

SUR LA NATURE DES NORMES QUI CONCERNENT L'AVOCAT*

Yücel SAYMAN**

AVUKATA İLİŞKİN HUKUKİ DÜZENLEMELERİN NİTELİĞİ ÜZERİNE

ÖZET

Tarih sahnesinde savunmayı savunma işleviyle beliren ata-avukatın, demokratik devlet yapısında olmazsa olmaz bir aktöre, avukata dönüşme süreci ele alınmıştır. Süreç izlendiğinde, yargının kurumsal örgütlenmesinde savunma kurumuna ilişkin anlayış ve düzenlemelerin avukatın yargılama sürecindeki rolünü ve işlevini belirlediği; bağımsızlık, dokunulmazlık ve özgürlük kavramlarının avukatın faaliyetlerinin hukuki düzenlemesinde temel kuralları oluşturduğu; avukata ilişkin hukuki düzenlemelerdeki gözardı edilemez amacın avukatın yargılama sürecindeki varlığını, rolünü ve işlevini kurumsallaştırmak, korumak ve geliştirmek olduğu görülmektedir.

Anahtar Kelimeler: Ata-avukat, Cezalandırma kudreti, Savunma, Savunmanın savunması, Avukata ilişkin kurallar.

ON THE NATURE OF THE NORMS CONCERNING THE LAWYER

ABSTRACT

The historical analyses of the relation between the social and political aspect of the formation and the development of the State and the Justice point out the process where the initial figure of lawyer (proto-avocat) appeared as an inevitable actor in his role of the “defensor of the defense”. Proto-avocat had been transformed into the present lawyer following the long process of democracy. The study of the process determining the organisation of the judiciary in the democratic State renders also intelligible the rules which define the role and the function of the lawyer who became finally an arm of the Justice securing the rights and the freedom of the citizens. Independance, immunity and liberty constitute the devise of the lawyer in his defense of the defense activity and reflect the substratum in the regulation of his role, his mission and his function.

Keywords: Proto-avocat, power to punish, defense, defense of the defense, deontology of the lawyer.

* Uluslararası Avukatlar Birliği (UIA) Eylül 2005 Fas Kongresi'nde sunulmuştur.

** İstanbul Ticaret Üniversitesi Hukuk Fakültesi - İstanbul

Le présent exposé a pour objet de présenter mon opinion sur l'aspect socio-politique de la formation et du développement de l'Etat et de la Justice, aspect qui a tracé la figure initiale de l'avocat. Ceci va conduire l'essentiel de ma réflexion.

Je ne procéderai pas à cette fin à une étude comparative entre les législations et les formes d'organisation étatiques des différents pays. J'essaierai d'esquisser brièvement le processus complexe dont le déroulement a fait apparaître sur la scène juridique un acteur indispensable pour l'Etat démocratique : l'avocat. L'analyse entend restituer l'intelligibilité des règles qui englobent la définition et la fonction de l'avocat, dans cette longue histoire où il finit par devenir l'instrument par lequel la Justice s'est dotée d'un mécanisme de garantie des droits et des libertés de tous.

I

1. L'adage '*nul ne peut faire justice à soi-même*' décrit, dans le contexte historique, le chemin parcouru qui a conduit de la règle de la puissance supérieure, c'est-à-dire de la supériorité de la **force individuelle**, au droit, c'est-à-dire à une force communautaire ou proprement dit à la **force publique**. Il nous permet, d'un certain point de vue, de dire que l'histoire de la Justice s'explique par la transformation de la **force individuelle** en **force publique** : Il n'y pas d'auto-justice concevable ; la Justice est un attribut de l'Etat qui possède seul le monopole de la force publique.

Il existe dans tous le pays une Justice d'Etat. Dans tous les modèles d'organisation, quelles que soient leur nature, depuis les communautés primitives jusqu'à nos jours, « **la justice pénale** » est considérée comme étant le seul fondement social légitime du « **pouvoir de punir** » attaché à l'autorité indiscutable et inébranlable de la souveraineté de l'Etat, qui s'exerce sur tous ceux qui compromettent l'ordre et la sécurité sociaux. L'esprit critique peut saisir dans cette considération renforcée par la morale, la religion, l'idéologie etc... une thèse, plus affirmée que démontrée, qui veut convaincre les individus, membres de la communauté - l'Etat en dernier ressort, de retrouver dans la justice pénale une valeur sociale émergente née du pouvoir de punir de l'autorité absolu de la communauté - l'Etat - dont ils sont les composants humains.

Quant à la '**justice civile**', n'engendre-t-elle pas la légitimité du '**pouvoir de trancher**' entre deux prétentions afin que l'affrontement cesse ? En matière civile, il est permis aux individus de demander la solution de leur litige à des personnes privées sauf à rechercher auprès de l'Etat, qui détient seul le monopole de la force publique, le secours pour obtenir l'exécution de la sentence.

2. Toutefois, dans l'histoire judiciaire on voit surgir une force qui balance, questionne, ébranle et menace l'autorité absolue de l'Etat concernant le pouvoir de punir et de là l'autorité elle-même : C'est « **la Défense** ». La Défense et le pouvoir de punir défini à partir d'une autorité absolue constituent deux forces antagonistes : chacune des deux interroge et menace l'existence de l'autre. La Défense est la contre force du pouvoir de punir, le pouvoir de punir est la contre force de la Défense.

Dans la mesure où la Défense s'érige au rang d'une force autonome et acquiert sa légitimité sociale comme contre force du pouvoir de punir de l'autorité absolue de l'Etat, la force du pouvoir de punir de l'autorité absolue de l'Etat commence à perdre de sa légitimité sociale, en tant que force absolue, et contre force de la Défense.

L'antagonisme entre la Défense et le pouvoir de punir ancré dans l'autorité absolue rend intelligible les efforts et les manœuvres menées par ceux qui détiennent le pouvoir politique. Ils modèlent la puissance étatique afin d'exclure la Défense de l'organisation de la Justice et empêchent par là qu'elle devienne une force autonome légitime, qui ébranlerait l'absolutisme face à la souveraineté du peuple.

3. Dans la lutte entre ces deux forces antagonistes, « **l'avocat** » apparaît sur la scène aux côtés de la Défense dans le rôle du « défenseur de la Défense » et c'est à ce rôle qu'il doit son identité autonome. Elle est marquée par l'indépendance.

Chez les Grecs, les logographes qui écrivirent le discours lus par les clients à l'audience ; chez les Romains, les maîtres de l'éloquence identifiés à l'accusé pendant l'audience pour convaincre les juges qu'il est innocent, sont des exemples classiques parmi d'autres qui dessinent la figure ancestrale de l'avocat.

Ces exemples que l'on peut augmenter si l'on tient compte de l'histoire de tous les pays nous permettent d'affirmer que l'ancêtre de l'avocat, que je dénommerai volontiers « **le proto-avocat** » apparaît dans l'histoire de la Justice en la qualité de défenseur de la personne accusée d'avoir troublé l'ordre social. La légitimité sociale d'un pouvoir de punir absolu, que l'on laissait croire sans concurrence d'aucune force, fût alors assombrie par l'évolution progressive du proto-avocat vers l'avocat.

Il n'est pas exagéré, j'y attache beaucoup d'importance, de souligner que le proto-avocat doit son évolution vers l'avocat à sa lutte inlassable pour défendre la Défense.

Il n'est pas de doute que les disciples de la puissance absolue de l'Etat exigent, pour établir et maintenir l'ordre et la stabilité sociaux, le respect inconditionnel et sans

limitation du pouvoir de punir. Ils ont tendance à se méfier et à rejeter toute tentative de limitation et de restriction normatives ou factuelles ayant pour but d'assouplir l'autorité absolue du pouvoir de punir. La Défense constitue un défi à l'autorité absolue du pouvoir de punir.

La Défense légitimement instituée et prévue en tant que telle dans l'organisation de la Justice est le cauchemar du pouvoir politique; la Défense devenue tronc essentiel des mécanismes qui conduisent à la justice, c'est le cauchemar des nuits blanches !

4. L'histoire est le produit de luttes.

L'histoire de l'avocat est le produit de la lutte entre la Défense et le pouvoir de punir de l'autorité absolue de l'Etat.

Le proto-avocat a évolué et s'est transformé en avocat au fur et à mesure de l'émergence de la Défense, constituée en tant qu'élément essentiel, indépendant et déterminant dans l'organisation et le fonctionnement de la Justice.

Le reconstruction de la société à partir d'un projet de démocratie, d'Etat de droit, le déclin de l'absolutisme despotique et l'émergence de l'idée des droits naturels attachés à la personnalité de l'individu établirent la base d'une Défense, pilier constitutif de la Justice.

L'œuvre de la philosophie des Lumières qui intègre les lois de la nature, du mouvement de la matière dans tous les domaines de la créativité humaine et du développement social, a guidée la forme nouvelle d'organisation de la Justice dans le projet de la société démocratique. La dialectique des antagonismes a orientée les penseurs à concevoir la Justice dans le processus où deux forces contradictoires, le pouvoir de punir et la Défense s'affrontent à armes égales et dans des conditions égales. Librement et sans aucune intervention ni manipulation de l'extérieur, ils se transforment en une autre force, la force publique, présumée reproduire la vérité réelle.

L'esprit des savants du temps des Lumières dans leur analyse de la nature et de la société nous conduit à trouver dans la Défense l'image d'une institution indépendante, déterminante de la Justice dont la fonction essentielle serait de balancer, d'intimider et de transformer le pouvoir de punir de l'autorité absolue de l'Etat. L'histoire de notre profession, considérée globalement, est marquée par l'évolution du proto-avocat à mission de défendre la Défense contre le pouvoir de punir de l'autorité Etatique, vers l'avocat à vocation de fonctionner dans le

processus judiciaire cette institution - la Défense - devenue l'élément constitutif, le pilier de la Justice.

Qu'il s'agisse du domaine pénal ou civil le pouvoir de punir et de trancher, qui puise sa légitimité dans l'autorité absolue d'une puissance étatique, exclut l'organisation démocratique de la société où le peuple possède seul la souveraineté. S'il nous est permis, dans le concept de la démocratie, de dire que l'histoire de la Justice s'explique par la transformation de la force individuelle en force publique, il est tout autant légitime de dire que ce n'est pas l'Etat mais le peuple qui possède seul le monopole de la force publique. Toujours dans le concept de la démocratie, la transformation de la force individuelle en force publique caractérise le processus de socialisation de la force individuelle. La force individuelle n'a pas disparu. Elle est devenue sociale, donc publique. L'individu s'y retrouve, il y voit sa souveraineté respectée.

5. Il est possible de tirer cette première conclusion : la démocratie, en tant que forme d'Etat, est respectée et présente, si l'organisation de la Justice est pourvue de mécanismes et d'outils structurels et procéduraux, capables d'instituer l'arène où « la thèse » (Accusation ou Demande) qui constitue « **le juste** » de l'attaquant, et « l'anti-thèse » (Défense) qui constitue « **le juste** » de l'attaqué, s'affrontent, s'épuisent pour renaître dans leur synthèse (Jugement) qui est la « **vérité réelle** » du cas concret : c'est le processus de socialisation de la force individuelle. C'est aussi le processus qui fournit et alimente la force publique.

La deuxième conclusion fait suite à la première. La construction de la Justice démocratique s'élève sur trois piliers de valeurs égales : l'Accusation ou Demande est la première institution structurée où « la thèse » qui remplace la force individuelle dont le recours est interdit, fait défi librement et sans rencontrer aucun obstacle ; la Défense est la seconde institution structurée où « l'anti-thèse » qui remplace également la force individuelle dont le recours est interdit, affronte la thèse librement et sans rencontrer aucun obstacle. Le Jugement est la troisième institution structurée où « la synthèse » qui caractérise et annonce la force publique est produite.

Il est à remarquer que parmi ces trois piliers, ces socles de la Justice, l'avocat assure l'intégrité, l'inviolabilité de la Défense; il la représente, l'administre et garantit son bon fonctionnement dans le processus juridictionnel.

6. Le choix entre deux lignes politiques qui se contredisent dans l'organisation de la Justice, l'une despotique donc réactionnaire et l'autre démocratique donc

progressiste, détermine en conséquence le rôle d'auxiliaire ou d'élément constitutif de l'avocat.

La ligne politique despotique exclut, de l'organisation de la Justice, la Défense en tant qu'institution structurée, indépendante. Elle donne à la défense un contenu réducteur ; elle se contente de glorifier la notion de défense par référence à un droit individuel, sacré mais limitable ; elle attire l'attention sur les règles procédurales qui créent les instruments perfectionnés, pour se défendre contre les reproches formulés. L'absence de la Défense en tant qu'institution constitutive dans l'organisation de la Justice, renforce la vigueur de la force publique légitimée par l'autorité absolue de la puissance étatique; elle fait disparaître la force individuelle socialisée et devenue publique, et elle rejette la souveraineté du peuple seule source légitime de la force publique. Elle investit le juge de l'*imperium* étatique, mais réduit l'efficacité de l'avocat dans l'administration de la justice. L'avocat est alors un auxiliaire soumis à l'*imperium* du juge : il ne possède pas de moyens pour convaincre le juge des éléments psychologiques, sociologiques, philosophiques du cas concret, qui sont les composants extra juridiques du jugement – affirmation de la vérité. C'est le juge lui-même qui élabore, ne fût-ce qu'inconsciemment, du début à la fin du processus juridictionnel, les mécanismes de réflexion qui conduisent l'essentiel de sa pensée juridique pour « dire le droit ». La participation au mécanisme de décision est exclue. L'éloquence perd son contenu d'art de convaincre et devient un verbiage qui diminue l'estime pour les avocats.

La ligne politique démocratique reconstruit la Justice sur trois piliers équilibrés qui soutiennent la voûte où la Défense, l'élément indépendant institutionnellement constitutif par excellence de l'organisation ; il redonne à l'éloquence sa part artistique dans l'élaboration spirituelle et juridique du Jugement que l'on peut estimer dès lors, fruit de la dialectique judiciaire.

L'avocat, seul maître de la Défense, assure l'intégrité et l'indépendance de cet élément constitutif de la Justice, qu'il représente et fait fonctionner tout au long du processus judiciaire. Son rôle n'est plus auxiliaire mais principal et constitutif du Jugement dont il en est le participant déterminant par l'intermédiaire d'une procédure, démocratique elle aussi, du procès équitable.

1^{ère} réflexion : les normes qui organisent la Justice et la Défense en tant qu'institution structurée et indépendante déterminent le rôle et la fonction de l'avocat dans le processus juridictionnel (voir IV ci-dessous).

II

7. La défense en tant qu'institution de la Justice est indépendante : l'avocat qui la représente l'est aussi. Il existe entre le défenseur de la Défense et la Défense elle-même un lien organique qui ne peut tolérer aucune trahison : l'affaiblissement de l'un entraîne nécessairement celui de l'autre. L'avocat aliéné à la Défense perd son identité. Je n'hésiterai pas à dire que l'indépendance est l'artère qui nourrit l'unité du défenseur de la Défense et de la Défense elle-même.

L'indépendance étant absolue, l'avocat doit lui éviter toute atteinte, résultant notamment de ses convictions idéologiques, politiques, philosophiques ou religieuses et de ses propres intérêts : L'indépendance de l'avocat est protégée d'abord de l'avocat lui-même.

L'indépendance est exempte de toute pression morale ou matérielle, d'influences, d'instructions extérieures. L'indépendance de l'avocat est protégée de l'Etat, des organes de l'Etat, des agents publics, du procureur, du juge. Elle est aussi protégée de son client. L'avocat doit veiller à ne pas négliger la protection de son indépendance pour plaire à sa famille ou à la société.

Il ne faut négliger ni le maintien de l'indépendance de l'avocat dans ses relations avec l'avocat employeur ou avec son cabinet et son barreau, ni d'éviter tout lien de subordination.

8. L'indépendance perd de l'acuité si elle n'est pas suivie de garanties qui protègent l'avocat jouant son rôle de représentant de l'élément essentiel et accomplissant sa fonction au cours du processus juridictionnel, contre la menace des poursuites pénales ou disciplinaires. L'immunité judiciaire dont l'avocat doit bénéficier dans l'exercice de ses fonctions complète et renforce l'indépendance.

Les discours prononcés, les écrits produits ou les documents fournis devant les juridictions ne peuvent permettre, à l'encontre de l'avocat, aucune poursuite pénale ou disciplinaire, sauf une condamnation à des dommages-intérêts, dans les cas où les propos et les écrits injurieux, outrageants, diffamatoires n'ont pas un lien avec l'affaire. Néanmoins, pour ne pas être saisi d'une poursuite disciplinaire, l'avocat doit, en tout cas, respecter les exigences de la confraternité et éviter le comportement susceptible de nuire à l'estime publique pour les avocats.

Le respect de la vie privée s'étend au cabinet de l'avocat : la perquisition n'est possible que si elle est autorisée par la loi en conformité avec les exigences d'une société démocratique et si elle constitue une mesure nécessaire pour la prévention

d'une infraction pénale concrète commise, ou à commettre, uniquement par l'avocat lui-même dans ce cabinet.

L'immunité de l'avocat est donc le complément et le renfort de son indépendance.

9. L'avocat devient souvent la cible de mépris de l'opinion public à cause de la personnalité ou de l'identité de son client, de l'acte commis par ce dernier.

La tendance à identifier l'avocat à son client est le reflet, au niveau culturel, de la ligne politique despotique qui exclut la Défense en tant qu'institution organique de la Justice. En effet, l'appréciation des qualités morales de l'avocat en fonction de l'infraction et de l'acte commis par son client, ou à partir de la conviction politique, idéologique, religieuse de ce dernier, ou de l'appartenance du client à une organisation, légale ou illégale, politique, religieuse, terroriste, de crime de droit commun, constituent la négation du rôle et de la fonction de l'avocat dans le processus judiciaire.

Il est même des « moralistes » qui se réfèrent aux temps où les avocats – c'étaient plutôt les « proto-avocats » - n'étaient pas rémunérés : l'estime pour eux était à son apogée, disent-ils, parce qu'ils n'invoquaient pas des avis contradictoires dans différentes affaires.

Or, il a fallu, dans la technicité de l'évolution du proto-avocat vers l'avocat, libérer le premier de l'image de celui dont il défendait la cause, et lui reconnaître le droit d'être rémunéré, pour que l'avocat indépendant surgisse sur la scène de la Justice.

D'où l'obligation de liberté pour achever le portrait de l'avocat : l'interdiction d'identifier l'avocat à son client ; la prohibition d'évaluer la moralité de l'avocat à partir des particularités et des spécificités du client.

La liberté de l'avocat est l'aspect complémentaire, aussi important que l'immunité, de l'indépendance.

2^{ème} réflexion : indépendance, immunité, liberté : devise de l'avocat dans sa lutte de défense de la Défense, est le substrat des normes émancipatrices de l'avocat dans l'exercice de ses activités (Voir IV ci-dessous).

III

10. L'ère des nouvelles technologies restructure les services juridiques. Il est devenu possible d'intenter une action par voie électronique. Le recours accru aux modes

alternatives de résolution des litiges, l'évolution vers le cybertribunal permettent aux parties de régler leur affaire indépendamment de la distance qui les sépare. La technologie aboutit ainsi à la création d'un nouveau droit processuel qui redéfinit le rôle et la fonction de l'avocat.

La mondialisation des affaires supprime l'étatisme, libère les échanges commerciaux au niveau international. Elle entraîne la mondialisation de la profession juridique en même temps qu'elle ébranle le monopole de l'avocat.

Les concurrents tels que les cabinets d'audit, les conseillers fiscaux, les conseillers juridiques, les banques, les notaires, les sociétés d'assurances remettent en cause, à tout instant, le statut social et juridique de l'avocat dans sa conception classique.

La croissance numérique exponentielle dans chaque pays de la « communauté d'avocats » incite bon nombre d'entre eux à reconsidérer les grands avantages du droit de marché des affaires, et à vouloir se débarrasser des règles déontologiques « périmées ».

Autant de phénomènes qui secouent les fondements qu'on croyait acquis pour toujours et inébranlables.

Le monopole dont jouissent les avocats, la multidisciplinarité, la publicité individuelle, la formation permanente, l'interdiction du paiement en nature, l'interdiction du pacte de quota litis, l'activité internationale, l'établissement dans plusieurs pays, l'étendue du secret professionnel, les bureaux secondaires, les réseaux interprofessionnels, les incompatibilités, le désintéressement, la concurrence, l'organisation de la profession, le costume professionnel, l'inscription obligatoire au tableau d'un barreau pour avoir le titre d'avocat, le statut des juristes d'entreprise publique ou privée, l'étendue des règles disciplinaires, la spécialisation, le rôle, la fonction et la définition même de l'avocat, etc ... constituent, selon certains cercles d'avocats et selon les membres des autres professions juridiques, des thèmes actuellement problématiques, que les idées acquises, les solutions fournies, les règles établies contredisent d'un côté, les besoins du libéralisme économique et empêchent, de l'autre côté, l'amélioration du niveau qualitatif des services juridiques.

11. L'avocat intervient à titre professionnel dans tous les domaines de la vie civile, sociale et économique. Il a le droit de donner des conseils et consultations, rédiger des actes, négocier et rédiger des contrats, assister et représenter ses clients en justice. Il peut également recevoir des missions de justice. Dans tous les cas,

indépendamment de la nature de son intervention, il doit respecter toutes les règles et les principes qui régissent la profession.

L'on se demande souvent pourquoi l'avocat spécialiste de la rédaction des actes, l'avocat ingénieur des relations contractuelles, l'avocat grand maître des conseils et des consultations, l'avocat acteur d'éloquence de la Justice, sont soumis aux mêmes règles et principes dans leurs activités spécifiques.

Des voix, de plus en plus répandues, s'élèvent pour critiquer et contester, les règles existantes qu'on qualifie de périmées et, qu'on représente pour seules responsables de l'écart entre le progrès social et les exigences de la profession qui en découlent.

La question posée est provocatrice : quel avocat, quelle déontologie pour le XXI^e siècle ?

12. Quel avocat ? La question ainsi posée semble provoquer un choix entre la domination de l'économique, donc du marché du droit des affaires et le maintien du politique, donc le dévouement au peuple. Le choix du premier est d'ailleurs imposé par des textes qui présentent l'avocat dans le rôle d'un prestataire ordinaire de services qu'il doit facturer – la certification assurance qualité ISO; les accords du GATT qui réduisent l'activité de l'avocat à un service d'affaires, etc... Le choix du deuxième est caractérisé par l'avocat qui renonce aux grands avantages du marché pour ne pas trahir à son dévouement à « la défense de la Défense ».

Or, l'avocat n'est pas confronté à une alternative : il peut combiner les exigences de l'économique et du politique. Les arguments en faveur de la nécessité d'un choix ne sont pas pertinents : seuls les disciples de la ligne politique despotique qui exclut la Défense en tant qu'institution structurée dans l'organisation de la Justice, peuvent nier l'importance grandiose du rôle et de la fonction de l'avocat dans le processus juridictionnel, et peuvent faire le choix de « l'économique » au lieu du « politique ».

Quelle déontologie ? Il est bien évident que les exigences du monde actuel et les phénomènes ci-dessus cités entraînent avec eux une évolution des règles de déontologie. Un besoin accru impose la révision, la modification, peut-être la suppression ou le remplacement de ces règles par d'autres plus convenables et mieux adaptées. De nouvelles règles pour les nouvelles situations sont indispensables.

Dans quelle mesure et dans quelle perspective? La réponse à donner à cette question varie évidemment, et l'on revient toujours au même postulat, de l'image qu'on a de l'avocat de notre temps.

13. Le processus juridictionnel consiste en l'affrontement des deux thèses contradictoires dont l'une représente « le juste » de l'attaquant et l'autre « le juste » du défenseur. La dialectique des thèses contradictoires aboutit à la synthèse qui est la « vérité réelle ». Le juge formule la synthèse et « dit le droit » : Il ne choisit pas entre deux « justes » celui qui fait force, mais il cherche dans ces deux justes exposés et contredits devant lui, les caractéristiques du fait concret matériel, la vigueur des preuves respectives, les paramètres d'ordre philosophique, psychologique, sociologique, sur et à partir desquels il construit la structure juridique. Le jugement ainsi élaboré reflète la force publique qui n'est que la force individuelle socialisée tout au cours du processus juridictionnel. La force individuelle – élément constitutif de l'intégrité donc de la souveraineté de l'individu - dont le recours est interdit parce qu'elle est illégitime, sauf exceptions très limités, dans la résolution des conflits, se transforme en force publique légitimée par la souveraineté du peuple qui, à son tour, est la socialisation de la souveraineté individuelle. Le processus juridictionnel est en quelque sorte la représentation du processus de socialisation à la fois de la force individuelle et de la souveraineté du peuple.

Le forum où les deux thèses, donc « deux justes » s'affrontent, illustre la participation populaire, sur des bases et principes démocratiques, à l'élaboration du jugement. Cette participation s'accomplit, par un travail intellectuel, qui tient compte des comportements, des connaissances, des convictions du juge. Il se développe tout le long du processus juridictionnel. Le travail intellectuel a pour but, pour chacune des parties, de persuader le juge que le jugement doit se construire sur les éléments et les paramètres de « son juste ». La formulation juridique du jugement, proposée par chacune des parties, correspond à la légitimité de la vérité réelle du cas concret. C'est l'avocat qui produit ce travail intellectuel à la base de l'élaboration du jugement : c'est son rôle, car c'est lui qui est le maître de l'éloquence, dans le sens d'art de convaincre. L'avocat participe, par son travail intellectuel, par son intervention effective à l'administration du procès; par ses qualités de juriste, à l'élaboration du jugement : c'est sa mission de représenter le peuple dans la participation, à base démocratique, au processus de décision. L'avocat assure l'inviolabilité, protège l'intégrité et assure le bon fonctionnement de la Défense en tant qu'institution structurée dans l'organisation de la Justice : c'est sa fonction de défendre la Défense, cette institution qui remplace, dans l'équation de la légitimité du processus juridictionnel, l'autorité absolue de la puissance étatique par la souveraineté du peuple.

Il n'est pas démontré que les aspirations à la démocratie et à l'Etat de droit sont « périmées ». Il n'est pas prouvé, même au niveau théorique, que les exigences du

monde actuel supposent une nouvelle et différente organisation de la Justice. Pour la démocratie en tant que forme d'Etat, national, européen ou mondial, rien n'est à craindre du rôle, de la mission et de la fonction de l'avocat dans l'organisation de la Justice.

Le rôle, la mission et la fonction de l'avocat dans l'organisation de la Justice perdent leur acuité si la démocratie en tant que forme d'Etat s'incline et s'efface devant l'autoritarisme absolue ; l'avocat disparaît si l'Etat s'éteint.

Des nouvelles règles ou des règles mises à jour de déontologie, mieux adaptées à des nouvelles situation, oui : mais toujours dans l'objectif de permettre à l'avocat de mieux s'adapter à son rôle, de mieux accomplir sa mission et sa fonction.

La multiplicité et les divergences des habilitations de l'avocat en dehors du processus juridictionnel ne justifient pas non plus l'abandon du propos ci-dessus tenu.

3^{ème} réflexion : l'objectif essentiel des normes concernant l'avocat réside dans l'établissement, la protection et le perfectionnement du rôle, de la mission et de la fonction de l'avocat dans le processus juridictionnel.

IV

14. Les normes qui définissent le statut, qui reproduisent le rôle, la mission et la fonction de l'avocat, et les normes qui déterminent et régissent ses activités, doivent être, à mon avis, élaborées et appréciées en fonction du lien organique qui lie l'avocat à la Défense prévue en tant qu'institution dans l'organisation de la Justice.

Les normes qui s'appliquent aux multiples habilitations de l'avocat en dehors du processus juridictionnel, et qui divergent d'un pays à l'autre, ne doivent pas déroger aux principes d'organisation démocratique de la Justice.

On peut soutenir que l'unité des normes concernant l'avocat dans l'exercice de ses activités, dans le processus juridictionnel ou en dehors dudit processus, est la conséquence d'une conception démocratique de l'Etat.

15. Une première catégorie de normes qui concernent l'avocat tiennent à l'organisation de la Justice, et de la Défense en tant qu'institution structurée et indépendante.

La représentation obligatoire, réservée aux avocats, assure la légitimité de la Justice édiflée sur trois piliers constitutifs de valeurs égales, et permet l'élaboration de la force publique –le Jugement- à partir de la dialectique des thèses contradictoires. Elle permet également à tous ceux qui ont un intérêt direct ou indirect, de participer sur des principes démocratiques prévus par la procédure, aux mécanismes de décision.

Le monopole dont dispose l'avocat, dans l'exercice des activités d'ordre juridique qui sont directement liées, ou qui peuvent être indirectement liées, à un contentieux judiciaire –assister et représenter les parties en justice, conseiller, consulter oralement et par écrit, rédiger de actes juridiques, etc...- ne constitue pas un privilège de l'avocat . Il est dans l'intérêt des justiciables de conférer la compétence monopoliste à celui qui est le seul maître, en cas de conflit, de ces matières d'ordre juridique devant les juridictions.

La publicité ou, à mon avis, le droit d'accès à l'information, est le moyen par lequel le justiciable s'informe sur les qualités et les compétences professionnelles, les hobbies, les préférences sociales, artistiques, littéraires, musicales, sportives de l'avocat qui le représentera pour convaincre le juge d' élaborer son jugement à partir des éléments et des paramètres issus de « son juste ». Le contour et l'essence de l'information peuvent être déterminés selon les exigences actuelles de « l'art de convaincre » et de l'aptitude à présenter « le juste de son client » en termes de solution juridique. L'art de convaincre présuppose la présence, d'au moins deux personnes : il est légitime de demander des informations de la même nature sur le juge qui tranche au fond.

Le secret professionnel absolu et illimité dans le temps est la règle inviolable de la démocratie, de l'Etat de droit, et cela dans l'intérêt social. L'individu s'engage à ne pas recourir à sa force individuelle pour résoudre les conflits qu'il rencontre. Par contre, la non divulgation des déclarations et écrits émanant de lui, remis à l'avocat, soit par lui soit par une personne tierce, est assurée. L'Etat s'engage de son côté, à ne pas accéder à ces documents couverts par le secret professionnel, ne fût-ce que par un jugement.

Les incompatibilités de certaines professions, activités ou fonctions avec la profession d'avocat ont pour but d'éviter toute ingérence extérieure dans le processus judiciaire, de libérer l'avocat de toute forme de dépendance et de favoriser, dans l'intérêt social, son dévouement au peuple.

L'interdiction de fixer l'intégrité des honoraires en fonction du résultat judiciaire de l'affaire, que ces honoraires consistent en une somme d'argent ou en tout autre bien

ou valeur, est une norme prévue pour assurer le désintéressement de l'avocat aux avantages du résultat obtenu.

Les critiques et les contestations quant à l'existence de ces quelques normes énumérés ci-dessus comme exemples de l'organisation de la Justice et de la Défense en tant qu'institution structurée, les exemptions et les limitations à ces normes apportées par le législateur, l'interprétation restrictive de l'étendue de ces normes par la jurisprudence, montrent l'aspect antagoniste des deux lignes politiques, l'une despotique et l'autre démocratique.

16. Une seconde catégorie de normes concernant l'avocat, dérivent de la devise « indépendance, immunité, liberté ». Elles sont des normes qui émancipèrent l'avocat de tout lien de dépendance dans l'exercice de sa mission et de sa fonction.

L'indépendance de l'avocat remet en cause l'inscription, dans certains pays – en Turquie par exemple- des juristes d'entreprise, publique ou privée, au tableau d'un Barreau – ce qui leur donne le titre d'avocat et qui leur permet d'agir au même titre et avec les mêmes prérogatives que leurs collègues.

De l'indépendance découlent deux droits, chacun d'importance primordiale pour l'avocat dans le processus juridictionnel : le droit de refuser, sans être tenu de fournir aucun argument, l'affaire qui lui est présentée, et le droit de rester maître de l'affaire qu'il accepte.

L'immunité de l'avocat exige des normes qui le protègent contre les risques d'une poursuite pénale ou disciplinaire à cause de ses discours prononcés, écrits, documents fournis devant les juridictions. Il doit accomplir sa mission et sa fonction sans tomber dans les pièges de l'autocensure et de la peur d'encourir des peines. L'immunité de l'avocat est la garantie de son client : elle est prévue donc dans l'intérêt social.

L'immunité de l'avocat engendre la sécurité de son cabinet. La protection du secret professionnel exige des normes qui interdisent la perquisition du cabinet de l'avocat pour accéder aux documents de ses clients, ne fût-ce que pour la prévention d'une infraction pénale dont l'auteur n'est pas l'avocat lui-même.

La liberté de l'avocat nécessite des normes qui empêchent les autorités publiques, la presse, le public d'identifier l'avocat à son client. Elle est aussi source du droit de l'avocat aux honoraires.

Enfin, resteront à fixer les règles qui relèvent de l'exercice – individuel ou en groupe, collaborateur ou salarié... ; de la structure – bureau secondaire, multidisciplinarité, réseaux professionnels... ; ainsi que des rapports avec les clients, les magistrats, entre avocats... Autant de solutions techniques à formuler selon les principes que je viens d'énoncer.

Yücel Sayman
