CA RENNES, 19 Janvier 2018, audience solennelle publique** du 1er Décembre 2017, arrêt n°1/18, RG 17/02270 : **recevabilité de l'intervention volontaire, à titre accessoire, du GRAND BARREAU DE FRANCE – GBF**
7. **Question écrite n°4672 de Monsieur Gilbert COLLARD, Député du Gard, à Madame la ministre de la justice, Garde des sceaux – Statut juridique des barreaux - JORF** du 23 Janvier 2018 – demandant au Ministre « ***quelles dispositions vont être prises pour rappeler les organisations et institutions concernées à leurs obligations légales .***»
8. **Note d'information** publiée sur le site officiel Internet du Barreau de Paris intitulée « ***Quelle est la différence entre un barreau et un ordre des avocats ?*** » où l'on peut lire notamment : « (...) ***il peut cependant y avoir plusieurs barreaux pour un même TGI (...) Un ordre des avocats comprend en outre les avocats honoraires. Aucun texte ne lui donne la personnalité civile ou morale, même si d'aucuns lui ont reconnu sans motif un statut d'établissement d'utilité publique. On peut dire que l'ordre est une émanation du barreau qui lui donne certaines missions.*** » (deux pages)

*
