

MEMOIRE PORTANT QUESTION PRIORITAIRE
DE CONSTITUTIONNALITE

A

MADAME LA PREMIERE PRESIDENTE,
MESDAMES ET MESSIEURS LES PRESIDENTS ET
CONSEILLERS DE LA COUR D'APPEL D'AIX-EN-
PROVENCE

DE L'ENSEMBLE DE LA LOI N°71-1130 DU 31 DECEMBRE 1971
PORTANT REFORME DE CERTAINES PROFESSIONS JUDICIAIRES
ET JURIDIQUES ET NOTAMMENT DE SES ARTICLES 3, ALINEA 1er,
9, 14-2, 15, 16, 17, 21, 21-1, 21-2, 22 A 25-1 ET 53

(en application des articles **61-1** de la **Constitution** du 04 Octobre 1958, **23-1 à 23-12** de l'**ordonnance** n°58-1067 du 07 Novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil Constitutionnel, **126-1 et suivants** du Code de procédure civile)

présentée à l'occasion et à l'appui de l'appel n°15/03244 tendant à l'annulation de la délibération du Conseil de l'Ordre des Avocats au Barreau de Marseille en date du 16 Décembre 2014 désignant les membres titulaires et suppléants du Conseil Régional de discipline, dans le cadre des **prétendues poursuites disciplinaires** initiées à l'encontre du requérant par **Maître Erick CAMPANA**, alors Bâtonnier en exercice, par acte du 09 Décembre 2014, notifié par lettre recommandée avec demande d'avis de réception du 11 Décembre 2014, reçue le 12 Décembre 2014 (*pièce n°11*),

et formulée ci-après, en pages **3-4/93** et **90-91/93** du présent acte, **écrit distinct et motivé**;

POUR :

Maître Philippe KRIKORIAN, né le 13 Juin 1965 à Marseille, de nationalité française, Avocat au Barreau de Marseille et dont le Cabinet est sis 14, Rue Breteuil 13001 MARSEILLE – **adresse postale 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

Demandeur sur Question prioritaire de constitutionnalité;

Représenté par **Maître Philippe KRIKORIAN**, Avocat au Barreau de Marseille et dont le Cabinet est sis 14, Rue Breteuil 13001 MARSEILLE – **adresse postale 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

(cf CEDH 11 Février 2014, Masirevic c. Serbie, n°3067/08 irrévocable le 11 Mai 2014)

Inscrit au RPVA et à TELERECOURS;

CONTRE :

Le **BARREAU DE MARSEILLE**, organisme privé chargé de la gestion d'un service public, doté de la personnalité civile (article **21, alinéa 1** de la **loi n°71-1130 du 31 Décembre 1971** portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques), représenté par son **Bâtonnier en exercice**, domicilié Maison de l'Avocat – 51, Rue Grignan 13006 MARSEILLE, sous réserve de justifier de l'**autorisation** à lui donnée par le **Conseil de l'Ordre** en vertu de l'article **17, 7°** de ladite loi, **en l'occurrence non produite et sans préjudice du pourvoi n°Q 15-60.103** pendant devant la **Première Chambre civile** de la Cour de cassation (v. Cass. 1° Civ., **1er Juillet 2015, Maître Philippe KRIKORIAN c/ Maître Fabrice GILETTA - QPC -**, n°Q 15-60.103 - *pièce n°46*) ;

*

.../...

Formulation de la **Question prioritaire de constitutionnalité** (ci-après « **QPC** »):

« *La loi n°71-1130 du 31 Décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques et notamment ses articles 3, alinéa 1er, 9, 14-2, 15, 16, 17, 21, 21-1, 21-2, 22 à 25-1 et 53 portent-ils atteinte aux droits et libertés garantis par la Constitution et spécialement:*

- *au droit à la liberté en général comme droit naturel de l'homme et au droit à la liberté d'entreprendre consacrés par les articles 4 et 5 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 Août 1789, ci-après « DDH »);*

- *au droit à la justice et aux droits de la défense garantis par l'article 16 DDH;*

- *au droit à la liberté d'expression garanti par l'article 11 DDH;*

- *à l'article 34 de la Constitution du 04 Octobre 1958 fixant, en partie, le domaine de la loi;*

- *au principe d'égalité garanti par l'article 6 DDH et l'article 1er de la Constitution du 04 Octobre 1958, ainsi qu'au principe d'égalité et d'universalité du suffrage (art. 3, al. 3 de la Constitution du 04 Octobre 1958),*

- *au principe de la légalité des délits et des peines consacré par les articles 7 et 8 DDH,*

- *au droit de concourir personnellement à la formation de la loi garanti par l'article 6 DDH,*

- *au principe de la souveraineté nationale garanti par les articles 3 DDH et 3 de la Constitution du 04 Octobre 1958,*

- *à la liberté syndicale garantie par l'alinéa 6 de la Constitution du 27 Octobre 1946,*

en ce:

1°) que le législateur ordinaire est totalement incompétent pour fixer les règles d'une activité, comme la défense professionnelle des droits fondamentaux, mission naturellement dévolue aux Avocats, laquelle relève directement de la Constitution (CC, décision n°80-127 DC des 19 et 20 Janvier 1981, Loi renforçant la sécurité et protégeant la liberté des personnes);

2°) qu'ils instituent un régime disciplinaire radicalement incompatible avec le caractère d'indépendance absolue de la profession d'Avocat (article 1er, alinéa 3 de la loi n°71-1130 du 31 Décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques) et le statut constitutionnel irrévocablement reconnu à l'Avocat défenseur (CC, décision n°80-127 DC des 19 et 20 Janvier 1981, Loi renforçant la sécurité et protégeant la liberté des personnes);

.../...

3°) qu'ils délèguent au seul pouvoir réglementaire la compétence aux fins de fixer les règles de déontologie de l'Avocat qui, cependant, n'appartient pas à une profession réglementée;

*4°) qu'ils investissent les **Conseils de l'Ordre des Avocats** de pouvoirs qui n'appartiennent qu'aux **représentants du peuple** qui seuls, en dehors du référendum, exercent la **souveraineté nationale**;*

*5°) qu'ils habilitent les **Conseils de l'Ordre des Avocats** à méconnaître la **liberté syndicale**? »*

*

PLAISE A LA COUR D'APPEL D'AIX-EN-PROVENCE

.../...

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

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

Seront, ici, exposées la demande du requérant (I-A), puis la problématique présentement étudiée en rappelant son contexte (I-B).

I-A/ RAPPEL DES FAITS ET DES PROCEDURES ANTERIEURES

Dès après sa constitution, le 08 Décembre 2014 (*pièce n°10*), dans la défense de Maître Bernard KUCHUKIAN, éminent membre du Barreau de Marseille, **injustement poursuivi disciplinairement**, Maître Philippe KRIKORIAN a reçu, le 12 Décembre 2014, notification d'une lettre recommandée avec demande d'avis de réception en date du 09 Décembre 2014 (*pièce n°11*) par laquelle Maître Erick CAMPANA, alors Bâtonnier en exercice, a prétendu poursuivre le requérant devant le **Conseil Régional de discipline des Avocats** du ressort de la **Cour d'appel d'Aix-en-Provence** (ci-après « **CRD** »).

Ce faisant, Maître CAMPANA, au prix d'un **manifeste détournement de procédure** et à des **fins personnelles de basse vengeance**, a **abusé de sa qualité de Bâtonnier en exercice**, dans une **inversion totale des valeurs et du rapport de responsabilité**, lui, qui s'est rendu l'auteur de **violences volontaires sur la personne de Maître KRIKORIAN** lors de l'**audience solennelle** de la **Cour d'Appel d'Aix-en-Provence** du 24 Mai 2013 (*v. pièce n°2*).

Le comportement de Maître CAMPANA a justifié que, sans désespérer, Maître KRIKORIAN dépose plainte, selon **lettre recommandée avec demande d'avis de réception**, en date du 15 Décembre 2014, reçu le 16 Décembre 2014, entre les mains de **Monsieur le Procureur Général** près la **Cour d'appel d'Aix-en-Provence**, dont copie a été adressée le 16 Décembre 2014 à **Madame la Garde des sceaux, ministre de la justice**, des chefs de :

- 1°) **dénonciation calomnieuse**, délit prévu et réprimé par l'article **226-10** du Code pénal;
- 2°) **discrimination** visant à **entraver l'exercice de son activité d'Avocat défenseur jouissant du statut constitutionnel**, délit prévu et réprimé par l'article **432-7** du Code pénal;
- 3°) **menaces et actes d'intimidation sur l'Avocat d'une partie en vue d'influencer son comportement dans l'exercice de ses fonctions**, délit prévu et réprimé par l'article **434-8** du Code pénal;
- 4°) **entrave à la liberté d'expression**, délit prévu et réprimé par l'article **431-1** du Code pénal;
- 5°) **harcèlement moral**, délit prévu et réprimé par l'article **222-33-2** du Code pénal;

.../...

6°) violences à Avocat dans l'exercice de ses fonctions, délit prévu et réprimé par l'article **222-13** du Code pénal.

*

Les faits qui, **prétendument**, selon **Maître CAMPANA**, justifieraient la saisine du **CRD**, concernant **Maître KRIKORIAN**, seraient :

1°) un « *Manquement grave de l'obligation de renseignement et au devoir de conseil (article 1147 C. civil)* », concernant un **litige d'honoraires** en cours d'instruction à l'Ordre des Avocats, qui oppose **Maître KRIKORIAN** à ses anciens clients, les **époux VALENCHON**, lesquels restent solidairement lui devoir la somme de **5 880,00 € TTC** (v. son **mémoire en réplique** déposé le 11 Décembre 2014 au Secrétariat de l'Ordre des Avocats – *pièce n°13*);

2°) la **saisine**, par les soins de **Maître KRIKORIAN**, **spécialement mandaté** pour ce faire, par les **onze requérants** (**Monsieur et Madame Grégoire KRIKORIAN**, Premier et Deuxième requérants), de la **Cour de justice de l'Union européenne**, par requête du 13 Mai 2014 (**Génocide Arménien et autres crimes contre l'humanité**);

3°) la **réponse** de **Maître KRIKORIAN** en date du 24 Novembre 2014 (*pièce n°8*) à la **lettre** de **Monsieur Vassilios SKOURIS**, **Président en exercice** de la **Cour de justice de l'Union européenne** reçue le 17 Novembre 2014 (*pièce n°6*).

Le requérant ne saurait, en aucune façon, accepter, sous couleur de **soi-disant poursuites disciplinaires**, cette **tentative d'intimidation** visant à influencer son comportement d'**Avocat défenseur** et à **désorganiser son Cabinet**.

Les actes qu'il produit anéantissent les **fausses allégations** contenues dans la lettre du **Bâtonnier CAMPANA**.

Aussi, par **lettre recommandée avec demande d'avis de réception n°1A 086 512 7078 0** en date du 13 Janvier 2015, reçue le 14 Janvier 2015 (*pièce n°22*), **Maître KRIKORIAN** a demandé la **rétractation** de la **délibération** en date du 16 Décembre 2014 (*pièce n°21*) par laquelle le **Conseil de l'Ordre des Avocats au Barreau de Marseille** a désigné **Maître Yves ARMENAK** et **Maître Sandrine LEONCEL** en qualité de **rapporteurs**, dans le cadre des **prétendues poursuites disciplinaires** initiées contre lui.

Cette **délibération**, qui **n'a pas été retirée** par le Conseil de l'Ordre dans le délai d'**un mois** prévu par l'article **15, alinéas 2 et 3** du **décret n°91-1197** du 27 Novembre 1991 organisant la profession d'Avocat, est l'objet du **recours** du 19 Février 2015 (*pièce n°27*), enregistré le 23 Février 2015 sous le **n° 15/03552**, qui tend à son **annulation** par la **Cour d'Appel d'Aix-en-Provence**;

De même, **Maître KRIKORIAN** a-t-il demandé, aux termes de sa **lettre recommandée avec demande d'avis de réception n°1A 088 585 7858 0** en date du 26 Janvier 2015, reçue le 27 Janvier 2015 (*pièce n°29*), la **rétractation** d'une deuxième **délibération** en date du 16 Décembre 2014 par laquelle le **Conseil de l'Ordre des Avocats au Barreau de Marseille** a désigné les **membres titulaires et suppléants du CRD pour l'année 2015** (*pièce n°28*) :

.../...

« Titulaires :

Monsieur le Bâtonnier Pierre PAOLACCI
 Me Isabelle ANTONAKAS
 Me Philippe CORNET
 Me Mathieu JACQUIER
 Me Marina LAURE
 Me Pascal-Yves BRIN
 Me Blandine BERGER-GENTIL
 Me Martine SALINESI-FERRE
 Me Christiane CANOVAS-ALONSO
 Me Eric SEMELAIGNE

Suppléants :

Monsieur le Bâtonnier Erick CAMPANA
 Me Jean-Raphaël FERNANDEZ
 Me Nadège DE RIBALSKY
 Me Nicolas BESSET
Me Yves ARMENAK
 Me Dany COHEN
 Me Olivier GIRAUD
 Me Julia BRAUNSTEIN
 Me Paul MIMRAN
 Me Philippe DAUMAS ».

Cette **deuxième délibération** du 16 Décembre 2014 (*pièce n°28*), qui **n'a pas davantage été retirée** par le Conseil de l'Ordre dans le délai d'**un mois** prévu par l'article **15, alinéas 2 et 3** du **décret n°91-1197 du 27 Novembre 1991** organisant la profession d'Avocat, fait l'objet du **recours** du 28 Février 2015 (*pièce n°30*), enregistré le 02 Mars 2015 sous le **n° 15/03244** qui tend, de même, à son **annulation** par la **Cour d'Appel d'Aix-en-Provence**.

La **Cour d'Appel** doit **statuer** sur les **appels** susvisés lors de l'**audience solennelle** du 10 Septembre 2015 à 09h00 (*pièces n°41 et 42*).

Il est patent, dans ces conditions, qu'en vertu de l'**effet suspensif** que l'article **16, dernier alinéa** du décret précité attache expressément à l'exercice de l'**appel**, les **deux délibérations litigieuses** du 16 Décembre 2014 (*pièces n°21 et n°28*), frappées des **deux recours n° 15/03552** et **n° 15/03244**, sont **privées de toute force exécutoire**.

Cependant, dans une **attitude de défi** tant à l'égard du **Droit** que de l'**Institution judiciaire**, le **Bâtonnier de Marseille**, à qui **Maître KRIKORIAN** avait pourtant indiqué, à deux reprises (**lettres recommandées avec demande d'avis de réception** en date des 31 Mars et 03 Juin 2015 – *pièces n°39 et 40* produites), qu'il ne pouvait pas déférer à la convocation des rapporteurs en raison de l'**effet suspensif** de ses deux recours, a prétendu faire délivrer au requérant une **citation à comparaître** le Samedi 25 Juillet 2015 à 09h30 devant le **Conseil Régional de Discipline des Avocats du ressort de la Cour d'Appel d'Aix-en-Provence** (ci-après « le Conseil Régional de Discipline » ou « CRD ») (*pièce n°43*).

Ne pouvant se résoudre au désolant constat d'une **voie de fait**, celle commise notamment par le **Bâtonnier** et le **Barreau de Marseille**, au mépris des **règles naturelles du procès équitable**, **Maître KRIKORIAN** n'a eu d'autre ressource que de saisir en **référé**, par acte signifié aux trois défendeurs le 13 Juillet 2015, **Madame la Première Présidente de la Cour d'Appel d'Aix-en-Provence** aux fins de prononcé de **mesures conservatoires** sur le fondement de l'article **956** du Code de procédure civile (CPC).

Maître KRIKORIAN a **répliqué dès réception** aux écritures de **Maître Fabrice GILETTA** et du **Barreau de Marseille** communiquées le Vendredi 17 Juillet 2015 à 17h00, pour l'audience du Lundi 20 Juillet 2015 à 08h30.

L'affaire a été retenue et plaidée le 20 Juillet 2015, en l'absence de **Maître Pascale BERTO – VAYSIERE** qui n'a pas comparu.

Le **délibéré** a été fixé au Vendredi 24 Juillet 2015 à 14h00.

Aux termes de son **ordonnance de référé n°2015/347** rendue le 24 Juillet 2015, **Madame Christiane BELIERES**, Présidente, déléguée par ordonnance de Madame la Première Présidente (RG n°15/00493) (*pièce n°49*) a :

« Statuant en référés, après débats en audience publique, par décision de défaut

Ecarté « *des débats les conclusions du Barreau de Marseille.* » ;

Dit « *n'y avoir lieu de faire droit aux demandes de mesures conservatoires sollicitées par Me Krikorian.* » ;

Débouté « *Me Krikorian et Me Giletta ès-qualités de leur réclamation fondée sur l'article 700 du code de procédure civile.* » ;

Condamné « *Me Krikorian aux dépens de la présente instance.* ».

La motivation du rejet des demandes de **Maître KRIKORIAN** est édifiante :

« (...)

Mais aucune de ces mesures ne sera ordonnée, malgré l'effet suspensif attaché à l'appel des 2 décisions du conseil de l'ordre du 16 décembre 2014 en vertu des dispositions de l'article 16 du décret du 27 novembre 1991 rappelées par Me Krikorian à l'appui de ses demandes, qu'il s'agisse de la suspension d'exécution de la décision de fixation de l'audience du CRD et de sa convocation, du constat de l'impossibilité pour le CRD de siéger tant que la cour n'aura pas irrévocablement statué sur les deux recours dont elle est saisie, du prononcé de l'ajournement sine die de l'audience du CRD, de la défense faite à son président et au Bâtonnier de Marseille de prendre tout acte contrevenant à ces prescriptions.

En effet le Conseil régional de discipline, instance autonome, exerce un véritable pouvoir juridictionnel avec toutes les conséquences qui s'y rattachent ; le juge des référés est dépourvu de toute faculté de s'immiscer de quelque façon, directe ou indirecte, dans la prise de ses décisions, à quelque hauteur de cette procédure disciplinaire, quels que soient la régularité ou le mérite de ces délibérations.

Seule la cour sera habilitée à en connaître, au besoin et a posteriori, dans le cadre de l'exercice des voies de recours ouvertes par l'article 197 du décret du 27 novembre 1991. »

Les **conclusions** de Maître **KRIKORIAN** soulevant notamment l'**inexistence juridique** de la réunion du **Conseil Régional de discipline** du 25 Juillet 2015 ont été refusées, en **violation manifeste des droits de la défense**, avant que l'audience soit, **à la demande de Maître GILETTA**, ès qualités de Bâtonnier en exercice du Barreau de Marseille, renvoyée au 10 Octobre 2015 à 09h00.

Contre toute attente et de manière totalement incohérente, par acte du 14 Août 2015, notifié au requérant le 17 Août 2015, le Bâtonnier en exercice du Barreau de Marseille a prétendu, bien qu'il fût à l'origine du renvoi du 25 Juillet 2015 ayant entraîné la création de la **décision implicite de rejet** de la demande (article **195** du **décret** n°91-1197 du 27 Novembre 1991 organisant la profession d'Avocat), saisir la Cour d'Appel d'Aix-en-Provence d'un recours contre la décision de rejet des poursuites **à laquelle il a lui-même concouru**.

Maître **KRIKORIAN** forme d'ores et déjà, en conséquence, **les plus expresses réserves** quant à la **recevabilité** et au **bien-fondé** de l'appel du Bâtonnier.

I-B/ LE CONTEXTE DE L'AFFAIRE

Conservant la mémoire intacte de l'antique **Tribun de la Plèbe** dont il revendique et recueille l'héritage direct (v. **QPC de Maître Philippe KRIKORIAN** publiée le 02 Février 2013 sur le site www.philippekrikorian-avocat.fr et éditorial du **Bâtonnier Christian CHARRIERE – BOURNAZEL**, alors Président du Conseil National des Barreaux, du 28 Mai 2013) et des **cahiers de doléances** rédigés, à l'aube de la **Révolution française** par ses illustres prédécesseurs, le requérant est mû par la volonté notamment de réintégrer l'**Avocat** dans son **véritable et naturel statut constitutionnel**. La présente action, comme celles qui l'ont précédée, se définit, ainsi, comme la mise en œuvre effective de l'**Agir juridictionnel** (v. article de **Maître Philippe KRIKORIAN** publié dans la Gazette du palais 324-325, des 19-20 Novembre 2008 « *L'Avocat et le juge face au besoin normatif : esquisse d'une théorie générale de l'Agir juridictionnel* »).

Le requérant adhère pleinement à l'aphorisme d'**Ernest RENAN**, selon lequel « *Il est téméraire de poser des bornes au pouvoir réformateur de la raison* » et se réfère, pour ce faire, aux considérations suivantes qui constituent les motifs de la **proposition de loi constitutionnelle** qu'il a précédemment adressée aux parlementaires français (publiée sur le site www.philippekrikorian-avocat.fr), demeurée, à ce jour, sans suite :

« I-/ EXPOSE DES MOTIFS

Mesdames et Messieurs les Députés,

Portalis affirmait, à juste raison, que « *la justice est la première dette de la souveraineté* » (1).

Qui, aujourd'hui, pourrait mettre en doute le rôle central et croissant de la justice dans l'équilibre des forces politiques, sociologiques et économiques, tant sur le plan interne qu'international?

A cet égard, nul ne contestera, comme le juge la **Cour européenne des droits de l'homme** que l'**Avocat** occupe, dans une **société démocratique**, une **place éminente**, étant rappelé que le **Conseil Constitutionnel** lui a reconnu, il y a près de trente ans, un statut constitutionnel dans sa mission de défense (2). Avec la mise en œuvre du **droit à un procès équitable** l'**Avocat** est, en outre, exonéré, selon la **Cour de justice de l'Union européenne**, des obligations d'information et de coopération avec les pouvoirs publics en matière de lutte contre le blanchiment (3). C'est, en réalité, conférer à l'**Avocat** défenseur une nécessaire **immunité** dès lors que son intervention se situe dans le champ d'application du **droit à un procès équitable** garanti notamment par l'article 6 de la **Convention européenne des droits de l'homme** et l'article 14 du **Pacte international relatif aux droits civils et politiques** du 19 Décembre 1966.

A l'évidence, les relations qu'entretiennent avocats et magistrats appartiennent au **champ politique** à l'instar de celles que nouent parlementaires et membres du gouvernement au sein des Assemblées. Le prétoire se présente, dès lors, comme l'**interface entre l'Etat et la Société civile** permettant d'assurer une **protection juridictionnelle effective** aux justiciables. Ainsi, l'**Avocat** évolue nécessairement, notamment, dans l'enceinte de justice qui implique tous les acteurs étatiques et non-étatiques du procès, au sein d'une **société ouverte** – par opposition à la société fermée (4 et 5), ce qui **exclut tout régime disciplinaire** le concernant.

.../...

La **constitutionnalisation** et donc la **politisation** du rôle de l'Avocat étaient déjà annoncées par le même **PORTALIS** « orateur par don et avocat par mission »:

« (...) *quiconque ose mettre des bornes à la science de l'avocat n'a jamais conçu une parfaite idée de la vaste étendue de la profession (...). Que les orateurs du barreau se rassurent, leur carrière n'est pas moins brillante que celle de la chaire (professorale), que celle même de la tribune (de l'Assemblée). Je sais que les causes qu'ils ont à discuter ou à défendre viennent expirer dans l'étroite enceinte des tribunaux, mais elles naissent sur le vaste théâtre de la société; elles se lient à l'histoire de l'homme; elles forment le tableau le plus fidèle des mœurs de chaque pays et de chaque siècle. Un recueil bien fait des causes célèbres serait, à chaque époque, le recueil le plus instructif pour l'observateur philosophe. Il avertirait le législateur de la bonté ou de l'insuffisance de ses lois; le magistrat, de la tendance qu'il doit donner à ses décisions; le citoyen des vices qu'il doit redouter et des pièges contre lesquels il doit se prémunir de la part des hommes avec lesquels il est obligé de vivre. Les controverses judiciaires ne sont obscures, que lorsqu'on ne rencontre pas des hommes qui sachent les ennoblir. Les orateurs pourront manquer aux circonstances, mais les circonstances ne manqueront jamais aux orateurs.* » (6).

Il apparaît, ainsi, que l'Etat, dans une Société démocratique, s'acquitte de l'obligation de justice qu'il a contractée avec la Nation - assurer à chacun une **protection juridictionnelle effective** - par des **organes endogènes**, d'une part (les magistrats, greffiers, huissiers de justice, experts, mandataires de justice et autres collaborateurs du service public de la justice) et par des **entités exogènes et totalement indépendantes évoluant au sein de la Société civile**, savoir, les **Avocats**, d'autre part.

Le couple politique **Etat – Société civile** peut être traduit par la formule empruntée à **Edmund HUSSERL**: « *la transcendance dans l'immanence* ». L'Etat fournit les **conditions a priori** (nécessaires et universelles) de l'**expérience juridictionnelle** alimentée par la Société civile (les justiciables et leurs Avocats).

1. - Cependant, d'une part, le droit positif se trouve, à certains égards, en **nette discordance** avec le **statut constitutionnel de l'Avocat défenseur** qu'il convient, partant, de consacrer expressément dans notre loi fondamentale.

Ainsi, la dénomination d' « *auxiliaires de justice* » qui figure à l'article **3, alinéa 1er** de la **loi n°71-1130 du 31 Décembre 1971** portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques est **manifestement incompatible** avec le statut constitutionnel de l'Avocat défenseur. Elle devra, en conséquence, être supprimée et remplacée, dans la **loi organique**, par la formule « *Les avocats, dans l'exercice de leur mission constitutionnelle de défenseur, sont des autorités de la Société civile et ont droit au respect par tous des prérogatives qui s'attachent à cette qualité. Ils participent, à l'égal des magistrats, à la mise en oeuvre concrète et effective du droit à un procès équitable, mission de service public assumée par l'Etat.* »

2. - De deuxième part, la nouvelle **question prioritaire de constitutionnalité** dont l'exercice est ouvert depuis le 1er Mars 2010 aux justiciables et à leurs Avocats, si elle constitue une avancée significative dans la construction de l'Etat de droit, sous réserve du double filtrage discutable qu'elle impose, n'en demeure pas moins inefficace, - eu égard à sa **fonction régulatrice et non pas constitutive** -, lorsqu'il ne s'agit pas de critiquer **l'excès de la loi**, ou de faire **constater son abrogation implicite** (7), mais, à l'inverse, quand il y a lieu de se plaindre légitimement de **la carence en loi**: que faire quand des droits et libertés fondamentaux ne sont pas protégés efficacement par la loi ou quand le législateur tarde à transposer une directive ou une décision-cadre de l'Union européenne?

Il convient, en effet, de se rappeler, ici, le mot de **Lacordaire**: « *Entre le fort et le faible (...) c'est la liberté qui opprime, c'est la loi qui affranchit* ».

Une **solution juridique** existe et s'exprime à travers l'**Agir juridictionnel** (8) qui prolonge et met en oeuvre le voeu du **Doyen Paul DUEZ** lequel préconisait magistralement dès les années 1930 l'abandon de la **fausse théorie des actes de gouvernement dépourvue de tout fondement juridique**: « (...) *tout régime qui a l'ambition de réaliser l'Etat de droit doit biffer de ses institutions ce symbole défectueux qu'est l'acte de gouvernement. A la solution simpliste et rudimentaire qu'il consacre en faveur de la liberté de l'Exécutif, nous demandons que soit substituée la solution plus souple, plus nuancée de la réserve du pouvoir discrétionnaire. Tout aussi bien que l'acte de gouvernement, elle nous préservera du 'gouvernement des juges' demeurant strictement cantonnés dans leur rôle naturel de gardiens de la légalité; mais elle assurera un équilibre plus harmonieux entre les idées antagonistes d'autorité et de liberté.*

Dans les pays à contrôle juridictionnel développé qui consacrent encore l'acte de gouvernement et qui n'ont pas renié dans leur conception du droit public toute idée de liberté garantie des individus, la substitution vaut d'être tentée. Et nous formulons l'espoir que la France donnera l'exemple. 'La théorie de l'acte de gouvernement cessera automatiquement dans le monde entier lorsque la France en aura reconnu l'inopportunité' (R. LAUN, Rapport sur les actes de gouvernement – Institut international de Droit public, Annuaire, 1931, p. 191). *Que l'opinion publique, que le Parlement aident, par leur attitude, les juges à vaincre une timidité qui, jusqu'à ce jour, ne leur a pas permis de regarder en face l'acte de gouvernement, mais seulement d'éliminer par des procédés obliques, ses conséquences les plus abusives.* » (9).

Notons, au passage, que d'autres pays, comme **l'Espagne**, n'ont pas attendu un sursaut français et ont franchi le pas à la fin du vingtième siècle (article **2.a)** de la loi espagnole du 13 Juillet 1998).

Au demeurant, **aucune raison juridique** ne permet d'exclure du contrôle du juge le refus du Premier ministre de déposer, sous forme de **décret**, un projet de loi tendant à la protection de certains droits et libertés fondamentaux. Dans cette perspective, dès lors que le Droit commande l'intervention d'une telle loi protectrice, le juge, selon la belle formule du **Professeur René CHAPUS**, ne fait qu'**explicitement la chose jugée** lorsqu'il donne injonction, non pas au Parlement, mais au Gouvernement – ce qui nous préserve du spectre du « *gouvernement des juges* » - d'inscrire le texte à l'ordre du jour de l'une des deux Assemblées.

Ainsi, serait rendu effectif le droit constitutionnel des citoyens de « **concourir personnellement** » à la formation de la loi (art. 6 de la **Déclaration des droits de l'homme et du citoyen** du 26 Août 1789).

L'injonction du juge au Chef du Gouvernement d'**amorcer le débat parlementaire** sur une **question impérieuse d'intérêt général** - qu'autorise aujourd'hui la loi du 8 Février 1995 - ne serait pas davantage une atteinte au principe de séparation des pouvoirs que la transposition d'une directive de l'Union européenne n'est une violation de la souveraineté de la France, dès lors que dans l'un et l'autre cas la mesure exécutée s'inscrit dans un **rapport de nécessité** avec une norme que l'Etat s'est expressément engagé à respecter.

De même, dans un juste retour de balancier, l'intervention du juge dans le processus législatif, au nom du **principe de constitutionnalité**, n'est pas plus choquante au regard du principe de séparation des pouvoirs, que la **validation législative et rétroactive**, pour **d'impérieux motifs d'intérêt général**, d'actes administratifs objet d'un procès en cours (10).

Enfin, la mise en oeuvre de la **question prioritaire de constitutionnalité** confirme que des autorités juridictionnelles, comme la Cour de Cassation et le Conseil d'Etat qui renvoient la question préjudicielle au Conseil Constitutionnel – et ce, faisant, font état officiellement de leur appréciation d'inconstitutionnalité de la loi déférée -, sont **étroitement associées à la formation d'une décision** – abroger ou déclarer une loi conforme à la Constitution – sans, pour autant, avoir la compétence d'édicter elles-mêmes cette décision, que sans leur concours le Juge constitutionnel ne pourrait pas davantage prendre puisqu'il ne peut s'en saisir d'office.

D'une **séparation hermétique des pouvoirs**, comme on pouvait la concevoir à l'époque de **Montesquieu**, on arrive, dans la perspective d'une **modernisation des institutions de la V^o République**, à une **conjugaison raisonnée des compétences** réparties entre chaque organe, aux fins de réduire toujours plus le fossé démocratique entre le Peuple, détenteur de la souveraineté nationale (art. 3 de la Constitution), et ses représentants.

Dans ces conditions, la loi est bien la résultante d'une **initiative citoyenne** (demande de dépôt d'un projet de loi éventuellement suivie d'un **recours pour excès de pouvoir universel** et d'une injonction du juge), **parlementaire** (dépôt d'une proposition de loi) ou **gouvernementale** (dépôt d'un projet de loi) sanctionnée par le **vote** du Parlement.

Où est donc le « *gouvernement des juges* » ?

3. - De troisième part, comme l'exprime la **Charte de l'Environnement de 2004**, adossée à notre Constitution, à travers le **principe de précaution** (article 5), l'**irréversibilité**, quand elle est nuisible à la Société doit être combattue et quand elle est nécessaire doit être maîtrisée, ce, dans tous les actes pris par ou au nom de la Puissance publique.

De surcroît, le **principe de cohérence**, selon lequel **nul ne peut se contredire au détriment d'autrui** (11) qui est applicable à toutes les personnes physiques et morales, y compris l'Etat, empêche notamment celui-ci, en lui opposant une **fin de non-recevoir**, de tenter de justifier l'exécution d'une **mesure irréversible gravement dommageable** par l'existence d'un régime d'indemnisation *a posteriori* des dysfonctionnements du service public de la justice. En d'autres termes, le **principe de responsabilité** de la Puissance publique ne saurait absoudre *a priori* les atteintes au **principe de légalité** dont il est le volet sanctionnateur.

La **relativisation de la chose jugée** opérée par le Conseil Constitutionnel lui-même, à l'occasion de l'examen de la loi organique mettant en oeuvre la question prioritaire de constitutionnalité, achève la démonstration: « *ni* (l'article **23-3** de la loi organique n°2009-1523 du 10 Décembre 2009 relative à l'application de l'article **61-1** de la Constitution, prévoyant le sursis à statuer) *ni l'autorité de la chose jugée ne sauraient priver le justiciable de la faculté d'introduire une nouvelle instance pour qu'il puisse être tenu compte de la décision du Conseil constitutionnel* » (12).

Autrement dit, l'irrévocabilité d'une décision juridictionnelle ne sera pas opposable à un justiciable pouvant se prévaloir d'une abrogation d'une loi décidée postérieurement par le Conseil Constitutionnel.

Ce principe n'est pas sans rappeler celui qu'a dégagé le Conseil d'Etat dans son arrêt **Gestas** du 18 Juin 2008 (13): l'autorité de la chose jugée ne fait pas obstacle à la mise en jeu de la responsabilité de l'Etat « *dans le cas où le contenu de la décision juridictionnelle est entaché d'une violation manifeste du droit communautaire ayant pour objet de conférer des droits aux particuliers.* », ce qui revient à faire du Droit de l'Union européenne une **véritable exception spécifique et perpétuelle** à l'autorité de la chose jugée, sauf au législateur à réglementer l'exercice de cette exception.

C'est donc avec une extrême prudence que devra être exécutée une mesure à objet ou effet irréversible, alors même que celle-ci ne serait que la conséquence d'une décision juridictionnelle **en apparence irrévocable**.

De même, le caractère de **nécessité** de la mesure irréversible, condition de son exécution, devra pouvoir être examiné, dans le cadre d'un **recours juridictionnel effectif**, en fonction de l'évolution des circonstances de fait ou de droit: **irréversibilité ne signifie pas perpétuité**.

*

Les motifs qui précèdent conduisent naturellement à faire porter la **révision constitutionnelle** qu'ils appellent sur les trois grands thèmes suivants:

- Le statut constitutionnel de l'Avocat défenseur;
- L'abandon de la théorie des actes de gouvernement;
- La maîtrise de l'irréversibilité des actes de la Puissance publique.

.../...

II-/ PROPOSITION DE LOI CONSTITUTIONNELLE

« *Vu le principe de prééminence du Droit,*

Vu le bloc de constitutionnalité, notamment les articles 4, 5, 6 et 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 Août 1789, les articles 1er et 89 de la Constitution du 4 Octobre 1958,

Vu la Convention européenne des droits de l'homme,

Vu le Pacte international relatif aux droits civils et politiques du 19 Décembre 1966,

Vu le Traité de Lisbonne signé le 13 Décembre 2007 et entré en vigueur le 1er Décembre 2009,

Article 1er

Le **Titre VIII** de la Constitution est modifié. Il s'intitule: « **La Garantie des droits et la protection juridictionnelle dues par l'Etat** » et comprend les articles **64** à **66** ainsi rédigés:

« Art. **64**: *La garantie des droits est assurée, sous la responsabilité de l'Etat et la vigilance de la Société civile, sur tout le territoire de la République, par la conjugaison des prérogatives précisées dans la loi organique dont sont investis respectivement les Avocats, les Magistrats de l'ordre judiciaire et administratif et le Défenseur des droits.* »

« Art. **64-1**: *L'Etat garantit à tous le droit à une protection juridictionnelle effective et le droit à un procès équitable. Tout justiciable, quels que soient la nature et le stade du procès, a droit à l'assistance ou la représentation d'un Avocat, autorité de la Société civile dont la mission de défense relève de l'ordre public de protection individuelle qui ne s'oppose pas à l'ordre public d'intérêt général, mais l'équilibre.* »

« Art. **65**: *Toute action ou omission de la puissance publique, sans exception, susceptible de porter atteinte à un ou plusieurs droits fondamentaux garantis par la Constitution, le Droit de l'Union européenne, un traité ou accord régulièrement ratifié ou approuvé, ou les règles du droit public international, est soumise à contrôle juridictionnel par l'exercice du droit à un recours effectif, apte à en faire cesser les effets et, le cas échéant, réparer ses conséquences dommageables.* »

« Art. **66**: *Nulle mesure à objet ou effet irréversible ne peut être exécutée, sauf risque contraire, actuel et sérieusement opposable d'irréversibilité gravement dommageable, si elle cesse d'être nécessaire au moment de son exécution, ni sans présentation, à cette date, d'une décision irrévocable au fond de l'autorité publique compétente la prononçant expressément.*

Statuant, le cas échéant, sur une demande alléguant ou contestant l'existence d'un tel risque d'irréversibilité, le juge, lorsque les circonstances permettent utilement sa saisine, détermine, parmi les intérêts en présence et selon les règles de droit en vigueur, ceux qui méritent la protection juridictionnelle la plus appropriée. »

Article 2

Les articles 64 à 66-1 deviennent respectivement les articles 66-1 à 66-4.

*

Fait à Marseille, le 18 Décembre 2012

Maître Philippe KRIKORIAN

NOTES

1. Cité par **Raymond CARRE de MALBERG**, Contribution à la théorie générale de l'Etat, Sirey 1920-1922, réédition Dalloz 2004, p. 736
2. **CC, 19 et 20 Janvier 1981**, décision n°80-127 DC, loi renforçant la sécurité et protégeant la liberté des personnes; article de **Maître Philippe KRIKORIAN** « *Le statut constitutionnel de l'Avocat défenseur* » publié dans la **Gazette du Palais** des 2-4 Décembre 2007 et sur le site Internet www.philippekrikoriant-avocat.fr
3. **CJUE, 26 Juin 2007, Ordre des Barreaux francophones et germanophones**, C-305/05 (question préjudicielle sur la validité de l'article 2 bis, point 5, de la directive 91/308/CEE du Conseil, du 10 Juin 1991, telle que modifiée par la directive 2001/97/CE du Parlement européen et du Conseil, du 04 Décembre 2001)
4. **Henri BERGSON**, Les deux sources de la morale et de la religion, 1932
5. **Karl POPPER**, La société ouverte et ses ennemis, 1942
6. Eloge du Président Séguier, p. 40 in Portalis, père du Code civil par **Jean-Luc A. CHARTIER**, Fayard 2004, p. 51
7. **CE, Ass. 16 Décembre 2005, Syndicat national des huissiers de justice**, n°259584
8. **Maître Philippe KRIKORIAN**, « *L'Avocat et le Juge face au besoin normatif: esquisse d'une théorie générale de l'agir juridictionnel* », **Gazette du Palais** 19-20 Novembre 2008, p. 10
9. **Paul DUEZ**, Les actes de gouvernement, Sirey 135, réédition Bibliothèque Dalloz Novembre 2006, p. 210, préface de **Fabrice MELLERAY**, Professeur de droit public à l'Université Montesquieu-Bordeaux IV (CERCICLE)
10. **CE, Ass. 08 Février 2007, GARDEDIEU c/ Ministère de la Santé et des Solidarités**, n°279522
11. **Cass. Ass. Plén. 27 Février 2009, Sté SEDEA ELECTRONIQUE c/ Sté PACE EUROPE et a.**, n°M 07-19.841; **Dimitri HOUTCIEFF**, note sous **Cass. 3° Civ., 28 Janvier 2009**, D. 2009, p. 2010, § 11
12. **CC, décision n°2009-595 DC du 3 Décembre 2009**, consid. 18

.../...

13. **CE, 18 Juin 2008, GESTAS**, n°295831, JCP 2008, II, 10141, note J. Moreau cité par **Maître Philippe KRIKORIAN** in « *L'Avocat et le Juge face au besoin normatif: esquisse d'une théorie générale de l'agir juridictionnel* », Gazette du Palais 19-20 Novembre 2008, p. 17

*

Aux fins de garantir le libre l'exercice de sa mission constitutionnelle d'Avocat défenseur (CC, 19 et 20 Janvier 1981, décision n°80-127 DC, loi renforçant la sécurité et protégeant la liberté des personnes; article de Maître Philippe KRIKORIAN « Le statut constitutionnel de l'Avocat défenseur », publié dans la Gazette du Palais - Doctrine, n°336 à 338 des 2-4 Décembre 2007, pp. 3 à 8, sur le site Internet www.philippekrikoriant-avocat.fr et référencé sur le site officiel du Conseil constitutionnel www.conseil-constitutionnel.fr – Revue doctrinale française et étrangère), le requérant, selon actes du 04 Juillet 2013, reçus le 08 Juillet 2013, a demandé à Monsieur le Président de la République, en vertu des articles 6, 16 combinés de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 Août 1789 (ci-après « DDH ») et 89, alinéa 1er de la Constitution du 04 Octobre 1958 (ci-après « la Constitution »), sur la proposition que Monsieur le Premier ministre devait lui faire, en application de ce dernier texte, le dépôt d'un projet de loi constitutionnelle relative à la reconnaissance à l'Avocat de son statut constitutionnel de défenseur et tendant à l'instauration d'une garantie des droits effective.

Monsieur Pierre VALLEIX, Conseiller justice de Monsieur le Président de la République, a, par deux lettres en date des 09 Juillet et 06 Août 2013 (pièces n°18 et 19), accusé bonne réception de la demande de Maître KRIKORIAN « *concernant le statut constitutionnel de la profession d'avocat* » (lettre du 06 Août 2013 – pièce n°19) à qui il a confirmé « *qu'il a été pris attentivement connaissance des points* » abordés par le requérant et que Madame la Garde des Sceaux avait été saisie de la démarche de Maître KRIKORIAN qui serait tenu informé « *de la suite susceptible de lui être réservée.* »

Ces deux courriers officiels ayant valeur de lettres d'attente ne contenant aucune décision positive, dans un sens ou dans l'autre, Maître KRIKORIAN a attaqué, selon acte enregistré le 17 Octobre 2013, par la voie du recours pour excès de pouvoir, le refus implicite opposé par les deux autorités constitutionnelles précitées, résultant de leur silence pendant plus de deux mois, à compter du 08 Juillet 2013, décisions dont le requérant a demandé l'annulation pure et simple.

II-/ DISCUSSION

Ni le **bien-fondé** (**II-B**) de la présente **question prioritaire de constitutionnalité**, ni sa **recevabilité**, ni même la **compétence** (**II-A**) de la **Cour d'Appel d'Aix-en-Provence** pour en connaître ne sont sérieusement contestables.

II-A/ LA COMPETENCE DE LA COUR D'APPEL D'AIX-EN-PROVENCE POUR STATUER SUR LA TRANSMISSION A LA COUR DE CASSATION, AUX FINS DE RENVOI ULTERIEUR AU CONSEIL CONSTITUTIONNEL, DE LA PRESENTE QUESTION PRIORITAIRE DE CONSTITUTIONNALITE PARFAITEMENT RECEVABLE ET QUI A CONSERVE SON ENTIER OBJET

La **compétence** de la **Cour d'Appel d'Aix-en-Provence** n'est pas sérieusement contestable.

Quant à la **recevabilité** de la **question prioritaire de constitutionnalité**, il échet de rappeler qu'aux termes de l'article **61-1** de la **Constitution** du 04 Octobre 1958 dans sa rédaction issue de la **loi constitutionnelle** n°2008-724 du 23 Juillet 2008:

« Lorsque, à l'occasion d'une instance en cours devant une juridiction, il est soutenu qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit, le Conseil constitutionnel peut être saisi de cette question sur renvoi du Conseil d'Etat ou de la Cour de cassation qui se prononce dans un délai déterminé.

Une loi organique détermine les conditions d'application du présent article. »

Les conditions de recevabilité de la nouvelle procédure dite « **question prioritaire de constitutionnalité** », - lointaines réminiscences du **droit de remontrance** des Parlements d'Ancien Régime refusant l'enregistrement des édits royaux que le Roi pouvait, cependant, imposer par des **lettres de jussion** ou, de façon plus spectaculaire, par la **tenue d'un lit de justice** (v. Histoire des institutions de l'époque franque à la Révolution, par **Jean-Louis HAROUEL, Jean BARBEY, Eric BOURNAZEL** et **Jacqueline THIBAUT – PAYEN**, PUF Droit, 11^e édition Octobre 2009, § 322, p. 310) - de même que les juridictions compétentes pour en connaître sont précisées à l'article **23-1** de l'**ordonnance** n°58-1067 du 07 Novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil Constitutionnel (ci-après « **LOCC** ») dans sa rédaction issue de la **loi organique** n°2009-1523 du 10 Décembre 2009 entrée en vigueur le 1er Mars 2010, qui dispose en son **premier alinéa**:

*« Devant les **juridictions relevant du Conseil d'Etat ou de la Cour de cassation**, le moyen tiré de ce qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés garantis par la Constitution est, à peine d'irrecevabilité, présenté dans un **écrit distinct et motivé**. Un tel moyen peut être soulevé pour la première fois en cause d'appel. (...) »,*

ces conditions étant reprises par l'article **126-1** du Code de procédure civile (**CPC**).

Etant présentée par **mémoire distinct et motivé**, à l'occasion et à l'appui de l'**appel de Maître KRIKORIAN** dont la **Cour d'appel** est régulièrement saisi, la **question prioritaire de constitutionnalité** se trouve **parfaitement recevable**.

A cet égard, le **Conseil Constitutionnel** a eu l'occasion de préciser « *qu'en posant une question prioritaire de constitutionnalité, tout justiciable a le droit de contester la constitutionnalité de la portée effective qu'une interprétation jurisprudentielle constante confère à cette disposition* » (CC, décision n°2010-39 QPC du 06 Octobre 2010, Mmes Isabelle D. et Isabelle B. consid. 2; CC, décision n°2010-52 QPC du 14 Octobre 2010, Compagnie agricole de la Crau, consid. 4).

On peut ajouter, avec la **circulaire CIV/04/10** du 24 Février 2010, relative à la présentation de la question prioritaire de constitutionnalité (BOMJL n°2010-2 du 30 Avril 2010) que :

- D'une part, « *Si seules les parties peuvent soulever une question prioritaire de constitutionnalité, toute partie peut le faire, dès lors que ce moyen vient au soutien de ses prétentions. Si le défendeur ou la partie intervenante sera le plus souvent amené à poser une question prioritaire de constitutionnalité, le demandeur peut également soulever une telle question. Le ministère public, lorsqu'il est partie à une instance, peut aussi soulever une question prioritaire de constitutionnalité.* » (§ 2.1.1.1.).

- D'autre part, « *De même, le juge des référés est compétent pour en connaître lorsque la question prioritaire de constitutionnalité est soulevée à l'occasion d'une procédure de référé.* » (§ 2.2.1).

Il appartiendra, dès lors, à la **Cour d'Appel d'Aix-en-Provence** de **statuer par priorité et sans délai, comme prévu par l'article 23-2, alinéa 1er de la LOCC** sur la transmission à la **Cour de cassation** de la présente **question prioritaire de constitutionnalité (QPC)** de la **loi n°71-1130** du 31 Décembre 1971, notamment ses articles **3, alinéa 1er, 9, 14-2, 15, 16, 17, 21, 21-1, 21-2, 22 à 25-1 et 53**, avant de pouvoir se prononcer sur les **prétendues poursuites disciplinaires** dont **Maître Erick CAMPANA** et **Maître Fabrice GILETTA**, concurrents économiques et rivaux politiques de **Maître KRIKORIAN**, ont pris la **lourde responsabilité** de saisir le **Conseil Régional de discipline**.

La **Cour d'Appel** sera, partant, conduite, en application de l'article **23-3, alinéa 1er** de la LOCC, à **surseoir à statuer** jusqu'à ce qu'il ait été répondu de façon irrévocable à ladite **QPC**.

En effet, l'article **23-3, alinéa 1er** LOCC dispose :

« *Lorsque la question est transmise, la juridiction sursoit à statuer jusqu'à réception de la décision du Conseil d'Etat ou de la Cour de cassation ou, s'il a été saisi, du Conseil constitutionnel. Le cours de l'instance n'est pas suspendu et la juridiction peut prendre les mesures provisoires ou conservatoires nécessaires.* »

Le **bien-fondé** de la QPC ne fait pas davantage difficulté (§ II-B).

II-B/ LE BIEN-FONDE DE LA TRANSMISSION A LA COUR DE CASSATION, AUX FINS DE RENVOI ULTERIEUR AU CONSEIL CONSTITUTIONNEL, DE LA QUESTION PRIORITAIRE DE CONSTITUTIONNALITE DE LA LOI N°71-1130 DU 31 DECEMBRE 1971 PORTANT REFORME DE CERTAINES PROFESSIONS JUDICIAIRES ET JURIDIQUES ET NOTAMMENT DE SES ARTICLES 3, ALINEA 1er, 9, 14-2, 15, 16, 17, 21, 21-1, 21-2, 22 A 25-1 ET 53

Quant aux conditions de fond du renvoi, elles sont précisées par l'article **23-2, alinéa 1er LOCC**:

*« La juridiction statue **sans délai** par une **décision motivée** sur la transmission de la question prioritaire de constitutionnalité au Conseil d'Etat ou à la Cour de cassation. **Il est procédé à cette transmission** si les conditions suivantes sont remplies :*

*1° La disposition contestée est **applicable au litige ou à la procédure**, ou constitue le **fondement des poursuites**;*

*2° Elle **n'a pas déjà été déclarée conforme à la Constitution** dans les motifs et le dispositif d'une décision du Conseil constitutionnel, **sauf changement des circonstances**;*

*3° La question **n'est pas dépourvue de caractère sérieux**. »*

En l'espèce, les trois conditions légales susmentionnées sont réunies en ce qui concerne les articles **3, alinéa 1er, 9, 14-2, 15, 16, 17, 21, 21-1, 21-2, 22 à 25-1 et 53** de la **loi n°71-1130 du 31 Décembre 1971** portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques qui disposent respectivement :

Art. 3, alinéa 1er :

*« Les avocats sont des **auxiliaires de justice**. »*

Art. 9 :

*« 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. »*

Art. 14-2 :

*« La **formation continue est obligatoire** pour les avocats inscrits au tableau de l'ordre. (...) »*

Art. 15 :

*« Les avocats font partie de barreaux qui sont **établis auprès des tribunaux de grande instance**, suivant les règles fixées par les décrets prévus à l'article 53. (...) »*

Art. 16 :

« Dans les barreaux où le nombre des avocats inscrits au tableau est inférieur à huit et qui n'auraient pas usé de la faculté de se regrouper prévue à l'article 15, **les fonctions du conseil de l'ordre sont remplies par le tribunal de grande instance.** »

Art. 17 :

« Le conseil de l'ordre a pour **attribution de traiter toutes questions intéressant l'exercice de la profession et de veiller à l'observation des devoirs des avocats** ainsi qu'à la protection de leurs droits. Sans préjudice des dispositions de l'article 21-1, il a pour tâches, **notamment :**

(...)

2° De concourir à la discipline dans les conditions prévues par les articles 22 à 25 de la présente loi et par les décrets visés à l'article 53;

6° De gérer les biens de l'ordre, de préparer le budget, de fixer le montant des cotisations des avocats relevant de ce conseil de l'ordre ainsi que de celles des avocats qui, appartenant à un autre barreau, ont été autorisés à ouvrir un ou plusieurs bureaux secondaires dans son ressort, d'administrer et d'utiliser ses ressources pour **assurer les secours, allocations ou avantages quelconques attribués à ses membres ou anciens membres**, à leurs conjoints survivants ou à leurs enfants dans le cadre de la législation existante, de répartir les charges entre ses membres et d'en poursuivre le recouvrement ;

(...)

8° D'organiser les services généraux de recherche et de documentation nécessaires à l'exercice de la profession ; (...) »

Art. 21, alinéa 3 :

« (...) **Tout différend entre avocats à l'occasion de leur exercice professionnel est, en l'absence de conciliation, soumis à l'arbitrage du bâtonnier** qui, le cas échéant, procède à la désignation d'un expert pour l'évaluation des parts sociales ou actions de sociétés d'avocats; En cette matière, le bâtonnier peut **déléguer ses pouvoirs** aux anciens bâtonniers ainsi qu'à tout membre ou ancien membre du conseil de l'ordre.

(...) »

Art. 21-1 :

« Le **Conseil national des barreaux** (...) **unifie par voie de dispositions générales les règles et usages de la profession d'avocat.**

(...)

Art. 21-2 :

« *Le Conseil national des barreaux est composé d'avocats élus au suffrage direct par deux collèges :*

- *le collège ordinal, composé des bâtonniers et des membres des conseils de l'ordre;*
- *le collège général, composé de l'ensemble des avocats disposant du droit de vote mentionné au deuxième alinéa de l'article 15.*

(...)

Art. 22 :

« *Un conseil de discipline institué dans le ressort de chaque cour d'appel connaît des infractions et fautes commises par les avocats relevant des barreaux qui s'y trouvent établis.*

(...) »

Art. 22-1 :

« *Le conseil de discipline mentionné au premier alinéa de l'article 22 est composé de représentants des conseils de l'ordre du ressort de la cour d'appel. (...) »*

Art. 22-2 :

« *Le conseil de l'ordre du barreau de Paris siégeant comme conseil de discipline peut constituer plusieurs formations d'au moins cinq membres, délibérant en nombre impair et présidées par un ancien bâtonnier ou à défaut par le membre le plus ancien dans l'ordre du tableau. (...) »*

Art. 23 :

« *L'instance disciplinaire compétente en application de l'article 22 est saisie par le procureur général près la cour d'appel dans le ressort de laquelle elle est instituée ou le bâtonnier dont relève l'avocat mis en cause.*

(...) »

Art. 24 :

« *Lorsque l'urgence ou la protection du public l'exigent, le conseil de l'ordre peut, à la demande du procureur général ou du bâtonnier, suspendre provisoirement de ses fonctions l'avocat qui en relève lorsque ce dernier fait l'objet d'une poursuite pénale ou disciplinaire. Cette mesure ne peut excéder une durée de quatre mois, renouvelable.*

(...) »

Art. 25 :

« *Toute juridiction qui estime qu'un avocat a commis à l'audience un manquement aux obligations que lui impose son serment, peut saisir le procureur général en vue de poursuivre cet avocat devant l'instance disciplinaire dont il relève. (...) »*

Art. 25-1 :

« En cas de manquement aux obligations ou de contravention aux règles découlant des dispositions sur la procédure, les avocats encourent les sanctions édictées par lesdites dispositions. »

Art. 53 :

« Dans le respect de l'indépendance de l'avocat, de l'autonomie des conseils de l'ordre et du caractère libéral de la profession, des décrets en Conseil d'Etat fixent les conditions d'application du présent titre.

Ils précisent notamment :

(...)

2° Les règles de déontologie, ainsi que la procédure et les sanctions disciplinaires;

(...)

6° La procédure de règlement des contestations concernant le paiement des frais et honoraires des avocats;

(...) »

*

Ainsi, d'une part, les dispositions contestées sont **applicables au litige et à la procédure (II-B-1)**.

De deuxième part, **elles n'ont pas été précédemment déclarées irrévocablement conformes à la Constitution (II-B-2)**.

Enfin, de troisième part, la question de leur constitutionnalité est **nouvelle** au regard du **droit constitutionnel des citoyens de concourir personnellement à la formation de la loi (II-B-4)** et **présente**, en tout état de cause, **un caractère sérieux (II-B-3)**.

II-B-1/ LES DISPOSITIONS LEGISLATIVES CONTESTEES SONT APPLICABLES AU LITIGE ET A LA PROCEDURE

Cette condition n'est pas sérieusement contestable au vu tant de l'**acte de saisine** du 09 Décembre 2014, que de la **citation** devant le **Conseil de discipline** du 07 Juillet 2015, signifiée le 10 Juillet 2015.

Ainsi, lit-on dans le premier acte (page **5/6**) :

« (...)

*Et, tout aussi grave est le refus exprimé par Maître **KRIKORIAN** dans son courrier du 24 novembre 2014 de l'autorité du Bâtonnier de l'Ordre dont il dépend ainsi que l'affirmation de son insoumission aux règles déontologiques de sa profession.*

C'est ainsi qu'invoquant le statut constitutionnel de l'avocat défenseur, il prétend s'exonérer de tout régime disciplinaire relevant des pouvoirs reconnus au Bâtonnier de l'Ordre dans le cadre de ses fonctions de contrôle des modalités d'exercice professionnel, telles qu'elles résultent de l'article 21 de la loi n°71-1130 du 31 décembre 1971 et de l'article 20-2 du R.I.N.

La somme de() tous ces manquements aux règles professionnelles constitue une infraction relevant de l'article 183 du Décret du 24 mai 2005 et doit conduire à ouvrir une procédure disciplinaire dont la sanction, prévue par l'article 184 du Décret sera proportionnelle à la faute relevée.

En conséquence, pour les motifs qui précèdent, agissant dans le cadre de l'article 187 du décret n°2005-531,

Vu les articles 22 et 23 de la loi 71(-)130 du 31 décembre 1971 modifié(e) par la loi 2004(-)130 du 11 février 2004, les articles 183, 188 et suivants du décret 91-1197 du 27 novembre 1991 modifié par le décret 2005-531 du 24 mai 2005, je requiers qu'il plaise au Conseil Régional de Discipline des Avocats près la Cour d'Appel d'Aix(-)en(-)Provence d'exercer l'action disciplinaire à l'encontre de Me Philippe KRIKORIAN.

(...)»

Le second acte vise, de même, les dispositions législatives attaquées (**9/13**) :

« (...)

Selon les dispositions des articles 23 de la loi 71-1130 (...) du 31 décembre 1971 modifiée et 188 à 191 du décret 91-1197 du 27 novembre 1991, le Conseil de Discipline a été saisi afin qu'il soit statué sur les faits contenus dans l'acte de saisine adressé au Conseil de Discipline par lettre en date du 9 décembre 2014 qui vous a été notifié par courrier recommandé avec accusé de réception expédié le 11 décembre 2014 (pli retiré par vos soins le 12 décembre 2014), sur les faits constatés par les rapporteurs désignés par le Conseil de l'Ordre en application des articles 188 et 189 du décret susvisé consignés dans le rapport du 15 juin 2015, ainsi que ceux relatés dans la présente convocation.

(...)».

Quant aux autres dispositions de la loi attaquée, elles entretiennent un **lien de dépendance nécessaire** avec le texte précité dès lors qu'elles en sont le **préalable**, la **suite** ou l'**application**.

Il est significatif, à cet égard, de relever les considérations qui ont conduit récemment le **Conseil constitutionnel – au mépris de sa décision précitée des 19-20 Janvier 1981** - à déclarer conforme à la Constitution l'article **53, 2°** de la **loi n°71-1130 du 31 Décembre 1971**, par lequel le législateur a consenti au pouvoir réglementaire une délégation aux fins de fixer « **Les règles de déontologie, ainsi que la procédure et les sanctions disciplinaires** » :

« (...) **SUR LE 2° DE L'ARTICLE 53 DE LA LOI DU 31 DÉCEMBRE 1971 :**

5. Considérant que la détermination des règles de déontologie, de la procédure et des sanctions disciplinaires applicables à une profession ne relève ni du droit pénal ni de la procédure pénale au sens de l'article 34 de la Constitution ; qu'il résulte des articles 34 et 37, alinéa 1er, de la Constitution, qu'elle relève de la compétence réglementaire dès lors que ne sont mis en cause aucune des règles ni aucun des principes fondamentaux placés par la Constitution dans le domaine de la loi ;

6. Considérant qu'il résulte de l'article 15 de la loi du 31 décembre 1971 que, pour l'exercice de leur profession, les avocats sont inscrits à un barreau ; que l'article 17 de la même loi prévoit que chaque barreau est administré par un conseil de l'ordre qui veille notamment à « l'observation des devoirs des avocats » et statue sur l'inscription au tableau des avocats ; qu'il résulte des articles 22 et 22-1 de la même loi que le conseil de discipline est composé des représentants des conseils de l'ordre du ressort de la cour d'appel et que le conseil de l'ordre du barreau de Paris siège comme conseil de discipline ; qu'il résulte de l'ensemble de ces dispositions que, le législateur a entendu, en l'espèce, que les fautes disciplinaires des avocats puissent faire l'objet de sanctions comprenant, le cas échéant, l'interdiction temporaire ou définitive d'exercer leur activité ; que, dès lors, en renvoyant au décret le soin de fixer les sanctions disciplinaires qui, par leur objet et leur nature, sont en rapport avec l'exercice de cette profession réglementée, le législateur n'a pas méconnu l'étendue de sa compétence ; qu'ainsi, le renvoi au décret opéré par le 2° de l'article 53 de la loi du 31 décembre 1971 susvisée ne méconnaît pas l'article 34 de la Constitution ; qu'il n'est contraire à aucun autre droit ou liberté que la Constitution garantit ; (...) (**CC, décision n°2011-171/178 QPC du 29 Septembre 2011, M. Michael C. et autre, précitée).**

Ainsi, pour valider les 2° et 6° de l'article **53** de la **loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971** portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques, le **Conseil constitutionnel** s'appuie, au vu des articles **15, 17, 22 et 22-1** de ladite loi **non attaquées par la QPC dont il était saisie**, sur le **postulat** selon lequel la profession d'Avocat serait une **profession réglementée**.

Or, comme susmentionné, **ce postulat est faux** : dès lors qu'il jouit du **statut constitutionnel**, l'Avocat ne peut pas appartenir à une profession réglementée, c'est dire placée, pour la détermination de ses règles déontologiques sous l'autorité du **pouvoir réglementaire**.

On ne saurait, à cet égard, placer sur le même rang la **profession de taxi** et la **profession d'avocat**. La première est **réglementée** (cf. **CE, Ass. M. BENKERROU**, 07 Juillet 2004, n°255136, concl. M. GUYOMAR). La seconde est de **rang constitutionnel**.

On en déduit nécessairement que seul le **législateur organique** – à l'exclusion du pouvoir réglementaire - pouvait **aménager l'exercice des prérogatives de défense des Avocats**.

De plus, les articles **15, 17, 22 et 22-1** de la **loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971** sont **présentement attaqués** dans la **QPC** dont le **Conseil Régional de discipline** est saisi et ne peuvent, dès lors, faire obstacle au renvoi de ladite **QPC** au **Conseil constitutionnel**.

L'autorité de la chose jugée de la décision du Conseil constitutionnel n°2011-171/178 QPC du 29 Septembre 2011, M. Michael C. et autre, précitée – qui ne vaut qu'en considération des « *motifs qui en sont le soutien nécessaire et en constituent le fondement* » - ne saurait, dans ces conditions, paralyser le renvoi de la **QPC** au juge constitutionnel dès lors que, comme susdit, les articles **15, 17, 22 et 22-1** de la **loi n°71-1130 du 31 décembre 1971** qui en sont le **soutien nécessaire** – sans le visa desquels le **Conseil constitutionnel** n'aurait pas pu qualifier, à tort, la profession d'Avocat de **profession réglementée** - sont, précisément, **attaqués par la présente QPC**.

Il est, encore, significatif de relever que cette décision a été rendue au prix d'une **occultation totale** de la décision rendue les 19-20 Janvier 1981 par laquelle le **Conseil constitutionnel a reconnu le statut constitutionnel de l'avocat défenseur**, de même que son **indépendance absolue**.

Il est à observer, dans cet ordre d'idées, que l'article de doctrine susmentionné de **Maître Philippe KRIKORIAN** « *Le statut constitutionnel de l'Avocat défenseur* », publié en premier lieu à la **Gazette du Palais** (2-4 Décembre 2007), est également référencé sur le site officiel du **Conseil constitutionnel** www.conseil-constitutionnel.fr – Revue doctrinale française et étrangère. On peut raisonnablement y voir l'adhésion du Haut conseil à l'analyse juridique conduisant logiquement à la reconnaissance à l'Avocat de son **statut constitutionnel de défenseur**, thème qui fait l'objet du **colloque** que **Maître Philippe KRIKORIAN** a organisé au sein du **Barreau de Marseille** et qui s'y est tenu, à la **Maison de l'Avocat**, le 22 Octobre 2013, de 14h00 à 19h00.

*

Il est, ainsi, clairement établi, quels que soient les cas de figure, que **les dispositions** de la **loi n°71-1130 du 31 Décembre 1971**, sont bien **applicables au litige et à la procédure**, au sens de l'article **23-2, alinéa 1er, 1°** de la LOCC.

*

.../...

II-B-2/ LES ARTICLES 3, ALINEA 1er, 9, 14-2, 15, 16, 17, 21, 21-1, 21-2, 22 A 25-1 ET 53 DE LA LOI N°71-1130 DU 31 DECEMBRE 1971 N'ONT FAIT L'OBJET D'AUCUNE DECLARATION IRREVOCABLE DE CONFORMITE A LA CONSTITUTION PAR LE CONSEIL CONSTITUTIONNEL

Comme le révèle le tableau publié sur le **site officiel du Conseil Constitutionnel** (www.conseil-constitutionnel.fr), les articles **3, alinéa 1er, 9, 14-2, 15, 16, 17, 21, 21-2, 22-1 à 25-1** de la **loi n°71-1130 du 31 Décembre 1971** portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques n'ont fait l'objet, à ce jour, d'**aucune déclaration de constitutionnalité** par le Conseil Constitutionnel.

Quant à l'article **21-1**, il n'a été déclaré conforme à la Constitution qu'en ses **alinéas 2 et 3** (CC, **décision n°2012-231/234 QPC du 13 Avril 2012, M. Stéphane C. et autres**) et l'article **53** uniquement en ce qui concerne ses **2° et 6°** (CC, **décision n°2011-171/178 QPC, M. Michael C. et autre du 29 Septembre 2011**).

En outre et en tout état de cause, le **changement de circonstances** autorise une nouvelle présentation de la **QPC** notamment des articles **21-1, 22 et 53** de la même loi.

En effet, s'il est vrai que par ses **décisions n°2011-179 QPC, Mme Marie-Claude A. et n°2011-171/178 QPC, M. Michael C. et autre du 29 Septembre 2011**, le **Conseil constitutionnel** a déclaré **conformes à la Constitution** respectivement l'article **22** et l'article **53, 2° et 6°** de la **loi n°71-1130 du 31 Décembre 1971** portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques, il est tout aussi constant que par un **arrêt ultérieur** à ces deux décisions du **29 Septembre 2011** et à celle du **13 Avril 2012** précitée, la **Cour de cassation** a reconnu à l'Avocat « *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 SZPNER, n°11-30.193, 481**), puis, plus récemment, « *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**).

Ce **droit de critique** nouvellement consacré par la Haute juridiction de l'ordre judiciaire étend, à l'évidence, la **liberté d'expression de l'Avocat**, laquelle est le **vecteur nécessaire** du libre exercice des **droits de la défense, mission constitutionnelle** de ce **défenseur professionnel**.

Or, cette **liberté d'expression étendue** ne se concilie que très mal avec la **faculté discrétionnairement offerte** à toute juridiction, par l'article **25** de la **loi n°71-1130 du 31 Décembre 1971**, « *qui estime qu'un avocat a commis à l'audience un manquement aux obligations que lui impose son serment* » de « *saisir le procureur général en vue de poursuivre cet avocat devant l'instance disciplinaire dont il relève.* »

En effet, l'**appréciation purement subjective** que pourra porter la juridiction sur les propos ou écrits de l'Avocat **n'aura pas à être motivée**, étant précisé, de surcroît, que la **faculté réciproque n'est pas ouverte à l'Avocat** qui n'aura pas la possibilité effective de saisir le **Conseil supérieur de la magistrature** dès lors que le ou les magistrats en cause « *demeure(nt) saisi(s) de la procédure* » (article **50-3** de l'**ordonnance n°58-1270 du 22 Décembre 1958** portant loi organique relative au statut de la magistrature).

Le **changement des circonstances de droit** qui n'est, dès lors, pas sérieusement contestable, pose, à nouveaux frais, la **question de la constitutionnalité notamment du régime disciplinaire des Avocats** et autorise, en conséquence, que cette question soit renvoyée au **Conseil constitutionnel**.

II-B-3/ LA QUESTION DE LA CONSTITUTIONNALITE DE LA LOI N°71-1130 DU 31 DECEMBRE 1971 PORTANT REFORME DE CERTAINES PROFESSIONS JUDICIAIRES ET JURIDIQUES ET NOTAMMENT DE SES ARTICLES 3, ALINEA 1er, 9, 14-2, 15, 16, 17, 21, 21-1, 21-2, 22 A 25-1 ET 53 PRESENTE UN CARACTERE SERIEUX

L'analyse de l'atteinte par les articles précités de la **loi** n°71-1130 du 31 Décembre 1971 aux droits et libertés que la Constitution garantit (**II-B-3-b**) nécessite que soient exposées les normes de référence constitutionnelles présentement invoquées (**II-B-3-a**).

II-B-3-a/ LES NORMES DE REFERENCE CONSTITUTIONNELLES INVOQUEES

Il s'agit:

- des articles **2, 6, 13, 16** et **17** de la **Déclaration des droits de l'homme et du citoyen** du 26 Août 1789 (**DDH**);
- de la **liberté en général comme droit naturel de l'homme** (articles **4** et **5 DDH**);
- du **droit à la justice** et des **droits de la défense** (article **16 DDH**);
- de la **liberté d'expression** (article **11 DDH**);
- de l'article **34** de la **Constitution** du 04 Octobre 1958 fixant, en partie, le domaine de la loi (**incompétence positive** et **incompétence négative**);
- du **principe d'égalité** (article **6 DDH** et article **1er** de la **Constitution** du 04 Octobre 1958; cf, spécialement pour la **partie civile CC, décision n°2010-15/23 QPC du 23 Juillet 2010, Région Languedoc-Roussillon et autres**) et d'**universalité du suffrage** (article **3, alinéa 3** de la **Constitution** du 04 Octobre 1958);
- du **droit des citoyens de concourir personnellement à la formation de la loi** (article **6 DDH**);
- du **droit de résistance à l'oppression** (art. **2 DDH**);
- des articles **88-1** et **88-2** de la **Constitution** du 04 Octobre 1958;
- du **principe de souveraineté nationale** (art. **3 DDH** et art. **3** de la **Constitution** du 04 Octobre 1958);
- de l'**alinéa 6** du **Préambule de la Constitution** du 27 Octobre 1946.

.../...

II-B-3-a-i/ LA LIBERTE, DROIT NATUREL DE L'HOMME

Article 4 DDH:

« *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.* »

Article 5 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.* »

De ces deux textes qui fondent **la liberté comme principe**, on tire que le législateur ne doit pas, dans l'exercice de sa compétence, apporter à la liberté ou aux libertés des atteintes injustifiées (CC, 16 Juillet 1971, déc. n°71-44 DC, Liberté d'association; CC, 12 Janvier 1977, déc. n°76-75 DC, Fouilles des véhicules; CC, 13 Août 1993, déc. n°93-325 DC, Maîtrise de l'immigration).

C'est dire que la réglementation d'une liberté par le législateur « *ne doit pas excéder ce qui est nécessaire à garantir son exercice* » (CC, 27 Juillet 1982, déc. n°82-141 DC: Rev. Cons. const. p. 48).

II-B-3-a-ii/ LE DROIT A LA JUSTICE ET LES DROITS DE LA DEFENSE

Aux termes de l'article 16 de la **Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 Août 1789** (ci-après « DDH »):

*« Toute société dans laquelle la **garantie des droits** n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution. »*

C'est de ce texte à **valeur constitutionnelle** que procèdent le **droit à la justice** et les **droits de la défense** dont le **Conseil Constitutionnel** a précisé qu'ils concernaient tant **la personne du justiciable** qui en est titulaire que **celle de son Avocat** qui les met en oeuvre à titre professionnel:

*« (...) Considérant que, même si la mesure que le président, aux termes de l'article 25-1 précité, pourrait prendre à l'égard d'un avocat dont l'attitude compromettrait la sérénité des débats, avait le caractère d'une **simple mesure de police de l'audience** et ne revêtait pas celui d'une **sanction disciplinaire**, il ne demeure pas moins que cette mesure, qui pourrait intervenir alors que l'avocat **n'a manqué à aucune des obligations que lui impose son serment** et alors qu'il a donc rempli son **rôle de défenseur**, serait contraire, tant dans la personne de l'avocat que dans celle du justiciable, aux **droits de la défense** qui résultent des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République; que, dès lors, le paragraphe II de l'article 66 de la loi soumise à l'examen du Conseil constitutionnel est contraire à la Constitution ;(...) » (CC, 19-20 Janvier 1981, décision n°80-127 DC, Loi renforçant la sécurité et protégeant la liberté des personnes, consid. 52; **article de Maître Philippe KRIKORIAN « Le statut constitutionnel de l'Avocat défenseur »**, publié dans la **Gazette du Palais - Doctrine**, n°336 à 338 des 2-4 Décembre 2007, pp. 3 à 8, sur le site Internet www.philippekrikoriant-avocat.fr et référencé sur le site officiel du Conseil constitutionnel www.conseil-constitutionnel.fr – Revue doctrinale française et étrangère; CC, déc. n°2010-14/22 QPC du 30 Juillet 2010, M. Daniel W. et autres, consid. 24).*

C'est bien dire que **droits de la défense** et **prérogatives de défense de l'Avocat** sont **consubstantiels** et ont tous deux **valeur constitutionnelle**, ce que reconnaît le **sixième amendement** à la **Constitution des Etats-Unis** depuis 1791:

*« Dans toutes les poursuites criminelles (criminal prosecutions), l'accusé aura droit à un jugement rapide et public par un jury impartial de l'Etat et du district où le crime aura été commis, lequel district ayant auparavant été déterminé par la loi, et il aura le droit d'être informé de la nature et du motif de l'accusation, d'être confronté avec les témoins à charge, de bénéficier d'une procédure obligatoire de citation de témoins à décharge, et **d'être assisté d'un conseil pour sa défense.** »*

L'étroitesse des rapports entre l'Avocat et son client, sous l'angle des **droits de la défense**, est encore rappelée par la **Cour de justice de l'Union européenne**:

« (...) 32 *L'avocat ne serait pas en mesure d'assurer sa mission de conseil, de défense et de représentation de son client de manière adéquate, et celui-ci serait par conséquent privé des droits qui lui sont conférés par l'article 6 de la CEDH, si l'avocat, dans le cadre d'une procédure judiciaire ou de sa préparation, était obligé de coopérer avec les pouvoirs publics en leur transmettant des informations obtenues lors des consultations juridiques ayant eu lieu dans le cadre d'une telle procédure.*(...) » (19).CJCE, 26 Juin 2007, **Ordre des barreaux francophones et germanophone et a. c/ Conseil des ministres**, n° C-305/05).

Il y a lieu d'ajouter, en outre, que les **droits de la défense** sont ouverts non seulement à la **personne accusée**, mais également à la personne lésée par une infraction pénale et donc à la **partie civile**.

Ainsi, l'article 575 du Code de procédure pénale est **déclaré contraire à la Constitution** par le Conseil constitutionnel et, en conséquence, **abrogé** depuis le 23 Juillet 2010, aux motifs que cette disposition « *a pour effet, en l'absence de pourvoi du ministère public, de priver la partie civile de la possibilité de faire censurer, par la Cour de cassation, la violation de la loi par les arrêts de la chambre de l'instruction statuant sur la constitution d'une infraction, la qualification des faits poursuivis et la régularité de la procédure; qu'en privant ainsi une partie de l'exercice effectif des droits qui lui sont garantis par le code de procédure pénale devant la juridiction d'instruction, cette disposition apporte une restriction injustifiée aux droits de la défense; que par suite, l'article 575 de ce code doit être déclaré contraire à la Constitution;* (...) » (**CC, décision n°2010-15/23 QPC du 23 Juillet 2010 – Région LANGUEDOC-ROUSSILLON et autres**).

Il convient d'indiquer, à ce propos, que **la prééminence du principe du contradictoire** a été consacrée aussi bien par le **Conseil d'Etat** que le **Conseil Constitutionnel** qui voient dans le **caractère contradictoire** de la procédure un **principe général du droit** (**CE 11 Octobre 1979** : D. 1979, p. 606, note Bénabent; JCP G 1980, II, 19288, note Boré; Gaz. Pal. 1980, 1, p. 6, note Julien; **C. Const. 13 Novembre 1985** : Rec. Cons. Const. p. 116) auquel seule la loi – et non le pouvoir réglementaire – peut, le cas échéant, apporter certains aménagements, le **Conseil Constitutionnel** considérant même, plus récemment, que **les droits de la défense** – étant précisé, comme le fait justement remarquer le **Professeur Gérard COUCHEZ** in Juris-Classeur procédure civile, fasc. 114, § 4, p. 3, qu'il s'agit de la **défense de chacune des parties** – sont « **un droit fondamental à caractère constitutionnel** » (**C. Const. 13 Août 1993** : Justices janv. 1995, p. 201, obs. Molfessis).

De surcroît, le **Conseil constitutionnel** dont les décisions, en vertu de l'article 62, alinéa 3 de la Constitution, « **s'imposent aux pouvoirs publics et à toutes les autorités administratives et juridictionnelles** » a consacré, à l'occasion de l'examen de la **loi organique n°2009-1523 du 10 Décembre 2009**, la **valeur constitutionnelle du droit de tout justiciable de poser une question prioritaire de constitutionnalité**:

« (...) 3. **Considérant, d'une part, que le constituant a ainsi reconnu à tout justiciable le droit de soutenir, à l'appui de sa demande, qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit; qu'il a confié au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation, juridictions placées au sommet de chacun des deux ordres de juridiction reconnus par la Constitution, la compétence pour juger si le Conseil constitutionnel doit être saisi de cette question de constitutionnalité; qu'il a, enfin, réservé au Conseil constitutionnel la compétence pour statuer sur une telle question et, le cas échéant, déclarer une disposition législative contraire à la Constitution;**

4. **Considérant, d'autre part, que la bonne administration de la justice constitue un objectif de valeur constitutionnelle qui résulte des articles 12, 15 et 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789; qu'il appartient au législateur organique, compétent pour déterminer les conditions d'application de l'article 61-1 de la Constitution, d'assurer la mise en oeuvre de cet objectif sans méconnaître le droit de poser une question prioritaire de constitutionnalité; (...) »**

(CC, décision n°2009-595 DC du 3 Décembre 2009, Loi organique relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution, consid. 3 et 4).

Ce principe de droit à **valeur constitutionnelle interdit au législateur d'entraver le libre exercice du droit de poser une QPC** au soutien d'une demande.

II-B-3-a-iv/ LE DROIT A LA LIBERTE D'EXPRESSION (art. 11 de la DDH)

Art. 11 DDH:

« 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. »

II-B-3-a-v/ L'ARTICLE 34 DE LA CONSTITUTION DU 04 OCTOBRE 1958

Ce texte dispose:

« La loi fixe les règles concernant (...) « les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques; (...) l'assiette, le taux et les modalités de recouvrement des impositions de toutes natures.

La loi détermine les principes fondamentaux (...) du régime de la propriété, des droits réels et des obligations civiles et commerciales; (...) »

En effet, le Conseil constitutionnel juge « (...) que la méconnaissance par le législateur de sa propre compétence ne peut être invoquée dans le cadre d'une question prioritaire de constitutionnalité que dans le cas où est affecté un droit ou une liberté que la Constitution garantit; » (...) » (CC, Décision n°2010-33 QPC du 22 Septembre 2010, Société Esso SAF, consid. 2), condition remplie, en l'espèce.

**II-B-3-a-vi/ LE PRINCIPE D'EGALITE – LE PRINCIPE D'EGALITE
ET D'UNIVERSALITE DU SUFFRAGE**

Aux termes de l'article **6 DDH**, la loi « *doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse.* »

Quant à l'article **1er** de la **Constitution** du 04 Octobre 1958, il n'est pas moins clair quant au principe consacré en disposant que la France « *assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction d'origine, de race ou de religion.* »

Il est remarquable, en outre, que par **arrêt n°360** du 25 Juin 2015 (**Maître Philippe KRIKORIAN c/ Conseil National des Barreaux**, RG n°14/25103 – *pièce n°51*), la **Cour d'Appel de Paris** ait transmis à la **Cour de cassation** la **question prioritaire de constitutionnalité** de l'article **21-2** de la **loi n°71-1130** du 31 Décembre 1971 (**double collège électoral**) aux motifs suivants :

« (...) que certes participe d'un objectif de pertinence et d'efficacité l'existence de deux collèges procédant à sa désignation, dont l'un est composé de membres ayant exercé un mandat ordinal et bénéficiant à ce titre d'une compétence particulière, ce qui permet de réunir au sein d'une même instance et sur la base d'un critère objectif qui est celui du mandat ordinal, des professionnels aux parcours et aux expériences diverses et complémentaire(s);

*qu'il demeure cependant que la reconnaissance aux électeurs du collège ordinal (**2657**) du pouvoir de désigner autant de représentants que ceux du collège général (**64 834**), à savoir 40 chacun, instaure une **disproportion importante** dont le caractère approprié et nécessaire à la réalisation de l'objectif que s'est fixé le législateur peut être dès lors sérieusement contesté au regard des **principes constitutionnels d'égalité et d'universalité et d'égalité du suffrage**;*

Considérant en conséquence qu'il convient de transmettre à la Cour de cassation la question prioritaire de constitutionnalité portant sur l'article 21-2 de la loi du 31 décembre 1971 modifiée posée par M. Philippe Krikorian dans son mémoire du 5 décembre 2014;
(...)»

L'audience devant la **Cour de cassation, Première Chambre civile** a été fixée au 15 Septembre 2015 à 09h30 (*pièce n°52*).

II-B-3-a-vii/ LE DROIT DES CITOYENS DE CONCOURIR PERSONNELLEMENT A LA FORMATION DE LA LOI (ART. 6 DDH)

Il est expressément consacré par l'article **6 DDH** :

« La loi est l'expression de la volonté générale.

Tous les citoyens ont droit de concourir personnellement, ou par leurs représentants, à sa formation. (...) »

II-B-3-a-viii/ LE DROIT DE RESISTANCE A L'OPPRESSION (ART.2 DDH) :

« Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'homme. Ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté et la résistance à l'oppression. »

II-B-3-a-ix/ LES ARTICLES 88-1 ET 88-2 DE LA CONSTITUTION DU 04 OCTOBRE 1958

Art. **88-1**: *« La République participe à l'Union européenne constituées d'Etats qui ont choisi librement d'exercer en commun certaines de leurs compétences en vertu du traité sur l'Union européenne et du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, tels qu'ils résultent du traité signé à Lisbonne le 13 décembre 2007. »;*

Art. **88-2**: *« La loi fixe les règles relatives au mandat d'arrêt européen en application des actes pris par les institutions de l'Union européenne. »,*

dispositions constitutionnelles qu'appliquent tant le **Conseil constitutionnel** (**CC**, décision n°2010-605 DC du 12 Mai 2010, **Loi relative à l'ouverture à la concurrence et à la régulation du secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne**) que le **Conseil d'Etat** (**CE**, Ass., 30 Octobre 2009, **Mme PERREUX c/ Ministère de la justice et des libertés**, n°298348).

II-B-3-a-x/ LA LIBERTE SYNDICALE (ALINEA 6 DU PREAMBULE DE LA CONSTITUTION DU 27 OCTOBRE 1946)

Ce texte à pleine valeur constitutionnelle dispose:

« Tout homme peut défendre ses droits et ses intérêts par l'action syndicale et adhérer au syndicat de son choix. »

II-B-3-a-xi/ LE PRINCIPE DE SOUVERAINETE NATIONALE

Il a été consacré par l'article 3 de la **Déclaration des droits de l'homme et du citoyen** du 26 Août 1789 (ci-après « **DDH** ») et a été réaffirmé par l'article 3 de la **Constitution** du 04 Octobre 1958 (ci-après « **La Constitution** »).

Art. 3 DDH:

« Le principe de toute souveraineté réside essentiellement dans la nation. Nul corps, nul individu ne peut exercer d'autorité qui n'en émane expressément. »

Art. 3 de la **Constitution** du 04 Octobre 1958:

*« La **souveraineté nationale** appartient au peuple qui l'exerce par ses **représentants** et par la voie du référendum.*

Aucune section du peuple ni aucun individu ne peut s'en attribuer l'exercice.

(...) »

Il est jugé, à cet égard, que **seuls les élus nationaux** participent à l'exercice de cette souveraineté:

*« (...) Considérant que la **souveraineté** qui est définie à l'article 3 de la Constitution de la République française, tant dans son fondement que dans son exercice, ne peut être que **nationale** et que **seuls** peuvent être regardés comme participant à l'exercice de cette souveraineté **les représentants du peuple français élus dans le cadre des institutions de la République**; (...) »*

(CC, décision n°76-71 DC du 30 Décembre 1976, Décision du Conseil des communautés européennes relative à l'élection de l'Assemblée des Communautés au suffrage universel direct, considérant 6).

II-B-3-b/ L'ATTEINTE AUX DROITS ET LIBERTES QUE LA CONSTITUTION GARANTIT

Elle résulte, en l'espèce, de la **violation** par les dispositions législatives attaquées:

1° du statut constitutionnel de l'Avocat défenseur (CC, 19-20 Janvier 1981, Loi Sécurité et liberté) et de l'article 34 de la Constitution du 04 Octobre 1958 (incompétence du législateur ordinaire) (II-B-3-b-i);

2° du principe de souveraineté nationale (art. 3 DDH et art. 3 de la Constitution du 04 Octobre 1958) (II-B-3-b-ii);

3° de la liberté syndicale (alinéa 6 du Préambule de la Constitution du 27 Octobre 1946) (II-B-3-b-iii);

**II-B-3-b-i/ LA NECESSAIRE CONSECRATION DU STATUT
CONSTITUTIONNEL DE L'AVOCAT DEFENSEUR : L'ABROGATION IMPLICITE
DE LA LOI N°71-1130 DU 31 DECEMBRE 1971 PORTANT REFORME DE
CERTAINES PROFESSIONS JUDICIAIRES ET JURIDIQUES**

Elle découle naturellement de la **nécessité** de mettre un terme à la **contradiction (1)** existant :

- d'une part, entre les diverses **immunités** dont jouit naturellement l'**Avocat** en ce qui concerne la police de l'audience (2),

- et, d'autre part, la **fausse dénomination d'auxiliaire** dont la loi l'affuble et le **régime disciplinaire** auquel la loi l'assujettit **inconstitutionnellement (3)**, l'**Avocat n'étant pas membre d'une profession réglementée (4)**.

**1.-/ LA CONTRADICTION MOTEUR DE LA NECESSAIRE
REFORME CONSTITUTIONNELLE : L'ABROGATION IMPLICITE DES LOIS
INCOMPATIBLES AVEC DES PRINCIPES SUPRALEGISLATIFS
POSTERIEUREMENT CONSACRES**

On doit, ici, rappeler que le **principe de cohérence**, selon lequel **nul ne peut se contredire au détriment d'autrui** (Cass. Ass. Plén. 27 Février 2009, Sté SEDEA ELECTRONIQUE c/ Sté PACE EUROPE et a., n°M 07-19.841; Cass. Com. 20 Septembre 2011, n°10-22.888) dont selon la Doctrine « *il n'est désormais ni contestable ni contestataire d'affirmer l'existence* » (Dimitri HOUTCIEFF, note sous Cass. 3° Civ., 28 Janvier 2009, D. 2009, p. 2010, § 11) est issu de la règle de l'**estoppel** de droit international public « *Notion empruntée au droit anglo-saxon, souvent analysée comme une exception procédurale, destinée à sanctionner, au nom de la **bonne foi**, les contradictions dans les comportements d'un Etat, celui-ci étant considéré comme lié par son comportement antérieur et, dès lors, **estopped** à faire valoir une prétention nouvelle. Ex. Un Etat qui a expressément reconnu une ligne frontière est déchu de son droit de contester cette ligne auprès d'un autre Etat* » (**Vocabulaire juridique Gérard CORNU**, PUF, 8° édition Quadrige Avril 2007, v° Estoppel, p. 372) et se traduit en droit positif par l'**irrecevabilité** des prétentions incohérentes (Cass. 1° Civ., 02 Avril 1996, Mme Sylvette FREULET née LEFEBVRE c/ Mme Franciane BENOIST née LEVEBvre et a., n° 93-10.717; Cass. Com. 10 Mai 2000, M. James VENDE c/ M. Georges SIGNOL, n°97-18.322; Cass. 1° Civ., 06 Juillet 2005, M. Abraham Rahman Golshani c/ Gouvernement de la République islamique d'Iran, n°S 01-15.912; Cass. Com. 17 Mars 2009, Sté TERREAL c/ Sté TEJAS BORJA, n°07-18.842).

Ce principe de droit découle du **principe philosophique de raison suffisante** lui-même sous-tendu par les **principes logiques d'identité, de non-contradiction et du tiers exclu** et qui s'exprime sous la plume d'un des plus puissants philosophes du Grand siècle :

« Il y a deux grands principes de nos raisonnements; l'un est le **principe de la contradiction**...; l'autre est celui de la **raison suffisante** : c'est que **jamais rien n'arrive sans qu'il y ait une cause ou du moins une raison déterminante**, c'est-à-dire qui puisse servir à rendre raison a priori pourquoi cela est existant plutôt que non existant et pourquoi cela est ainsi plutôt que de toute autre façon. » (**LEIBNIZ**, Théodicée, I, 44, cité dans **Vocabulaire technique et critique de la philosophie**, André **LALANDE**, PUF, Quadriga 3^e édition Novembre 2010, v^o Raison suffisante, p. 886).

Le **principe d'identité** s'énonce, lui, ordinairement sous la forme :

« **Ce qui est, est; ce qui n'est pas, n'est pas.** » ou encore, en notations, $a = a$ (*ibid.*, v^o Identité (Principe d'), p. 457).

Quant aux principes de **non-contradiction** et du **tiers exclu** ils rendent compte respectivement de l'impossibilité, d'une part, de concilier simultanément une **proposition vraie** et une **proposition fausse**, d'autre part, de rejeter comme fausses deux **propositions contradictoires** (« **De deux propositions contradictoires, l'une est vraie et l'autre fausse.** » (*ibid.*, v^o Milieu - Principe de milieu exclu, ou de tiers exclu, p. 626).

La **théorie mathématique des ensembles** réunit ces exigences dans la notion d'**ensemble vide**, « celui qui ne peut, par définition même, contenir **aucun élément** » (**Luc FERRY, HEIDEGGER** : *les illusions de la technique*, Le Figaro, Le Point, Flammarion 2013, Collection Sagesses d'hier et d'aujourd'hui, p.67).

« Il suffit d'énoncer la propriété suivante pour en obtenir la définition : (...) '**être différent de soi**', être **une chose qui se contredirait elle-même, par exemple un cercle carré**. En énonçant une telle propriété, j'obtiens immédiatement, sans même y réfléchir, la définition d'un **ensemble vide** – ce qui prouve en creux, négativement, que je détiens, sans même y penser, quelque chose comme un critère de ce qui peut exister ou non, un critère, donc, de **l'étantité de l'étant** : la propriété '**être différent de soi**' ou '**se contredire soi-même**' correspond immédiatement dans mon esprit au **néant**, à un '**ensemble vide**' (**il n'y a pas d'existence contradictoire possible**). (...) » (*ibid.*).

On sait, à cet égard, que le **Conseil d'Etat** s'autorise à tirer toutes les conséquences d'une **contradiction** qu'il constaterait entre deux textes législatifs ou entre un texte législatif et un texte constitutionnel, le texte antérieur étant réputé avoir été **implicitement abrogé** par le texte postérieur :

« *Considérant que, s'il n'appartient pas au juge administratif d'apprécier la conformité d'un texte législatif aux dispositions constitutionnelles en vigueur à la date de sa promulgation, il lui revient de constater l'abrogation, fût-elle implicite, de dispositions législatives qui découle de ce que leur contenu est inconciliable avec un texte qui leur est postérieur, que celui-ci ait valeur législative ou constitutionnelle; (...)* » (**CE, Ass. 16 Décembre 2005, Ministère des affaires sociales, Syndicat national des huissiers de justice, n°259584; v. dans le même sens CE, ord. Référé 21 Novembre 2005, BOIVERT, n°287217; CE 12 Janvier 2009, Association France nature environnement, req. N°289080; CE 24 Juillet 2009, n°305314**).

Cette jurisprudence doit être approuvée.

.../...

C'est là, en effet, l'illustration renforcée de l'adage latin *Lex posterior derogat priori* (la loi postérieure déroge à la loi antérieure) :

« Cet adage trace les limites d'application de la loi dans le temps : quoique la **permanence** entre dans la définition de la loi, il n'empêche que sa **force obligatoire** peut lui être retirée par une **loi postérieure**, pour cette raison qu'entre **deux volontés** successivement émises par la même autorité créatrice, **il est raisonnable de faire prévaloir la plus récente et pour cette autre raison que toute nouvelle législation est censée réaliser un progrès du droit.**

Il n'y a pas de difficulté en présence d'une **abrogation expresse**. (...)

Toute différente est la situation lorsque l'abrogation revêt une **forme tacite**, laquelle résulte de **l'incompatibilité entre deux dispositions qui se contredisent**. C'est là le domaine propre de **Lex posterior derogat priori**. A moins d'admettre que le législateur ait fait oeuvre inutile ou incohérente, **force est de considérer les règles anciennes comme abrogées**, puisque les unes et les autres ne peuvent recevoir en même temps leur exécution. **L'application simultanée étant irréalisable**, il faut choisir et le choix s'exerce tout naturellement en faveur de la dernière loi présumée la meilleure ('**Le passé peut être aboli par l'avenir, mais le phénomène inverse serait inconcevable**'). Il y a donc **superfétation de la part des rédacteurs de nos lois modernes à inscrire dans un article final le formule habituelle : 'Toutes dispositions antérieures contraires à la présente loi sont abrogées'**. (...) »

(**Professeurs Henri ROLAND et Laurent BOYER**, Locutions latines et adages du droit français contemporain, II, Adages A à L, n°138, *Lex posterior derogat priori*, pp. 455-456).

Ce faisant, le **Conseil d'Etat** n'ajoute rien à la volonté du législateur qu'il suppose seulement comme **cohérente**. Il dit expressément ce que le législateur a implicitement, mais nécessairement, décidé. La Haute juridiction donne à son pouvoir d'interprétation de la norme qu'elle explicite une étendue maximale qui touche jusqu'à la Constitution, prise comme norme de référence, il est vrai non pas comme étant **hiérarchiquement supérieure** à la loi implicitement abrogée, mais comme lui étant **chronologiquement postérieure**.

Comme on le voit, le **principe logique de non-contradiction** sort de **véritables effets juridiques** puisqu'il permet, par le **constat de l'abrogation implicite**, de retirer à une règle législative sa force exécutoire dès lors qu'elle s'inscrit dans un **rapport d'incompatibilité** avec une règle législative ou constitutionnelle postérieure.

Or, le constat de l'abrogation implicite de la loi antérieure inconciliable avec la loi postérieure n'est possible qu'au moyen d'une **interprétation** des deux textes opposés.

Ce n'est donc pas véritablement un **contrôle de constitutionnalité** – qui est réservé au Conseil constitutionnel et qui ne peut s'exercer qu'entre la loi et la Constitution – auquel se livre le juge administratif suprême, mais plus exactement un **contrôle de compatibilité** auquel préside le **principe de cohérence**. La norme de référence postérieure devra, cependant, être d'un rang au moins égal à la norme qu'elle vient contredire.

C'est dire que le même **principe de cohérence** autorise le **Conseil d'Etat**, lorsqu'il est sollicité de le faire, comme en l'espèce, à s'assurer que l'ordonnancement juridique y satisfait.

De même, comme le souligne la Doctrine, « *Analysée comme un effet de la succession de normes dans le temps, l'abrogation pourrait même naître, nous semble-t-il, de la confrontation de normes nationales avec des normes internationales postérieures.*

(...)

Comme le soulignait **Jacques-Henri STAHL** dans ses conclusions sur *l'affaire Syndicat national des huissiers de justice*, ce mode de raisonnement n'est d'ailleurs pas étranger au juge administratif : c'est celui qui le conduisait, antérieurement à la jurisprudence *Nicolo*, à considérer que *l'entrée en vigueur dans l'ordre interne d'un traité avait pour effet d'abroger implicitement les dispositions législatives antérieures lorsqu'elles s'avéraient incompatibles avec le traité* (*CE 16 octobre 1953, Huckel, Lebon p. 442; CE 15 mars 1972, Dame veuve Sadok Ali, Lebon p. 213; CE 30 janvier 1981, Jacquesson, Lebon p. 39*).

(...)

Il n'est pas neutre de constater que ce critère, d'une grande simplicité opérationnelle, a été retenu même dans l'hypothèse, la plus débattue en doctrine, de *l'abrogation d'une norme législative, non par un article de la Constitution, mais par un principe de valeur constitutionnelle.*

(...)

Le principe d'une telle abrogation n'est pas inédit en jurisprudence. Il peut même se recommander de précédents particulièrement anciens : par un avis du 4 nivôse an VIII, le Conseil d'Etat avait ainsi solennellement affirmé le '**principe éternel qu'une loi nouvelle fait cesser toute loi précédente ou toute disposition de la loi précédente contraire à son texte**'. Et le Conseil d'Etat ajoutait que le principe était applicable '**à plus forte raison, à la Constitution, qui est la loi fondamentale de l'Etat**' (*Avis du Conseil d'Etat du 4 nivôse de l'an VIII, Rec. Duvergier p. 47; D. 1999, p. 705, note P.*).

(...)

Jacques-Henri Stahl n'a toutefois eu aucun mal à convaincre l'Assemblée du contentieux que le raisonnement ne pouvait pas, en termes de principes, être différent selon que l'on oppose à une loi antérieure des dispositions du corps même de la Constitution ou des principes édictés par son préambule.

(...)

(**Claire LANDAIS et Frédéric LENICA**, Maîtres des requêtes au Conseil d'Etat, responsables du Centre de documentation, *L'abrogation implicite dans la jurisprudence récente du Conseil d'Etat*, AJDA 2006, p. 357).

Il n'y aura, dès lors, aucun obstacle à confronter une disposition législative avec un **principe de droit, comme les droits de la défense**, consacré par le **Constituant** ou son **interprète authentique qu'est le Conseil constitutionnel.**

On rappelle, à cet égard, qu'aux termes de l'article **62, alinéa 3** de la Constitution « *Les décisions du Conseil constitutionnel ne sont susceptibles d'aucun recours. Elles s'imposent aux pouvoirs publics et à toutes les autorités administratives et juridictionnelles.* »

L'autorité de la chose jugée erga omnes dont les décisions du Conseil constitutionnel sont investies confère à **l'interprétation** qu'il donne des dispositions constitutionnelles la même force juridique que les **articles** de la loi fondamentale.

Le même raisonnement peut être suivi, en application de l'article **88-1** de la Constitution, en ce qui concerne les arrêts préjudiciels par lesquels la **Cour de justice de l'Union européenne** donne une **interprétation authentique et faisant foi** des actes de droit dérivé de l'Union, laquelle s'impose à tous les Etats membres et donc à leurs organes constitutionnels.

C'est à l'aune de ce principe de droit constitutionnel que doit être constatée, en l'espèce, par le Conseil d'Etat, **l'abrogation implicite** des dispositions législatives **incompatibles** avec les **principes de droit supralégislatifs** consacrés postérieurement à leur entrée en vigueur.

En d'autres termes, les propositions :

- « *La profession d'avocat est une profession libérale et indépendante.* » (article **1er**, alinéa **3** de la loi n°71-1130 du 31 Décembre 1971) ;

- « *Un conseil de discipline institué dans le ressort de chaque cour d'appel connaît des infractions et fautes commises par les avocats relevant des barreaux qui s'y trouvent établis.* » (article **22**, alinéa **1er** de la même loi),

sont **contradictoires** : un **Avocat soumis à un régime disciplinaire** est un **oxymoron**, semblable à la fameuse « *obscure clarté* » de **Pierre CORNEILLE** ou la « *sublime horreur* » d'**Honoré de BALZAC** (Le Colonel CHABERT).

Cependant, si cette figure de rhétorique a fait les beaux jours de la littérature française, son étymologie (**oxumôron**, de **oxus** « aigu » et **môros** « sot, fou ») et son usage (« *suggérer des atmosphères oniriques ou hallucinatoires* », **Jean-Loup CHIFLET**, Oxymore Mon amour, Chiflet et Cie 2011, v° Oxymore, p. 194) incitent à la plus grande prudence dès lors que le propos relève du **discours scientifique** ou **juridique**.

Tous ces principes de raisonnement sont, bien entendu, **opposables à l'ensemble des organes de l'Etat**, spécialement dans l'exercice de leur **fonction normative** devant conduire chacun d'entre eux à **réformer la norme** ou à **écarter son application** si l'un des principes sus-énoncés est méconnu.

En effet, 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)

Ainsi que l'exprime la **Doctrine** autorisée, « *Les règles du droit ne peuvent en effet être traitées comme des choses ou des instruments techniques appartenant à un univers de gestion et d'administration : s'il en était ainsi, elles ne recevraient qu'une légitimité douteuse et l'on ne pourrait rendre compte de leur obligatorité. Même si nous assistons aujourd'hui, par l'effet des pressions socio-économiques ou idéologico-politiques, à des transformations du droit au point que l'on parle d'un soft law fait de directives administratives, de recommandations, de campagnes d'information plutôt que d'édiction de normes, il est philosophiquement impossible (sinon en niant la philosophie elle-même) de résorber le droit dans le fait ou ce qui doit être dans ce qui est : Jus ex facto non oritur. (...)*

(**Simone GOYARD – FABRE**, Les fondements de l'ordre juridique, PUF, L'interrogation philosophique, Décembre 1992, p. 372).

On retrouve, ici, la classique distinction entre l'**être** et le **devoir-être**.

En effet, de la **loi de HUME**, selon laquelle **de la nécessité on ne peut nullement déduire la réalité**, ni une **proposition appréciative de prémisses neutres** (« *La loi est l'expression de la volonté générale* »; « *la profession d'avocat est une profession libérale et indépendante* »), il découle que la norme que l'Avocat **doit** respecter ne saurait être fixée par des dispositions réglementaires, puisque les bornes à sa **liberté professionnelle** « *ne peuvent être déterminées que par la loi.* » (art. **4 DDH**). Et, compte tenu de son **statut constitutionnel**, seul le **législateur organique** sera compétent pour légiférer, comme il l'a fait pour les **magistrats** avec l'**ordonnance n°58-1270 du 22 Décembre 1958** portant loi organique relative au statut de la magistrature.

C'est, de la sorte, signifier, selon le modèle présenté par **Hans KELSEN** (Théorie pure du Droit; Théorie générale du Droit et de l'Etat) qu'une **norme prescriptive** ne saurait se fonder sur un **fait brut** – c'est dire **non qualifié juridiquement** – et ne peut se référer qu'à une autre **norme valable** du système juridique édictée par l'**autorité constitutionnellement compétente**.

*

Appliqués à la problématique de l'Avocat, les principes susmentionnés conduisent d'emblée à relever une **contradiction** (**contradictio in adjecto**) dans l'expression utilisée par le législateur à l'article **3, alinéa 1er** de la loi précitée du **31 Décembre 1971** : « *Les avocats sont des auxiliaires de justice.* »

En effet, comme susmentionné, le terme d'**auxiliaire** employé par l'article **3** de la **loi n°71-1130 du 31 décembre 1971** et largement véhiculé, à tort, par la jurisprudence et la pratique n'en est pas moins **particulièrement mal choisi** pour désigner les Avocats.

2./ LES IMMUNITES DE L'AVOCAT DEFENSEUR

Révélatrices du **statut constitutionnel de l'Avocat défenseur (2-3)**, elles concernent essentiellement celles dont celui-ci jouit **à l'audience (2-1)** et **hors le prétoire (2-2)**.

2-1/ L'IMMUNITÉ A L'AUDIENCE

A l'**immunité de poursuite** prévue par l'article **41, alinéa 4** de la **loi du 29 Juillet 1881** sur la liberté de la presse, le Conseil constitutionnel a, dans sa décision des **19-20 Janvier 1981** précitée, ajouté l'**immunité quant à la police de l'audience**.

Il y juge, en effet :

« (...) *Considérant que, même si la **mesure** que le président, aux termes de l'article 25-1 précité, pourrait prendre à l'égard d'un avocat dont l'attitude compromettrait la sérénité des débats, avait le caractère d'une **simple mesure de police de l'audience** et ne revêtait pas celui d'une **sanction disciplinaire**, il ne demeure pas moins que cette mesure, qui pourrait intervenir alors que l'avocat **n'a manqué à aucune des obligations que lui impose son serment** et alors qu'il a donc rempli son rôle de défenseur, serait contraire, tant dans la personne de l'avocat que dans celle du justiciable, aux droits de la défense qui résultent des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République; que, dès lors, le paragraphe II de l'article 66 de la loi soumise à l'examen du Conseil constitutionnel est contraire à la Constitution ;(...)* » (**CC, 19-20 Janvier 1981**, décision n°80-127 DC, Loi renforçant la sécurité et protégeant la liberté des personnes, consid. 52; **article de Maître Philippe KRIKORIAN « Le statut constitutionnel de l'Avocat défenseur »**, publié dans la **Gazette du Palais - Doctrine**, n°336 à 338 des **2-4 Décembre 2007**, pp. 3 à 8, sur le site Internet www.philippekrikoriant-avocat.fr et référencé sur le site officiel du Conseil constitutionnel www.conseil-constitutionnel.fr – Revue doctrinale française et étrangère; **CC, déc. n°2010-14/22 QPC du 30 Juillet 2010, M. Daniel W. et autres**, consid. 24).

Cette immunité a été plus récemment renforcée par la **Cour de cassation** qui affirme 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 Francis SZPNER**, n°11-30.193, 481), puis, « **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).

2-2/ L'IMMUNITE HORS LE PRETOIRE

« (...) *L'avocat ne serait pas en mesure d'assurer sa mission de conseil, de défense et de représentation de son client de manière adéquate, et celui-ci serait par conséquent privé des droits qui lui sont conférés par l'article 6 de la CEDH, si l'avocat, dans le cadre d'une procédure judiciaire ou de sa préparation, était obligé de coopérer avec les pouvoirs publics en leur transmettant des informations obtenues lors des consultations juridiques ayant eu lieu dans le cadre d'une telle procédure. (...)* »

(CJUE, 26 Juin 2007, **Ordre des Barreaux francophones et germanophones**, C-305/05 (question préjudicielle sur la validité de l'article 2 bis, point 5, de la directive 91/308/CEE du Conseil, du 10 Juin 1991, telle que modifiée par la directive 2001/97/CE du Parlement européen et du Conseil, du 04 Décembre 2001).

2-3/ L'IMMUNITÉ SIGNE REVELATEUR DU STATUT CONSTITUTIONNEL DE L'AVOCAT DEFENSEUR

L'**immunité** (tiré du latin *munus* – la charge - *immunitas* : exemption de charge) est classiquement définie, en droit, au sens large, comme « *privilège faisant échapper une personne, en raison d'une qualité qui lui est propre, à un devoir ou une sujétion pesant sur les autres; prérogatives reconnues à une personne (not. étrangère) l'exemptant à certains égards de l'application du droit commun. Ex. les immunités des parlementaires, du Président de la République (Const. 1958, a. 26 et 28). (...)* » (**Vocabulaire juridique Gérard CORNU**, PUF Quadrige, 9^o édition Août 2011, v^o Immunité, p. 518).

Il apparaît clairement que **l'immunité de prétoire** dont jouit spécialement l'Avocat révèle la **qualité propre** dont il est investi et qui empêche notamment la juridiction devant laquelle il plaide de l'expulser de la salle d'audience.

Cette qualité propre est son **statut constitutionnel de défenseur**. C'est parce qu'il met en œuvre, à titre professionnel, les **droits de la défense** – qui ont **valeur constitutionnelle** – que l'Avocat endosse le même **statut constitutionnel** qui lui procure l'immunité nécessaire au libre exercice de sa mission.

3./ LE NOUVEAU SERMENT LEGAL ET LA FAUSSE DENOMINATION D'AUXILIAIRE DE JUSTICE : LA RADICALE INCOMPATIBILITE DU REGIME DISCIPLINAIRE AVEC L'INDEPENDANCE ET LE STATUT CONSTITUTIONNEL DE L'AVOCAT DEFENSEUR

« *Notre histoire n'est pas notre code!* » affirmait justement Jean-Paul RABAUT SAINT-ETIENNE sous la Révolution française, pour s'opposer à la tradition figée de l'Ancien Régime.

Cette saisissante formule illustre parfaitement l'évolution de la législation applicable au serment de l'Avocat.

Ainsi, d'un **serment réglementaire d'allégeance à l'Empire puis aux autorités de l'Etat**, à l'origine, depuis le rétablissement de l'Ordre, en **1810**, on est passé, avec la **loi n°90-1259 du 31 Décembre 1990** portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques, à une **déclaration légale d'indépendance** :

Article **14** du **décret du 14 Décembre 1810** :

« (serment) *d'obéissance aux constitutions de l'Empire, de fidélité à l'Empereur, de ne rien dire de contraire aux lois, aux règlements, aux bonnes mœurs, à la sûreté de l'Etat ou à la paix publique et de ne jamais s'écarter du respect dû aux tribunaux et aux autorités publiques* ».

Article **23** du **décret n°54-406 du 10 Avril 1954** portant règlement d'administration publique sur l'exercice de la profession d'avocat et la discipline du barreau :

« *Je jure de ne rien dire ou publier, comme défenseur ou conseil, de contraire aux lois, aux règlements, aux bonnes mœurs, à la sûreté de l'Etat et à la paix publique et de ne jamais m'écarter du respect dû aux tribunaux et aux autorités publiques.* »

Article **23** du **décret n°72-458 du 09 Juin 1972** organisant la profession d'avocat, pris pour l'application de la **loi n°71-1130 du 31 Décembre 1971** portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques :

« *Je jure, comme avocat, d'exercer la défense et le conseil avec **dignité, conscience, indépendance et humanité**, dans le **respect des tribunaux, des autorités publiques et des règles de mon ordre**, ainsi que de ne rien dire, ni publier qui soit contraire aux lois, aux règlements, aux bonne mœurs, à la sûreté de l'Etat et à la paix publique.* »

Article **3, alinéa 2** de la **loi n°71-1130 du 31 Décembre 1971** portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques, dans sa version issue de la **loi n°82-506 du 15 Juin 1982** relative à la procédure applicable en cas de faute professionnelle commise à l'audience par un avocat (JO du 16 Juin 1982, p. 1899) :

« *Je jure, comme avocat, d'exercer la défense et le conseil avec **dignité, conscience, indépendance et humanité**.*

Article **3, alinéa 2** de la **loi n°71-1130 du 31 Décembre 1971** portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques, dans sa version issue de la **loi n°90-1259 du 31 Décembre 1990** portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques, article **2** entré en vigueur le **1er Janvier 1992** en vertu de l'article **67** de ladite loi :

*« Je jure, comme avocat, d'exercer mes fonctions avec **dignité, conscience, indépendance, probité et humanité.** »*

Il doit, ici, être rappelé que le **serment** se définit comme « **Affirmation ou promesse solennelle faite en invoquant un être ou un objet sacré** (qui sert de garantie et sur lequel le jureur transfère la responsabilité), et, par extension, se référant à une valeur morale reconnue, comme gage de sa bonne foi. (...) » (Dictionnaire culturel en langue française, sous la direction d'**Alain REY**, Editions Le Robert 2005, Tome IV, v° Serment, p. 734).

Son étymologie le rapproche du latin « **spondeo, c'est-à-dire garantir, répondre de quelque chose** » (**Emile BENVENISTE**, le Vocabulaire des institutions indo-européennes, Les Editions de Minuit 1969, tome II, pp. 164-165 et 173).

S'agissant d'une **promesse**, d'un **engagement solennel**, par lequel « *Celui qui jure met en jeu **quelque chose d'essentiel pour lui**, une possession matérielle, sa parenté, même sa propre vie, pour garantir la véracité de son affirmation.* » (*ibid.*, p. 164), il ne peut être prêté que par un **être libre dont la pensée est pure et les sentiments nobles** : « *Sachez une fois pour toutes, mon père, que **les manants et les bourgeois disent les choses, mais que les gentilshommes les jurent.*** » (**Shakespeare**, Un conte d'hiver, II, 5, trad. C.-A. Puget, cité in Dictionnaire culturel en langue française, sous la direction d'**Alain REY**, Editions Le Robert 2005, Tome IV, v° Serment, p. 737).

La **force du serment** est aussi dans la **sanction du parjure** : « *On associe au serment la qualité de **sacré**, la plus redoutable qui puisse affecter l'homme : le 'serment' apparaît ici comme une opération consistant à se rendre **sacer** conditionnellement. Rappelons-nous que l'homme déclaré **sacer** pouvait être tué par n'importe qui. (...) L'expression dévoile la phénoménologie du serment. Le jurant se voue à la malédiction en cas de parjure, et il solennise son acte en touchant l'objet ou la substance investie de ce pouvoir terrible.* » (**Emile BENVENISTE**, *ibid.*, pp. 168-169).

« *Sacramentum est un dérivé, non de sacer, mais du verbe dénommatif sacrare, 'déclarer sacer', 'déclarer anathème' celui qui commet tel délit. Le sacramentum est proprement le fait ou l'objet par lequel on anathématise par avance sa propre personne (sacramentum militaire) ou encore le gage déposé (dans le sacramentum judiciaire). Dès que la parole est prononcée dans les formes, on est potentiellement dans l'état de sacer. Cet état devient effectif et appelle la vengeance divine si on transgresse l'engagement pris. Dans toutes les circonstances, la procédure de l'engagement s'ordonne de la même manière et, dans une certaine mesure, les termes le laissent apercevoir.* » (*ibid.*, pp. 172-173)

« (...) Dans une scène figurée sur le bouclier d'Achille, on voit deux hommes qui discutent, et se querellent au sujet de la poignée pour racheter le meurtre d'un homme. Tous deux vont chez un *istor* pour la décision.

Il est difficile de comprendre qu'il s'agisse d'un témoin, puisque sa présence aurait évité le débat; il s'agit d'un '*arbiter*'. Pour nous, le juge n'est pas le témoin; cette variation de sens gêne l'analyse du passage. Mais c'est précisément parce que *istor* est le témoin oculaire, le seul qui tranche le débat, qu'on a pu attribuer à *istor* le sens de 'qui tranche par un jugement sans appel sur une question de bonne foi'.

Du même coup on saisit aussi le sens propre du terme latin *arbiter* qui désigne l' 'arbitre'. Comme il a été exposé plus haut, *arbiter* désigne en fait deux fonctions : 1) d'abord le 'témoin' (sens le plus ancien); c'est le seul sens chez Plaute et, encore dans la période classique, *remotis arbitris* signifie 'sans témoins'. Et puis : 2) l' 'arbitre'. En réalité, ce sens s'explique par la fonction propre du *iudex arbiter*. Comme on l'a vu, *arbiter* est étymologiquement '**celui qui survient**', en *tiers*, à une action dont il se trouve être témoin sans avoir été vu, celui par conséquent dont le témoignage tranche le débat. En vertu de la loi, le *iudex arbiter* a le pouvoir de trancher comme s'il était l'*arbiter* témoin, **comme s'il avait assisté à la scène même**.

Tout cela est évoqué aussi par la formule du serment homérique. Pourquoi convoque-t-on les dieux? C'est parce que **le châtement du parjure n'est pas une affaire humaine**. Aucun code indo-européen ancien ne prévoit une sanction pour le parjure. **Le châtement est censé venir des dieux puisqu'ils sont garants du serment**. Le parjure est un délit contre les dieux. Et s'engager par un serment, c'est toujours se vouer par avance à la vengeance divine, puisqu'on implore les dieux de 'voir' ou d'"entendre", d'être en tout cas présents à l'acte qui engage. » (*ibid.*, p. 175).

L'histoire atteste de l'importance du serment pour la vie sociale et institutionnelle : « *Au dehors du champ judiciaire, la pratique des serments promissoires demeure omniprésente à travers tout le Moyen Age. Sacre du roi, foi du vassal, intronisation du juge, du maire, de l'échevin, aucun pouvoir, aucune fonction publique laïque n'est pensable sans le serment de son titulaire. Comme les traités, les paix sont jurées; jurées aussi, fréquemment, les législations nouvelles octroyées par le prince. (...)* » (**Dictionnaire du Moyen Age**, sous la direction de **Claude GAUVARD, Alain de LIBERA, Michel ZINK**, PUF, Quadrige Dicos Poche Octobre 2004, quatrième tirage Mai 2012, v° Serment, p. 1328).

De même, sous l'**Ancien Régime**, « **Le serment faisait partie de la cérémonie du sacre**. Il y avait d'abord une promesse de protection à l'Eglise, que le Roi prononçait assis et couvert, puis venait le 'serment du royaume', en latin, par lequel le souverain promettait au peuple chrétien de 'faire conserver en tout temps à l'Eglise de Dieu la paix par le peuple chrétien', d'empêcher 'toutes rapines et iniquités', de faire observer la justice et la miséricorde pour que Dieu répandît sur le prince sa miséricorde, enfin de bannir les hérétiques du royaume. Il tenait les mains sur les Evangiles : il prenait Dieu pour témoin et pour juge. Le Roi prêtait deux autres serments, comme grand maître des ordres du Saint-Esprit et de Saint-Louis, puis un dernier pour faire respecter l'édit sur les duels.

C'était aussi un grand honneur de prêter serment dans les mains du Roi et là il s'agissait d'un hommage vassalique. M. Marion (*Dictionnaire*, p. 510) énumère les principaux dignitaires qui avaient ce droit : archevêques et évêques, le grand maître de l'ordre de Saint-Lazare, les dix grands prieurs de l'Ordre de Malte, le grand maître de France, le grand chambellan, les quatre premiers gentilshommes de la chambre, le grand maître de la garde-

robe, le grand écuyer, le premier écuyer, les capitaines des gardes du corps, des Cent Suisses, des gardes de la porte, le grand prévôt de l'hôtel, le grand maréchal des logis, le surintendant des bâtiments, le grand veneur, le grand fauconnier, le grand louvetier, le premier médecin, les grands officiers de la Couronne, les chevaliers des ordres du Saint-Esprit et de Saint-Louis, le gouverneur du Dauphin et des Enfants de France, les gouverneurs et lieutenants des provinces, le grand maître des armes et blasons de France, les premiers présidents des cours souveraines, le prévôt des marchands et échevins de Paris. En 1713, le cardinal de Polignac, comme maître de la chapelle du Roi, aurait dû prêter serment dans les mains du grand maître de la Maison du Roi, alors le duc de Bourbon, prince du sang; pour ne pas humilier un cardinal, Louis XIV profita d'une absence du prince pour que Polignac pût prêter serment entre ses mains.

(...)

*Dans toutes les sociétés, la pratique du serment était une pratique courante. C'était souvent un engagement qui **prenait à témoin Dieu, ou la transcendance, sans qu'un lien personnel fût en cause.***

(...)

*Néanmoins, le serment normal, voire légal, surtout dans le monde catholique, consistait à toucher les Evangiles. Le pasteur J. de La Placette dans son *Traité sur le serment de 1701* s'opposait aux Quakers dont le refus du serment troublait l'ordre social. Il considérait que le geste servait d'accompagnement au serment qui était pour lui promesse orale d'abord, mais ce geste rendait plus solennel l'engagement. Enfin, l'Encyclopédie décrit ainsi le serment : 'La forme de prêter serment pour les laïcs est de lever la main droite, laquelle doit être nue et non gantée. Les ecclésiastiques mettent la main ad pectus.' Il y aurait là une évolution, les contractants invoquant 'soit le ciel cosmique et abstrait, soit le for intérieur' (D. Nordman). Dans le *Serment des Horace* (1784), les trois frères lèvent la main droite et tendent le bras vers les armes que tient leur père, mais ils regardent au-delà de ces armes.*

(**Dictionnaire de l'Ancien Régime**, PUF, Quadrige Dicos Poche, sous la direction de Lucien BELY, v° Serments, p. 1159)

De nos jours, dans une **Société démocratique et laïcisée**, comme l'est et doit le demeurer la France, le **serment** n'est plus acte d'allégeance au pouvoir mais, à l'inverse, le signe et le premier acte de l'**indépendance**. En s'engageant solennellement et en prenant à témoin la **prééminence du Droit** (venue remplacer la **puissance divine**), le jureur s'affranchit de toute volonté humaine étrangère à cette autorité suprême. Il se place au-dessus de la **contingence** et se hisse au niveau de la **nécessité**.

Pour l'Avocat, cette **volonté d'indépendance** qui est, en même temps, une **obligation**, est d'autant plus prégnante que le terme figure expressément dans le **serment légal** : « *Je jure, comme Avocat, d'exercer mes fonctions avec dignité, conscience, **indépendance**, probité et humanité.* »

L'Avocat ne reçoit d'ordre de personne. Les actes qu'il diligente dans le cadre du mandat de représentation et d'assistance en justice ne sont que l'exécution de sa propre volonté, conjointe à celle de son client. Le serment qui lie l'Avocat au **Droit seul** l'exclut de tout rapport hiérarchique.

Le caractère d'**indépendance** est encore fortement marqué dans la définition des **professions libérales** par l'article **29, I** de la **loi n°2012-387 du 22 Mars 2012** relative à la simplification du droit et à l'allègement des démarches administratives comme celles groupant « *les personnes exerçant à titre habituel, de manière indépendante et sous leur responsabilité, une activité de nature généralement civile ayant pour objet d'assurer, dans l'intérêt du client ou du public, des prestations principalement intellectuelles, techniques ou de soins mises en œuvre au moyen de qualifications professionnelles appropriées et dans le respect de principes éthiques ou d'une déontologie professionnelle, sans préjudice des dispositions législatives applicables aux autres formes de travail indépendant.* »

Or, le régime disciplinaire n'a de sens qu'au sein d'un système hiérarchisé. Le pouvoir disciplinaire est, en effet, le prolongement du pouvoir hiérarchique. **L'indépendance est, donc, exclusive de la discipline.**

La **sanction** de l'éventuelle **défaillance** de l'Avocat devra être trouvée dans le **droit commun**. Elle sera d'abord **civile**, plus précisément **procédurale** (**annulation** ou **inopposabilité** de l'acte accompli en méconnaissance de la déontologie); exceptionnellement **pénale** lorsque le comportement adopté sera **manifestement incompatible** avec le **serment** préalablement prêté à l'exercice des fonctions et s'il a été érigé en **infraction pénale** par le pouvoir normatif compétent.

De **l'incompatibilité radicale** entre, d'une part, les **nécessaires immunités** dont jouit l'Avocat pour le bon accomplissement de sa **mission constitutionnelle de défenseur** et, d'autre part, le **régime disciplinaire** auquel la loi prétend le soumettre, on déduit que les dispositions de la loi précitée sont **réputées être implicitement abrogées** (**CE, Ass. 16 Décembre 2005, Syndicat national des huissiers de justice**).

En effet, en donnant **rang légal** au serment de l'Avocat (**loi n°82-506 du 15 Juin 1982** relative à la procédure applicable en cas de faute professionnelle commise à l'audience par un avocat - JO du 16 Juin 1982, p. 1899 -, puis article **2** de la **loi n°90-1259 du 31 Décembre 1990** portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques, entré en vigueur le **1er Janvier 1992** en vertu de l'article **67** de ladite loi), dans lequel est inscrit le principe d'**indépendance**, le législateur a introduit une **contradiction** dans la loi qui ne peut être réduite qu'en considérant le **régime disciplinaire implicitement, mais nécessairement abrogé**, ce, en vertu du principe de droit **Lex posterior priori derogat**.

En outre, les conditions mises à l'accès à la profession d'Avocat par l'article **11** de la **loi n°71-1130 du 31 Décembre 1971** (nationalité ou réciprocité; compétence; moralité) n'en font pas, pour autant, une **profession réglementée** comme l'est la profession d'exploitant ou de chauffeur de taxi (**CE, Ass. 2004, BENKERROU**).

**4./ L'AVOCAT N'EST PAS MEMBRE D'UNE PROFESSION
REGLEMENTEE, MAIS UNE AUTORITE DE LA SOCIETE CIVILE RELEVANT
DIRECTEMENT DE LA CONSTITUTION ET DE LA LOI ORGANIQUE**

L'histoire ne saurait servir de justification à une **législation contraire au Droit naturel** (4-1). Le droit positif textuel et jurisprudentiel n'est que le reflet partiel et déformé de l'**identité sociétale** de l'Avocat qui **n'appartient pas une profession réglementée** (4-2). L'**inconstitutionnalité** (4-3) du régime disciplinaire de l'Avocat est la conséquence directe de la méconnaissance par l'Etat de cette **réalité constitutionnelle incontestable**.

**4-1./ L'HISTOIRE NE PEUT, EN AUCUNE FACON, JUSTIFIER
LE DROIT POSITIF LORSQUE, COMME EN L'ESPECE, IL EST CONTRAIRE AU
DROIT NATUREL**

L'organisation de la profession d'Avocat en **corporation** est le fruit de l'histoire, mais non sa vocation. Elle est, d'ailleurs, contraire au **Décret d'Allarde** et à la **loi Le Chapellier**. C'est, ainsi, que par la **loi des 16 Août-2 Septembre 1790**, la **Constituante** a, sur le rapport de **BERGASSE**, Député de Lyon, **supprimé l'Ordre des Avocats** :

« Toute partie aura le droit de plaider sa cause elle-même, si elle le juge convenable et afin que le ministère des avocats soit aussi libre qu'il doit l'être, les avocats cesseront de former une corporation ou un ordre, et tout citoyen ayant fait les études et ayant subi les examens nécessaires, pourra exercer cette profession : il ne sera plus tenu de répondre de sa conduite qu'à la loi. »

Inspirée par la **sagesse républicaine**, cette loi sera remise en cause par l'**Empire** (**Décret impérial** du **14 Décembre 1810**). La liberté de courte durée qu'ils avaient votée à la quasi-unanimité, les Avocats la perdront sur la décision d'un seul homme, **NAPOLÉON**, dont l'hostilité qu'il vouait aux Avocats plaidants se traduit dans la formule aujourd'hui célèbre : **« Je veux qu'on puisse couper la langue à un avocat qui s'en sert contre le gouvernement »**.

Voulu par **FEREY** et imposé par **CAMBACERES**, le **décret** du **14 Décembre 1810** est signé par l'Empereur, **« mais non sans l'assortir de véritables chaînes : les avocats seront asservis dans :**

- leur **tableau** (dressé par le **procureur général** et approuvé par le **garde des sceaux**);
- leur **encadrement** (la totalité du Conseil de l'Ordre ainsi que le **Bâtonnier** sont **désignés par le procureur général**);
- leur **ressort** (l'avocat ne peut plaider que dans son ressort);
- leur **serment** (**politique**);
- leur **discipline** (appel des décisions de l'Ordre devant la Cour, sanction directe par le garde des sceaux);
- leur **liberté** (interdiction de réunion et de grève);
- leurs **honoraires** (obligation de mentionner les honoraires au pied des actes – Ainsi se trouve pour la première fois imposée l'ordonnance de Blois qui avait provoqué la célèbre grève de 1602).

*Telles sont ces entraves imposées aux avocats. Fallait-il accepter? En 1790 les avocats, libres, bâtonnier en tête, avaient disparu sans mot dire. La Révolution avait baillonné, déporté ou assassiné les défenseurs officiels. **L'Empire les rétablit chaînes aux pieds. Il est certain que cette longue souffrance, jointe à l'impossibilité d'exercer librement leur métier va créer au cœur des avocats un besoin de liberté, liberté totale qui va marquer profondément leur démarche politique pendant tout le XIX siècle.** (...) » (Bernard SUR, Histoire des Avocats en France des origines à nos jours, Dalloz 1998, p. 155).*

On ne saurait, dès lors, reprocher au requérant l'ardent désir de liberté qui l'anime, moteur de sa légitime entreprise juridictionnelle tendant à la restauration de ses prérogatives naturelles de défense.

En tout état de cause, le raisonnement qui préside à la solution adoptée par le **Conseil d'Etat** dans l'affaire précitée (**CE, Ass. 2004, BENKERROU**) ne saurait convaincre.

En effet, d'une part, une profession ne saurait être qualifiée de **réglementée** au seul motif que les conditions de son accès 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**.

De plus, la défense des libertés et droits fondamentaux des citoyens et justiciables ne peut être confiée qu'aux Avocats, **autorités de la Société civile**. L'Etat qui est débiteur de l'obligation d'assurer à toute personne relevant de la juridiction de la France une **protection juridictionnelle concrète et effective** s'en acquitte notamment par le truchement des Avocats. Cette mission de défense ne peut être assurée par **aucune autorité de l'Etat**, fût-ce sur réquisition, dès lors que la défense doit être **libre et indépendante**.

D'autre part, dès lors qu'une matière entre dans le champ d'application de la loi, sa mise en œuvre ne peut qu'être assurée par le pouvoir réglementaire, en application de l'article **21** de la Constitution (exécution de la loi) et non en application de l'article **37** qui concerne les matières hors champ d'application de la loi.

La question au centre de cette problématique est celle du respect de la **déontologie** qui ne peut être que garantie et sanctionnée par le droit commun : droit civil et, plus spécialement, procédural; exceptionnellement par le droit pénal en cas de transgression immédiate et manifeste des termes du serment.

C'est bien ce qu'exprimait, devant l'Assemblée, le 17 Août 1789 le **Député BERGASSE**, **Avocat** de son état, dans son **rapport sur l'organisation du pouvoir judiciaire** :

« (...) *L'influence du pouvoir judiciaire n'a point de bornes; toutes les actions du citoyen doivent être regardées, en quelque sorte, comme de son domaine; car, pour peu qu'on y réfléchisse, on remarquera qu'il n'est aucune action du citoyen qu'il ne faille considérer comme légitime ou illégitime, comme permise ou défendue, selon qu'elle est conforme ou non à la loi. Or, le pouvoir judiciaire étant institué pour l'application de la loi, ayant, en conséquence, pour but unique d'assurer l'exécution de tout ce qui est permis, d'empêcher tout ce qui est défendu, on conçoit qu'il n'est aucune action sociale, même aucune action domestique, qui ne soit, plus ou moins immédiatement, de son ressort.*

L'influence du pouvoir judiciaire est donc, pour ainsi dire, de tous les jours, de tous les instants; et, comme ce qui influe sur nous tous les jours et à tous les instants ne peut pas ne point agir d'une manière très profonde sur le système entier de nos habitudes, on conçoit qu'entre les pouvoirs publics, celui qui nous modifie le plus en bien ou en mal est incontestablement le pouvoir judiciaire.(...)

On ne peut donc contester l'influence sans bornes du pouvoir judiciaire; mais, si son influence est sans bornes, si elle est supérieure à celle de tous les autres pouvoirs publics, il n'est donc aucun pouvoir public qu'il faille limiter avec plus d'exactitude que celui-là; il n'en est donc aucun qu'il convienne d'organiser avec une prudence plus inquiète et des précautions plus scrupuleuses. (...)

Il y a, comme on sait, deux espèces de liberté : la liberté politique et la liberté civile.

La liberté politique, qui consiste dans la faculté qu'a tout citoyen de concourir, soit par lui-même soit par ses représentants, à la formation de la loi.

La liberté civile, qui consiste dans la faculté qu'a tout citoyen de faire tout ce qui n'est pas défendu par la loi.

Or, la liberté politique est en danger, toutes les fois que, par l'effet d'une circonstance ou d'une institution quelconque, le citoyen ne concourt pas à la formation de la loi avec la plénitude de sa volonté; toutes les fois que, par une certaine disposition des choses, la loi qui devrait toujours être l'expression de la volonté générale, n'est que l'expression de quelques volontés particulières; toutes les fois que la puissance publique est tellement concentrée, distribuée, ou ordonnée, qu'elle peut facilement faire effort contre la Constitution de l'Etat, et, selon les événements, la modifier ou la détruire.

La liberté civile est en danger toutes les fois que le pouvoir qui doit protéger le citoyen dans sa personne ou sa propriété est tellement institué, qu'il ne suffit pas pour cet objet; toutes les fois encore que, suffisant pour cet objet, il devient malheureusement facile de l'employer au détriment de la personne ou de la propriété.

On ne peut mettre la liberté politique en danger sans y mettre la liberté civile. On sent, en effet, qu'à mesure que le citoyen perd de sa liberté politique ou de la faculté dont il jouit de concourir à la formation de la loi, sa liberté civile, qui n'est elle-même protégée que par la loi, doit être nécessairement moins garantie.

On ne peut mettre également la liberté civile en danger, sans y mettre également la liberté politique. On sent, en effet, que si le pouvoir destiné à protéger la liberté civile, c'est-à-dire cette espèce de liberté dont l'usage est de tous les jours, tendait au contraire à l'altération, le peuple, esclave par sa Constitution civile, serait bientôt sans force et sans courage pour défendre sa Constitution politique.

Afin que le pouvoir judiciaire soit organisé de manière à ne mettre en danger ni la liberté civile ni la liberté politique, il faut donc que, dénué de toute espèce d'activité contre le régime politique de l'Etat, et n'ayant aucune influence sur les volontés qui concourent à former ce régime ou à le maintenir, il dispose, pour protéger tous les individus et tous les droits, d'une force telle, que, toute-puissante pour défendre et pour secourir, elle devienne absolument nulle, sitôt que changeant sa destination, on tentera d'en faire usage pour opprimer. (...) »

(**Orateurs de la Révolution française, I, Les Constituants**, Gallimard 1989, Bibliothèque de La Pléiade, pp. 103 et s.).

4-2/ RAPPEL DES PRINCIPES FONDAMENTAUX : DES LORS QU'ILS JOUISSENT DU STATUT CONSTITUTIONNEL LES AVOCATS N'APPARTIENNENT PAS A UNE PROFESSION REGLEMENTEE, MAIS SONT, INDIVIDUELLEMENT, DES AUTORITES DE LA SOCIETE CIVILE

Le statut constitutionnel de l'Avocat défenseur a été consacré par le Conseil constitutionnel dans sa décision n°80-127 DC des 19 et 20 Janvier 1981, Loi renforçant la sécurité et protégeant la liberté des personnes; v. article de Maître Philippe KRIKORIAN « *Le statut constitutionnel de l'Avocat défenseur* », publié dans la **Gazette du Palais - Doctrine**, n°336 à 338 des 2-4 Décembre 2007, pp. 3 à 8, sur le site Internet www.philippekrikoriant-avocat.fr et référencé sur le site officiel du Conseil constitutionnel www.conseil-constitutionnel.fr – Revue doctrinale française et étrangère), laquelle en vertu de l'article 62 alinéa 3 de la Constitution du 04 Octobre 1958 s'impose « *aux pouvoirs publics et à toutes les autorités administratives et juridictionnelles* » :

« (...) En ce qui concerne l'article 66 de la loi relatif à la **discipline des avocats et à la police de l'audience** :

48. Considérant que, selon les auteurs de l'une des saisines, l'article 66 de la loi soumise à l'examen du Conseil constitutionnel serait **contraire aux droits de la défense** ; qu'en effet, il permettrait au **président de toute juridiction de l'ordre judiciaire d'écartier discrétionnairement de la barre, pendant deux jours, au nom de la sérénité des débats , un avocat** ; que, s'il est permis au bâtonnier de désigner d'office un avocat pour remplacer l'avocat écarté de l'audience, cette garantie ne saurait être regardée comme suffisante, un tel système pouvant avoir pour effet de confier la défense à un avocat ignorant tout du procès ; qu'en outre et surtout, en ne précisant pas si les débats sont suspendus, en n'indiquant pas les conditions de leur poursuite, le premier alinéa de l'article 25-1 nouveau de la loi du 31 décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques tel qu'il résulte de l'article 66 de la loi soumise à l'examen du Conseil constitutionnel permettrait que le procès se déroule au moins pendant deux jours sans que le prévenu soit assisté de son conseil, la désignation d'un remplaçant commis d'office par le bâtonnier n'intervenant qu'en cas de prorogation.

49. Considérant que l'article 66 de la loi soumise à l'examen du Conseil constitutionnel a pour premier objet d'abroger les anciennes dispositions de la loi du 31 décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques, ainsi que celles de la loi du 15 janvier 1963 relative à la Cour de sûreté de l'État et celles du code de justice militaire qui confiaient à la juridiction devant laquelle un avocat manquait à ses obligations la répression de ces manquements par des peines disciplinaires pouvant aller jusqu'à l'interdiction d'exercer sa profession et de les remplacer par un nouvel article 25 de la loi du 31 décembre 1971 prévoyant, à l'initiative de la juridiction, **une poursuite disciplinaire devant le conseil de l'Ordre** ; que ces dispositions nouvelles ne sont pas, en elles-mêmes, contraires à la Constitution.

50. Considérant que l'article 66, paragraphe II, compte tenu de la **suppression du pouvoir disciplinaire de la juridiction sur l'avocat**, insère, d'autre part, dans la loi du 31 décembre 1971 sus-mentionnée un article 25-1 ainsi conçu : Lorsque **l'attitude d'un avocat compromet la sérénité des débats**, le président peut, en vertu de ses **pouvoirs de police de l'audience**, le bâtonnier du conseil de l'Ordre du barreau du tribunal ou son représentant

.../...

entendu, décider d'écarter cet avocat de la salle d'audience pour une durée qui ne peut excéder deux jours. Il appartient au bâtonnier du conseil de l'Ordre du barreau du tribunal ou à son représentant de décider, s'il y a lieu, de la prorogation de cette mesure jusqu'à ce que le conseil de l'Ordre compétent ait statué sur l'instance disciplinaire et de désigner d'office un autre avocat pour l'audience pendant la durée qu'il détermine ;

51. *Considérant qu'il résulte tant des termes que des travaux préparatoires de cette disposition qu'elle permet au président d'une juridiction d'écarter un avocat de la salle d'audience en vertu de ses pouvoirs de police de l'audience et pour préserver la sérénité des débats sans même que, pour autant, l'avocat ait nécessairement manqué aux obligations que lui impose son serment et tombe sous le coup des poursuites disciplinaires visées par l'article 25 de la loi du 31 décembre 1971 tel qu'il résulte du paragraphe 1 de l'article 66 de la loi soumise à l'examen du Conseil constitutionnel.*

52. *Considérant que, même si la mesure que le président, aux termes de l'article 25-1 précité, pourrait prendre à l'égard d'un avocat dont l'attitude compromettrait la sérénité des débats, avait le caractère d'une simple mesure de police de l'audience et ne revêtait pas celui d'une sanction disciplinaire, il ne demeure pas moins que cette mesure, qui pourrait intervenir alors que l'avocat n'a manqué à aucune des obligations que lui impose son serment et alors qu'il a donc rempli son rôle de défenseur, serait contraire, tant dans la personne de l'avocat que dans celle du justiciable, aux droits de la défense qui résultent des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République ; que, dès lors, le paragraphe II de l'article 66 de la loi soumise à l'examen du Conseil constitutionnel est contraire à la Constitution ;*

53. *Considérant que les autres dispositions de l'article 66 de la loi soumise à l'examen du Conseil constitutionnel sont inséparables des dispositions du paragraphe II contraires à la Constitution ; que, dans ces conditions, l'article 66 de la loi ne peut qu'être déclaré, dans sa totalité, contraire à la Constitution ;*

(...)

(CC, 19 et 20 Janvier 1981, décision n°80-127 DC, loi renforçant la sécurité et protégeant la liberté des personnes).

Quant au **principe d'indépendance**, il est clairement affirmé par l'article 1er, alinéa 3 de la loi n°71-1130 du 31 Décembre 1971 qui dispose:

« La profession d'avocat est une profession libérale et indépendante. ».

On le relève, encore, dans le **serment de l'Avocat** :

« Je jure, comme avocat, d'exercer mes fonctions avec dignité, conscience, indépendance, probité et humanité. » (art. 3, al. 2 de la loi n°71-1130 du 31 Décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques),

et se trouve réaffirmé à l'article 53 de ladite loi :

« Dans le respect de l'indépendance de l'avocat, de l'autonomie des conseils de l'ordre et du caractère libéral de la profession, des décrets en Conseil d'Etat fixent les conditions d'application du présent titre. (...) »

.../...

Le caractère d'**indépendance** est encore fortement marqué dans la définition des **professions libérales** par l'article **29, I** de la **loi n°2012-387 du 22 Mars 2012** relative à la simplification du droit et à l'allègement des démarches administratives comme celles groupant « *les personnes exerçant à titre habituel, de manière indépendante et sous leur responsabilité, une activité de nature généralement civile ayant pour objet d'assurer, dans l'intérêt du client ou du public, des prestations principalement intellectuelles, techniques ou de soins mises en œuvre au moyen de qualifications professionnelles appropriées et dans le respect de principes éthiques ou d'une déontologie professionnelle, sans préjudice des dispositions législatives applicables aux autres formes de travail indépendant.* »

On peut préciser, avec la Doctrine, le sens qu'il convient d'attribuer à « **libéral** » :

« *Sert à caractériser, bien qu'elles soient de plus en plus réglementées, certaines professions d'ordre intellectuel, en raison de l'indépendance qu'exige leur exercice. Ex. la profession d'avocat est une profession libérale.* »

(**Vocabulaire juridique Gérard CORNU**, PUF, Quadrige, 9^e édition Août 2011, v° LIBERAL, ALE, p. 606, sens 5).

Il est significatif, à cet égard, de relever les considérations qui ont conduit récemment le **Conseil constitutionnel – au mépris de sa décision précitée des 19-20 Janvier 1981** - à déclarer conforme à la Constitution l'article **53, 2°** de la **loi n°71-1130 du 31 Décembre 1971**, par lequel le législateur a consenti au pouvoir réglementaire une délégation aux fins de fixer « **Les règles de déontologie, ainsi que la procédure et les sanctions disciplinaires** » :

« (...) **SUR LE 2° DE L'ARTICLE 53 DE LA LOI DU 31 DÉCEMBRE 1971** :

5. *Considérant que la détermination des règles de déontologie, de la procédure et des sanctions disciplinaires applicables à une profession ne relève ni du droit pénal ni de la procédure pénale au sens de l'article 34 de la Constitution ; qu'il résulte des articles 34 et 37, alinéa 1er, de la Constitution, qu'elle relève de la compétence réglementaire dès lors que ne sont mis en cause aucune des règles ni aucun des principes fondamentaux placés par la Constitution dans le domaine de la loi ;*

6. *Considérant qu'il résulte de l'article 15 de la loi du 31 décembre 1971 que, pour l'exercice de leur profession, les avocats sont inscrits à un barreau ; que l'article 17 de la même loi prévoit que chaque barreau est administré par un conseil de l'ordre qui veille notamment à « l'observation des devoirs des avocats » et statue sur l'inscription au tableau des avocats ; qu'il résulte des articles 22 et 22-1 de la même loi que le conseil de discipline est composé des représentants des conseils de l'ordre du ressort de la cour d'appel et que le conseil de l'ordre du barreau de Paris siège comme conseil de discipline ; qu'il résulte de l'ensemble de ces dispositions que, le législateur a entendu, en l'espèce, que les fautes disciplinaires des avocats puissent faire l'objet de sanctions comprenant, le cas échéant, l'interdiction temporaire ou définitive d'exercer leur activité ; que, dès lors, en renvoyant au décret le soin de fixer les sanctions disciplinaires qui, par leur objet et leur nature, sont en rapport avec l'exercice de cette profession réglementée, le législateur n'a pas méconnu l'étendue de sa compétence ; qu'ainsi, le renvoi au décret opéré par le 2° de l'article 53 de la loi du 31 décembre 1971 susvisée ne méconnaît pas l'article 34 de la Constitution ; qu'il n'est contraire à aucun autre droit ou liberté que la Constitution garantit ; (...) (**CC, décision n°2011-171/178 QPC du 29 Septembre 2011, M. Michael C. et autre**, précitée).*

Ainsi, pour valider les 2° et 6° de l'article **53** de la **loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971** portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques, le Conseil constitutionnel s'appuie, au vu des articles **15, 17, 22 et 22-1** de ladite loi **non attaquées par la QPC**, sur le **postulat** selon lequel la profession d'Avocat serait une **profession réglementée**.

Or, comme susmentionné, **ce postulat est faux** : dès lors qu'il jouit du **statut constitutionnel**, l'Avocat ne peut pas appartenir à une profession réglementée, c'est dire placée, pour la détermination de ses règles déontologiques sous l'autorité du **pouvoir réglementaire**.

Il serait, à cet égard, abusif de prétendre que le législateur de **1971** a **créé** la profession d'Avocat – qu'il a seulement prétendu **réformer** – dès lors que l'Avocat occidental appartient au **legs commun** de la **civilisation gréco-romaine** et a **préexisté** à l'édification de l'Etat moderne.

Il est, fort de cette **généalogie bimillénaire**, parfaitement légitime de vouloir rattacher l'Avocat à l'institution romaine du **Tribun de la Plèbe** dont la République (**loi des XII Tables, 451-450 av. J.-C. et lois Valeriae Horatiae – 449 av. J.-C.**) avait consacré l'**inviolabilité juridique et physique**.

Née de la sécession sur le Mont Sacré en **494-493 av. J.-C.**, la **Plèbe** – prédécesseur de la **Société civile** dont l'Avocat est directement issu - se définit comme la « *fraction de la Cité (toutes classes confondues) qui s'est placée en **opposition durable contre l'organisation officielle ou patricienne de la Cité.*** » (**Professeur Michel HUMBERT**, Institutions politiques et sociales de l'Antiquité, Dalloz droit public – science politique, 10° édition 2011, n°290, p. 245).

Le « *tribun n'est pas né pour agir ou commander, mais pour venir en aide à la plèbe contre l'imperium consulaire en offrant la **protection de sa personne inviolable et sacrée.** Il joue dès les origines et jouera toujours un rôle d'**équilibre fondamental face à la toute-puissance des magistrats.*** » (*ibid.* n°291, p. 247).

A cette fin, le **tribun de la plèbe** est pourvu de deux pouvoirs : **l'auxilium** et **l'intercessio** :

« *Le **pouvoir d'aide (ou auxilium)** est la mission cardinale du tribun. **Pouvoir d'aide individuelle d'abord** : par elle, **le tribun vient au secours de tout citoyen, menacé dans sa personne ou ses biens par un acte d'autorité (légitime) du titulaire de l'imperium. Ou de lui-même, ou bien par l'appel de l'individu en péril qui lance le cri 'tribunos appello', 'je fais appel aux tribuns'.** Le chef de la plèbe prend l'individu sous sa protection, **en interposant l'écran de sa personne entre le citoyen et l'autorité qui le saisit.** Il fait alors jouer contre le consul son pouvoir d'**intercessio**, corollaire de **l'auxilium.** Il ne s'agit pas de défendre un individu contre un acte nécessairement illégal : mais bien du pouvoir exorbitant de paralyser (l'intercessio est un droit de veto) le développement normal de l'autorité officielle (justice criminelle consulaire; coercition consulaire).*

La notion d'auxilium va encore beaucoup plus loin. Dans sa mission générale d'aide, le tribun prend en charge de la manière la plus large les intérêts de la plèbe dans son ensemble. Le tribun, par une intercessio dont il juge seul l'opportunité, peut suspendre la décision du consul (et, par la suite, de tout magistrat titulaire de l'imperium, interroi, préteur; tardivement même le dictateur) de convoquer une assemblée, de procéder à des élections, de faire voter une loi, de réunir le Sénat. Il peut même interdire au Sénat d'exprimer son opinion dans un sénatus-consulte. Toute la vie de la Cité se trouvera bloquée sur un geste du tribun. (...) » (ibid. n°292, p. 247).

Adapté à l'époque contemporaine, le statut du **tribun de la plèbe** est très voisin de celui de l'**advocatus**, étymologiquement **celui qu'on appelle pour être défendu en justice**.

On comprend mieux, dans ces conditions, comment et pourquoi, eu égard à ses **fonctions custodiques éminentes** consistant à **mettre en œuvre, à titre professionnel, les droits de la défense**, eux-mêmes de **rang constitutionnel** (**CC, 19 et 20 Janvier 1981**, décision n°80-127 DC, loi renforçant la sécurité et protégeant la liberté des personnes), son **statut constitutionnel** a été **reconnu juridictionnellement** – et non pas octroyé - à l'Avocat en **1981** – à l'identique de la **Déclaration des droits de l'homme et du citoyen** du **26 Août 1789** à laquelle le Conseil constitutionnel, dix ans plus tôt (**CC, décision n°71-44 DC du 16 Juillet 1971**, Loi complétant les dispositions des articles 5 et 7 de la loi du 1er Juillet 1901 relative au contrat d'association) a reconnu une **valeur constitutionnelle**, alors que jusque-là elle était considérée par beaucoup comme n'ayant qu'une **portée symbolique** ou **politique** (v. **Code constitutionnel et des droits fondamentaux**, Dalloz 1ère édition 2011-2012, pp. 8-9, commenté par **Professeur Michel LASCOMBE**, IEP de Lille, Université Lille Nord de France, Droits et perspectives du Droit EA n°4487).

Terme créé par **Jérémy BENTHAM** (du grec **to deon, deontos**, « *ce qu'il convient de faire* »), classiquement défini comme étant l' « **Ensemble des règles et devoirs régissant une profession** » (**Dictionnaire culturel en langue française Le Robert**, 2005, sous la direction d'**Alain REY**, Tome I, v° **DEONTOLOGIE** p. 2265), la **déontologie fixe les limites à la liberté de faire du professionnel**.

S'agissant des **professions libérales**, en particulier la profession d'Avocat, la **déontologie** ne relève pas tant du **devoir-être**, que de **l'être**. Elle sert, au premier plan, à **définir ce qu'est un Avocat**. Sa fonction est **téléologique** : « *pour Aristote, il existe assurément une déontologie; il y a des choses qu'il faut faire, il ne faut les faire que parce qu'elles sont requises pour atteindre une certaine fin.* » (**Paul GILSON**, *l'Esprit de la philosophie médiévale*, p. 150, ibid.), cette fin étant ici l' « **intérêt du client ou du public** » (article **29, I** de la **loi n°2012-387 du 22 Mars 2012** relative à la simplification du droit et à l'allègement des démarches administratives).

Comme on le voit, la **déontologie** ne cesse pas, pour autant, d'être une **ontologie**. Elle permet de répondre à la question : **qu'est-ce qu'un Avocat?**

« **La condition première de l'action c'est la liberté** » rappelle **Jean-Paul SARTRE** dans « **L'être et le néant** » (Tel, Gallimard 2008, p. 477) : **l'homme se définit pas ses actes**, puisque « **l'existence précède l'essence** ».

La **problématique de l'action**, qu'elle porte sur l'**interrogation philosophique** (« *L'action* », Maurice BLONDEL), ou la **réflexion juridique** (**théorie de l'action**), est au cœur de la **condition humaine**.

Elle est intimement liée à la **liberté de l'individu** :

« Oui ou non, la vie humaine a-t-elle un sens, et l'homme a-t-il une destinée? J'agis, mais sans même savoir ce qu'est l'action, sans avoir souhaité de vivre, sans connaître au juste ni qui je suis ni si je suis. Cette apparence d'être qui s'agite en moi, ces actions légères et fugitives d'une ombre, j'entends dire qu'elles portent en elle une responsabilité éternellement lourde, et que, même au prix du sang, je ne puis acheter le néant parce que pour moi il n'est plus : je serais donc condamné à la vie, condamné à la mort, condamné à l'éternité! Comment et de quel droit, si je ne l'ai su ni voulu? »

(*L'Action - Essai d'une critique de la vie et d'une science de la pratique*, Paris, 1893, p.VII.)

La place que le droit positif accorde à la **théorie de l'action** (Titre II du Livre Ier du Code de procédure civile (CPC) est symptomatique du degré d'intégration des principes fondamentaux et de protection des libertés publiques, conditions nécessaires de la paix sociale au sein d'une Société démocratique.

Ainsi, aux termes de l'article **30 CPC** :

« L'action est le droit, pour l'auteur d'une prétention, d'être entendu sur le fond de celle-ci afin que le juge la dise bien ou mal fondée.

*Pour l'adversaire, l'action est le **droit de discuter le bien-fondé** de cette prétention. »*

On doit, partant, appliquer, ici, le **principe constitutionnel de la liberté – primat irréductible de l'humanité** - tel que posé aux articles **4** et **5 DDH** :

Art. **4 DDH** : *« 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**. »*,

Art. **5 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**. »*,

ou, comme l'indiquait, déjà, le **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).

Un fonctionnaire fait partie d'un **corps** et, à ce titre, est placé dans une **situation statutaire et réglementaire**. Il est naturel qu'il soit soumis à des règles disciplinairement sanctionnées, sans lesquelles le corps perdrait toute **cohésion**.

A l'inverse, le membre d'une **profession libérale** – qui n'est pas une profession réglementée - ne fait partie d'**aucun corps** dès lors qu'il **assume seul ses actes** (« *de manière indépendante et sous (sa) responsabilité* » - article **29, I** de la **loi n°2012-387 du 22 Mars 2012** relative à la simplification du droit et à l'allègement des démarches administratives).

Dans cet ordre d'idées, **PORTALIS** affirmait, à juste raison, que « *la justice est la première dette de la souveraineté* » (Cité par **Raymond CARRE de MALBERG**, Contribution à la théorie générale de l'Etat, Sirey 1920-1922, réédition Dalloz 2004, p. 736).

Qui, aujourd'hui, pourrait mettre en doute le rôle central et croissant de la justice dans l'équilibre des forces politiques, sociologiques et économiques, tant sur le plan interne qu'international?

A cet égard, nul ne contestera, comme le juge la **Cour européenne des droits de l'homme** que l'Avocat occupe, dans une **société démocratique**, une **place éminente**, étant rappelé que le **Conseil Constitutionnel** lui a reconnu, il y a plus de trente ans, comme susdit, un statut constitutionnel dans sa mission de défense (**CC, 19 et 20 Janvier 1981**, décision n°80-127 DC, loi renforçant la sécurité et protégeant la liberté des personnes).

Avec la mise en oeuvre du **droit à un procès équitable** l'Avocat est, en outre, exonéré, selon la **Cour de justice de l'Union européenne (CJUE)**, des obligations d'information et de coopération avec les pouvoirs publics en matière de lutte contre le blanchiment (**CJUE, 26 Juin 2007, Ordre des Barreaux francophones et germanophones, C-305/05** - question préjudicielle sur la validité de l'article 2 bis, point 5, de la directive 91/308/CEE du Conseil, du 10 Juin 1991, telle que modifiée par la directive 2001/97/CE du Parlement européen et du Conseil, du 04 Décembre 2001). C'est, en réalité, conférer à l'Avocat défenseur une nécessaire **immunité** dès lors que son intervention se situe dans le champ d'application du **droit à un procès équitable** garanti notamment par l'article **6** de la **Convention européenne des droits de l'homme** et l'article **14** du **Pacte international relatif aux droits civils et politiques** du 19 Décembre 1966.

A l'évidence, les relations qu'entretiennent avocats et magistrats appartiennent au **champ politique** à l'instar de celles que nouent parlementaires et membres du gouvernement au sein des Assemblées, relations régulées par le **Contrat social**. Le prétoire se présente, dès lors, comme l'**interface entre l'Etat et la Société civile** permettant d'assurer une **protection juridictionnelle effective** aux justiciables. Ainsi, l'Avocat évolue nécessairement, notamment, dans l'enceinte de justice qui implique tous les acteurs étatiques et non-étatiques du procès, au sein d'une **société ouverte** – par opposition à la société fermée (**Henri BERGSON**, Les deux sources de la morale et de la religion, 1932; **Karl POPPER**, La société ouverte et ses ennemis, 1942), ce qui **exclut tout régime disciplinaire** le concernant.

La **constitutionnalisation** et donc la **politisation** du rôle de l'Avocat étaient déjà annoncées par le même **PORTALIS** « orateur par don et avocat par mission »:

« (...) **quiconque ose mettre des bornes à la science de l'avocat n'a jamais conçu une parfaite idée de la vaste étendue de la profession** (...). *Que les orateurs du barreau se rassurent, leur carrière n'est pas moins brillante que celle de la chaire (professorale), que celle même de la tribune (de l'Assemblée). Je sais que les causes qu'ils ont à discuter ou à défendre viennent expirer dans l'étroite enceinte des tribunaux, mais elles naissent sur le vaste théâtre de la société; elles se lient à l'histoire de l'homme; elles forment le tableau le plus fidèle des moeurs de chaque pays et de chaque siècle. Un recueil bien fait des causes célèbres serait, à chaque époque, le recueil le plus instructif pour l'observateur philosophe. Il avertirait le législateur de la bonté ou de l'insuffisance de ses lois; le magistrat, de la tendance qu'il doit donner à ses décisions; le citoyen des vices qu'il doit redouter et des pièges contre lesquels il doit se prémunir de la part des hommes avec lesquels il est obligé de vivre. Les controverses judiciaires ne sont obscures, que lorsqu'on ne rencontre pas des hommes qui sachent les ennoblir. Les orateurs pourront manquer aux circonstances, mais les circonstances ne manqueront jamais aux orateurs.* » (Eloge du Président Séguier, p. 40 in Portalis, père du Code civil par **Jean-Luc A. CHARTIER**, Fayard 2004, p. 51).

Il apparaît, ainsi, que l'Etat, dans une Société démocratique, s'acquitte de l'obligation de justice qu'il a contractée avec la Nation - assurer à chacun une **protection juridictionnelle effective** - par des **organes endogènes**, d'une part (les magistrats, greffiers, huissiers de justice, experts, mandataires de justice et autres collaborateurs du service public de la justice) et par des **entités exogènes et totalement indépendantes évoluant au sein de la Société civile**, savoir, les **Avocats**, d'autre part.

Le couple politique **Etat – Société civile** peut être traduit par la formule empruntée à **Edmund HUSSERL**: « *la transcendance dans l'immanence* ». L'Etat fournit les **conditions a priori** (nécessaires) de l'**expérience juridictionnelle** alimentée par la **Société civile** (les justiciables et leurs Avocats).

L'Avocat est, donc, un rouage essentiel de la vie dans une Société démocratique. Il permet à l'Etat de s'acquitter de son obligation d'assurer à chacun une **protection juridictionnelle effective**.

Il serait, dès lors, beaucoup plus cohérent, aux fins que le droit positif se rapproche davantage de la **réalité socio-juridique** de notre Société démocratique, de faire consacrer par le **Constituant** le **statut constitutionnel** de l'Avocat défenseur et charger le **législateur organique** – et non pas le pouvoir réglementaire – de préciser les **règles de déontologie** de la profession d'Avocat.

On doit, dans cet ordre d'idées, rappeler, ici, la nécessité éprouvée par le Constituant de donner au **Défenseur des droits** une **existence constitutionnelle** (article **71-1** formant le **Titre XI Bis** de la **Constitution** du 04 Octobre 1958, résultant de l'article **41** de la loi constitutionnelle n°2008-724 du 23 Juillet 2008), alors que jusque-là, son prédécesseur, le **Médiateur de la République** n'avait qu'une **existence légale** (**loi** n°73-6 du 03 Janvier 1973 instituant un Médiateur de la République) :

« **Le Défenseur des droits veille au respect des droits et libertés par les administrations de l'Etat, les collectivités territoriales, établissements publics, ainsi que par tout organisme investi d'une mission de service public, ou à l'égard duquel la loi organique lui attribue des compétences. (...)** »

Il est, dans cet ordre d'idées, caractéristique d'observer le soin que le législateur organique (article 2 de la **loi organique n°2011-333 du 29 Mars 2011** relative au Défenseur des droits a pris de préciser **l'immunité** dont le Défenseur des droits jouit pour l'accomplissement de sa mission :

« **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. »

Il y a lieu de rappeler, à cet égard, **l'exigence d'ordre public de l'indépendance de l'Avocat** et de sa **libre expression** garantie par l'article 10 § 1 de la **Convention européenne des droits de l'homme** (ci-après **CEDH**) et l'article 19 §§ 1 et 2 du **Pacte International relatif aux droits civils et politiques** du **19 Décembre 1966** (ci-après **PIDCP**), en particulier dans le cadre de l'exercice de sa **mission de défense**.

La Cour européenne des droits de l'homme fait valoir, à ce titre, que '*dans un procès pénal le principe de l'égalité des armes (art. 6, § 1) milite en faveur d'un libre débat entre les parties et que « la menace d'un contrôle a posteriori des critiques de l'autre partie à une procédure pénale (...) ne peut guère se concilier avec le devoir qui incombe à l'avocat de la défense de défendre avec zèle les intérêts de ses clients » (§ 54). Ce n'est donc que dans « des cas exceptionnels » qu'une restriction à la liberté d'expression d'un avocat de la défense peut passer pour nécessaire dans une société démocratique (§ 55). En l'espèce, les propos critiques de la requérante ont été tenus dans la salle d'audience, étaient de caractère procédural et ne s'analysaient pas en une insulte personnelle; la Cour conclut donc à une violation de l'article 10.*' »

(**CEDH 21 Mars 2002, Nikula c/ Finlande**, cité in JCP éd. G, n°31-35 du 31 Juillet 2002, I 157, p. 1456; v. dans le même sens **CEDH 28 Octobre 2003, Steur c/ Pays-Bas**).

Le **Code de déontologie des Avocats européens** annexé au **Règlement Intérieur National des Barreaux de France (Mai 2014)** prévoit, de la même façon:

“**21.1.1 La mission de l'avocat**

Dans une société fondée sur le respect de la justice, l'avocat remplit un rôle éminent. Sa mission ne se limite pas à l'exécution fidèle d'un mandat dans le cadre de la loi. L'avocat doit veiller au respect de l'Etat de droit et aux intérêts de ceux dont il défend les droits et libertés. Il est du devoir de l'avocat non seulement de plaider la cause de son client mais aussi d'être son conseil. Le respect de la mission de l'avocat est une condition essentielle à l'Etat de droit et à une société démocratique. (...)”

« 21.2.1 Indépendance »

21.2.1.1 La multiplicité des devoirs incombant à l'avocat lui impose une **indépendance absolue, exempte de toute pression**, notamment de celle résultant de ses propres intérêts ou d'influences extérieures. Cette **indépendance** est aussi nécessaire pour la confiance en la justice que **l'impartialité du juge**. L'avocat doit donc éviter toute atteinte à son **indépendance** et veiller à ne pas négliger **l'éthique professionnelle** pour plaire à son client, **au juge** ou à des tiers.

21.2.1.2 Cette **indépendance** est nécessaire pour l'activité juridique comme judiciaire. Le conseil donné au client par l'avocat n'a aucune valeur, s'il n'a été donné que par complaisance, par intérêt personnel ou sous l'effet d'une pression extérieure.

(...)

21.4.3 Respect du juge

Tout en faisant preuve de respect et de loyauté envers l'office du juge, l'avocat défend son client avec conscience et sans crainte, sans tenir compte de ses propres intérêts ni de quelque conséquence que ce soit pour lui-même ou toute autre personne. »

Ce principe d'INDEPENDANCE ABSOLUE de l'Avocat doit se conjuguer avec les **droits de la défense** qui, comme susdit, ont **valeur constitutionnelle**, de même que la **mission de défense** de l'Avocat (**CC, 19-20 Janvier 1981**, décision n°80-127 DC, Loi renforçant la sécurité et protégeant la liberté des personnes).

Quant aux **Ordres d'Avocats**, précisément, ils constituent des **organismes privés chargés de la gestion d'un service public** (*CE 27 Septembre 1985, Ordre des Avocats au Barreau de Lyon c/ Bertin, req. n°56543, Rec. CE p. 267, RFD adm. 1986, p. 183, concl. Denoix de Saint-Marc; CE 6 Juin 1986, Ordre des Avocats au Barreau de Pontoise c/ Jaugey, req. n°57285, Rec. CE p. 159, D. 1987, somm. p. 65, Rev. adm. 1986, p. 358, note Terneyre*) dont les membres « **participent, en qualité d'auxiliaire de justice, au service public de la justice.** » (*CE 1° et 6° ss-sect. 28 Juin 2004, Bessis, req. n°251897: Gaz.Pal. 12-14 Décembre 2004, p. 17*), l'expression « *auxiliaire de justice* » étant, toutefois, particulièrement mal adaptée pour rendre compte de la **réalité socio-juridique de l'Avocat**.

Ainsi, l'article **13-1** du **Règlement intérieur de l'Ordre des Avocats au Barreau de Paris** qui subordonnait à l'autorisation du Bâtonnier la délivrance de certains actes établis à la requête de personnes étrangères à l'Ordre ou relevant du monopole de la postulation, a été **annulé** par arrêt de la **Cour d'Appel de Paris** en date du **29 Mars 1995** (*Gaz. Pal. 9 et 10 Juin 1995, Jur. p. 11, note A. Damien*) jugeant qu'une telle disposition « *constitue une entrave au libre exercice de la mission dévolue aux avocats et une atteinte aux principes ci-dessus rappelés;* », la Cour ayant, à cette occasion énoncé:

“(...) que les **principes de libéralisme et d'indépendance** s'opposent à toute **subordination de l'avocat dans l'accomplissement de sa mission, excluent toute ingérence dans ses rapports avec son client ou dans son choix sur la manière de défendre les intérêts confiés et ne comportent d'autre limite que le respect de la législation en vigueur et de la déontologie;** (...)”.

.../...

Le principe d'**indépendance** de l'Avocat n'est pas propre à la **France** et se trouve consacré dans d'autres pays membres, comme les **Pays-Bas**:

« (...)100. Selon les conceptions en vigueur aux Pays-bas, où l'ordre national des avocats est chargé par l'article 28 de l'Advocatenwet d'arrêter la réglementation devant assurer l'exercice correct de la profession d'avocat, les règles essentielles adoptées à cet effet sont notamment le **devoir de défendre son client en toute indépendance et dans l'intérêt exclusif de celui-ci**, celui, déjà mentionné, d'éviter tout risque de conflit d'intérêts ainsi que le devoir de respecter un strict secret professionnel.

(...)»

(CJCE, 19 Février 2002, **Wouters**, C-309/99).

*

Appliqués à la problématique de l'Avocat, les principes susmentionnés conduisent d'emblée à relever une **contradiction** (**contradictio in adjecto**) dans l'expression utilisée par le législateur à l'article **3, alinéa 1er** de la loi précitée du 31 Décembre 1971 : « **Les avocats sont des auxiliaires de justice.** »

En effet, comme susmentionné, le terme d'**auxiliaire** employé par l'article **3** de la **loi n°71-1130 du 31 décembre 1971** et largement véhiculé, à tort, par la jurisprudence et la pratique n'en est pas moins **particulièrement mal choisi** pour désigner les Avocats.

Ainsi, le dictionnaire « Robert » donne de l'**auxiliaire** la définition suivante:

« 1. Qui agit, est utilisé en **second lieu**, à titre de secours. (...) - **accessoire, adjoint, annexe, complémentaire, second.**

2. Personne qui aide en apportant son concours; - **aide, adjoint, assistant, collaborateur.** (...)»

(**Le Nouveau Petit Robert**, dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française, édition 2002, v°auxiliaire, p. 190),

définition qui reflète, sans conteste, une **subordination juridique** de l'auxiliaire à l'égard d'un tiers – en l'occurrence, la **Justice** dont il doit **préparer et faciliter le travail.**

Pourtant, là où le français confond, le latin distingue entre « **auxiliaris** » et « **auxiliator** ».

Auxiliaris : « **auxiliaire** : **auxiliares cohortes** *Caes. C. 1, 63, 1; TAC. An. 12, 39, cohortes auxiliaires (...) les troupes auxiliaires (...) auxiliaria stipendia mereri* *TAC. An. 2, 52, servir dans les troupes auxiliaires. »*

Auxiliator : « *qui aide, secourt, soutient: auxiliator litigantium* *QUINT. 12, 3, 2, qui défend les plaideurs;*

(**Dictionnaire Latin – Français Le Grand GAFFIOT**, Hachette 2000, p. 200).

.../...

L'Avocat est, donc, étymologiquement celui qu'on appelle (*advocatus*) en justice, pour défendre un plaideur. Il est auxiliaire *en justice* (*Auxiliator*) et non pas auxiliaire *de justice* (*auxiliaris*).

C'est à l'aune de ces **principes fondamentaux** que doit être appréciée la compatibilité avec la norme constitutionnelle et supranationale de la législation française prévoyant le prononcé à l'encontre d'un Avocat de **sanctions disciplinaires**, en sus de l'éventuelle mise en oeuvre d'une responsabilité civile ou pénale.

Il est, à cet égard, difficile de s'écarter de l'idée selon laquelle une **sanction disciplinaire** ne se conçoit qu'au sein d'un groupe dont les membres sont liés entre eux par des rapports de **subordination hiérarchique (société fermée)**, notion **totale**ment étrangère aux **professionnels libéraux et indépendants (société ouverte)**, comme le sont, de manière hautement représentative, les **Avocats**.

Le régime disciplinaire est le **prolongement nécessaire du lien hiérarchique** sans lequel le **corps** au profit duquel il est prévu perdrait sa cohésion et, donc, sa capacité d'action.

La **hiérarchie** se définit couramment comme « *Organisation sociale dans laquelle chacun se trouve dans une série ascendante de pouvoirs ou de situation.* » (**Le Nouveau Petit Robert**, dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française, édition 2002, v°hiérarchie, p. 1267).

Or, le principe d'**INDEPENDANCE ABSOLUE** de l'Avocat rappelé ci-dessus s'oppose radicalement à toute forme de subordination de l'Avocat à l'égard de quiconque.

Le **schéma n'est pas vertical**, concernant l'Avocat, mais **horizontal**, dès lors que celui-ci évolue sur un **marché concurrentiel (Société ouverte)**, **ne recevant d'ordre de personne** et n'ayant de comptes à rendre qu'au **Droit (nomocratie)**.

L'Avocat ne reçoit pas d'instructions d'un supérieur hiérarchique, mais une **mission de défense** de son client qu'il est libre d'accepter ou de refuser.

Il est certain, à ce propos, que **l'Avocat n'est pas le collaborateur du service public de la justice** :

« (...) *Mais attendu que l'arrêt attaqué a exactement retenu qu'à l'égard d'un avocat, qui est le conseil représentant ou assistant l'une des parties en litige et non un collaborateur du service public de la justice, la responsabilité de l'Etat en raison d'une faute commise par un magistrat dans l'exercice de ses fonctions ne peut, selon l'article L. 781-1 du Code de l'organisation judiciaire, être engagée qu'en cas de faute lourde;* » (**Cass. 1ère Civ., 13 Octobre 1998, M. Jean MELOUX et a. c/ Agent judiciaire du Trésor, n°A 96-13.862**);

On concevrait mal, en effet, que l'Avocat, mandataire du justiciable puisse à la fois défendre son client en toute indépendance et être le collaborateur du juge.

Dans cet ordre d'idées, l'obligation faite par l'article **10** du Code Civil à chacun « *d'apporter son concours à la justice en vue de la manifestation de la vérité* » ne place pas, pour autant, la **partie** à un procès en situation de subordination hiérarchique à l'égard du juge ou d'un autre acteur du procès.

Il doit en être de même de l'Avocat qui a reçu de la **norme suprême** mission de **défendre**, dans le respect de son **serment légal** visant expressément **l'indépendance**, conformément au **mandat** qui lui a été confié par son client.

C'est, donc, bien le **mandat** défini par l'article **1984** du Code Civil comme l' « *acte par lequel une personne donne à une autre le **pouvoir** de faire quelque chose pour le mandant et en son nom.* » avec la signification qu'il prend lorsque son objet porte sur la **représentation** ou **l'assistance en justice**, conjugué avec le **principe constitutionnel des droits de la défense** qui fait relever **l'indépendance de l'Avocat**, notamment à l'égard du juge, d'une **raison impérieuse d'intérêt général**, aux fins que soit assuré à toute personne le **droit à un procès équitable** garanti par l'article **16** de la **Déclaration des droits de l'homme et du Citoyen** du 26 Août 1789 (ci-après « **DDH** ») l'article **6 § 1** de la **CEDH** et l'article **14 § 1** du **PIDCP**.

Le **principe de responsabilité** permet, également d'opposer le travailleur indépendant (**mandat**) et le préposé (**contrat de travail**) que le lien de subordination hiérarchique protège dès lors qu'il n'engage pas sa responsabilité civile à l'égard des tiers lorsqu'il agit sans excéder les limites de sa mission :

1. « (...)

Vu les articles 1382 et 1384, alinéa 5, du Code civil,

Attendu que n'engage pas sa responsabilité à l'égard des tiers le préposé qui agit sans excéder les limites de la mission qui lui a été impartie par son commettant »

(**Cass. Ass. Plén. 25 Février 2000, M. Thierry COSTEDOAT et a.** n° T 97-17.378 et G 97-20.152);

2. « (...)

Vu les articles 1384, alinéa 5, du code civil et 1er et 2 de la loi n°85-677 du 5 juillet 1985;

Attendu que n'est pas tenu à indemnisation à l'égard de la victime le préposé conducteur d'un véhicule de son commettant impliqué dans un accident de la circulation qui agit dans les limites de la mission qui lui a été impartie;

(**Cass. 2° Civ., 28 Mai 2009, M. Jean-Luc MOUTON et a., n° G 08-13.310**);

3. « (...) »

Mais attendu que le préposé condamné pénalement pour avoir intentionnellement commis, fût-ce sur l'ordre du commettant, une infraction ayant porté préjudice à un tiers, engage sa responsabilité civile à l'égard de celui-ci; que dès lors, en statuant comme elle l'a fait, la cour d'appel a légalement justifié sa décision;

(Cass. Ass. Plén. 14 Décembre 2001, M. Patrick COUSIN, n°C 00-82.066);

Située au **rang constitutionnel**, la mission de l'Avocat doit voir son **utilité** et sa **nécessité** reconnues par les autres acteurs du procès, savoir les **magistrats** auxquels **aucun pouvoir injonctif**, ni de **sanction** ne doit être attribué en dehors de la **jurisdiction**. Les relations entre avocats et magistrats doivent, pour respecter le **principe d'égalité des armes**, être à l'identique de celles qu'entretiennent **juges** et **représentants du ministère public**, ceux-là s'interdisant de prendre toute **mesure coercitive** à l'encontre de ceux-ci, notamment aux fins de production des pièces issues d'une instruction pénale en cours ou à l'occasion de l'exercice des pouvoirs de police de l'audience.

La **spécificité** et le **rôle éminent** de l'Avocat au sein d'un procès conduisent à lui reconnaître des **prérogatives de défense constitutionnellement garanties** aux fins qu'il puisse de façon **concrète et effective** remplir la mission qui lui a été confiée, en particulier dans des situations qui le contraignent, au nom et pour le compte de son client, à **suspecter légitimement l'impartialité du juge**, cette exigence étant pour celui-ci **absolue** ou à s'opposer à des décisions susceptibles d'aucun recours qui lui paraissent illégales.

Les **prérogatives de puissance publique** dont sont investis les magistrats du siège et du parquet, doivent, partant, dans une **société démocratique** qui assure la **garantie des droits** et la **séparation des pouvoirs**, au sens de l'article **16 DDH**, être **adéquatement contrebalancées** par des **prérogatives de défense** reconnues aux Avocats, de sorte qu'un **équilibre** entre les droits et obligations de chacune des parties au procès soit assuré (cf. **article préliminaire** du Code de procédure pénale: « *La procédure pénale doit être équitale et contradictoire et préserver l'équilibre des droits des parties.* »).

Or, un Avocat, au motif qu'il est tenu à une **déontologie** particulière comprenant la notion particulièrement floue de « *délicatesse* » - « *qui veut tout dire et rien dire* » selon l'expression de **Maître Daniel SOULEZ-LARIVIERE** (in Dictionnaire de la Justice, PUF, 2004, v° Avocat, p. 110) qui craindrait que l'exécution fidèle et légitime de son mandat l'expose à des **poursuites disciplinaires** et à une éventuelle sanction prononcée, en première instance, par un collège composé de **concurrents** dont l'**impartialité** peut donc être **objectivement suspectée** et en appel par des **magistrats de la Cour du ressort** de laquelle son Barreau relève et devant lesquels il sera intervenu auparavant et qui, à l'évidence, ne fourniraient pas davantage de **garantie d'impartialité**, ne pourrait pas en toute **liberté** et **indépendance** remplir la mission à lui confiée par son client dont les **droits fondamentaux** ne seraient, en conséquence, pas assurés.

(cf. **CEDH 21 Mars 2002, Nikula c/ Finlande**, cité in JCP éd. G, n°31-35 du 31 Juillet 2002, I 157, p. 1456 et **CEDH 28 Octobre 2003, Steur c/ Pays-Bas**, précités).

Telle est pourtant la situation du droit positif compte tenu en particulier des articles **180 à 199** du **décret n°91-1197 du 27 Novembre 1991** organisant la profession d'Avocat qui doivent donc être **abrogés**.

La **déontologie**, définie comme étant la « *connaissance de ce qui est juste et convenable* » (Monsieur Joël MORET-BAILLY in Dictionnaire de la Justice, PUF, 2004, v° Déontologie, p. 326), si elle représente une garantie nécessaire des consommateurs du droit, ne peut être mise en oeuvre, en ce qui concerne les Avocats que dans des conditions qui ne portent atteinte ni directement, ni indirectement à l'**indépendance absolue** qui est indispensable à l'exercice de leur **mission de défense**.

En effet, selon l'approche de **Maître Jean-Marc VARAUT**:

« *L'indépendance est la situation d'une collectivité, d'une institution ou d'une personne qui n'est pas soumise à une autre collectivité, institution ou personne. Il faut que son titulaire n'ait rien à attendre ou à redouter de personne. L'indépendance se caractérise par l'autonomie, ce qui ne veut pas dire qu'elle est anémique, mais que les normes qui régissent cette collectivité, cette institution ou cette personne lui sont propres.* » (**Jean-Marc VARAUT** in Dictionnaire de la Justice, PUF, 2004, v° Indépendance, p. 622).

Or, les structures prévues par le droit positif aux fins de faire respecter la déontologie méconnaissent précisément ce **principe d'indépendance absolue** de l'Avocat.

4-3/ L'INCONSTITUTIONNALITE DES ARTICLES 3, ALINEA 1er, 9, 14-2, 15, 16, 17, 21, 21-1, 21-2, 22 A 25-1 ET 53 DE LA LOI N°71-1130 DU 31 DECEMBRE 1971 PORTANT REFORME DE CERTAINES PROFESSIONS JUDICIAIRES ET JURIDIQUES

Il n'est pas indifférent, à ce propos, de relever qu'ainsi le juge la **Cour de Justice de l'Union Européenne**:

« (...) 17; *Si, en général, la législation pénale et les règles de procédure pénale, dont font partie les dispositions litigieuses relatives à la langue de procédure, relèvent de la compétence des Etats membres, il est de jurisprudence constante que le droit communautaire impose des limites à cette compétence. De telles dispositions ne peuvent, en effet, opérer une discrimination à l'égard des personnes auxquelles le droit communautaire confère le droit à l'égalité de traitement ni restreindre les libertés fondamentales garanties par le droit communautaire (voir, en ce sens, arrêt Cowan, précité, point 19). (...)* »
(CJUE, 24 Novembre 1998, *Bickel et Franz* (aff. C-274/96).

De la même manière, le législateur est tenu par les **normes constitutionnelles**, dès lors qu'il décide de recourir à un **régime répressif**, comme en l'espèce (**4-3-1**), au **principe de la légalité des délits et des peines**, principe manifestement méconnu par les dispositions législatives présentement contestées aussi bien sous l'angle des **droits de la défense et de la liberté d'expression** (**4-3-2**), que de la **liberté d'entreprendre** dont procède la **liberté d'exercer la profession d'Avocat** (**4-3-3**).

4-3-1/ LE REGIME DISCIPLINAIRE INSTAURE PAR LES ARTICLES 3, ALINEA 1er, 9, 14-2, 15, 16, 17, 21, 21-1, 21-2, 22 A 25-1 ET 53 DE LA LOI N°71-1130 DU 31 DECEMBRE 1971 EST ASSUJETTI AU PRINCIPE DE LEGALITE DES DELITS ET DES PEINES

Il y a lieu de rappeler, ici, que le **principe de la légalité des délits et des peines** consacré par les articles 7 et 8 de la **Déclaration des droits de l'homme et du citoyen** du 26 Août 1789 (**DDH**), **norme constitutionnelle**, trouve à s'appliquer dès lors que la mesure législative envisagée revêt le caractère de **sanction**, comme c'est le cas des **sanctions disciplinaires** prononcées contre un Avocat.

Comme le précise la Doctrine, « *Davantage qu'à la notion de « **peines** » c'est désormais à la notion de « **mesures à caractère répressif** » qu'il convient donc de se référer (**CC, 29 Décembre 1989**, déc. n°89-268 DC; **RFD const.** 1991, n°1, p. 122, note L. Philip, qui emploie l'expression de « **matière répressive** »).*

*Par **mesures à caractère répressif** sont dès lors désignées les **mesures prises en considération de la personne constitutives de punition**, c'est-à-dire les **mesures individuelles défavorables, causant un désagrément dans un intérêt social**.*

Pour opérer la qualification, il convient de démontrer, et ceci par tous moyens appropriés, l'intention de l'auteur de la mesure.

(...)

*une mesure de **retrait de la carte de séjour ou de la carte de résident** prise comme **conséquence du comportement de l'intéressé** revêt le caractère d'une **sanction** au sens de l'article **DDH 8**, obligeant notamment, s'agissant d'une mesure de haute police, le juge administratif à s'assurer du respect du **principe constitutionnel des droits de la défense** (**Cons. const., 22 avr. 1997**, déc. n°97-389 DC, consid. 32: **Rec. Cons. const.**, p. 45); ou bien à propos d'une **amende fiscale** d'un montant fixe, applicable '*si la mauvaise foi de l'intéressé est établie*' (demande de prime pour l'emploi formulée sur la base de renseignements inexacts en vue d'obtenir le paiement d'un acompte): **Cons. const., 29 déc. 2003**, déc. n°2003-489 DC, consid. 12: **Rec. Cons. const.**, p. 487) (...) (**Professeurs Thierry S. RENOUX et Michel de VILLIERS**, Code constitutionnel Litec, 2004, § 0108, p. 50).*

C'est, au demeurant, le même principe que retient la jurisprudence de la **Cour de justice de l'Union européenne**: « (...) **une sanction, même de caractère non pénal, ne peut être infligée que si elle repose sur une base légale claire et non ambiguë** (voir, notamment, arrêts du 25 septembre 1984, *Könecke*, 117/83, **Rec. p.** 3291, point 11, et du 11 juillet 2002, *Käserei Chapignon Hofmeister*, C-210/00, **Rec. p.** I-6453, point 52) (**CJUE, 16 Mars 2006, Emsland-Stärke GmbH c/ Landwirtschaftskammer Hannover**, C-94/05, point 44).

Dans cet ordre d'idées, le **Conseil Constitutionnel** dont les décisions, en vertu de l'article **62, alinéa 3** de la Constitution, « **s'imposent aux pouvoirs publics et à toutes les autorités administratives et juridictionnelles** », juge que « **le principe de la séparation des pouvoirs, non plus qu'aucun principe ou règle de valeur constitutionnelle ne fait obstacle à ce qu'une autorité administrative, agissant dans le cadre de **prérogatives de puissance publique**, puisse exercer un **pouvoir de sanction** dès lors, d'une part, que la sanction susceptible d'être infligée est **exclusive de toute privation de liberté** et, d'autre part, que l'exercice de ce pouvoir de sanction est assorti par la loi de **mesures destinées à assurer les droits et libertés constitutionnellement garantis**; qu'en particulier doivent être respectés les **principes de la****

.../...

nécessité et de la légalité des peines, ainsi que les droits de la défense, principes applicables à toute sanction ayant le caractère d'une punition, même si le législateur a laissé le soin de la prononcer à une autorité de nature non juridictionnelle; (...) CC, décision n°97-389 DC du 22 Avril 1997, Loi portant diverses dispositions relatives à l'immigration, consid. 30),

et plus récemment:

« (...) *Considérant qu'il résulte de (l'article 8 DDH qui s'applique) à toute sanction ayant le caractère de punition, qu'une peine ne peut être infligée qu'à la condition que soient respectés les principes de légalité des délits et des peines, de nécessité des peines, et de non-rétroactivité de la loi répressive plus sévère; que s'impose en outre le respect des droits de la défense; (...)* » (CC, déc. n°2003-489 DC du 29 Décembre 2003, Loi de finances pour 2004, consid. 11);

« (...) 24. *Considérant que les exigences du onzième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946, aux termes duquel la Nation 'garantit à tous, notamment à l'enfant, à la mère et aux vieux travailleurs, la protection de la santé', ne sauraient excuser la fraude ou l'inobservation des règles du code de la sécurité sociale; que, toutefois, il résulte de l'article 8 de la Déclaration de 1789, qui s'applique à toute sanction ayant le caractère de punition, qu'une telle sanction ne peut être infligée qu'à la condition que soient respectés les principes de légalité des délits et des peines, de nécessité des peines et de non-rétroactivité de la règle répressive plus sévère; que s'impose en outre le respect des droits de la défense;*

27. (...) *qu'en outre, l'intéressé pourra contester le bien fondé de la sanction devant le tribunal administratif;*

(...) »

(CC, décision n°2004-504 DC du 12 Août 2004, Loi relative à l'assurance maladie, consid. 22 à 28).

Le Conseil constitutionnel a eu l'occasion de réaffirmer tout dernièrement que le **principe de légalité des délits et des peines** s'applique à « *toute sanction ayant le caractère d'une punition* », notamment les **sanctions disciplinaires** :

« (...) »

3. *Considérant qu'aux termes de l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 : « La loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires, et nul ne peut être puni qu'en vertu d'une loi établie et promulguée antérieurement au délit, et légalement appliquée » ; que les principes ainsi énoncés ne concernent pas seulement les peines prononcées par les juridictions pénales mais s'étendent à toute sanction ayant le caractère d'une punition ; que le principe de la nécessité des peines ne fait pas obstacle à ce que les mêmes faits commis par une même personne puissent faire l'objet de poursuites différentes aux fins de sanctions de nature disciplinaire ou administrative en application de corps de règles distincts devant leurs propres ordres de juridictions ; que, si l'éventualité que soient engagées deux procédures peut ainsi conduire à un cumul des sanctions, le principe de proportionnalité implique qu'en tout état de cause, le montant global des sanctions éventuellement prononcées ne dépasse pas le montant le plus élevé de l'une des sanctions encourues ;*

(CC, Décision n° 2012-289 QPC du 17 Janvier 2013, M. Laurent D.).

.../...

A l'évidence, la sanction disciplinaire que le Conseil de discipline peut, en application de l'article **22** de la **loi n°71-1130 du 31 Décembre 1971**, prononcer contre un Avocat à qui une infraction ou une faute professionnelle serait reprochée, constitue une **mesure ayant le caractère d'une punition** dès lors qu'elle est prononcée **en considération** du comportement du professionnel concerné, placé sous la **tutelle** d'un organisme prétendant apprécier l'existence et la gravité d'un manquement à la déontologie.

Le système instauré par les articles **22 à 25-1** de la **loi n°71-1130 du 31 Décembre 1971** est la négation pure et simple du **caractère libéral** de l'activité d'Avocat, celle-ci étant, par nature, **exclusive de tout lien de subordination**.

On doit rappeler, dans cet ordre d'idées, que la **tutelle** se définit usuellement comme l'« *Etat de dépendance d'une personne soumise à une surveillance gênante.* » (Dictionnaire Le Robert, 1994, p. 2333, v° **Tutelle**).

Il n'est pas indifférent de relever que dans un sens plus technique, ce terme désigne le régime juridique s'appliquant aux personnes (mineurs, incapables majeurs) ou aux Etats (Charte des Nations Unies) jugés être dans l'**incapacité de se gouverner eux-mêmes**.

A l'opposé, l'indépendance - qui pour l'Avocat est **un droit et une obligation** - se caractérise par l'**autonomie de la volonté** (« *Sapere aude!* », dit Emmanuel KANT: aie le courage de te servir de ton propre entendement!).

La loi ne sera acceptée, dans cette optique, que dans la mesure où son destinataire a eu la possibilité effective de **concourir personnellement à sa formation**, ce qui est un **droit constitutionnel** (art. **6 DDH**) et notamment par l'exercice du **droit à un recours juridictionnel**, garanti par l'article **16 DDH**.

Eu égard au **déclassement professionnel** de l'Avocat qui en résulte, inévitablement et nettement perçu tant par ses confrères, que sa clientèle, qui ne voient plus en lui qu'un **praticien diminué** puisque **privé de son pouvoir d'agir de façon autonome**, la **sanction disciplinaire** ne peut être, dans ces conditions, ressentie que comme une **décision défavorable** justiciable des articles **3 CEDH** (sous l'angle du **traitement dégradant**) et **8 CEDH** (**droit au respect de la vie privée et familiale**, avec ses prolongements dans la **vie professionnelle**).

L'**intention punitive** de la sanction disciplinaire n'est, dans ces conditions, pas sérieusement contestable dès lors qu'elle connote un **comportement déviant** que le Conseil de discipline, censeur de l'Avocat, entend stigmatiser et réprimer comme s'écartant de la **norme professionnelle**, qu'il prétend fixer de façon **arbitraire**, en méconnaissance flagrante du **principe de prééminence du Droit**.

Le **caractère répressif** des articles **22 à 25-1** de la **loi n°1130 du 31 Décembre 1971** ne peut, dès lors, être sérieusement contesté.

Il y a lieu, en tout état de cause, d'observer que la sanction disciplinaire est susceptible de **recours** devant la **Cour d'Appel** (article **197** du **décret n°91-1197 du 27 Novembre 1991** organisant la profession d'Avocat), preuve, s'il en était besoin, de ce qu'elle **fait grief** à l'Avocat qu'elle vise.

Les articles **7** et **8** DDH doivent, partant, s'appliquer aux dispositions législatives précitées, et ce, sous le contrôle du **Conseil Constitutionnel**, dans le cadre notamment de la **question prioritaire de constitutionnalité (QPC)**.

4-3-2/ LE REGIME DISCIPLINAIRE INSTAURE PAR LES ARTICLES 3, ALINEA 1er, 9, 14-2, 15, 16, 17, 21, 21-1, 21-2, 22 A 25-1 ET 53 DE LA LOI N°71-1130 DU 31 DECEMBRE 1971 MECONNAIT LES DROITS DE LA DEFENSE ET LA LIBERTE D'EXPRESSION CONJUGUES AVEC LE PRINCIPE DE LA LEGALITE DES DELITS ET DES PEINES GARANTI PAR LES ARTICLES 7 ET 8 DE LA DECLARATION DES DROITS DE L'HOMME ET DU CITOYEN DU 26 AOUT 1789

A ce propos, il doit être relevé, quant aux conséquences du **principe de la légalité des délits et des peines** « *qu'appliquée en dehors du droit pénal, l'exigence d'une définition des infractions sanctionnées se trouve satisfaite, en matière administrative, par la référence aux obligations auxquelles le titulaire d'une autorisation administrative est soumis en vertu des lois et règlements; (...)* » (CC, décision n°88-248 DC du 17 Janvier 1989, Loi modifiant la loi n°86-1067 du 30 Septembre 1986 relative à la liberté de communication, consid. 37).

Le Conseil d'Etat juge, dans le même sens :

« (...) *Considérant qu'appliquée en dehors du droit pénal, l'exigence d'une définition des manquements sanctionnés se trouve satisfaite, en matière disciplinaire, dès lors que les textes applicables font référence aux obligations auxquelles les intéressés sont soumis en raison de l'activité qu'ils exercent, de la profession à laquelle ils appartiennent ou de l'institution dont ils relèvent; que si la nécessité des peines attachées aux infractions relève du pouvoir d'appréciation du législateur, il incombe au juge disciplinaire de s'assurer de l'absence d'inadéquation manifeste entre les peines qu'il inflige et les obligations dont elles tendent à réprimer la méconnaissance; (...)* (CE, 16 Mai 2012, OUESLATI c/ Ministère de l'Enseignement supérieur et de la Recherche, n°356924).

En outre, il résulte de l'article 34 de la Constitution du 04 Octobre 1958 qu'il appartient au législateur et à lui seul, à peine d'entacher son acte d'**incompétence négative** qui constitue une violation de la Constitution, de fixer les règles concernant « **les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques** », au rang desquelles figure la **liberté d'entreprendre** dont procède la liberté d'exercer la profession d'Avocat (art. 4 DDH).

Cette règle est appliquée aussi bien dans le cadre du **contrôle préventif de constitutionnalité**:

« (...) 9. *Considérant qu'il incombe au législateur d'exercer pleinement la compétence que lui confie la Constitution et, en particulier, son article 34; qu'à cet égard, le principe de clarté de la loi, qui découle du même article de la Constitution, et l'objectif de valeur constitutionnelle d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi, qui découle des articles 4, 5, 6 et 16 de la Déclaration de 1789, lui imposent d'adopter des dispositions suffisamment précises et des formules non équivoques afin de prémunir les sujets de droit contre une interprétation contraire à la Constitution ou contre le risque d'arbitraire, sans reporter sur des autorités administratives ou juridictionnelles le soin de fixer des règles dont la détermination n'a été confiée par la Constitution qu'à la loi; (...)* » (CC, décision n°2005-512 DC du 21 Avril 2005, Loi d'orientation et de programme pour l'avenir de l'école),

que dans celui de la **question prioritaire de constitutionnalité** lorsque, comme en l'espèce, « *est affecté un droit ou une liberté que la Constitution garantit* » :

« (...) *que la méconnaissance par le législateur de sa propre compétence ne peut être invoquée dans le cadre d'une question prioritaire de constitutionnalité que dans le cas où est affecté un droit ou une liberté que la Constitution garantit*; » (...) » (**CC, Décision n°2010-33 QPC du 22 Septembre 2010, Société Esso SAF**, consid. 2).

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

Or, « *la nécessité des peines attachées aux infractions relève du pouvoir d'appréciation du législateur* (...) (**CE, 16 Mai 2012, OUESLATI c/ Ministère de l'Enseignement supérieur et de la Recherche**, n°356924).

De surcroît, le principe selon lequel il est satisfait au **principe de légalité des délits et des peines** :

- en matière administrative, par « *la référence aux obligations auxquelles le titulaire d'une autorisation administrative est soumis en vertu des lois et règlements*; » (**CC, décision n°88-248 DC du 17 Janvier 1989, Loi modifiant la loi n°86-1067 du 30 Septembre 1986 relative à la liberté de communication**, consid. 37),

- en matière disciplinaire, par la « *référence aux obligations auxquelles les intéressés sont soumis en raison de l'activité qu'ils exercent, de la profession à laquelle ils appartiennent ou de l'institution dont ils relèvent*; » (**CE, 16 Mai 2012, OUESLATI c/ Ministère de l'Enseignement supérieur et de la Recherche**, n°356924),

n'est pas applicable aux **Avocats** ni aux **autorités indépendantes** dont l'existence est consacrée par la **Constitution** que seul le **législateur organique** peut aménager aux fins de satisfaire à « *des exigences constitutionnelles ou justifiées par l'intérêt général, à la condition qu'il n'en résulte pas d'atteintes disproportionnées au regard de l'objectif poursuivi*; » (**CC, décision n°2001-451 DC du 27 Novembre 2001, Loi portant amélioration de la couverture des non-salariés agricoles contre les accidents du travail et les maladies professionnelles**, consid. 18; **CC, décision n°2012-285 QPC du 30 Novembre 2012, M. Christian S.**).

Rien ne peut justifier, dès lors, le régime disciplinaire des **Avocats**, alors que ni le **Défenseur des droits** ni ses **adjoints** n'y sont soumis.

Si l'appartenance à une profession oblige au respect des règles spécifiques à celle-ci (comme le **principe du contradictoire**) et donc à une **déontologie**, le régime disciplinaire – qui est le **prolongement nécessaire du pouvoir hiérarchique** - n'a pas sa place dès lors que la profession concernée se caractérise par son **indépendance, exclusive de tout lien de subordination**.

L'exercice d'une profession indépendante relève, dès lors, directement de la **liberté** dont les bornes « *ne peuvent être déterminées que par la loi* ».

Concernant l'Avocat, la **liberté d'expression** (articles **10** et **11 DDH**) prend une coloration particulière dès lors qu'elle est le **vecteur nécessaire des droits de la défense** et du **droit à un procès équitable** (art. **16 DDH**) qu'il a reçu pour **mission constitutionnelle** de mettre en œuvre. Faire redouter à un Avocat, comme le fait expressément l'article **25** de la **loi n°71-1130 du 31 Décembre 1971**, des **poursuites disciplinaires** au motif qu'une juridiction estime qu'il « *a commis à l'audience un manquement aux obligations que lui impose son serment* » limite de façon **arbitraire** la **liberté d'expression** et, partant, les **droits de la défense**, alors même 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; v. pour une réaffirmation et une extension du principe au comportement d'un Avocat : **Cass. 1° Civ., 29 Octobre 2014**, n°12-27.610).

La Cour européenne des droits de l'homme fait valoir, à ce titre, que '*dans un procès pénal le principe de l'égalité des armes (art. 6, § 1) milite en faveur d'un libre débat entre les parties et que « la menace d'un contrôle a posteriori des critiques de l'autre partie à une procédure pénale (...) ne peut guère se concilier avec le devoir qui incombe à l'avocat de la défense de défendre avec zèle les intérêts de ses clients » (§ 54). Ce n'est donc que dans « des cas exceptionnels » qu'une restriction à la liberté d'expression d'un avocat de la défense peut passer pour nécessaire dans une société démocratique (§ 55). En l'espèce, les propos critiques de la requérante ont été tenus dans la salle d'audience, étaient de caractère procédural et ne s'analysaient pas en une insulte personnelle; la Cour conclut donc à une violation de l'article 10.'* »

(**CEDH 21 Mars 2002, Nikula c/ Finlande**, cité in JCP éd. G, n°31-35 du 31 Juillet 2002, I 157, p. 1456; v. dans le même sens **CEDH 28 Octobre 2003, Steur c/ Pays-Bas**).

La Cour de Strasbourg a eu l'occasion, très récemment, de réaffirmer par arrêt de **Grande Chambre**, les **principes généraux de l'impartialité du juge** :

« (...)

C. L'appréciation de la Cour

1. Principes généraux

73. *La Cour rappelle que l'impartialité se définit d'ordinaire par l'absence de préjugé ou de parti pris et peut s'apprécier de diverses manières. Selon la jurisprudence constante de la Cour, aux fins de l'article 6 § 1, l'impartialité doit s'apprécier selon une démarche subjective, en tenant compte de la conviction personnelle et du comportement du juge, c'est-à-dire en recherchant si celui-ci a fait preuve de parti pris ou préjugé personnel dans le cas d'espèce, ainsi que selon une démarche objective consistant à déterminer si le tribunal offrait, notamment à travers sa composition, des garanties suffisantes pour exclure tout doute légitime quant à son impartialité (voir, par exemple, Kyprianou c. Chypre [GC], no 73797/01, § 118, CEDH 2005-XIII, et Micallef c. Malte [GC], no 17056/06, § 93, CEDH 2009).*

.../...

74. Pour ce qui est de la **démarche subjective**, le principe selon lequel un tribunal doit être présumé exempt de préjugé ou de partialité est depuis longtemps établi dans la jurisprudence de la Cour (Kyprianou, précité, § 119, et Micallef, précité, § 94). L'impartialité personnelle d'un magistrat se présume jusqu'à preuve du contraire (Hauschildt c. Danemark, 24 mai 1989, § 47, série A no 154). Quant au type de preuve exigé, la Cour s'est par exemple efforcée de vérifier si un juge avait fait montre d'hostilité ou de malveillance pour des raisons personnelles (De Cubber c. Belgique, 26 octobre 1984, § 25, série A no 86).

75. Dans la très grande majorité des affaires soulevant des questions relatives à l'impartialité, la Cour a eu recours à la **démarche objective** (Micallef, précité, § 95). La frontière entre l'impartialité subjective et l'impartialité objective n'est cependant pas hermétique car non seulement la conduite même d'un juge peut, du point de vue d'un **observateur extérieur**, entraîner des **doutes objectivement justifiés** quant à son impartialité (démarche objective), mais elle peut également toucher à la question de sa **conviction personnelle** (démarche subjective) (Kyprianou, précité, § 119). Ainsi, dans des cas où il peut être difficile de fournir des preuves permettant de réfuter la **présomption d'impartialité subjective du juge**, la **condition d'impartialité objective** fournit une garantie importante supplémentaire (Pullar c. Royaume-Uni, 10 juin 1996, § 32, Recueil des arrêts et décisions 1996-III).

76. Pour ce qui est de l'appréciation objective, elle consiste à se demander si, indépendamment de la conduite personnelle du juge, **certains faits vérifiables** autorisent à suspecter l'impartialité de ce dernier. Il en résulte que, pour se prononcer sur l'existence, dans une affaire donnée, d'une **raison légitime** de redouter d'un **juge** ou d'une **juridiction collégiale** un défaut d'impartialité, l'optique de la personne concernée entre en ligne de compte mais ne joue pas un rôle décisif. L'élément déterminant consiste à savoir si l'on peut considérer les **appréhensions de l'intéressé comme objectivement justifiées** (Micallef, précité, § 96).

77. L'appréciation objective porte essentiellement sur les **liens hiérarchiques ou autres** entre le **juge** et **d'autres acteurs de la procédure** (Micallef, précité, § 97). Il faut en conséquence décider dans chaque cas d'espèce si la nature et le degré du lien en question sont tels qu'ils dénotent un manque d'impartialité de la part du tribunal (Pullar, précité, § 38).

78. En la matière, **même les apparences peuvent revêtir de l'importance** ou, comme le dit un adage anglais, « **justice must not only be done, it must also be seen to be done** » (il faut non seulement que justice soit faite, mais aussi qu'elle le soit au vu et au su de tous) (De Cubber, précité, § 26). Il y va de la confiance que les tribunaux d'une société démocratique se doivent d'inspirer aux justiciables. Tout juge dont on peut légitimement craindre un manque d'impartialité doit donc se déporter (Castillo Algar c. Espagne, 28 octobre 1998, § 45, Recueil 1998-VIII, et Micallef, précité, § 98).

(...)

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

La Cour de Strasbourg juge, en outre, de façon constante que la **Convention européenne des droits de l'homme** ne vise pas à garantir des **droits théoriques ou illusoires**, mais des **droits concrets et effectifs** (CEDH Aff. Airey 9 Octobre 1979, série A n°32, §24; Artico c. Italie du 13 Mai 1980, série A n°37 p. 16, §33 et Dulaurans du 21 Mars 2000) :

« 33. L'alinéa c) (art. 6-3-c), la Commission le relève aux paragraphes 87 à 89 de son rapport, consacre le droit de se défendre de manière adéquate en personne ou par l'intermédiaire d'un avocat, droit renforcé par l'obligation, pour l'Etat, de fournir dans certains cas une assistance judiciaire gratuite.

(...)

La Cour rappelle que le but de la Convention consiste à protéger des droits **non pas théoriques ou illusoires, mais concrets et effectifs** ; la remarque vaut spécialement pour ceux de la **défense** eu égard au **rôle éminent** que le **droit à un procès équitable**, dont ils dérivent, joue dans une **société démocratique** (arrêt Airey du 9 octobre 1979, série A n°32, pp. 12-13, par. 24, et paragraphe 32 ci-dessus).

L'article 6 par. 3 c) (art. 6-3-c), les délégués de la Commission l'ont souligné à bon escient, parle d' « assistance » et non de « nomination ». Or la seconde n'assure pas à elle seule l'effectivité de la première car l'avocat d'office peut mourir, tomber gravement malade, avoir un empêchement durable ou se dérober à ses devoirs. Si on les en avertit, les autorités doivent le remplacer ou l'amener à s'acquitter de sa tâche. Adopter l'interprétation restrictive avancée par le Gouvernement conduirait à des résultats déraisonnables, incompatibles avec le libellé de l'alinéa c) (art. 6-3-c) comme avec l'économie de l'article 6 considéré dans son ensemble (art. 6). L'assistance judiciaire gratuite risquerait de se révéler un vain mot en plus d'une occasion. (CEDH Artico c. Italie du 13 Mai 1980, série A n°37 p. 16, §33).

Dès lors, en s'abstenant de fixer, en matière de **déontologie des Avocats**, « les règles concernant (...) les **garanties fondamentales** accordées aux citoyens pour l'exercice des **libertés publiques** », tâche que l'article 34 de la Constitution lui a confiée et qu'il a, à tort, déléguée au pouvoir réglementaire, le législateur a méconnu le **principe de la légalité des délits et des peines, les droits de la défense et la liberté d'expression**

Il est, ainsi, établi qu'en renvoyant au **pouvoir réglementaire** le soin de fixer les règles auxquels les Avocats pouvaient être assujetties dans l'exercice de leur **mission constitutionnelle de défenseur**, règles dont la détermination n'a été confiée par la **Constitution** qu'à la **loi**, chargée de déterminer « les règles concernant (...) les **garanties fondamentales** accordées aux citoyens pour l'exercice des **libertés publiques** ; », le législateur a **méconnu sa propre compétence** et violé l'article 34 de la **Constitution** du 04 Octobre 1958.

Les articles 3, alinéa 1er, 9, 14-2, 15, 16, 17, 21, 21-1, 21-2, 22 à 25-1 et 53 de la loi n°1130 du 31 Décembre 1971, par l'**incompétence négative** dont ils sont entachés, grosse d'**insécurité juridique**, sont **contraires** aux articles 7, 8, 10, 11 DDH et 34 de la **Constitution** du 04 Octobre 1958.

Ces textes devront, en conséquence, être **abrogés** par le **Conseil constitutionnel** auquel la présente **question prioritaire de constitutionnalité (QPC)** devra être renvoyée.

.../...

4-3-3/ LE REGIME DISCIPLINAIRE INSTAURE PAR LES ARTICLES 3, ALINEA 1er, 9, 14-2, 15, 16, 17, 21, 21-1, 21-2, 22 A 25-1 ET 53 DE LA LOI N°71-1130 DU 31 DECEMBRE 1971 MECONNAIT LA LIBERTE D'ENTREPRENDRE DONT PROCEDE LA LIBERTE D'EXERCER LA PROFESSION D'AVOCAT

« (...)

– SUR LE GRIEF TIRÉ DE L'ATTEINTE À LA LIBERTÉ D'ENTREPRENDRE :

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

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

(CC, décision n°2012-285 QPC du 30 Novembre 2012, M. Christian S.)

- On sait, à cet égard, qu'est entachée d'**incompétence négative** la loi par laquelle le législateur délègue à une autre autorité le pouvoir d'encadrer l'exercice de la liberté d'entreprendre :

« (...) que, si le législateur a ainsi préservé les droits de la propriété intellectuelle, **il a entièrement délégué le pouvoir** d'encadrer les conditions dans lesquelles les noms de domaine sont attribués ou peuvent être renouvelés, refusés ou retirés; qu'aucune autre disposition législative n'institue les garanties permettant qu'il ne soit pas porté d'atteinte à la liberté d'entreprendre ainsi qu'à l'article 11 de la Déclaration de 1789; que, par suite, **le législateur a méconnu l'étendue de sa compétence**; qu'il en résulte que l'article **L. 45** du code des postes et des communications électroniques doit être déclaré contraire à la Constitution; (...) » (CC, décision n°2010-45 QPC du 06 Octobre 2010, M. Mathieu P., consid. 5).

Le même grief d'**incompétence négative** peut être adressé à l'article **53, 2°** de la loi n°71-1130 du 31 Décembre 1971 qui délègue au pouvoir réglementaire le soin de préciser « **Les règles de déontologie, ainsi que la procédure et les sanctions disciplinaires**; ».

- En outre, les articles **3, alinéa 1er, 9, 14-2, 15, 16, 17, 21, 21-1, 21-2, 22 à 25-1 et 53** de la **loi n°1130 du 31 Décembre 1971** méconnaissent les **principes constitutionnels de clarté et de précision** dès lors que s'ils prévoient l'existence d'un « *Conseil de discipline* » (art. **22** de la **loi n°71-1130 du 31 Décembre 1971**), ils ne fixent **ni incrimination ni sanction** dont la détermination a été laissée à la **discrétion du pouvoir réglementaire** (art. **53, 2°** de la loi).

Il n'est, donc, pas possible de connaître à l'avance, de façon claire et précise, le comportement précis qu'il est interdit à l'Avocat d'adopter dans son exercice professionnel, ce qui caractérise, comme susdit, une **violation du principe constitutionnel de la légalité des délits et des peines**.

Il est, en effet, jugé par le Conseil constitutionnel que doivent être déclarées contraires à l'article **34** de la Constitution des limitations à la liberté d'entreprendre qui ne sont pas énoncées **de façon claire et précise** (**CC, décision n°2000-435 DC du 07 Décembre 2000, Loi d'orientation pour l'outre-mer, consid. 53**).

- Au surplus, les dispositions législatives attaquées contreviennent au **principe de proportionnalité**.

Le Conseil constitutionnel juge, à cet égard :

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

(...) »

(**CC, décision n°2001-451 DC du 27 Novembre 2001, Loi portant amélioration de la couverture des non-salariés agricoles contre les accidents du travail et les maladies professionnelles, consid. 18**).

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

(...)

(**CC, décision n°2010-55 QPC du 18 Octobre 2010, M. Rachid M. et autres, consid. 4**)

En l'occurrence, les atteintes réalisées par les textes susmentionnés à la liberté d'exercer la profession d'avocat ne sont pas pour autant **proportionnées** à l'objectif d'assurer aux justiciables des prestations juridiques de qualité.

En effet, la sanction disciplinaire frappe le praticien dans son **exercice professionnel sans nécessité** dès lors que **d'autres mesures plus appropriées** s'offraient au législateur et au pouvoir réglementaire, notamment la **sanction procédurale des infractions déontologiques**.

II-B-3-b-ii/ LA VIOLATION DU PRINCIPE DE SOUVERAINETE NATIONALE (ART. 3 DDH ET ART. 3 DE LA CONSTITUTION DU 04 OCTOBRE 1958)

On doit rappeler, ici, que le **principe de souveraineté nationale** a été consacré aussi bien par l'article **3 DDH** que par l'article **3** de la **Constitution** du 04 Octobre 1958, lesquels disposent:

Art. **3 DDH**:

« Le principe de toute souveraineté réside essentiellement dans la nation. Nul corps, nul individu ne peut exercer d'autorité qui n'en émane expressément. »

Art. **3** de la **Constitution** du 04 Octobre 1958:

*« La souveraineté nationale appartient au peuple qui l'exerce par ses **représentants** et par la voie du référendum.*

Aucune section du peuple ni aucun individu ne peut s'en attribuer l'exercice.

(...)»

Il est jugé, à cet égard, que **seuls les élus nationaux** participent à l'exercice de cette souveraineté:

*« (...) Considérant que la **souveraineté** qui est définie à l'article **3** de la Constitution de la République française, tant dans son fondement que dans son exercice, ne peut être que **nationale** et que **seuls** peuvent être regardés comme participant à l'exercice de cette souveraineté **les représentants du peuple français élus dans le cadre des institutions de la République**; (...)»*

(CC, décision n°76-71 DC du 30 Décembre 1976, Décision du Conseil des communautés européennes relative à l'élection de l'Assemblée des Communautés au suffrage universel direct, considérant 6).

Il a été précédemment établi qu'en égard à son **statut constitutionnel**, l'Avocat ne peut voir son exercice professionnel régi que par la **Constitution** et par la **loi organique**.

La **loi ordinaire** (**loi n°71-1130 du 31 Décembre 1971**) ne peut, dès lors, prétendre investir le Conseil de l'Ordre du pouvoir de « *veiller à l'observation des devoirs des avocats* » (art. **17**).

L'Avocat, **autorité de la Société civile**, n'a besoin ni de **tuteur**, ni de **censeur**. Procédant du **Droit naturel**, il n'a de compte à rendre qu'à celui-ci.

**II-B-3-b-iii/ LA VIOLATION DE LA LIBERTE SYNDICALE (ALINEA 6
DU PREAMBULE DE LA CONSTITUTION DU 27 OCTOBRE 1946)**

Ce texte, de **valeur constitutionnelle**, dispose:

« Tout homme peut défendre ses droits et ses intérêts par l'action syndicale et adhérer au syndicat de son choix. »

Comme le précise justement la Doctrine, *« Cette liberté individuelle s'exprime d'abord sous la forme d'une **liberté de choix**. C'est avant tout la **liberté de se syndiquer ou de ne pas se syndiquer** que l'usage du verbe 'pouvoir' garantit. Conforme aux principes originels de la loi du 21 mars 1884 (art. 7), cette liberté, aujourd'hui réaffirmée à l'article L. 2141-3 du code du travail, contraste avec les dispositions de l'article 12 de la Charte du travail (acte dit 'loi n°43-612 du 17 nov. 1943') de la période de Vichy. Il était prévu à l'époque que 'toutes les personnes exerçant une activité professionnelle **soient inscrites d'office** au syndicat professionnel de leur catégorie'. »*

(**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, 2e édition 2013, al. 6 du Préambule de la Constitution du 27 Octobre 1946, p. 341).

Or, en accordant des **subventions** aux différents syndicats et associations, le Conseil de l'Ordre **fait adhérer, de fait, sinon de droit, l'ensemble des Avocats au Barreau de Marseille** à ces organismes. On en déduit, au surplus, que les Avocats qui font le choix exprès d'être adhérents de ces personnes morales **paient deux fois leurs cotisations**.

Le **droit constitutionnel** de chaque homme à **ne pas adhérer à un syndicat ou une association** garanti par l'**alinéa 6 du Préambule de la Constitution du 27 Octobre 1946** est, ainsi, manifestement méconnu.

II-B-4/ LA QUESTION PRIORITAIRE DE CONSTITUTIONNALITE DES ARTICLES 3, ALINEA 1er, 9, 14-2, 15, 16, 17, 21, 21-1, 21-2, 22 A 25-1 ET 53 DE LA LOI N°71-1130 DU 31 DECEMBRE 1971 EST NOUVELLE AU REGARD DU DROIT CONSTITUTIONNEL DE CONCOURIR PERSONNELLEMENT A LA FORMATION DE LA LOI (ARTICLE 6 DDH)

On doit, ici, rappeler la définition que le **Conseil constitutionnel** donne de la **nouveauté** de la **QPC**:

« (...) **21.** *Considérant, en premier lieu, que la dernière phrase du premier alinéa de l'article 23-4 et la dernière phrase du troisième alinéa de l'article 23-5 prévoient que le Conseil constitutionnel est saisi de la question prioritaire de constitutionnalité si 'la question est nouvelle'; que le législateur organique a entendu, par l'ajout de ce critère, imposer que le Conseil constitutionnel soit saisi de l'interprétation de toute disposition constitutionnelle dont il n'a pas encore eu l'occasion de faire application; que, dans les autres cas, il a entendu permettre au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation d'apprécier l'intérêt de saisir le Conseil constitutionnel en fonction de ce critère alternatif; que, dès lors, une question prioritaire de constitutionnalité ne peut être nouvelle au sens de ces dispositions au seul motif que la disposition législative contestée n'a pas déjà été examinée par le Conseil constitutionnel; que cette disposition n'est pas contraire à la Constitution; (CC, décision n°2009-595 DC du 3 Décembre 2009, Loi organique relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution, consid. 21).*

Dans cet ordre d'idées, le **droit constitutionnel de concourir personnellement à la formation de la loi**, consacré par l'article **6 DDH** n'a pas, à ce jour, été appliqué, dans le cadre d'une instance, combiné avec l'article **16 DDH** garantissant à tous le **droit à un recours juridictionnel effectif**.

Or, l'article **6 DDH** est sans ambiguïté, quant à la faculté ouverte aux citoyens par le Constituant de concourir « *personnellement* » - et non pas uniquement « *par leurs représentants* » à la formation de la loi :

« *La loi est l'expression de la volonté générale. Tous les citoyens ont droit de concourir personnellement, ou par leurs représentants, à sa formation. (...)* »

Combiné avec l'article **16 DDH** qui garantit le **droit à un recours juridictionnel effectif**, l'article **6 DDH** autorise la saisine du juge pour que celui-ci, comme en l'espèce, constate la **nécessité de l'édition d'une norme générale** par l'autorité compétente, ainsi que l'a demandé **Maître Philippe KRIKORIAN**, le 04 Juillet 2013, à **Monsieur le Président de la République** et **Monsieur le Premier ministre**, demandes dont il a saisi le **Conseil d'Etat**.

Maître KRIKORIAN exerce, ce faisant, par le truchement de **l'injonction** qui devra être adressée **aux autorités constitutionnelles précitées**, aux fins d'édicter le décret objet du **recours pour excès de pouvoir**, son **droit de concourir à la formation de la norme constitutionnelle et organique** dont l'application aux faits qui l'intéressent est **nécessaire à la sauvegarde de ses droits**.

La QPC des articles **3, alinéa 1er, 9, 14-2, 15, 16, 17, 21, 21-1, 21-2, 22 à 25-1 et 53** de la loi n°1130 du 31 Décembre 1971 est, donc, **nouvelle** au sens et pour l'application de l'article **23-5** de la LOCC et mérite, partant, de ce chef, également, d'être **renvoyée au Conseil constitutionnel**.

Le requérant entend, à cette occasion, rappeler que c'est bien dans un **but d'intérêt général - la paix sociale** -, et non pas seulement dans celui d'intérêts privés, que les décisions de justice sont rendues, en France, « **AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS** », principe qu'exprime solennellement le **Préambule** de la **Déclaration des droits de l'homme et du citoyen** du 26 Août 1789:

« (...) afin que **les réclamations des citoyens, fondées désormais sur des principes simples et incontestables, tournent toujours au maintien de la Constitution et au bonheur de tous.** »

De surcroît, ainsi que le rappelle le **Conseil constitutionnel**, « (...) **la bonne administration de la justice constitue un objectif de valeur constitutionnelle qui résulte des articles 12, 15 et 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789; qu'il appartient au législateur organique, compétent pour déterminer les conditions d'application de l'article 61-1 de la Constitution, d'assurer la mise en oeuvre de cet objectif sans méconnaître le droit de poser une question prioritaire de constitutionnalité; (...)** »

(**CC, décision n°2009-595 DC du 3 Décembre 2009, Loi organique relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution, consid. 4**).

*

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)

La **question prioritaire de constitutionnalité** procède de cette même idée dès lors que par le recours juridictionnel, le **citoyen justiciable** participe à la **réforme du droit positif et à l'abrogation d'une loi inconstitutionnelle**.

*

.../...

Dans ces conditions, il est établi, qu'en légiférant comme il l'a fait aux articles **3, alinéa 1er, 9, 14-2, 15, 16, 17, 21, 21-1, 21-2, 22 à 25-1 et 53** de la **loi n°1130 du 31 Décembre 1971**, le législateur a méconnu les **droits et libertés que la Constitution garantit**, comme ci-dessus explicité, dans le chef, en particulier, de **Maître Philippe KRIKORIAN**.

Comme le dit l'adage « *Donner et retenir ne vaut* » (Loysel, 659), il ne servirait de rien, dans une **Société démocratique**, comme l'est et doit le demeurer **la France**, de reconnaître solennellement aux citoyens des « *droits naturels, inaliénables et sacrés* », ainsi que le fait le préambule de la **Déclaration des droits de l'homme et du citoyen** du 26 Août 1789, si ceux-ci, ne pouvaient utilement s'en prévaloir devant les tribunaux.

Les **dispositions législatives présentement contestées** devront, en conséquence, être **déclarées inconstitutionnelles** par le **Conseil constitutionnel et abrogées** à compter de la publication de sa décision, Haut Conseil auquel il convient que la **Cour de cassation** renvoie la présente **question prioritaire de constitutionnalité, après qu'elle lui aura été transmise par la Cour d'Appel d'Aix-en-Provence qui prononcera, en application de de l'article 23-5, alinéa 4 LOCC, le sursis à statuer sur l'appel de Maître Philippe KRIKORIAN dont elle est saisie.**

*

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 la **Constitution du 4 Octobre 1958**, notamment ses articles **1er, 34, 55, 61-1** et **62, alinéa 2**, 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,

Vu le dossier de la procédure et les pièces produites inventoriées sous bordereau,

1°) TRANSMETTRE à la Cour de cassation aux fins de renvoi ultérieur au Conseil constitutionnel, dans les délais et conditions requis, la question prioritaire de constitutionnalité de l'ensemble de la loi n°1130 du 31 Décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques et notamment de ses articles 3, alinéa 1er, 9, 14-2, 15, 16, 17, 21, 21-1, 21-2, 22 à 25-1 et 53 présentée dans un mémoire distinct et motivé, aux fins de déclaration d'inconstitutionnalité et abrogation par cette Haute juridiction des textes attaqués, ladite question pouvant être formulée de la façon suivante:

« La loi n°71-1130 du 31 Décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques et notamment ses articles 3, alinéa 1er, 9, 14-2, 15, 16, 17, 21, 21-1, 21-2, 22 à 25-1 et 53 portent-ils atteinte aux droits et libertés garantis par la Constitution et spécialement:

- au droit à la liberté en général comme droit naturel de l'homme et au droit à la liberté d'entreprendre consacrés par les articles 4 et 5 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 Août 1789, ci-après « DDH »);

- au droit à la justice et aux droits de la défense garantis par l'article 16 DDH;

- au droit à la liberté d'expression garanti par l'article 11 DDH;

- à l'article 34 de la Constitution du 04 Octobre 1958 fixant, en partie, le domaine de la loi;

- au principe d'égalité garanti par l'article 6 DDH et l'article 1er de la Constitution du 04 Octobre 1958, ainsi qu'au principe d'égalité et d'universalité du suffrage (art. 3, al. 3 de la Constitution du 04 Octobre 1958),

- au principe de la légalité des délits et des peines consacré par les articles 7 et 8 DDH,

- au droit de concourir personnellement à la formation de la loi garanti par l'article 6 DDH,

- au principe de la souveraineté nationale garanti par les articles 3 DDH et 3 de la Constitution du 04 Octobre 1958,

.../...

- à la **liberté syndicale** garantie par **l'alinéa 6** de la **Constitution** du 27 Octobre 1946,

en ce:

1°) que le législateur ordinaire est totalement incompétent pour fixer les règles d'une activité, comme la défense professionnelle des droits fondamentaux, mission naturellement dévolue aux Avocats, laquelle relève directement de la Constitution (CC, décision n°80-127 DC des 19 et 20 Janvier 1981, Loi renforçant la sécurité et protégeant la liberté des personne);

2°) qu'ils instituent un régime disciplinaire radicalement incompatible avec le caractère d'indépendance absolue de la profession d'Avocat (article 1er, alinéa 3 de la loi n°71-1130 du 31 Décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques) et le statut constitutionnel irrévocablement reconnu à l'Avocat défenseur (CC, décision n°80-127 DC des 19 et 20 Janvier 1981, Loi renforçant la sécurité et protégeant la liberté des personne);

3°) qu'ils délèguent au seul pouvoir réglementaire la compétence aux fins de fixer les règles de déontologie de l'Avocat qui, cependant, n'appartient pas à une profession réglementée;

4°) qu'ils investissent les Conseils de l'Ordre des Avocats de pouvoirs qui n'appartiennent qu'aux représentants du peuple qui seuls, en dehors du référendum, exercent la souveraineté nationale;

5°) qu'ils habilitent les Conseils de l'Ordre des Avocats à méconnaître la liberté syndicale? »

2°) SURSEOIR A STATUER jusqu'à ce que le **Conseil constitutionnel** se soit prononcé;

3°) RESERVER les dépens;

SOUS TOUTES RESERVES

Fait à Marseille, le **18 Août 2015**

Maître Philippe KRIKORIAN

.../...

**I- BORDEREAU DES PIECES PRODUITES AU SOUTIEN DES PRETENTIONS
DU REQUERANT, OUTRE LES PIECES VERSEES AUX DEBATS PAR LES
AUTRES PARTIES A LA PROCEDURE**

1. **Acte de saisine**, à la diligence de **Maître Erick CAMPANA**, du Conseil Régional de Discipline des Avocats du ressort de la Cour d'appel d'Aix-en-Provence en date du 09 Décembre 2014 (**prétendues poursuites disciplinaires** à l'encontre de **Maître Philippe KRIKORIAN**) (*pièce n°11*)
2. **Délibération du Conseil de l'Ordre des Avocats au Barreau de Marseille** en date du 16 Décembre 2014 désignant **Maître Yves ARMENAK** et **Sandrine LEONCEL** en qualité de rapporteurs, notifiée par lettre recommandée avec demande d'avis de réception du Bâtonnier en exercice en date du 19 Décembre 2014, reçue le 09 Janvier 2015 (*pièce n°21*)
3. **Réclamation de Maître Philippe KRIKORIAN** en date du 13 Janvier 2015 reçue le 14 Janvier 2015 (**demande de rétractation** de la délibération du Conseil de l'Ordre des Avocats au Barreau de Marseille en date du 16 Décembre 2014 désignant **Maître Yves ARMENAK** et **Sandrine LEONCEL** en qualité de rapporteurs) (*pièce n°22*)
4. **Recours de Maître Philippe KRIKORIAN** en date du 19 Février 2015, **après réclamation préalable infructueuse**, devant la **Cour d'appel d'Aix-en-Provence**, **aux fins d'annulation** de la **délibération** du 16 Décembre 2014 du **Conseil de l'Ordre** désignant des **rapporteurs** (soixante-quatre pages ; vingt-six pièces inventoriées sous bordereau) (*pièce n°27*)
5. **Délibération du Conseil de l'Ordre des Avocats au Barreau de Marseille** en date du 16 Décembre 2014 désignant les **membres titulaires et suppléants du Conseil Régional de Discipline pour l'année 2015** (*pièce n°28*)
6. **Réclamation de Maître Philippe KRIKORIAN** en date du 26 Janvier 2015, reçue le 27 Janvier 2015 (**demande de rétractation** de la délibération du Conseil de l'Ordre des Avocats au Barreau de Marseille en date du 16 Décembre 2014 désignant les **membres titulaires et suppléants du Conseil Régional de Discipline pour l'année 2015**) (*pièce n°29*)
7. **Recours de Maître Philippe KRIKORIAN** en date du 28 Février 2015, **après réclamation préalable infructueuse**, devant la **Cour d'appel d'Aix-en-Provence**, **aux fins d'annulation** de la **délibération** du 16 Décembre 2014 du **Conseil de l'Ordre** désignant les membres du **Conseil régional de discipline** (soixante-cinq pages ; trente-six pièces inventoriées sous bordereau) (*pièce n°30*)
8. **Procès-verbal de réception** en date du 23 Février 2015 du **recours n°15/03552 aux fins d'annulation** de la **délibération** du 16 Décembre 2014 du **Conseil de l'Ordre** désignant des **rapporteurs** (*pièce n°37*)
9. **Procès-verbal de réception** en date du 02 Mars 2015 du **recours n°15/03244 aux fins d'annulation** de la **délibération** du 16 Décembre 2014 du **Conseil de l'Ordre** désignant les membres du **Conseil régional de discipline** (*pièce n°38*)
10. **Lettre recommandée avec demande d'avis de réception** en date du 31 Mars 2015 de **Maître Philippe KRIKORIAN** à Monsieur le Bâtonnier de l'Ordre des Avocats au Barreau de Marseille (*pièce n°39*)
11. **Lettre recommandée avec demande d'avis de réception** en date du 03 Juin 2015 de **Maître Philippe KRIKORIAN** à Monsieur le Bâtonnier de l'Ordre des Avocats au Barreau de Marseille (*pièce n°40*)

.../...

12. **Lettre recommandée avec demande d'avis de réception du Greffe** en date du 22 Juin 2015, reçue le 24 Juin 2015 (**convocation pour l'audience solennelle de la Première Chambre B de la Cour d'Appel d'Aix-en-Provence du 10 Septembre 2015 à 09h00 – recours n°15/03552** contre la délibération du Conseil de l'Ordre des Avocats au Barreau de Marseille en date du 16 Décembre 2014 désignant deux rapporteurs) (*pièce n°41*)
13. **Lettre recommandée avec demande d'avis de réception du Greffe** en date du 22 Juin 2015, reçue le 24 Juin 2015 (**convocation pour l'audience solennelle de la Première Chambre B de la Cour d'Appel d'Aix-en-Provence du 10 Septembre 2015 à 09h00 – recours n°15/03244** contre la délibération du Conseil de l'Ordre des Avocats au Barreau de Marseille en date du 16 Décembre 2014 désignant les membres du Conseil Régional de discipline pour l'année 2015) (*pièce n°42*)
14. **Acte** en date du 07 Juillet 2015, signifié à **Maître Philippe KRIKORIAN** le 10 Juillet 2015, portant **convocation** à l'audience du **Conseil Régional de discipline des Avocats du ressort de la Cour d'Appel d'Aix-en-Provence** du Samedi 25 Juillet 2015, 09h30 (*pièce n°43*)
15. **CA Aix-en-Provence, 27 Juin 2013**, arrêt n°2013/9/D, RG n°12/17611, **Maître Bernard KUCHUKIAN c/ Président de la Chambre régionale de discipline des Avocats de la Cour d'Appel d'Aix-en-Provence** (*pièce n°44*)
16. **CE, Section 06 Juin 2008, Conseil départemental de l'Ordre des Chirurgiens-dentistes de Paris**, n°283141 (*pièce n°45*)
17. **Cass. 1° Civ., 1er Juillet 2015, Maître Philippe KRIKORIAN c/ Maître Fabrice GILETTA (QPC)**, n°Q 15-60.103 (*pièce n°46*)
18. **CAA Marseille, 05 Février 2013, Maître Philippe KRIKORIAN c/ Barreau de Marseille**, n°12MA00409, considérant 3 (*pièce n°47*)
19. **CA, Aix-en-Provence, 02 Juillet 2015, Maître Fabien P. et SCP P. c/ Monsieur Bruno M.**, n° RG 14/12332 (*pièce n°48*)
20. **Ordonnance de référé n°2015/347** rendue le 24 Juillet 2015 par **Madame Christiane BELIERES**, Présidente, déléguée par ordonnance de Madame la Première Présidente (RG n°15/00493) (*pièce n°49*)
21. **Lettre recommandée avec demande d'avis de réception** en date du 14 Août 2015 portant **acte d'appel** du Bâtonnier en exercice du Barreau de Marseille à l'encontre de la **décision implicite de rejet de la demande** intervenue, **au profit de Maître Philippe KRIKORIAN**, au plus tard le 12 Août 2015 (*pièce n°50*)
22. **Cour d'Appel de Paris, arrêt n°360 du 25 Juin 2015, Maître Philippe KRIKORIAN c/ Conseil National des Barreaux**, RG n°14/25103 : transmission à la **Cour de cassation de la question prioritaire de constitutionnalité de l'article 21-2 de la loi n°71-1130 du 31 Décembre 1971 (double collège électoral)** (*pièce n°51*)
23. **Avis d'audience QPC devant la Première Chambre civile de la Cour de cassation** du 15 Septembre 2015, 09h30 (*pièce n°52*)

*
