

Gazette du Palais

EN LIGNE SUR
lextenso.fr

TRI-HEBDOMADAIRE
DIMANCHE 2 AU MARDI 4 DECEMBRE 2007 127^e année N^{os} 336 à 338

REÇU LE 07 DEC. 2007

S
O
M
M
A
I
R
E

Libres propos

- UNE REVENDECTION BIEN LÉGITIME**
Billet d'humour à propos du régime spécial des avocats 2
par Serge Lazareff

Doctrine

- LE STATUT CONSTITUTIONNEL DE L'AVOCAT DÉFENSEUR** 3
par Philippe Krikorian

Sommaires de jurisprudence

- TRAVAIL**
• Délégué du personnel – Question personnelle posée à l'employeur – Absence de réponse effective – Manquement aux obligations découlant du contrat de travail – Faute – Réparation du préjudice moral 9
Note Henri Vray sous C. Limoges, 22 octobre 2007
• Brimades répétées à l'égard d'un salarié par son supérieur hiérarchique – Préjudice moral – Responsabilité personnelle de l'employeur – Dommages et intérêts 10
Note Henri Vray sous C. Limoges, 16 octobre 2007

Actualité

- 15^{ème} CONGRÈS DE L'ASSOCIATION DES AVOCATS CONSEILS D'ENTREPRISE (Deauville, 8-10 novembre 2007) 13
• PHILIPPE-HENRI DUTHEIL ÉLU DAUPHIN DU BARREAU DES HAUTS-DE-SEINE 30
• ALAIN BOULARD AU CONSEIL ÉCONOMIQUE ET SOCIAL DE LA RÉGION ÎLE-DE-FRANCE 31
• BARREAU DE PARIS : PROMOTION 2007 DE LA CONFÉRENCE DU STAGE 35

Distinction

- YVES MONNET, GRAND OFFICIER DANS L'ORDRE NATIONAL DU MÉRITE** 32

Bibliographie

- Le guide de la défense pénale (de François Saint-Pierre)** 36
par Bertrand de Belval

JOURNAL SPÉCIAL DES SOCIÉTÉS FRANÇAISES PAR ACTIONS

CETTE PUBLICATION COMPORTE 3 CAHIERS :

CAHIER 1 RÉDACTIONNEL P. 1 à 40 DIRECTION ET RÉDACTION : 12, PLACE DAUPHINE 75001 PARIS TÉL. 01 42 34 57 27 FAX : 01 46 33 21 17 E-MAIL : redaction@gazette-du-palais.com

CAHIER 2 ANNONCES LÉGALES DU JOURNAL SPÉCIAL DES SOCIÉTÉS (LE NOMBRE DE PAGES FIGURE DANS LE SOMMAIRE DU CAHIER 3) 8, RUE SAINT-AUGUSTIN 75008 PARIS CEDEX 02

INSERTIONS : TÉL. 01 47 03 10 10 FAX 01 47 03 99 00 ET 01 47 03 99 11 / FORMALITÉS : TÉL. 01 47 03 10 10 FAX 01 47 03 99 55 / SERVEUR INTERNET JSS : <http://www.js.fr>

CAHIER 3 ANNONCES LÉGALES DE LA GAZETTE DU PALAIS (LE NOMBRE DE PAGES FIGURE AU SOMMAIRE DE CE CAHIER) ADMINISTRATION : 3, BD DU PALAIS 75180 PARIS CEDEX 04 STANDARD : 01 44 32 01 50

DIFFUSION : TÉL. 01 44 32 01 58, 59, 60 OU 66 FAX 01 44 32 01 61 / INSERTIONS : TÉL. 01 44 32 01 50 FAX 01 40 46 03 47 / FORMALITÉS : TÉL. 01 44 32 01 70 FAX 01 43 54 79 17

www.gazette-du-palais.com

Le statut constitutionnel de l'avocat défenseur

Philippe KRIKORIAN
Avocat au Barreau de Marseille

*« L'homme est né libre,
et partout il est dans les fers »*

(Jean-Jacques Rousseau)

L'histoire tourmentée des avocats depuis les légistes de Philippe le Bel jusqu'aux défenseurs d'assises et négociateurs d'affaires contemporains, évoluant entre l'État, le public et le marché ⁽¹⁾, révèle sur huit siècles une lutte incessante pour l'indépendance, suite ininterrompue de soubresauts institutionnels, l'actuelle réforme controversée de la carte judiciaire en étant un des avatars.

Parallèlement, est annoncée la fin des corporations ⁽²⁾, la tradition collective faisant place à la raison individuelle.

Pour autant, la nature véritable du statut des avocats demeure, aujourd'hui, ignorée des justiciables et des pouvoirs publics eux-mêmes.

Aussi, les lignes qui suivent voudraient-elles lever l'ambiguïté entourant les rapports qu'entretiennent les avocats et la puissance publique.

Le rappel des sources et de la justification du statut constitutionnel de l'avocat défenseur (I) permet, ainsi, de mieux cerner la signification et le contenu des prérogatives qu'il implique (II).

I. LES SOURCES ET LA JUSTIFICATION DU STATUT CONSTITUTIONNEL DE L'AVOCAT DÉFENSEUR : LA PROTECTION DES DROITS FONDAMENTAUX

Si le législateur ne semble pas, à ce jour, avoir pris la mesure de sa dimension (A), il n'en demeure pas moins que le statut de l'avocat qui met en œuvre les droits de la défense a bel et bien été proclamé par le Conseil constitutionnel (B).

A – Un statut ignoré par le législateur : l'incongruité de la dénomination d'auxiliaire de justice

Contrairement à ce qu'on peut lire encore, au XXI^e siècle, à l'article 3 alinéa 1^{er} de la loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques – loi qui devra très rapidement être allégée de son lourd héritage corporatiste et passéiste ⁽³⁾ – les avocats ne sont pas des « auxiliaires de justice ».

En effet, l'article 1^{er} de la même loi consacre le caractère libéral et indépendant de la profession d'avocat, la qualité d'indépendance étant même

mise en exergue dans le serment de l'avocat : « *Je jure, comme avocat, d'exercer mes fonctions avec dignité, conscience, indépendance, probité et humanité* » (article 3, alinéa 2 de ladite loi), tandis que l'article 53 de la loi susvisée renvoie à des décrets en Conseil d'État pour l'application de son titre I^{er}, « *Dans le respect de l'indépendance de l'avocat (...) et du caractère libéral de la profession* », et que le Code de déontologie des avocats de l'Union européenne annexé au Règlement intérieur national de la profession d'avocat rappelle dans son article 21.2.1 que « *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* ».

Ainsi, l'article 13-1 du Règlement intérieur de l'Ordre des avocats à la Cour 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 ⁽⁴⁾ 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 (...)* ».

Plus récemment, à l'instar des articles 33.1, alinéas 6 et 37, l'ancien article 8 bis 2 du Règlement intérieur de l'Ordre des avocats au Barreau de Marseille a été annulé par la Cour d'appel d'Aix-en-Provence, laquelle a jugé que ce texte, qui interdisait à un avocat marseillais de plaider contre un de ses confrères du même Barreau, constituait « *une entrave au principe fondamental de liberté de*

(1) Lucien Karpik, *Les avocats entre l'État, le public et le marché*, XIII^e-XX^e siècle, NRF, Ed. Gallimard, janvier 1995.

(2) Steven L. Kaplan, *La fin des corporations*, Ed Fayard, janvier 2001.

(3) Ce dont témoignent certaines conceptions doctrinales : Boris Bernabé, *L'héritage historique de la profession d'avocat – Quelques observations de déontologie comparée*, Gaz. Pal. du 27 septembre 2007, p. 2.

(4) Gaz. Pal. du 10 juin 1995, jur. p. 11, note A. Damien.

choix de son avocat par le client et au libre exercice de sa mission par l'avocat »⁽⁵⁾.

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, ainsi que le rappelle la Cour de justice des Communautés européennes : « (...) 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 (...) »⁽⁶⁾.

Il est patent, dans ces conditions, que le terme d'auxiliaire employé par l'article 3 de la loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971 et largement véhiculé par la pratique n'en est pas moins particulièrement mal choisi pour désigner les avocats.

En effet, 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 (...) »⁽⁷⁾.

Cette définition reflète, d'une certaine mesure, une subordination juridique de l'auxiliaire à l'égard d'un tiers - en l'occurrence, la justice.

Or, le principe d'indépendance absolue de l'avocat rappelé ci-dessus s'oppose radicalement à toute forme de subordination de l'avocat à l'égard de qui que ce soit.

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 le droit pour toute personne 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 Convention européenne des droits de l'homme (ci-après CEDH) et l'article 14, § 1 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques du 19 décembre 1966 (ci-après PIDCP).

B - Un statut révélé par le Conseil constitutionnel

Le Conseil constitutionnel affirme « la pleine valeur constitutionnelle des droits de la défense et du rôle de l'avocat » dans sa décision des 19-20 janvier 1981.

Le Conseil constitutionnel avait déjà estimé, dans une décision du 2 décembre 1976 (76-70DC) que « la protection des droits de la défense en matière pénale découlait d'un principe fondamental reconnu par les lois de la République » ; mais il le fait ici de manière encore plus nette, en y associant la protection du rôle de l'avocat.

On ne peut manquer aussi de souligner l'évolution récente qui conduit à une constitutionnalisation du rôle de l'avocat au travers des droits de la défense notamment dans la décision 93-326 DC⁽⁸⁾, et cela dans la droite ligne de la décision Sécurité et liberté. Le Conseil constitutionnel commence par affirmer que « le droit de la personne à s'entretenir avec un avocat au cours de la garde à vue, constitue un droit de la défense qui s'exerce durant la phase d'enquête de la procédure pénale (§ 12) ». Et il précise ensuite que « dénier à une personne tout droit à s'entretenir avec un avocat pendant une garde à vue à raison de certaines infractions, alors que ce droit est reconnu à d'autres personnes dans le cadre d'enquêtes sur des infractions différentes punies de peines aussi graves et dont les éléments de fait peuvent se révéler aussi complexes, méconnaît, s'agissant d'un droit de la défense, l'égalité entre les justiciables »⁽⁹⁾.

La lecture de la décision susvisée telle que commentée par la doctrine suffit, en effet, à se convaincre de la valeur constitutionnelle des prérogatives de défense de l'avocat : « (...) Considérant que,

(5) C. Aix-en-Provence, 27 janvier 2006, Philippe K. c/ Conseil de l'Ordre des avocats au Barreau de Marseille, n° 2006/4 D.

(6) CJCE, 19 février 2002, Wouters, C-309/99.

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

(8) Cf. L. Favoreu, L'avocat constitutionnalisé, Le Figaro du 13 août 1993.

(9) Louis Favoreu et Loïc Philip in Les grandes décisions du Conseil constitutionnel, Dalloz, 10^e éd. 1999, n° 30, p. 458-460.

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 (...) » (10).

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 États-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'État 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 ».

II. LA SIGNIFICATION ET LE CONTENU DES PRÉROGATIVES CONSTITUTIONNELLES DE L'AVOCAT DÉFENSEUR : ÊTRE PROTÉGÉ POUR POUVOIR PROTÉGER

De sa mission de défense qui lui a été donnée directement par le droit – la Raison universelle, selon Portalis – et qui est opposable à l'État, l'avocat tire une immunité naturelle, sans laquelle l'exécution de son mandat serait totalement illusoire, ce, dans le prétoire (A), mais aussi en dehors de celui-ci (B).

A – L'immunité absolue dans le prétoire : l'avocat acteur institutionnel du procès

Trois références tirées du droit positif peuvent être citées de façon pertinente :

– l'immunité constitutionnelle du président de la République (article 67 de la Constitution du 4 octobre 1958 : « Le président de la République n'est pas responsable des actes accomplis en cette qualité, sous réserve des dispositions des articles 53-2 et 68 (...) ») ;

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

– l'immunité constitutionnelle des parlementaires (article 26 de la Constitution du 4 octobre 1958 : « Aucun membre du Parlement ne peut être poursuivi, recherché, arrêté, détenu ou jugé à l'occasion des opinions ou votes émis par lui dans l'exercice de ses fonctions (...) ») ;

– l'immunité légale du médiateur de la République (11) (article 3 de la loi n° 73-6 du 3 janvier 1973 instituant un médiateur de la République : « Le médiateur de la République ne peut être poursuivi, recherché, arrêté, détenu ou jugé à l'occasion des opinions qu'il émet ou des actes qu'il accomplit dans l'exercice de ses fonctions »).

Concernant les avocats, la liberté d'expression, vecteur essentiel des droits de la défense, s'impose à l'esprit comme le fondement de leur immunité (1).

Quant à la mise en œuvre de cette immunité au quotidien, elle passe par l'égalité avec les acteurs étatiques (2).

1 – Le fondement de l'immunité juridictionnelle de l'avocat : la liberté d'expression vecteur essentiel des droits de la défense

La liberté d'expression est garantie, de façon générale, tant par la norme constitutionnelle (articles 10 et 11 de la DDH), que par les normes supranationales (article 10 de la CEDH ; articles 18 et 19 du PIDCP).

Appliquée au prétoire, elle se traduit par l'article 41 alinéa 3 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse qui, cependant, ne procure qu'une immunité relative du champ d'application de laquelle sont exclus « les faits diffamatoires étrangers à la cause » (alinéa 4), de même que les outrages à magistrats (12).

De plus, en ce qui regarde plus spécifiquement les avocats, figurent toujours dans notre ordonnancement juridique des dispositions, comme l'article 25 de la loi précitée du 31 décembre 1971 dont l'alinéa 1^{er} autorise : « Toute juridiction qui estime qu'un avocat a commis à l'audience un manquement aux obligations que lui impose son serment » à saisir discrétionnairement « le procureur général en vue de poursuivre cet avocat devant l'instance disciplinaire dont il relève » et qui n'est pas sans rappeler que jusqu'à l'ordonnance du 27 août 1830, le bâtonnier et les membres du Conseil de discipline (futur Conseil de l'Ordre) étaient, selon une pure tradition mandarinale, « nommés par le procureur général sur une liste

(11) Dont les pouvoirs font l'objet d'un regain d'attention de la part de la doctrine : Didier Jeanpierre, Les pouvoirs inconnus du médiateur de la République – Pour un usage nouveau de pouvoirs anciens, JCP, éd. G., n° 41, 10 octobre 2007, I, 194, p. 11.

(12) Cass. crim., 13 février 1975, Bull. crim., n° 54 ; Rev. sc. crim. 1976, 101, obs. Vitu.

de candidats, élus par leurs confrères, en nombre double de celui des positions à pourvoir » (13).

Ce texte, aux relents de vassalité, dont l'anticonstitutionnalité et l'anticonventionnalité ne font pas de doute – le régime disciplinaire sur lequel il s'appuie étant totalement incompatible avec le principe d'indépendance de l'avocat – devra être abrogé et pour l'heure ne doit plus recevoir application dans une société démocratique qui reconnaît la liberté de la défense.

À ce propos, la Cour européenne des droits de l'homme juge 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) et que ce n'est 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). Ainsi, il n'existe aucun « besoin social impérieux » pouvant justifier la sanction prononcée contre l'avocat de la défense ayant qualifié la tactique du procureur de « manipulation et présentation illégale de preuves » dès lors que les propos critiques ont été tenus dans la salle d'audience, étaient de caractère procédural et ne s'analysaient pas en une insulte personnelle (14).

L'immunité dont jouit l'avocat dans le prétoire doit donc être absolue, sans connaître d'autres bornes que celles qui sont raisonnablement assignées à l'exercice des droits de la défense, seuls les actes manifestement insusceptibles de se rattacher au mandat de représentation ou d'assistance en justice demeurant en dehors de son champ d'application.

Si l'avocat ne peut pas légalement recevoir mandat d'exercer des violences volontaires à l'égard de quiconque, il doit pouvoir, au nom et pour le compte de son client, quand il le juge nécessaire et sans crainte de se voir reprocher a posteriori un outrage à magistrat ou un quelconque manquement aux obligations de son serment, manifester son désaccord avec le juge sur tel ou tel événement ou propos survenus à l'audience et obtenir qu'il lui en soit donné acte.

De même, le juge ne saurait, sans entraver le libre

exercice des droits de la défense et donc, sans s'exposer aux peines prévues par l'article 433-3, alinéa 4 du nouveau Code pénal, user de ses pouvoirs de police de l'audience pour exclure, ou menacer d'exclure un avocat du prétoire : pas plus que le président ou le procureur, l'avocat n'est justiciable de l'article 404 du Code de procédure pénale, le législateur ayant renoncé, en 1981, comme susdit, à conférer au président de l'audience un pouvoir d'exclusion de l'avocat.

À l'évidence, brimer l'avocat dans sa liberté d'expression serait, inévitablement, vider de leur substance les droits de la défense.

2 – La mise en œuvre au quotidien de l'immunité : l'égalité avec les acteurs étatiques

On sait qu'un Conseil de l'Ordre d'avocats administre un organisme privé chargé de la gestion d'un service public (15) et que ses membres « participent, en qualité d'auxiliaire de justice, au service public de la justice » (16), la formule jurisprudentielle devant être corrigée, l'expression « auxiliaire de justice », se révélant, comme susmentionné, totalement inappropriée pour désigner un avocat.

Précisément, le lien privilégié qui unit les avocats au service public de la justice – sans, pour autant, en faire des agents de l'État, comme le sont les magistrats – leur confère des prérogatives relevant de l'ordre public de protection individuelle « celui qui tend à la sauvegarde d'un intérêt privé en raison de la valeur fondamentale qui s'y attache (protection du corps humain, reconnaissance à tout être humain de la personnalité juridique etc.) » (17).

Plus rien, dès lors, ne justifie la discrimination existant, dans le droit positif, entre les prérogatives de puissance publique conférées aux magistrats et les droits procéduraux insuffisants reconnus aux avocats.

Et qui gardera les gardiens ?

La réponse à cette question se trouve dans le bloc de constitutionnalité : « La société a le droit de demander compte à tout agent public de son administration » (article 15 de la DDH), les magistrats n'échappant pas à cette règle.

Et comment mettre efficacement en œuvre le droit de résistance à l'oppression garanti par l'article 2 de la DDH, à travers l'exercice de recours juridictionnels, si le statut de l'avocat n'est pas reconnu et respecté par les autres acteurs du procès ?

(13) Lucien Karpik, *ibid.*, p. 178-179. À cet égard, on doit relever le manque flagrant de légitimité des Ordres professionnels et notamment des Ordres d'avocats supprimés par l'article 10 du décret du 11 septembre 1790 et la loi Le Chapelier des 14-17 juin 1791 interdisant les corporations et jurandes, puis rétablis par le Consulat – loi du 22 Ventôse An XII (13 mars 1804) et l'Empire (décret du 14 décembre 1810), césarisme dirigé par celui qui rétablit l'esclavage en 1802, que la France républicaine a abolie, sur l'initiative de Victor Schœlcher, le 4 mars 1848, puis récemment rangé parmi les crimes contre l'humanité (loi du 21 mai 2001), après avoir reconnu publiquement le génocide arménien (loi n° 2001-70 du 29 janvier 2001).

(14) CEDH, 21 mars 2002, Nikula c/ Finlande, cité in JCP, éd. G. n° 31-35 du 31 juillet 2002, I 157, p. 1456 ; 28 octobre 2003, Steur c/ Pays-Bas ; 27 janvier 2004 Kyprianou c/ Chypre, n° 73797/01.

(15) Cons. d'État, 27 septembre 1985, Ordre des avocats au Barreau de Lyon c/ Bertin, req. n° 56543, Rec. CE, p. 267, RFD adm. 1986, p. 18 concl. Denoix de Saint-Marc ; 6 juin 1986, Ordre des avocats au Barreau de Pontoise c/ Jaugey, req. n° 57285, Rec. CE, p. 159, D. 1987, somm. p. 6 Rev. adm. 1986, p. 358, note Termyre.

(16) Cons. d'État (1^{re} et 6^e sous-sect.), 28 juin 2004, Bessis, req. n° 25189 Gaz. Pal. du 14 décembre 2004, p. 17.

(17) Vocabulaire juridique, ss la direction de Gérard Cornu, PUF Quatrième édition, avril 2007, v° Ordre public, p. 644.

Égaux des magistrats, à l'égard desquels les avocats exercent une fonction custodique – si l'on ose ce néologisme tiré du latin *custodia*, action de garder – puisque contre-pouvoir institutionnel, ceux-ci ne sauraient, dès lors, recevoir de quelconques injonctions, ni menaces de sanctions, ni constituer des auxiliaires de justice.

À cet égard, on ne peut qu'être frappé par le déséquilibre significatif existant, d'une part, entre les prérogatives d'enquête et de poursuite de l'autorité judiciaire et notamment du ministère public lui permettant de communiquer des pièces d'une instruction en cours aux administrations des impôts (articles L. 82 C et L. 101 du Livre des procédures fiscales), des douanes (article 343 bis du Code des douanes), au Conseil de la concurrence (article L. 463-5 du Code de commerce), à la juridiction civile ou commerciale, dans l'intérêt collectif des consommateurs (article L. 421-8 du Code de la consommation), au juge-commissaire en application de l'article L. 621-11, alinéa 2 du Code de commerce, aux compagnies d'assurance (article C-1147 de l'instruction générale) et d'autre part, les droits très limités des parties privées et de leurs avocats – sous réserve pour ceux-ci des dispositions, précisément de l'article 5 du décret n° 2005-790 du 12 juillet 2005 relatif aux règles de déontologie de la profession d'avocat – qui, en application de l'article 114 alinéa 6 du Code de procédure pénale, ne peuvent communiquer à des tiers (incluant, sans autre précision, les juridictions de toute nature) pour les besoins de la défense, que les copies des rapports d'expertise, à l'exclusion de tout autre pièce.

De plus, selon une jurisprudence constante, « le secret de l'instruction n'est pas opposable au ministère public qui, dans l'exercice des missions que la loi lui attribue – notamment en matière de discipline des avocats – a qualité pour apprécier l'opportunité de communiquer au juge une procédure judiciaire de nature à l'éclairer »⁽¹⁸⁾.

On sait, en outre, que la faculté reconnue au Procureur de la République par l'article C 24 de l'instruction générale de remettre un communiqué écrit aux journalistes pour rectifier des erreurs par eux commises a été légalisée et étendue par l'article 96-I de la loi n° 2000-516 du 15 juin 2000 ayant ajouté un alinéa 3 à l'article 11 du Code de procédure pénale ainsi libellé.

Il est à observer, à ce propos, que si les parties peuvent former une demande auprès du ministère public tendant à la publication d'éléments tirés de l'instruction, celui-ci n'est pas tenu de déférer à ladite demande, aucun recours n'étant, au surplus, prévu par le texte.

Les facilités accordées par le droit positif au ministère public ne peuvent dès lors que contraster avec la sévérité injustifiée de la position de la chambre criminelle lorsque la production des pièces issues d'une information est assurée par un avocat, ès qualités, au nom et pour le compte de son client dès lors que les droits de la défense de l'avocat ne pourront pas justifier la violation du secret de l'instruction et du secret professionnel :

« (...) La divulgation commise dans la citation demeure répréhensible, même si elle n'a été faite qu'au tribunal, dès lors qu'il est de principe que le fait de fournir des informations secrètes à un destinataire lui-même astreint au secret professionnel n'en constitue pas moins une révélation punissable, et que l'article 11 du Code de procédure pénale qui précise que le secret de l'instruction ne doit pas compromettre les droits des parties n'autorise nullement que des informations obtenues dans une instruction déterminée soient divulguées à la discrétion d'un avocat d'une partie civile dans une citation directe introduisant une procédure distincte (...) »⁽¹⁹⁾.

Le principe d'égalité des armes garanti par les textes supranationaux doit, partant, permettre d'adéquatement contrebalancer les importants pouvoirs des magistrats par des prérogatives de défense que le juge constitutionnel reconnaît aux avocats et qu'il appartient à ceux-ci de mettre en œuvre en revendiquant une totale liberté d'expression – garantie par l'article 10, § 1 de la CEDH et l'article 19, § 1 et 2 du PIDCP – dans l'exercice de leur mission et en dénonçant toute tentative qui viserait à limiter cette liberté au moyen d'injonctions ou de sanctions, les relations entre avocats et magistrats devant, pour respecter ledit principe, 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 logiquement 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, dont l'utilité et la nécessité doivent être reconnues par les acteurs étatiques du procès, 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 exprimer son opposition à des décisions qui pour n'être sus-

(18) Cass. 1^{re} civ., 10 juin 1992, Bull. civ. I, n° 176.

(19) Cass. crim., 28 septembre 2004, pourvoi n° 03-84.003 F-F, C ; Juris-Data n° 2004-025416, JCP 2005, n° 17, II, 10053-10054, note critique de Raymond Martin.

ceptibles d'aucun recours, lui paraissent, cependant, manifestement illégales.

Dans une société démocratique qui assure la garantie des droits et la séparation des pouvoirs, au sens de l'article 16 de la DDH, la crainte révérencielle à l'égard de la justice doit être remplacée par un respect mutuel des différents acteurs du procès agissant sous le contrôle de l'opinion publique, 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 équitable et contradictoire et préserver l'équilibre des droits des parties »).

L'immunité qui doit ainsi être procurée aux avocats, a été récemment confirmée par le juge communautaire, dès lors que doit être mis en œuvre le droit à un procès équitable : « (...) 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 (...) » (20).

B – L'immunité hors le prétoire : le rôle politique de l'avocat en charge de l'exécution du contrat social dans une société démocratique

L'évolution rapide des moyens de communication, combinée à une demande croissante d'informations de la part du public conduisent l'avocat à s'adapter et légitiment son rôle de défenseur en dehors même du prétoire.

Il serait en effet totalement illusoire de prétendre cloisonner le procès dans l'enceinte de justice.

La justice est l'affaire de tous, la presse étant d'ailleurs chargée principalement d'assurer l'information de l'opinion publique.

C'est, entre autres, poser les problèmes du secret professionnel et du secret de l'instruction en dehors de l'instance.

Le premier est résolu de *lege lata*, la Cour de cassation consacrant le caractère relatif du secret professionnel qui ne lie pas le client (21) et rejetant, *a contrario*, la conception absolutiste du secret.

Le second demeure en l'état du droit positif, une aberration juridique ; une rapide réforme est hautement souhaitable.

En effet, l'avocat n'est pas tenu *in personam* au

secret de l'instruction car il ne participe ni à l'enquête ni à l'instruction (article 11 du Code de procédure pénale) ; son client ne doit pas y être davantage obligé : la modification notamment de l'article 114 du Code de procédure pénale (copie de dossier) est incontournable.

De *lege ferenda*, la défense des intérêts du client peut nécessiter de dénoncer publiquement une violation manifeste et persistante des droits fondamentaux aux fins de saisine d'une Cour constitutionnelle nationale, soit directement, soit par l'intermédiaire d'une commission d'enquête parlementaire (cf. affaire des acquittés d'Outreau).

De même, la faculté susmentionnée reconnue au Procureur de la République de remettre un communiqué écrit aux journalistes pour rectifier des erreurs par eux commises (22), doit, dans le respect de l'égalité des armes, être complétée par la reconnaissance de la même faculté aux avocats.

Les partis politiques – qui exercent une gestion d'affaires – ne doivent pas être les seuls à animer la scène publique ; les avocats y ont, également, leur place : le mandat qu'ils reçoivent de leurs clients participe, aussi, du contrat social (23).

L'enjeu de ce siècle est de taille, même s'il n'est pas nouveau : les citoyens devront-ils, selon la formule de Pascal, se contenter d'un fort éventuellement juste ou seront-ils capables de faire en sorte que le juste soit fort (24) ?

L'aphorisme de Jhering est, donc, toujours d'actualité : « La paix est le but que poursuit le droit, la lutte est le moyen de l'atteindre » (25).

La lutte pour le droit et par le droit : idéal politique et mission constitutionnelle de l'avocat.

(22) Article C 24 de l'Instruction générale et article 11, alinéa 3 Code de procédure pénale, dans sa rédaction issue de l'article 96-1 de la loi n° 2000-516 du 15 juin 2000.

(23) La plaidoirie de Portalis valorisant le rôle de l'avocat est, à cet égard, des plus saisissantes : « (...) 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 ce 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 la loi ; 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 se prémunir de la part des hommes avec lesquels il est obligé de vivre. Les controverses judiciaires ne sont obscures, que lorsqu'on ne voit pas des hommes qui sachent les ennobler. Les orateurs pourront requerr ces circonstances, mais les circonstances ne manqueront jamais aux orateurs », Éloge du président Séguier, p. 40, in Portalis, père du Code par Jean-Luc A. Chartier, Fayard 2004, p. 51.

(24) Selon la formule plus récente de John Rawls : « La justice est la dernière vertu des institutions sociales comme la vérité est celle des sciences de la 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 révisées ou abolies si elles sont injustes », Théorie de la justice, Édition Seuil, février 1987, p. 29.

(25) Rudolf von Jhering, La lutte pour le droit, D. 2006.

(20) CICE, 26 juin 2007, Ordre des Barreaux francophones et germanophones et a. c/ Conseil des ministres, n° C-305/05.

(21) Cass. 1^{re} civ., 4 avril 2006, pourvoi n° 04-20.735, avis de l'avocat général Jerry Sainte-Rose.