

## Réforme des professions vingt ans après

par Daniel Soulez Larivière, Avocat

**L'essentiel** > Vingt ans après la réforme de 1991, même situation de retard d'organisation de la profession par rapport à l'évolution de la société. La réalité de la demande économique, juridique et sociale s'est modifiée. Les avocats prennent des risques en faisant de l'ingénierie juridique mais aussi en intervenant plus lourdement au judiciaire pénal ou en demandant des investigations, bientôt en en faisant eux-mêmes et en conseillant à leurs clients de plaider coupable ou non. Présents en garde à vue, la demande deviendra impossible à satisfaire avec les instruments actuels et qui provoquera probablement la naissance d'une structure « dédiée » que l'on pourrait appeler « l'internat de la profession ». L'avocat est un acteur dans l'ordre du réel et non plus seulement du discours. Une nécessaire réflexion s'impose sur la réorganisation de son mode d'exercice et sur l'évolution de la déontologie.

Quand, en novembre 1987, le bâtonnier Philippe Lafarge, le soir de son élection, me demande de faire un rapport sur la réforme des professions juridiques et judiciaires, j'avais écrit deux livres, *L'avocature* (1982) et *Les juges dans la balance* (1987). C'est pour cela qu'il me chargea de ce travail à un moment charnière pour le barreau, celui de la perception et de l'acceptation par les avocats de l'existence du marché et de ses exigences.

A quarante-cinq ans, entré au barreau à vingt-trois, ayant terminé mes études secondaires aux Etats-Unis et démarré une carrière dans le cabinet d'un grand ministre du général de Gaulle, Edgar Pisani, je plongeais avec effroi dans l'univers judiciaire, aux antipodes de celui que je venais de connaître et qui m'était devenu familier. Mis à part le monde des stars qui se ressemblent malgré la différence des scènes, le barreau et la magistrature me paraissaient aussi ternes que mystérieux. Ternes par rapport à ma culture dorée précédente et mystérieux par la multiplication des professions, cloisonnées, avec des avocats souvent réfugiés dans le discours ; très mystérieux aussi pour la magistrature dont le fonctionnement était incompréhensible.

Cette impression de « déclassement » me fit réfléchir et tenter de trouver un sens politique au métier d'avocat afin de renouer avec mon milieu initial et de sortir des lieux communs fleuris et des anecdotes individuelles. Ce fut à l'origine de l'écriture de *L'avocature*, commencé en 1979, publié en 1982. Etat de la profession voici trente ans. Je découvrais que l'avocat était un « agent de l'ordre public » en ce sens que la défense intraitable du client crédibilise l'adhésion des citoyens et du justiciable à la justice. Même les plus belles défenses de ruptures, malgré leurs dommages collatéraux, restaient logées dans un

système destiné à conserver, avec le moins d'inconvénient, la paix civile, encadrée par des juges « gardiens des promesses », selon la belle expression d'Antoine Garapon qui en fit le titre d'un livre<sup>1</sup>.

C'est ensuite le désir de passer au travers du miroir pour découvrir le monde de ces « gardiens », leur histoire, leur recrutement, comme leur idéologie, qui me conduisit à écrire *Les juges dans la balance*, cinq ans plus tard.

En 1995, seulement treize ans après la première édition de *L'avocature*, une troisième me fut commandée. Et c'est là que je compris que les temps avaient changé. Je pensais que quinze jours de toilettage suffiraient pour « moderniser » cet ouvrage sur les avocats. Point du tout. Le travail me prit plus d'un an. Pourquoi ? Parce que bien qu'aucun de mes interlocuteurs interviewés dans l'ouvrage n'eut encore disparu, les « meubles » avaient changé de place ou plus exactement les fondations avaient bougé. Ce qui est vrai des avocats est aussi vrai des juges et mon livre sur eux, conçu en 1985, serait à refondre complètement.

Le monde judiciaire, malgré ses divisions, est le symptôme d'une histoire commune, celle de la justice. Et la justice est elle-même le miroir et le symptôme d'une société et de l'état de son Etat. Or, entre 1968 et 2011, l'Etat en France a changé de place et la justice avec lui.

La problématique des avocats, pendant un bon siècle et jusqu'encore récemment, se positionnait comme la défense de l'individu face à l'Etat tout puissant dont le bras armé était des juges confondus dans un seul corps réunissant le siège et le parquet. La magistrature elle-même se vivait non pas

(1) *Le Gardien des Promesses*, Antoine Garapon, Odile Jacob, Janv. 1996.

comme un pouvoir, mais selon la Constitution comme une « autorité » divisée à cause de l'ordre administratif et plongée dans l'ambiguïté d'un sentiment d'indépendance dans « l'interdépendance ».

En résumé, l'avocat, réfugié dans le discours, laissait l'économie aux conseils juridiques, se calait dans une posture de défense de l'individu face au *Léviathan* s'appuyant sur les baïonnettes intelligentes des juges. C'est ce schéma très simplifié qui s'est progressivement effrité puis fissuré depuis quarante ans, pour aboutir à une reconstruction incertaine dont on peut cependant évoquer quelques probables caractéristiques.

La première et principale pourrait être l'adaptation des avocats au marché et à la demande. Nous sommes passés d'une culture du pré carré, de protection, de privilège, de monopole, de péages obligés, à l'apprentissage de la concurrence, de la performance et du service non pas simplement du public mais des publics. Et ce n'est qu'un début car la mondialisation va encore accentuer ce phénomène en cours.

La deuxième caractéristique est qu'une situation de révolution des procédures notamment pénales, et le dégel du droit avec les pressions internes (QPC, garde à vue) et externes avec les deux juridictions européennes, entraînent l'avocat à changer de rôle et à devenir beaucoup plus un acteur plongeant les bras dans la matière judiciaire qu'un discoureur.

C'est effectivement dans les années 80 que l'idée de l'existence d'un marché et d'une demande de droit à servir est apparue de façon saillante. Naturellement à cause de la montée en puissance du droit et des juges qui, par exemple, fit même disparaître les privilèges ou les extra-territorialités comme celles des politiques par rapport au droit pénal. Phénomène interne, le droit pénal de l'Etat tout puissant se retourne contre lui et contre ses agents, pas simplement dans le domaine financier mais aussi dans le domaine des catastrophes et des accidents. Sur le plan international, les grosses affaires économiques que sont les fusions-acquisitions, par exemple, sont largement dominées par les avocats des pays de *common law* dont la plupart ont d'énormes têtes de pont à Paris. Ceci, dit-on, grâce à une concession faite aux Américains par le président Georges Pompidou à l'occasion d'un très grand marché de moteurs d'avions, une *joint venture* entre la Snecma et General Electric pour créer le moteur CFM56 qui équipe aujourd'hui tous les Airbus et qui font décoller dans le monde des avions toutes les trois minutes. Dans le *deal*, le président Nixon aurait demandé la possibilité pour les avocats américains de devenir conseils juridiques reconnus en France. Ce fut fait<sup>2</sup>.

Qu'allait devenir la profession d'avocat recroquevillée sur les clés de ses palais de justice ? Devait-elle abandonner les affaires économiques aux Anglo-Saxons, en consacrant l'existence de deux marchés dont l'un, le judiciaire, aurait exclu les

conseils juridiques ? Une vieille ambition née dans les années 60 dans les associations d'avocats modernistes et autour de personnalités marquantes, tels les bâtonniers du Grandrut, Daner et Lafarge, milite pour une profession unique dont la dernière étape fut la réforme de 1991.

Commandé par le bâtonnier en novembre 1987, publié en mars 1988, le rapport sur la réforme des professions juridiques et judiciaires, dont les 21 propositions furent approuvées par le conseil de l'Ordre en juillet, rassemblait sous une forme volontairement un peu provocante et lisible tout ce qui avait été dit sur le sujet depuis quarante ans par les « modernes ». La réforme de 1991, qui en est largement inspirée, ne fut que la concrétisation de cette acception d'existence et des disciplines du marché. Les cabinets anglo-saxons continuèrent à tenir le haut du pavé avec quelques cabinets français beaucoup plus petits et qui se sont constitués en niches prestigieuses et efficaces. Ces cabinets offrent les emplois les plus rémunérés aux jeunes qui sortent de l'Ecole du barreau. Cette forte présence anglo-saxonne en France provoque parfois des conséquences inattendues, jumelées avec le droit américain qui lui-même a tendance à se coupler avec le droit mondial. Faut-il rappeler que, dès qu'une société française publie ses comptes aux États-Unis, si par extraordinaire il existe une inexactitude qui constitue une infraction pour les Américains, celle-ci est instruite selon les procédures américaines, avec ses prolongements en France par le biais des CRI (commissions rogatoires internationales) ? Sachons aussi que, si quelques milliers de dollars payés par une banque américaine concourent à une infraction économique, c'est encore cette juridiction américaine et ces méthodes qui s'appliquent. Cette anecdote procédurale donne un bon exemple de mondialisation contrainte et forcée et fait découvrir aux avocats français le rôle purement instrumental des avocats qui, dans des circonstances de ce genre, se voient déléguer les missions de service public par la pratique de la *discovery* qui consiste pratiquement à instruire en France une partie de l'affaire de leurs propres clients sous la direction du *Department of Justice*, comme cela se pratique aux États-Unis. De défenseurs, ils deviennent auditeurs de leurs propres clients. Cette situation extrême est cependant symptomatique d'un bouleversement complet du positionnement de l'avocat dans la machine étatique. De contestataire extérieur, l'avocat peut devenir une sorte de partenaire de l'intérieur. Passons naturellement sur l'ensemble des occasions où les avocats sont des constructeurs ou des ingénieurs juridiques qui inventent des mécaniques industrielles et financières. Mais même dans le domaine judiciaire, les mutations sont en cours. Elles vont s'accélérer par les transformations procédurales.

Avant 1789, l'avocat au pénal n'existait pas pour le « grand criminel », c'est-à-dire le pénal grave. Les premières défenses et plaidoiries furent prodiguées devant la Convention par les avocats de Louis XVI, Tronchet, Malesherbes et de Sèze. Sous l'Ancien Régime, l'avocat écrivait des libelles mais se taisait le plus souvent. Depuis la Révolution, il parle. A partir de 1897,

(2) Avec la fusion, ils avaient donc vocation à devenir avocats au statut identique aux Français.

il entre dans les cabinets des juges d'instruction, brisant le secret de l'enquête, scellé par les ordonnances de Villers-Cotterêts de 1539. Depuis 1993, l'avocat a le droit de demander des investigations. Il a commencé à mettre la main à la pâte. C'est plus vrai encore avec la réforme du « plaider coupable », puis tout dernièrement la réforme de la garde à vue. L'avocat va être entraîné progressivement, comme ses collègues étrangers américains, à participer à l'enquête elle-même. Déjà, l'article 114, alinéa 6, du code de procédure pénale lui donne depuis 1996, pendant l'instruction, la capacité de communiquer les expertises à des experts de la défense. Donc à casser le monopole d'Etat sur la vérité pénale. La généralisation effectuée de la défense en garde à vue va nécessairement ouvrir progressivement en grand la prise en mains de l'instruction par les avocats. En effet, la présence immédiate et effective de l'avocat, contrairement à ce que pensent beaucoup de policiers, ne va pas compliquer l'enquête. Elle va la simplifier pour le plus grand nombre et la coincer pour le petit nombre. Ce n'est pas simplement la contestation qui va entrer en garde à vue, c'est la rationalité. L'avocat est un être pensant qui peut raisonner le policier mais tout autant le client. Son rôle n'est pas de discuter à tout prix, de bloquer les réponses des clients, mais de comprendre où est son intérêt. Autant les aveux provoqués par la brutalité sinon physique du moins psychologique sont extrêmement dangereux pour la vérité et la justice, autant une reconnaissance des faits non discutable avec l'assistance d'un conseil peut être un soulagement pour le suspect et le faire entrer dans un système plus simple, « plaider coupable », qui devrait correctement être maîtrisé dans certaines conditions nouvelles par les juges. Le cérémonial, le rituel et le temps seraient consacrés aux affaires dans lesquelles la culpabilité est discutée. L'avocat ne se tient plus sur son rocher en imprécateur ou en discoureur extérieur. Il participe au travail judiciaire de l'intérieur. Avec la suppression probable du juge d'instruction, il participera à l'enquête encore davantage qu'aujourd'hui.

Seulement voilà, comment assurer ses nouvelles fonctions ? A part des cas particuliers, peu d'avocats seront capables de quitter leur lit la nuit ou leurs travaux du jour pour aller passer quarante-huit heures au commissariat ou en tout cas une dizaine d'heures. Il est impossible d'être confronté à une équipe de policiers organisés pour travailler jour et nuit si l'on n'est pas soi-même parcellairement organisé. La transformation des tâches aura nécessairement un effet sur l'organisation du métier. Seule la création d'une sorte d'internat de la profession permettra d'assurer le service demandé, notamment pour les plus démunis. Dans toutes les grandes villes de France d'abord, puis au niveau départemental, les jeunes dirigés par de plus expérimentés comme les chefs de clinique (en médecine) devraient, après concours, s'engager pour un maximum de cinq ans dans des cabinets d'internat leur procurant une rémunération identique aux magistrats du même âge, pour un travail à plein temps au service des plus démunis. Ils travailleraient dans une structure collective leur donnant les moyens gratuits en locaux, secrétariat, documentation, équipements électroniques. Cette professionnalisation de l'aide légale serait d'abord la réponse des barreaux à une demande nouvelle, un

nouveau type de service public et au public. Elle serait aussi une bonne communication, meilleure que les *jingles* à la radio, hors de prix et inutiles, faute de cible publicitaire et de visibilité suffisante. Les avocats communiqueraient ainsi par le fond, dans leur être et non dans leur paraître, péché mignon qui s'incarne par de multiples cérémonies, soirées et autres manifestations sociales fort sympathiques, très onéreuses mais largement désuètes.

Ces cinq années de travail donneraient à de jeunes gens brillants l'occasion de faire autre chose que de s'engager dans des cabinets anglo-saxons et de devenir parfois des ouvriers spécialisés ou des chômeurs trop spécialisés. Après leur « service », ayant appris le métier, ils pourraient facilement se mettre à leur compte et pas seulement en individuel, mais aussi en collectivité dont ils auraient fait l'apprentissage. Ceux qui préféreraient les régions rurales pourraient mettre une organisation sur pied semblable pour irriguer le pays en juristes qui lui manquent (quelle formidable aventure, découvrir puis se passionner pour la France profonde et jouir de poussées d'adrénaline devant des situations nouvelles). Ils pourraient ensuite se faire engager, si c'est leur goût, par de gros cabinets qui manquent cruellement de ce profil de jeunes âgés d'une trentaine d'années disposant d'une réelle et sérieuse expérience en pénal notamment. Enfin, d'autres préféreraient la magistrature et nous disposerions, avec des passerelles idoines, enfin d'un tronc commun de formation, installant dans la magistrature de brillants avocats ayant fait leurs preuves.

Mais ce n'est pas tout. La crise de la magistrature souterraine mais profonde dans le réel et très superficielle, bien que spectaculaire par ses manifestations extérieures, va produire des effets. L'architecture et les fondations judiciaires bougent. Ce qui rendait, quinze ans après son écriture, presque « datée » *L'avocature* (1982), tout autant que *Les juges dans la balance* (1987), montre que la place de la justice dans l'Etat n'est plus la même. Ce sont ces craquements, ces glissements de terrain qui ne manqueront pas d'imposer des effets chez les avocats. A la différence de l'Europe politique qui ne dispose pas de gouvernance et qui risque d'y perdre d'abord sa monnaie puis la vie, l'Europe judiciaire dispose d'une gouvernance avec la Cour de Luxembourg et celle de Strasbourg (pour l'instant). Est fini le temps où l'on pouvait entendre un procureur dire « Moi, je cale mon bureau avec la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme ». L'Etat français est pris en tenailles entre, d'une part, le Conseil constitutionnel qui, bien qu'il s'en défende, devient une sorte de cour suprême à la française, au grand dam de la Cour de cassation, et la Cour de Strasbourg qui n'omet pas de lui dire et répéter depuis trente ans que son système est archaïque. Cette pince est en train d'attaquer le fondement de l'organisation du pouvoir judiciaire français avec la complicité active de certains politiques paradoxaux, tel le président Sarkozy qui aura permis la création de la QPC après trente ans d'échec de ses prédécesseurs.

La pince européenne va tôt ou tard finir par détacher le corps du parquet de celui du juge du siège. Il est frappant de constater la confusion française dans la lecture des arrêts de la Cour

de Strasbourg. La bien-pensance et le politiquement correct ne voient qu'une seule chose : le parquet français n'est pas indépendant et ne peut donc constituer une autorité judiciaire au sens de la Convention. Mais ce que la CEDH nous dit surtout est ceci : « Vous, magistrats du parquet, vous n'êtes pas des magistrats du point de vue de la Cour parce que vous êtes une partie. La partie poursuivante ». Ainsi, l'adage français « La justice est rendue par les magistrats du siège et du parquet » est une erreur et un anachronisme. Or, cette grande mécanique française réunissant parquet et siège repose sur une ambiguïté qui donne au parquet un rôle prédominant puisqu'il se pare des qualités d'un juge dont il exerce parfois en matière de liberté quelques attributions et dont il rejoint quand il veut la fonction pour s'en retirer ou y revenir. Il s'agit d'une mécanique qui n'est pas favorable à la défense, toujours un peu extérieure au système qui l'ayant rejeté sous l'Ancien Régime l'a progressivement admis en lui donnant la parole, puis l'intervention au cours de l'enquête, puis la possibilité d'y être un peu plus actif. Dès lors que le parquet sera clairement distingué du corps des juges, il est vraisemblable que la place de l'avocat s'en trouvera renforcée. De surcroît, si cette division des tâches de poursuite et de justice se développe encore, le juge d'instruction disparaîtra au profit du renforcement des trois pôles, celui du juge, vrai juge de l'instruction, celui du parquet chargé des investigations, celui de la défense capable elle aussi de toucher à la matière judiciaire sans risquer ni l'entrave ni la subornation de témoin. Ce pas, culturellement très lourd, est constamment voilé par les vieux slogans favorables à l'indépendance totale des parquets qui n'existe pratiquement nulle part au monde au sens des idéologies françaises. Le thème rebattu est « pas d'investigation confiée au parquet sans indépendance de celui-ci ».

Mais c'est pour mieux ensevelir d'impossible dans un pays jacobin d'origine une question d'architecture judiciaire distincte. L'aménagement de l'interface des parquets avec le pouvoir démocratiquement élu et nommé se distingue complètement de la question de savoir si les juges (d'instruction), sauf cas particulier de conflits d'intérêts de leurs investigations avec le politique, doivent se diviser entre la fonction de chasseur et la fonction de juge. Les réponses données à cette question par les démocraties sont à 95 % oui. L'Allemagne ayant été, en 1974, la première en Europe et la Suisse, la dernière, à sortir de cet imbroglio napoléonien dont la figure remonte à 1539

avec la création du lieutenant criminel. Dès lors que le siège sera séparé du parquet et que les rôles de chacun – défense, accusation, juge – seront clarifiés, le sera aussi plus facilement la question des rapports entre le pouvoir politique et les parquets qui méritent en France un toilettage de leur statut dans le sens d'une plus grande protection contre le dévoiement de pouvoirs hiérarchiques partisans parfois exercés sur eux.

Mais s'agissant des avocats, nul doute que suivant en cela une évolution commencée sous la Révolution et accélérée depuis cinquante ans, leur fonction en sera revivifiée par cette intervention active qui devra être la leur à tous les niveaux de l'affaire pénale. Soit par le conseil au niveau du « plaider coupable », soit au plan des investigations pour la recherche de la vérité. Cela supposera bien sûr une redéfinition de la déontologie pour installer un nouvel encadrement ordinal par de nouvelles bornes et barrières d'une activité sortant du seul exercice de la parole écrite ou prononcée. C'est sans doute vers cette transformation d'une partie de l'activité professionnelle que nous nous dirigeons et qui à certains égards présente des similitudes avec les mutations observées dans le domaine du conseil et de l'ingénierie juridique. Enfin, tôt ou tard, le procès civil risque lui aussi d'évoluer, notamment par la voie d'une transformation de l'enquête civile et par l'intégration, si possible sans leurs excès, de certaines règles de *discovery* anglo-saxonnes, c'est-à-dire de communication obligatoire de pièces, ce qui donne à l'avocat un rôle encore plus actif qu'aujourd'hui d'auditeur de son propre client. Ainsi, les professions d'avocat ont-elles évolué plus ces trente dernières années que dans les cent précédentes et courent les chances ou les risques d'évoluer encore davantage dans la deuxième partie du XXI<sup>e</sup> siècle.

Vingt ans après la réforme de 1991, ce sont plus les structures de l'Etat et de la justice qui déterminent les modes de productions et de travail des avocats que leurs réformes d'exercice qui ne font que mettre à niveau leurs activités par rapport à la réalité en voie d'être déjà dépassée. Tout change, tout craque et dans vingt ans les ordres et les législateurs mettront une nouvelle fois dans les formes les révolutions accomplies dans le réel mais n'auront point devancé par des textes celles-ci. Ce n'est un reproche adressé à personne, mais seulement une question philosophique sur la nature du droit. Qui suit le fait ? Ou qui l'organise ?