

Daniel Soulez Larivière
Comité d'éthique du Barreau de Paris

Rapport sur

LES RELATIONS MAGISTRATS-AVOCATS

suivi de

Antoine Garapon

Magistrats – avocats : des relations sans règle du jeu

et

Guy Canivet

**Existe-t-il une éthique commune des juges et des avocats faisant
référence à une théorie générale et à une définition de la justice ?**

Avant-propos

Le comité d'éthique actuel du Barreau de Paris a été créé par le bâtonnier Pierre-Olivier Sur en 2014.

Organisé avec le concours de Dominique Heintz, avocat au Barreau de Paris, AMCO, et président d'honneur du comité, il est composé pour moitié d'avocats et pour l'autre de non-avocats ayant un rôle important dans la société civile. Il a vocation à se saisir de questions qui intéressent la société et la profession d'avocat d'un point de vue notamment éthique et opérationnel.

Présidé depuis 2015 par Daniel Soulez Larivière, le comité a publié, dans *La Semaine juridique*, cinq rapports sur « Les écoutes téléphoniques », « la lutte anti-terroriste », « l'intelligence artificielle », « la marchandisation de la profession d'avocat » et « la justice transactionnelle (loi Sapin II) ».

C'est en 2020 qu'ont été entamés ces travaux sur la crise des relations entre les avocats et les magistrats. Ce rapport écrit par le président est donc le résultat de nombreux échanges avec les membres du comité mais aussi des personnalités extérieures compétentes.

Il a pour but de soutenir des analyses autonomes et non corporatistes de la part de personnalités indépendantes.

INTRODUCTION

La justice est faite pour assurer la paix civile en résolvant les conflits entre particuliers pour éviter qu'ils ne dégénèrent et pour faire respecter les éléments clés du pacte social afin d'assurer l'ordre public avec des sanctions qui évoluent au fil des âges.

Le juge ne peut exister que s'il est indépendant de l'État et de son appareil mais, en en faisant cependant partie. Il ne peut prospérer durablement que s'il établit des relations pacifiques et constructives avec le pouvoir tant exécutif que législatif. Si le conflit de pouvoir se manifeste constamment et violemment, l'ordre public ne peut plus être assuré. Que les procureurs qui sont en quelque sorte les avocats de la société, appartiennent au même corps que les juges du fait d'une particularité historique française, ne simplifie pas le fonctionnement judiciaire global ni sa compréhension par le public qui ne voit pas bien la différence entre eux. Quant aux avocats ils se logent de manière conflictuelle entre le pouvoir exécutif et l'autorité judiciaire, dans une histoire souvent tourmentée et où ils n'interviennent au pénal que très tard, à partir du XVIII^{ème} siècle mais très peu jusqu'à la fin du XIX^{ème}. Les avocats sont eux aussi des agents de l'ordre public dans la mesure où en assurant au citoyen qu'il sera défendu ils permettent son adhésion au système.

Le but de l'ensemble du système judiciaire est de créer les conditions d'une paix civile durable. Mais les particularités françaises sont telles qu'elles génèrent des tensions entre les professions et entre elles et l'État. C'est à la lumière de ce contexte schématique qu'il faut examiner et relativiser les incidents et les effervescences de 2019- 2020 qui vont se poursuivre en 2021. La nomination par le gouvernement d'un avocat Éric Dupond-Moretti comme Garde des Sceaux, quarante ans après Robert Badinter a provoqué plus de tensions qu'à l'époque.

Le principal syndicat de magistrats, l'USM, a considéré cette désignation comme une déclaration de guerre. Le Syndicat de la magistrature de son côté a publié une lettre ouverte au Garde des sceaux le prévenant en quelque sorte de l'agitation qui l'attendait. Sa proposition de nommer une avocate, vice-bâtonnière du barreau de Paris, Nathalie Roret, comme directrice de l'École nationale de la magistrature a marqué les esprits et

été accompagnée de propos très discutés du ministre suscitant de fortes critiques et des remontrances de la part des syndicats de magistrats.

La situation est aggravée par le contexte puisqu'au cours de la préparation de l'affaire du Président Sarkozy (première venue à l'audience en décembre) il fut découvert que des magistrats du parquet national financier avaient collationné les fadettes de plus d'une dizaine d'avocats parisiens connus et même de magistrats pour trouver l'origine de la fuite qui aurait permis à la défense de Nicolas Sarkozy de savoir que sa deuxième ligne de téléphone portable ouverte sous un pseudonyme était elle aussi écoutée— recherches qui n'aboutirent à rien.

Mais il s'en est suivi une enquête administrative demandée par le Garde des Sceaux d'alors, Nicole Belloubet professeur émérite des universités, à laquelle a succédé Éric Dupond-Moretti. Celui-ci ayant été lui-même espionné les syndicats de magistrats ont considéré que cette qualité de « victime » générerait un conflit d'intérêt entre ses anciennes fonctions et celles de garde des sceaux. Et voilà que, sur plainte des trois syndicats et d'une association anticorruption (Anticor) et sur réquisition du Procureur général de la Cour de cassation, la Cour de justice de la République a ouvert une information contre le ministre. Le tout étant précédé d'une tribune dans *Le Monde* pour fustiger le comportement de l'avocat-ministre et signée par la Première Présidente et le Procureur Général de la Cour de Cassation.

Au terme d'une réflexion fine et très mûrie, le bâtonnier de Paris, Olivier Cousi, a placé à la tête de l'école de l'École de formation du barreau de Paris, un magistrat qui semble-t-il fait l'unanimité, Gilles Accomando, ancien formateur à l'ENM, dont la carrière l'a amené à être président de la cour d'appel de Pau et pendant un moment président de la conférence nationale des premiers présidents de cour d'appel en France.

Cette initiative aboutit donc à ce que la direction de l'école nationale de la magistrature soit assurée par une avocate et celle des 1 800 élèves-avocats parisiens par un magistrat connu et respecté. Si l'on a présent à l'esprit la petite révolution qui a consisté pour le premier Président de la cour d'appel de Paris, Jean-Michel Hayat à donner la parole au bâtonnier de Paris lors de la rentrée solennelle le 14 janvier 2021, on se rend mieux compte que les institutions bougent.

Mais c'est dans ce contexte complexe que le travail du comité d'éthique sur les relations avocats-magistrats prend sa place.

Partie I

UN DIAGNOSTIC

L'établissement du diagnostic suppose une analyse en trois parties :

- 1 L'analyse historique
- 2 L'analyse politico-sociologique
- 3 L'analyse procédurale

1. L'ANALYSE HISTORIQUE

Pour comprendre les difficultés de la justice en France, il est indispensable de se référer à l'histoire qui a largement conditionné les comportements des acteurs judiciaires. Nous sommes tous portés par une culture dont nous ne sommes pas responsables mais dont la connaissance explique les comportements.

1.1 Historique de la place du juge

La Révolution a mis fin à la lutte entre les parlements et la monarchie en les englobant dans le même cimetière. Depuis la loi des 16 et 24 août 1790, les juges ne peuvent « à peine de forfaiture troubler (...) les opérations des corps administratifs ».

Le pouvoir judiciaire a été théorisé par les parlementaires au XIV^e siècle en termes de représentation du monarque et non pas de délégation et cela en usant d'un vocabulaire successoral. Comme le souligne le Pr Jacques Krynen¹, cela signait l'existence d'un conflit résolu drastiquement par la révolution mais toujours larvé depuis. La magistrature judiciaire souffre du caractère conflictuel et ambigu de sa place dans la nation. Quatre siècles « de remontrances », de critiques, de réformes avortées (telle la réforme Maupeou) et de volonté de mettre à bas le pouvoir parlementaire se sont achevés par l'échec des magistratures de l'Ancien régime et la prise en main du système dix ans plus tard par Napoléon qui a essayé de le soumettre au pouvoir exécutif. C'est une des raisons

¹ *L'Idéologie de la magistrature ancienne*, Gallimard, 2009, p. 62 sq.

de la confusion dans le même corps des magistrats du siège qui sont indépendants et des magistrats du parquet qui ne le sont pas – confusion quasi unique au monde,

Pendant deux cents ans, le pouvoir exécutif et l'autorité judiciaire ont relativement bien coexisté avec une soumission relative et l'intelligence tactique de la magistrature. Pas posé de problème majeur pour le pouvoir politique.

Confiance relative cependant dès lors que des secousses très importantes ébranlaient la société française comme ce fut le cas avec l'affaire Dreyfus, l'Occupation puis l'épuration et enfin le traitement judiciaire des acteurs des tentatives des coups d'état militaires à la fin de la guerre d'Algérie dans les années soixante.

Il reste que la situation de la magistrature s'est constamment dégradée jusque dans la médiocrité des revenus, comme rapporté dans des ouvrages et la presse de l'entre-deux-guerres et d'après-guerre².

C'est en 1958 que le Général De Gaulle, sensible par sa culture à la faiblesse d'un des attributs régaliens qu'est la justice, a chargé Michel Debré de trouver une solution pour mettre ce corps à un niveau acceptable, au moins sur le plan matériel et institutionnel, compatible avec le respect qu'on doit à la justice dans une république.

Le réflexe a été de créer une école de la magistrature appelée Centre national d'études judiciaires. La France est une société de corps. La première grande école d'où est issu le premier corps est l'École des ponts et chaussées créée par Trudaine en 1747. Et la dernière le Centre national d'études judiciaires qui a pris du galon dans le vocabulaire en 1970 en devenant l'École nationale de la magistrature. Ce grand corps, le dernier créé par la République, était ainsi enfin à la hauteur des autres avec le standing de la grande école. Connaître l'histoire de la magistrature est nécessaire pour comprendre la rébellion en 1968 de jeunes magistrats dont nombre d'entre eux avaient fait la guerre d'Algérie. Ce sont eux qui ont créé le Syndicat de la magistrature seule institution survivante de 1968.

² « Certains juges n'ont pas de quoi envoyer leurs enfants au lycée, d'autres copient des adresses à 20 francs le mille ou tricotent des chaussettes clandestinement. Beaucoup de magistrats emportent leurs gamelles pour déjeuner faute d'argent pour le restaurant. » *Paris Presse L'intransigeant*, le 1^{er} février 1955.

La France est un des rares pays au monde où existent des syndicats de magistrats de ce genre. Nous en avons dans les pays latins mais pas aussi revendicatifs. Et en Allemagne les 21 000 juges et 6 000 procureurs se regroupent dans trois associations syndicales de défense classique affiliées au syndicat national des fonctionnaires (OTV devenu VER.DI en 2000) qui ne font pas de bruit, sauf la *Neue Richter Vereinigung*, une organisation très à gauche qui regroupe 550 magistrats. En France, avant 1968, il y avait l'Union fédérale des magistrats (UFM), transformée en syndicat sous la pression de la mode et devenue l'Union syndicale des magistrats (USM).

Pour comprendre la situation actuelle il faut constamment se référer à l'histoire très singulière de la magistrature française qui a peu de rapports avec celles d'autres pays. Après les longues luttes des parlements dès la fin du XIII^e siècle jusqu'à la Révolution, l'État français s'est constitué sans les juges.

L'État anglais en revanche s'est constitué autour du juge doté d'un pouvoir de régulation et d'invention de la loi par la règle du précédent. Le couple juge et politique n'y a pas du tout les mêmes traits qu'en France. Ceci tient probablement au fait que la création de l'État est le fruit d'une conquête externe en Angleterre et interne en France. Après une période d'accalmie, l'effervescence des luttes judiciaires et politiques pendant tout l'Ancien régime a repris depuis 1968 sous des formes modernes dont les méthodes ont fort à voir avec celles des luttes sociales, ce qui influence aussi beaucoup les comportements collectifs. La restauration de l'autorité judiciaire par le général De Gaulle a été déterminante sur la perception du corps des magistrats par le public et par lui-même. Le sentiment de se retrouver en corps a facilité, parmi d'autres événements, le retour d'un pouvoir d'opposition et de contestation collectif par rapport au pouvoir politique. Et cela d'autant plus que culturellement, pendant longtemps les politiques ont ignoré le juge et son instrument pénal. C'est dans les années quatre-vingt que leur extraterritorialité judiciaire a été réduite sous les coups de boutoir des juges d'instruction avec l'introduction de la répression pénale du financement des partis et des activités politiques. Financements qui ne pouvaient qu'être délictueux avant la loi sur le financement des partis politiques (mars 1988 et janvier 1990).

1.2. Historique de la place de l'avocat

Dans ce contexte historique, à la différence d'autres pays, les avocats, sont séparés des magistrats. Avant la création de l'ENM, on passait directement du barreau à la magistrature dans une sorte d'intimité et de cordialité relative, sans formation particulière (cf. Henri Leclerc³). C'est ainsi que l'un des plus célèbres magistrats d'après-guerre, Robert Schmelk, devenu Premier Président de la Cour de Cassation, est entré dans la magistrature après six ans d'exercice de la profession d'avocat à Sarreguemines. Ou que, bien plus tard, Bruno Pireyre, avocat dans la région lyonnaise, est devenu Premier Président de la cour d'appel de Lyon, puis aujourd'hui président de chambre à la Cour de cassation. Illustration de l'existence d'une perméabilité de longue date entre les deux professions. Il en va de même avec Jean-Claude Vuillemin, aujourd'hui disparu, ancien bâtonnier de Dôle, devenu procureur général, conseiller de deux gardes des sceaux, membre du CSM après une brillante carrière de juge anti-terroriste. Et également de Jean-Claude Kross qui a fait l'unanimité à Paris, un ancien avocat qui a présidé une chambre du tribunal correctionnel de Paris et termina avocat général à la Cour d'assises. Ou encore Jean-Claude Fouque, avocat ancien secrétaire de la Conférence devenu magistrat qui dirigea le CRFPA de Versailles. Mais ces exemples restent des illustrations et non pas l'expression d'une habitude. Avec l'apparition de l'école, un corps s'est créé dont les avocats ont été provisoirement exclus. Les deux carrières ne se mêlant en principe pas, des passerelles ont été mises en place mais l'impression de division reste très forte. Depuis 1958, cette division avocats-magistrats porte en elle le germe d'un conflit ancré par l'histoire ancienne et aggravé par l'histoire récente avec l'extension du pénal à tout, venue rejudiciariser la France entière à partir des années 1980.

Après trente ans d'efforts, on commence à voir la magistrature davantage irriguée par un recrutement latéral qui représente 30% du corps aujourd'hui et va bientôt en constituer la moitié. C'était depuis vingt-cinq ans l'objectif d'un certain nombre de directeurs de l'école, notamment de Daniel Ludet (directeur de l'ENM en 1996), ancien conseiller justice auprès de Lionel Jospin, premier Ministre. Les effets de cette transformation ne sont pas encore forcément visibles ni suffisants. Mais ils témoignent du fait que les idées reçues sur l'ENM et la composition du corps des magistrats sont caduques.

³ Henri Leclerc, réunion du 30 septembre 2020.

1.2.1. Pas d'avocat au pénal

Sous l'Ancien régime, il n'existait pas d'avocats au « grand criminel ». Des écrivains chroniquaient les grands procès, comme la marquise de Sévigné pour celui de Fouquet, ou Voltaire pour l'affaire Calas. Le chevalier de la Barre n'a pas eu d'avocat, Urbain Grandier non plus. Les ordonnances de Villers-Cotterêts de 1539 ont chassé l'avocat du système. Il n'y est revenu que lors du procès de Louis XVI que défendirent Malesherbes et d'autres, comme Raymond de Sèze, avec le résultat que l'on connaît. On sait moins que Malesherbes fut guillotiné ainsi que sa femme, une partie de sa famille et même son valet.

À partir de Napoléon qui voulait « leur couper la langue », les avocats sont progressivement apparus comme des acteurs relativement secondaires, chargés de faire un grand discours en fin de procès, « quand les carottes sont cuites » – d'où l'expression utilise en prison de « baveux » pour qualifier cette honorable profession que les juges, eux, qualifiaient de « bavards ». Il a fallu attendre 1897 et vingt ans de lutte de Clémenceau pour faire entrer l'avocat dans le cabinet des juges d'instruction. Cette avancée a eu aussitôt pour contrepartie la reconstitution du tête-à-tête du suspect en garde à vue, avec le délégué du juge, le policier, pour provoquer l'aveu en garde à vue, sans avocat. Souvenons-nous qu'il a fallu attendre 1993 pour que l'avocat ait le droit de demander des investigations mais dans 90 % des cas elles lui sont refusées par les juges d'instruction et la chambre d'instruction. Finalement, sous la pression de la CEDH, ils ont été admis dans les locaux de garde à vue d'abord une demi-heure pour s'entretenir seul avec leur client puis pendant toute sa durée pour assister aux investigations. Tout ceci pour dire que la culture de l'avocat est non seulement différente de celles des magistrats mais que la procédure et l'histoire ont fabriqué une division pratique avec de considérables et durables effets culturels.

L'avocat est « dehors », il n'est pas « dedans ». L'avocat raconte une histoire, il n'est pas un acteur, c'est un orateur. Ces singularités procédurales aggravent encore la séparation des deux activités.

Ce rappel historique était nécessaire pour comprendre ce qu'il se passe aujourd'hui.

1.2.2 Au civil

C'est en 1791 que le jury a été omis dans toutes les affaires civiles. La procédure devenue essentiellement écrite était d'ailleurs assurée par une autre profession, celle des avoués⁴. Là encore l'avocat était largement cantonné à un rôle d'orateur. Le caractère principalement écrit de cette procédure après la Révolution a permis plus tard à la France de traiter des contentieux de masse que d'autres pays ne parviennent pas ou ne souhaitent pas gérer - tels les pays anglo-américains où la régulation se fait de plus en plus par l'élimination et la dissuasion de recourir au juge civil.

Cette division avocats/avoués apparaissant caduque, les avocats (jadis les « avant-parliers ») ont absorbé les avoués en 1971⁵. Ils ont à gérer aujourd'hui des problèmes de temps. Face à la multiplicité des affaires judiciaires, pour faire face au traitement d'une judiciarisation étendue de la société l'oralité tend à diminuer pour « gagner du temps ». Et comme les conflits complexes et infractionnels nécessitent des expertises très onéreuses au civil, les justiciables se portent au pénal où un juge d'instruction ou un parquet fera le travail d'investigation à leur place, gratuitement. Ce qui signe l'incapacité des avocats à faire des investigations et des expertises eux-mêmes à la différence de leurs confrères anglo-américains, à quoi s'ajoute la *discovery*, c'est-à-dire la demande et l'obligation de donner toutes les pièces du dossier, de chaque côté. Certes le code prévoit une « enquête civile » mais il est très rare que les avocats ou les juges y aient recours.

Curieusement, mais c'est symptomatique, le code de procédure civile est extrêmement sommaire au sujet de la plaidoirie. Il n'en fait pas mention, sauf à l'article 440 qui prévoit que le président peut y mettre un terme.

⁴ Dénommés « procureurs » avant la Révolution.

⁵ En 1971, disparition des avoués au tribunal. En 2012, disparition des avoués à la cour par fusion avec les avocats.

1.3 Conclusion sur l'Histoire

Si l'on résume l'incidence historique sur les relations avocats magistrats on constate un lourd passif :

- 1) L'existence d'une magistrature longtemps martyrisée réduite à un rôle modeste dans la société et qui s'est reconstituée en pouvoir selon le schéma classique français du grand corps venant raviver des habitudes qui remontent à plusieurs siècles.
- 2) Dans ce schéma l'avocat est marginal. Absent au pénal jusqu'au XVIII^{ème} siècle, rare jusqu'à la fin du XIX^{ème} siècle et longtemps cantonné dans un rôle de discoureur, il « ne touche pas » aux affaires pénales sauf comme accompagnateur extérieur, un « auxiliaire ».
- 3) L'autorité judiciaire s'est reconstituée via l'apparition d'un nouveau corporatisme engendré mécaniquement par la création de l'ENM.
- 4) Traditionnellement, la magistrature était mal payée même si ce n'est plus vrai aujourd'hui tandis que les avocats supposés « *tout faire pour de l'argent* » sont fantasmés comme beaucoup plus riches que les magistrats (ce qui est encore moins vrai aujourd'hui pour le grand nombre) mais les archétypes persistent dans certains esprits de chacune des professions.

Les bases historiques constituent un terreau favorable au développement non pas d'une concurrence mais de l'hostilité entre les deux professions. Les avocats extérieurs au système sont considérés comme des gêneurs par beaucoup de magistrats et les magistrats sont vus par les avocats comme des tuteurs ou une figure d'autorité paternelle dévoyée.

Historiquement tout est en place pour que le conflit se développe, comme aujourd'hui avec leur lutte contre les réformes, comme celle de Nicole Belloubet en 2018. La jonction s'est faite à cette occasion : syndicats de magistrats, associations et institutions d'avocats se sont unis pour contester l'autorité publique. Un symptôme de cette nouveauté sur le plan historique, en est la tribune contestant les initiatives d'Éric Dupond-Moretti signée dans *le Monde* du 14 octobre 2020 par un groupe d'avocats, de professeurs de droit (Jean-Pierre Royer, Christine Lazerges) et même de magistrats (Bruno Cotte, ancien président

de la chambre criminelle), à côté de l'avocat William Bourdon. Une telle solidarité ne s'était vue, et de façon spectaculaire, que dans les années 1970 lorsqu'une foule de magistrats et d'avocats mêlés manifestèrent en tournant en rond dans tout le palais de justice pour protester contre les propos de René Tomasini, secrétaire général de l'UDR, qui avait qualifié les magistrats de « lâches ».

C'était il y a cinquante ans... Dans *Un président ne devrait pas dire ça*, le livre de Gérard Davet et Fabrice Lhomme, François Hollande reprend cette expression de « magistrats lâches » mais sans susciter la moindre réaction commune aux deux professions comme auparavant.

Disons que certains rapprochements conjoncturels magistrats-avocats ne font que développer une attitude agressive qui vient elle-même paradoxalement renforcer les tensions internes traditionnelles. Malgré des rapprochements anecdotiques, la dégradation profonde des rapports magistrats-avocats depuis 50 ans s'est encore aggravée du fait de l'évolution interne des métiers du barreau. C'est l'approche politico-sociologique.

2. L'ANALYSE POLITICO-SOCIOLOGIQUE

2. 1. Judiciaire, administratif et politique

Pour appuyer ce qui vient d'être dit, ce problème historique ne se présente pas du tout de la même façon du côté des juridictions administratives. Les avocats au Conseil d'État et à la Cour de Cassation occupent des charges et disposent d'un monopole devant la Cour de Cassation. Ils ne sont que 64. Ne serait-ce que par leur nombre, on observe une grande différence de comportement. Le Conseil d'État admet en son sein « au tour extérieur » des non-juristes qui sortent complètement de tout corporatisme judiciaire même s'ils doivent finalement s'accommoder d'une communauté confraternelle avec des membres juristes du Conseil d'État. Nous ne sommes pas dans le même monde, les conflits, les problèmes ne sont pas les mêmes. Ces rapports se concentrent sur l'activité juridictionnelle, dans la discrétion et une relative concorde. Il en va de même à la Cour de cassation. Le petit nombre facilite un effet de communauté.

Le poids de l'histoire sur le monde judiciaire et de ce fait sur les relations avocats-juges n'est pas le même en France et dans la plupart des autres démocraties.

Il existe en Angleterre et aux États Unis une véritable communauté juridique. On ne voit nulle part de conflits entre le ministre de la justice (Attorney général) et les magistrats. Traditionnellement le monde judiciaire ne manifeste pas dans la rue. On n'a juste vu très brièvement quelques perruques de *barristers* dans les rues de Londres lorsque le premier ministre David Cameron a radicalement diminué le budget de l'aide judiciaire. La réforme de lord Woolf qui, étalée sur quinze ans, a considérablement réduit l'activité judiciaire civile, a fait changer les habitudes mais n'a pas provoqué de manifestations des *solicitors*. En France on n'aurait pas manqué de voir les avocats se mettre en grève,

comme lors de la réforme Belloubet tendant à rationaliser le fonctionnement judiciaire et qui a valu des communiqués communs des syndicats de magistrats et des institutions des avocats comme le CNB. Mais cette solidarité conjoncturelle n'améliore pas durablement les relations. Quant aux États-Unis, une *strike* des avocats ou des juges avec défilés dans la rue est simplement impensable.

Le problème des Français est que le système judiciaire entier et partout, avec son personnel, juges et avocats, est destiné à éviter que le public descende dans la rue. Or les avocats et les juges y descendent eux-mêmes, exprimant une solidarité passagère avec une base commune hyper-conservatrice (depuis le syndicat de la magistrature en passant par l'union syndicale des magistrats, le conseil national des barreaux, les ordres d'avocats, la conférence des bâtonniers, la conférence des grands barreaux, les syndicats d'avocats, etc.). Quand avocats et magistrats se sentent menacés ou imaginent l'être, ils « descendent dans la rue ». Depuis cinquante ans, c'est devenu une habitude culturelle qui ne fait qu'attiser les luttes intestines et les bagarres dans la vie quotidienne : une fois que la défense des prétendus intérêts communs n'est plus d'actualité et qu'on se retrouve en tête à tête. Chaque jour, les colères se manifestent à l'intérieur du système. Les « fronts communs » magistrats-avocats ne font qu'aiguiser les armes des contestataires. Contre le pouvoir politique d'abord, mais ensuite les fleurets sont déjà démouçetés quand il s'agit de conflits internes.

2.2 Absence d'études sociologiques connues récentes

Il n'existe pas d'études sociologiques comparatives très récentes et déterminantes sur les origines sociales des avocats et des magistrats⁶.

Le premier concours, externe, concerne des étudiants. Le recrutement par le deuxième concours, interne, fait apparaître que les candidats proviennent de milieux plus modestes. Pas de différences significatives avec le recrutement des élèves de l'ENA à la même époque. La population des avocats pendant la même période a un peu changé avec l'arrivée de davantage de jeunes issus de l'immigration, davantage de classes sociales

⁶ Le recrutement latéral n'a pas non plus fait l'objet de travaux sociologiques connus mais il concerne des professionnels ayant déjà de l'expérience comme juristes d'entreprise, avocats ou professions judiciaires.

plus modestes. Mais sauf découverte bouleversante⁷, dans les deux cas, le problème des tensions magistrats/avocats semble venir davantage d'une situation ancienne que d'un changement radical de recrutement social.

2.3 Un changement de comportement

Le fait majeur (à relever avec prudence) est une relative stabilité, une consolidation dans les origines et les comportements chez les magistrats et une déstructuration du corps des avocats qui les entraîne vers une forme de paupérisation et de poujadisation.

2.3.1. Le problème institutionnel

L'organisation des magistrats, le Conseil supérieur de la magistrature, est relativement stable et consolidée depuis les réformes de 1993 et 2008.

La magistrature moderne reconstitue un modèle du passé sous les formes actuelles en employant les instruments des mouvements syndicaux et revendicatifs du début du XXe siècle.

Gauche contre droite : La transformation de l'Union fédérale des magistrats (UFM, créée en 1945) en Union syndicale des magistrats (USM) après 1968 et la création du Syndicat de la magistrature à la même époque, suivie juste après, en réaction, de celle de l'Association professionnelle des magistrats (APM de droite à laquelle a succédé FO) ont généré trois pôles – gauche, centre, droite – qui tendent à se réunir dans les luttes « contre le gouvernement. Ou actuellement contre le Garde des Sceaux.

⁷ Voir Mission recherche droit et justice, Jean-Luc Bodiguel et Anne Boigeol, *Qui sont les magistrats en 1990*, mise à jour en 2010 par Laurent Willemez et Johann Demolly.

<http://www.gip-recherche-justice.fr/2019/11/28/qui-sont-les-magistrats-des-annees-2010/>

Et l'étude ancienne (1984-1985) sur deux promotions d'auditeurs de l'ENM, par Dominique Mehl, sociologue, chargée de recherches au CNRS pour *Les juges dans la balance*, Daniel Soulez Larivière, Points Seuil, 1990.

Au moment de la réforme Belloubet, leurs communiqués communs ont montré que les avocats se sentaient agressés, notamment par la réorganisation territoriale des activités judiciaires. Et les magistrats tout autant car ils y voyaient une reprise en main du déroulement de leur carrière. Les avocats y voyaient un renchérissement de leurs coûts et une diminution de leurs ressources. La suppression de la présidence du CSM par le Président de la République était une revendication traditionnelle des syndicats de magistrats. Cette réforme leur a donc donné satisfaction.

En juillet 1993, la réforme du CSM a eu pour effet de laisser le monopole de la représentation des magistrats à l'USM, sans que le système électoral permette au syndicat de la magistrature d'y siéger. Après l'introduction de la proportionnelle dans le scrutin, le SM obtint sa place.

La loi constitutionnelle de juillet 2008 a modifié une partie du système en remplaçant la présidence du Président de la République par une double présidence confiée au Premier président et au procureur général de la Cour de Cassation pour les formations siège et parquet. Depuis, le CSM est constitué de 22 membres : 8 non-magistrats, 7 magistrats pour la section du Siège et 7 magistrats pour celle du Parquet. Dans chacune des deux sections, les non-magistrats choisis par le Président de la République et les présidents de l'Assemblée et du Sénat sont donc désormais majoritaires.

Constitutionnellement un seul avocat est donc présent dans cette organisation. Choisi par le CNB, il est considéré comme relativement secondaire. C'est un symptôme. Mais parmi les sept autres non-magistrats à nommer, les présidents du Sénat, de l'Assemblée nationale et le Président de la République pourraient parfaitement choisir des avocats.

Face à cet organe de régulation centrale de la magistrature, il n'existe rien de comparable du côté du Barreau puisque nous avons 165 barreaux donc 165 ordres d'avocats ; un conseil national des barreaux composé de moitié de syndicats et d'autre moitié de représentant ordinaux ; la conférence des bâtonniers destinée à faire pendant au poids de l'ordre de Paris, la conférence des grands Barreaux ; le SAF, syndicat des avocats de France (gauche) ; les unions des jeunes avocats et la fédération nationale des unions des jeunes avocats (apolitiques) ; l'ACE, association des avocats conseils d'entreprises, créée en 1992 après la fusion avec les conseils juridiques ; la CNA, confédération nationale des avocats, autrefois toute puissante mais devenue très minoritaire par conservatisme ; outre quelques associations ou syndicats de circonstance de collaborateurs, ou de populistes. Cette atomisation complète ajoutée à de fréquentes zizanies est révélatrice de l'extrême faiblesse des avocats dans le corps national et par rapport aux institutions de la

magistrature. La tradition hyper-démocratique des barreaux génère ce déséquilibre entre de multiples pouvoirs féodaux et une organisation centrale des magistrats. Beaucoup de problèmes viennent de là car il est difficile de discuter avec une nébuleuse.

Par rapport à des institutions blindées comme le CSM, la poussière organisationnelle entretient une faiblesse congénitale des avocats, des surenchères internes constantes et par conséquent un dangereux complexe d'infériorité.

Leur incapacité à disposer d'un véritable organe de gouvernement central étonne toujours les nouveaux Gardes des Sceaux : comment négocier avec une profession dont la représentation est aussi pléthorique ? Nombre de Gardes des Sceaux ont observé qu'il est d'autant plus difficile de traiter avec les avocats que leur bâtonnier change tous les deux ans. Et que les diverses factions sont plus souvent d'accord sur des mesures revendicatrices et négatives que sur des mesures constructives. Cet esprit « village gaulois » du Barreau encourage une forte tendance des magistrats et des Gardes des Sceaux à ne pas les prendre au sérieux même si dans un souci de civilité ils prétendent le contraire.

À la division et aux faiblesses s'ajoute un problème de paupérisation.

2.3.2. La paupérisation : un paradoxe

La demande de droit ne cesse de grandir en France, bien qu'elle y soit encore inférieure à celle d'autres pays, mais l'organisation des avocats est beaucoup plus faible.

Le niveau médian de rémunérations des 69 000 avocats français est de 43 000 euros par an⁸, ce qui signifie que 50 % d'entre eux gagnent moins de 3 800 euros par mois. Soit, si l'on se fixe sur le bas de l'échelle, au moins 15 000 avocats sur 69 000 atteignent le smic ou un peu plus.

Et pourtant, comme beaucoup d'autres, ces avocats refusent obstinément de s'organiser entre eux.

⁸ Chiffres du CNG, 2019.

La réforme de 1991 avec la fusion des avocats et conseils juridiques a été réussie et facteur d'une forte prospérité dans le domaine du conseil. Les gros sont devenus plus gros avec les avocats internationaux, entraînant une émulation fertile.

Mais la réforme n'a pas été accompagnée par une réorganisation moderne de tout le secteur individuel, et moins encore de l'organisation collective de la défense des plus démunis. Les individuels n'ont pas suivi. Ils ne se sont pas accomplis dans des tâches au service du deuxième marché, celui des pauvres ou des petits.

Ils résistent tout autant à l'idée d'une organisation d'un service public de la défense. Cette aberration entraîne des réflexes de poujadisation qui ne sont pas faits pour augmenter la considération des juges à l'égard de cette population qui souffre. Ce qui favorise une agressivité croissante chez certains avocats à l'égard des magistrats. D'autant plus que cette idée que les avocats font leur métier « pour de l'argent » est toujours prégnante, et que cela devient encore plus critique lorsqu'ils n'en gagnent pas puisqu'ils sont perçus comme des gens avides par nécessité. Même si en province les relations barreau-magistrature sont plus facilement sympathiques qu'à Paris, le problème de la perception de la faiblesse de la défense des plus démunis n'y suscite pas davantage l'estime des magistrats pour les avocats.

L'une des raisons de la tension entre magistrats et avocats vient sans doute de là. Jadis les prolétaires c'étaient les magistrats, aujourd'hui ce sont de nombreux avocats souvent dévoués mais leur bricolage parfois talentueux dans l'exercice de la défense des plus démunis reste un bricolage.

Une solution serait de créer *un internat de la profession d'avocat* avec pendant cinq-six ans une activité à plein-temps rémunérée correctement (au tarif de l'UJA deuxième année, comme le prévoyait le projet proposé à Michèle Alliot-Marie, Garde des Sceaux, par Didier Leschi alors directeur du bureau des victimes, et ignoré par Christiane Taubira). Les tentatives de certains bâtonniers ou de présidents de commissions, tel Jean-Michel Darrois ou Jean Danet, ancien membre du CSM, sont restées vaines.

Une meilleure organisation des avocats pour l'aide aux plus démunis inspirerait aux magistrats davantage de considération à leur endroit alors que cette faiblesse du Barreau suscite chez eux, dans le meilleur des cas, une forme de commisération. Ce ne sont pas là des conditions favorables à l'établissement de relations équilibrées et cordiales entre les deux professions.

En résumé

Nous avons donc deux organisations professionnelles très différentes ce qui ne favorise pas leur entente. Et une poujadisation du métier d'avocat avec une attitude contestataire systématique non seulement à l'égard de la politique du gouvernement et même des ordres, mais aussi des magistrats eux-mêmes, ce qui entretient des tensions et une agressivité réciproque.

2.4. La fièvre éruptive du moment

Le problème d'organisation politique de la profession d'avocat qui s'ajoute, en parallèle, au durcissement défensif tous azimuts du corporatisme symétrique des magistrats, mène à la situation explosive que nous connaissons aujourd'hui. Toute l'évolution de la magistrature depuis la guerre consiste à essayer de constituer un œuf indépendant et étanche⁹ résistant aux agressions fantasmées tant des gouvernements que des avocats.

La nomination d'un avocat, Éric Dupond-Moretti, comme Garde des Sceaux et la proposition par celui-ci d'une avocate, Nathalie Roret, à la tête de l'École nationale de la magistrature a mis en exergue ces irritations.

Cette situation politique nouvelle révèle de manière à la fois structurelle et conjoncturelle un important problème de fond qui ne cesse de se développer, de s'envenimer et qui motive le présent rapport.

2.5. Les palais de justice

La réalisation du Palais de Justice de Paris aux Batignolles matérialise au sol et sur les murs la séparation entre avocats et magistrats. Tout est organisé pour qu'ils ne se croisent pas et pour distinguer les lieux dans lesquels les seconds travaillent et ceux dans lesquels ils rencontrent, ou non, les autres (avocats).

⁹ Un œuf où, selon de mauvais esprits nombreux au palais, le parquet et le siège sont unis comme le blanc et le jaune.

Les avocats sont sans doute largement responsables de cette situation pour s'être obstinés à refuser le déménagement du palais de justice de l'île de la Cité aux Batignolles. Tant et si bien qu'ils n'ont guère pris part à la conception et la construction du nouveau palais. C'est un classique. Leur exaspération autoentretenue est un peu de leur fait. Rien ne les empêchait de s'impliquer, voire de s'imposer en temps utile. Ils n'auraient ainsi pas eu la surprise de découvrir dans les salles d'audience les bulles de verre et d'acier prévues pour y accueillir les prévenus au pénal. Cela va jusqu'aux détails du mobilier qui, par exemple, ne permet pas vraiment aux avocats d'écrire assis, il leur faut se mettre debout et se courber pour écrire ; on a tenté de rattraper l'erreur avec une tablette qui peut être tirée mais dans laquelle on se cogne les coudes et qui ne permet pas de disposer devant soi plusieurs feuilles de papier A4. On en a un autre exemple très parlant avec le sol : les lieux réservés aux magistrats sont couverts d'une moquette qui marque la séparation en s'arrêtant à l'entrée de leur couloir. Une visite du palais de justice des Batignolles offre ainsi la démonstration affligeante de la projection des divisions magistrats/avocats sur le terrain. L'hostilité fréquente entre eux se matérialise dans le décor et le mobilier et ces éléments matériels sont annonciateurs de crises encore plus graves. À Bordeaux, des bureaux transparents ont été prévus pour les juges d'instruction qui en sont à placarder des journaux sur leurs vitres afin de protéger la confidentialité avec les prévenus et les témoins.

Tout autre est le palais de justice de Lyon, construit par l'architecte Yves Lion qui, semble-t-il a tendance à détester le monumental et le « geste architectural » au profit du simple service de la demande des usagers. C'est ainsi que pour la première fois une bibliothèque commune avocats-magistrats a été créée au Palais de justice, ce qui a même provoqué quelques discussions chez les magistrats qui se demandaient s'il était bien raisonnable de faire leurs recherches au milieu des avocats, et idem pour les avocats. Finalement tout s'est très bien passé et a favorisé les relations de travail jusqu'à ce qu'évidemment la numérisation vienne relativiser cette initiative spectaculaire bénéfique.

2.6 Un cloisonnement exagéré

Malheureusement trop de magistrats ne veulent désormais plus rencontrer les avocats en particulier. Cela peut se concevoir au civil dans la mesure où le respect du contradictoire exige que les deux parties soient présentes. Mais si les juges ne veulent pas rencontrer un avocat, il est douteux qu'ils veuillent en rencontrer deux (défendeur et demandeur). Au pénal, c'est différent car il s'agit de discuter avec la poursuite incarnée par le juge

d'instruction et le parquetier, défenseur de la société. Il est vrai que le code de procédure pénale ne prévoit rien à cet égard pendant la période de l'instruction.

Certains magistrats refusent même de prendre des avocats au téléphone avant l'audience y compris lorsque l'appel a pour objet de prévenir le Président qu'ils vont demander un renvoi afin d'obtenir un complément d'information. La réponse la plus fréquente du standard est : « Madame (ou Monsieur) le juge ne prend pas les avocats au téléphone ». Voilà où nous en sommes.

L'histoire ancienne, l'histoire moderne, l'organisation des professions, les jalousies réciproques, la désorganisation systématique de leur travail commun et leur séparation ne sont qu'une partie du problème explosif d'aujourd'hui. Si l'on y ajoute que l'archaïsme des procédures est générateur de conflits et de désordres, la situation ne peut plus être traitée dans des conférences mondaines ou des banquets conviviaux, s'il en reste. Il faut affronter le problème et d'abord sur le terrain de la procédure. On ne résoudra rien non plus devant des commissions mixtes ordre/cour d'appel créées il y a plus d'un an avec beaucoup d'espoir ou de satisfaction mais qui n'ont jamais été saisies depuis leur création.

3. LA PROCÉDURE

3.1. Au civil

Une caricature bête et méchante de la vie au Palais de justice en France montrerait un avocat arrivant au civil avec sous le bras deux volumes d'un dossier dont il a déjà déposé 300 pages de conclusions et s'imaginant qu'il va aller plaider devant des magistrats exaspérés. L'écouter ? Les magistrats n'ont pas que ça à faire.

Certains avocats ne savent pas encore qu'un discours de conférence du stage n'est pas un modèle de plaidoirie. Et il n'existe aujourd'hui ni théorisation ni consensus sur la manière dont doivent être prononcées les observations orales ni quand ce discours peut être plus développé. Ni quoi lui substituer pour casser la cloison de verres qui sépare un ou trois magistrats d'avocats rapidement furibonds. La courtoisie demeure néanmoins. Les gestes appris se répètent mais le cœur n'y est pas et ils sont trop souvent vécus comme hypocrites par les avocats. Les magistrats se demandent pourquoi ils vont se « taper » déjà des centaines de pages d'écritures plus ou moins bien rédigées, peu convaincantes ou trop abondantes. Et en plus être obligés d'écouter réciter ces explications.

Comme le dit Antoine Garapon la règle du jeu n'existe plus. En tout cas celle qui était induite dans les codes ne correspond plus à la profession moderne de juge et d'avocat. Si le juge est exaspéré à chaque arrivée de pièces et d'écrits sur son bureau et qu'en plus il va lui falloir à l'audience écouter répéter la même chose, la vanité de l'exercice rend les uns et les autres de fort méchante humeur. La procédure qui n'est ni cadrée ni calibrée génère du mauvais travail, ce qui exaspère les magistrats.

Certains se plaignent de la disparition de la plaidoirie et se félicitent de ce que l'épidémie ait amené à privilégier le papier. Tandis qu'en temps normal nombre de magistrats essaient de se l'épargner. Nous verrons que les remèdes sont là, pas toujours bien acceptés par l'ensemble des avocats et des magistrats mais qu'il y a des solutions envisageables. Ce n'est pas à coup de diktats réciproques qu'elles seront trouvées ni

couronnées de succès dans leur mise en œuvre, mais dans la concertation et en reconnaissant que l'objectif est d'améliorer le travail commun, de le valoriser en trouvant un accord et non pas en s'énervant.

Ceci pour le civil.

3.2. Au pénal

La situation est pire au pénal car historiquement et culturellement, parfois dès la formation à l'ENM, l'avocat n'est pas vraiment accepté comme un partenaire mais comme une pièce rapportée dont il faut se méfier.

Nous n'avons pas encore réussi, magistrats et avocats, à créer une communauté juridique et judiciaire qui ne se résume pas à d'un côté un père fouettard et de l'autre côté de plus ou moins jeunes avocats agressifs, excités ou suppliants.

Il pèse sur les épaules des avocats le fait qu'historiquement ils sont une pièce rapportée récente. En 2001 le bâtonnier Francis Teitgen a demandé à Daniel Soulez Larivière d'organiser avec lui une réunion mixte le grand amphithéâtre de la maison du Barreau avec quelques magistrats sur l'estrade devant un parterre d'avocats taisants. La méthode était utilisée pour obliger, pour une fois, les avocats à ne faire qu'écouter. Il y avait là notamment Jean-Pierre Zanoto, juge d'instruction à l'époque, devenu inspecteur des services judiciaires puis premier avocat général à la Cour de Cassation. Seuls les intervenants du plateau avaient le droit de poser des questions. Et la question posée au juge Zanoto fut la suivante : « En tant que juge d'instruction qu'attendez-vous de l'avocat ? » Sa réponse fut : « rien car la loi ne prévoit rien ». Le propos est d'autant plus intéressant que ce juge, homme de dialogue, avait, lui, toujours sa porte ouverte pour les avocats. Depuis la loi de 1993, l'avocat peut à la rigueur demander des investigations mais sur le plan relationnel rien n'est prévu par les textes. Un juge d'instruction peut parfaitement s'abstenir de rencontrer un avocat et de discuter avec lui. Ce n'était pas la méthode du juge Zanoto, mais c'est souvent celle d'autres juges et rien ne les en empêche. Dans les textes le système même de l'instruction pénale ne prévoit pas que l'avocat échange avec le juge hors interrogatoire. Dans la pratique on s'aperçoit que c'est quand même bien nécessaire dans un certain nombre d'affaires lourdes et très longues où l'on peut compter plusieurs dizaines d'heures de rencontres entre les juges d'instruction qui l'acceptent et les avocats.

Mais cela dépend des générations. Que dire aujourd'hui lorsque le greffier répond « monsieur le juge ne reçoit pas les avocats ». Rarissime il y a cinquante ans, cette attitude qui tend à se répandre ne peut que renforcer une hostilité basique léguée par l'histoire. Certains juges d'instruction n'ont pas cette raideur. Tel, aussi, le juge Van Ruymbeke qui, par une bonhomie apprise mais sincère, établit des relations cordiales avec les avocats dès lors que l'on ne cherche pas à lui raconter d'histoires. Il rapporte lui-même qu'il est sur ses gardes quand il voit arriver certains avocats tandis qu'il en accueille d'autres avec confiance et confort¹⁰.

Quelques anecdotes illustrent l'absence actuelle de règle du jeu, sauf officieuse, à laquelle avocats et magistrats pourraient se référer : ainsi la possibilité pour l'avocat de solliciter des investigations depuis 1993 est une excellente idée qui établit de nouveaux rapports positifs avec le juge, mais n'est malheureusement pas souvent ordonnée. Il est fréquent de voir 90 % des demandes de la défense refusées par le juge. Mais aussi, plus surprenant, il arrive qu'il faille plus de quinze mois pour que des demandes d'investigations de la défense acceptées et transmises par le juge à la police judiciaire fassent l'objet d'un début d'investigation tant cette idée nouvelle dérange¹¹. Quoi qu'il en soit, ces dispositifs de procédure ne prendront toute leur valeur que lorsque l'avocat pourra lui-même faire des investigations. Or pour le moment, s'il veut se montrer proactif, il est menacé d'être poursuivi pour « entrave » et/ou « subornation de témoin ».

À l'instruction, l'avocat reste une pièce extérieure sous la tutelle finale de la chambre d'instruction, naguère appelée la chambre des évêques « parce qu'ils confirment ».

À l'audience, une caractéristique de l'avocat français est qu'il est rarement capable de poser correctement une question. Par exemple celle d'une partie civile : « comment éduque-t-on un terroriste, Madame ? » à la mère de Mohamed Merah par lors du procès. Cet art n'est pas suffisamment enseigné aux avocats. Ils ne semblent pas avoir intégré l'idée que la justice est un travail de représentation qui fonctionne avec des codes pour parvenir à un résultat cohérent.

Pour rétablir de meilleures relations entre avocats et magistrats, faudrait-il interdire aux avocats, même les plus anciens, de poser des questions idiotes, des questions qui reviennent à plaider en prenant prétexte du témoin pour des développements exagérés,

¹⁰ D'autres juges d'instruction plus originaux ont collé une bande jaune devant leur bureau pour marquer la limite à ne pas dépasser par l'avocat et le prévenu afin qu'ils ne s'approchent pas de lui.

¹¹ Affaire AZF Toulouse.

ou qui ont pour effet de stigmatiser le témoin au lieu d'essayer de lui faire apporter un élément utile pour le procès.

Quant aux plaidoiries, là encore, l'art en appartient à quelques personnalités confirmées, comme Henri Leclerc et Éric Dupond-Moretti et d'autres plus anciens ou inconnus, ou trop jeunes pour être connus aujourd'hui. Mais en réalité la caractéristique de l'avocat français est qu'il ne connaît pas vraiment les routes du pénal, il n'y est pas rodé, pas entraîné et ses interventions sont le plus souvent source de cacophonie et d'irritation mutuelle dans un système insuffisamment ritualisé. On peut espérer que le magistrat qui vient de prendre la direction de l'EFB de Paris encourage une révolution de cet apprentissage.

Il n'existe pas véritablement de formation des avocats pour être utile à l'audience. Non seulement il n'y a guère de règles, mais on ne les enseigne que peu ou pas, et nous les inventons encore moins. Et le président peut interrompre l'avocat qui pose des questions pour reprendre lui-même son interrogatoire. On peut considérer que cette partie du procès sur lequel repose essentiellement le procès anglo-américain obéit à une absence de règles qui n'a d'égal que leur faible respect.

L'audience pénale française s'est progressivement modifiée en permettant à l'avocat d'intervenir davantage alors qu'il n'y est pas suffisamment formé et qu'il n'y a pas de culture du sujet.

L'introduction de la possibilité pour les avocats de poser des questions est récente et reste trop souvent dans le registre de la démagogie ou de la bonne franquette. Les magistrats y voient une concurrence puisque c'est eux qui monopolisaient l'interrogatoire depuis deux cents ans.

Actuellement l'audience tourne trop souvent au capharnaüm. Le président fait son interrogatoire, l'avocat général le sien, les parties civiles interviennent, la défense ensuite, tous les intervenants posent des questions, parfois le président interrompt et continue l'interrogatoire tout seul, si bien que toutes les questions préparées sont « bousillées » pour avoir été à moitié abordées. Sauf exceptions, l'audience pénale française est un désastre faute d'un rituel suffisant accepté par tous. Les questions ne parviennent alors pas à exprimer autre chose que de l'émotionnel ou entraînent une remise en ordre autoritaire par le président. Même lorsque le cadre des questions à l'audience est à peu près respecté, la plupart des questions sont inutiles, sans intérêt ou feraient l'objet d'un « objection votre honneur » dans une série anglo-américaine.

« Comment poser une question » devrait faire dans les écoles de formation des avocats l'objet d'un enseignement à part entière, y compris avec des simulations. Des Américains ou des Anglais pourraient enseigner ce savoir-faire sur lequel repose 90 % de leur travail à l'audience pénale.

3.3 Un rapport particulier à la vérité et à la preuve

« En France la vérité c'est une question de souveraineté... » a résumé Antoine Garapon lors d'une conférence à l'Institut des hautes études de la justice en 2019. Elle est moins dépendante de la preuve que de l'exercice d'une souveraineté du juge. Le juge se sent un devoir de trouver la vérité judiciaire. C'est sa première urgence. On le comprend. Mais à quel prix ? Pour reprendre la formulation d'un avocat général requérant à la Cour de cassation dans une affaire importante¹² « le rôle de la justice n'est pas d'imaginer des hypothèses (certes) mais de trouver des certitudes et pas de douter ». À partir du moment où ce rôle-là est déterminant pour condamner, la preuve devient secondaire ce qui compte c'est le raisonnement d'autorité.

La codification de la preuve est beaucoup moins rigoureuse en France qu'au Royaume-Uni ou aux États-Unis. Chez nous, l'autorité de la justice est mise en cause quand elle n'est pas capable de trouver une solution à une énigme, c'est-à-dire un coupable. Et pour parvenir à une solution elle a souvent recours à des sophismes¹³:

Le recours récent à de tels sophismes est typique d'une méthode de raisonnement que l'on rencontre dans nombre d'affaires problématiques. Rien n'est pire pour susciter l'hostilité des avocats envers les juges du pénal, que ce type de raisonnement destiné à énoncer à tout prix une vérité judiciaire. Et symétriquement, pour compléter ce tableau regrettable,

¹² AZF, avis de l'avocat général dans l'affaire AZF, Paris, Cour de Cassation, 2018 : « A peine de déni de justice, les juges ne peuvent se borner à constater qu'il existerait plusieurs explications possibles à un événement sans les analyser et, partant, se forger leur conviction d'après les preuves qui leur sont soumises afin d'établir la réalité des faits poursuivis ».

¹³ On en a un exemple typique avec celui auquel a eu recours la Cour d'appel de Paris en 2017 dans l'affaire AZF : Pour qu'une explosion se produise il aurait fallu du chlore. Or on n'a pas trouvé de chlore car les analyses chimiques ont montré qu'il n'y en avait pas. Mais on ne pouvait pas en trouver sur le sol puisqu'il avait dû être lavé. Et s'il a été lavé correctement on ne pouvait pas en trouver. Si on ne pouvait pas en trouver, c'est donc qu'il pouvait y en avoir eu. Et puisqu'il pouvait y en avoir eu, la cour démontre qu'il y en avait.

des avocats qui partent trop vite sur des hypothèses sans preuves suffisantes auxquelles ils s'accrochent sans la moindre autocritique, suscitant une forte hostilité chez les juges.

La « haine » du juge se nourrit de cette situation car l'avocat le considère comme un tricheur. De même que l'avocat passe pour un faiseur aux yeux des juges lorsqu'il pare la vérité d'artifices purement rhétoriques pour imposer sa lecture. Mais la « haine » de l'avocat trouve sa source dans une mauvaise image constituée dans la fin du XIX^{ème} siècle, bien croquée par Daumier¹⁴. La parole d'un avocat ne pèse pas comme elle le nécessiterait. Jean-Michel Darrois a fort bien expliqué au comité que si les règles de base, françaises comme européennes, sont centrées autour de l'obligation de ne pas tromper le juge, l'idée que l'avocat peut mentir et ment est trop répandue. Tous les avocats qui sont amenés à discuter avec des procureurs ou des fonctionnaires étrangers se rendent compte qu'ailleurs leur parole en tant qu'avocat n'est pas mise en doute. Elle est dépouillée de toute finasserie et considérée comme une valeur.

La matrice de l'hostilité avocats-magistrats semble avoir été fabriquée par le législateur dans les procédures au pénal. Cette hostilité déborde sur des domaines qui ne sont pas de l'ordre pénal avec essentiellement chez l'avocat ce sentiment que le juge triche, et chez le juge que l'avocat ment, le tricheur et le menteur s'encourageant ainsi l'un l'autre. Le juge se comporte parfois comme un arbitre qui shooterait dans le ballon.

Cette métaphore amène à constater que l'absence de règles du jeu précises, complètes et équilibrées, sur laquelle Antoine Garapon insiste à juste titre, est source d'une hostilité croissante entre avocats et magistrats. Se réfugiant dans la loi, rien que la loi et toute la loi, certains magistrats ne veulent pas toujours intégrer le concept d'éthique dans leur fonctionnement. Et cette loi leur donne effectivement un pouvoir, celui de l'« intime conviction »¹⁵. Ce système est défaillant et ne peut conduire qu'à des désastres supplémentaires aux effets subversifs et des déchirements entre les deux professions.

3.4. Un rapport particulier au secret professionnel

¹⁴ Voir une caricature connue de « Maître Chapotard lisant l'éloge de lui-même par lui-même dans *La Gazette du Palais*.

¹⁵ Désormais, condamnant la France dans l'affaire Agnelet en 2013, la CEDH exige des motivations à dans les arrêts de cours d'assises.

Le sujet dépend aussi du précédent. Toujours une question de souveraineté du juge. Le secret professionnel est une atteinte à cette souveraineté. C'est un peu le débat dans l'affaire du PNF. La saisie de fadettes de quelques dizaines d'avocats était destinée à trouver qui était la taupe chez les magistrats qui avait « balancé » à Nicolas Sarkozy et à son avocat l'information que leur ligne clandestine aussi était écoutée. Une procédure qui a duré six ans avant d'être versée au dossier principal. Était-ce licite ? Non selon les avocats, oui pour les responsables de ces surveillances. Pourtant, dans l'affaire Bettencourt, la cour de Bordeaux avait annulé les recherches des fadettes des journalistes. Mais d'une part il s'agissait de la protection des sources des journalistes prévue par la loi et, d'autre part cette recherche de fadettes visait à savoir si la présidente du tribunal correctionnel enquêtant dans cette affaire avait donné des informations à la presse sur ses perquisitions. Un magistrat était donc en cause, ce qui encourageait l'appareil judiciaire à le protéger en s'abritant derrière le bouclier du secret des sources des journalistes. Mais dans l'affaire du PNF, les avocats pensent – peut-être à tort – qu'ils pourraient ne pas avoir cette issue protectrice favorable parce qu'il n'y pas de secret des sources. On risque de leur opposer que la recherche des fadettes des avocats était proportionnée à la gravité de l'infraction recherchée. Qu'un magistrat ait donné des informations à des journalistes dans l'affaire Bettencourt, serait donc moins grave que de s'attaquer au secret professionnel des avocats.

Dans l'affaire des conversations du Président Nicolas Sarkozy et de Thierry Herzog, son avocat depuis vingt-cinq ans, la Cour de Cassation¹⁶ a jugé qu'écouter le téléphone de celui-ci était licite puisque que ces écoutes devaient permettre de savoir si une infraction avait été commise. La protection du secret n'existant que dans le cadre d'une procédure, et Nicolas Sarkozy n'étant ni mis en examen, ni témoin assisté, son avocat et lui-même pouvaient donc être écoutés en toute légalité.

Mais cette situation ne change rien à l'affaire de l'écoute, même dans une procédure où il n'y a pas de mise en examen. Les conversations de l'avocat sont protégées, pas celles de son client qui peut être écouté. S'il s'agit de la défense, elles ne sont pas transcrites. Si dans leur conversation une infraction est repérée par l'écoute, la transcription est permise et fait l'objet d'un dépôt au dossier. Mais pour savoir si une infraction a été commise ou envisagée, il faut bien écouter. Donc on écoute d'abord et on voit ensuite ce qu'on fait. Si l'écoute est innocente, les paroles de l'avocat ne sont pas transcrites. C'est dire le faible niveau de la protection du secret professionnel en France.

¹⁶ Cour de Cassation, crim. 22 mars 2016.

Fadettes plus écoutes, cette casuistique est évidemment propre à exaspérer les avocats. Et leurs protestations exaspèrent en retour les magistrats qui se vivent comme complètement innocents dans l'exercice de leur souveraineté. Renaud Van Ruymbeke est un des rares juges à avoir publiquement déclaré qu'il était contre ces études des fadettes des avocats. Voilà comment un tel sujet peut contribuer à une détérioration croissante des relations magistrats-avocats.

De surcroît, parmi les mesures de contrainte, les perquisitions sont également source de conflit. Notamment avec Vincent Nioré, qui était en charge de représenter le Bâtonnier lors des perquisitions dans les cabinets d'avocats, avant d'être élu aux dernières élections avant d'être élu vice-bâtonnier du barreau de Paris. Il a été poursuivi par le Parquet général devant le conseil de l'ordre puis relaxé. Et l'affaire est pendante devant la cour d'appel sur le recours du Parquet général.

« La souveraineté des juges contre le secret des avocats » : le nouveau Garde des Sceaux veut ouvrir un chantier sur le sujet, ce qui risque d'engager un nouveau bras de fer avec les magistrats.

Partie II

LA THÉRAPEUTIQUE

Le rétablissement de relations fertiles, ordonnées et pacifiques entre magistrats et avocats passe d'abord par l'établissement d'une règle du jeu commune, indiscutable et redéfinie (comme on vient de le voir avec le secret professionnel).

Ensuite par la mise en œuvre de ces règles parfois nouvelles en y faisant participer les uns et les autres.

Et enfin il faut arriver à faire en sorte que la participation des avocats et des magistrats au travail judiciaire soit considérée comme une valeur par cette réalisation d'une œuvre commune. Le Premier Président Canivet a souligné ce but de manière particulièrement éloquente devant le comité.

1. Première recommandation : CHOISIR ENTRE NE RIEN FAIRE ET AGIR

Le serment d'Hippocrate pose comme règle pour la médecine : « d'abord ne pas nuire ». Pour le judiciaire, la question aujourd'hui est de savoir s'il est plus pertinent de s'abstenir de toute initiative et de tout traitement des problèmes quitte à les laisser dériver plutôt que de toucher à quelque chose sans s'en remettre à la nature.

Comme en médecine il peut arriver que des soins aggravent la pathologie.

Le recours à un exemple métaphorique est très éclairant : dans un immeuble parisien du XVIème siècle un très grand appartement avait été modifié au cours des siècles jusqu'à devenir étriqué. Que faire ? Le conseil d'un architecte fut de se limiter à changer le sens d'ouverture d'une porte d'entrée du salon, ou bien de tout casser afin de restituer aux lieux leur configuration d'origine. La première solution fut choisie. Mais des années plus tard un incendie rétablit l'immense pièce commune d'origine.

Pour la justice, l'incendie, c'est la révolution ou la guerre. On a vu comment, la Révolution en ayant fait table rase, Napoléon avait reconstruit dix ans plus tard un système judiciaire sur les ruines de l'ancien ; tout comme le système judiciaire allemand a été complètement reconstruit après la guerre de 39-45. Nous sommes aujourd'hui condamnés à transformer détails après détails, avec l'espoir que, comme l'a écrit Hegel, « les mutations quantitatives progressives aboutissent à des mutations qualitatives brutales ».

Le Pr Laurent Aynès, universitaire reconnu et arbitre faisant autorité, connaît bien les deux systèmes. Pour lui les causes de notre malaise actuel proviennent avant tout de l'évolution de la magistrature du fait de la conception politique du rôle du juge¹⁷.

¹⁷ « Nous n'avons pas un corps de juges approprié au rôle que l'évolution de notre société les appelle désormais à jouer parce que leur recrutement et leur mode de fonctionnement sont encore tributaires de l'idéologie révolutionnaire qui niait leur fonction sociale éminente et n'en faisait que des applicateurs de la loi, au même titre que tous les autres fonctionnaires. Dans le mode de pensée révolutionnaire issu de la philosophie des Lumières, dressée contre le juge, c'est de la loi qu'on

La première question n'est pas seulement de savoir si cet autre système nous conviendrait mieux ou s'il constitue une sorte d'aboutissement issu d'une culture complètement différente qu'il faudrait adopter d'un seul coup, ce qui est impossible.

Mais nous n'avons pas la même culture, comme l'explique le Pr Aynès avec son expérience anglo-américaine et sa pratique de l'arbitrage¹⁸.

attend la justice, et non du juge ; il suffit que celui-ci soit bien sélectionné par un concours difficile, bien savant et bien contrôlé - comme les autres fonctionnaires, à partir d'une sélection, suivie d'une école et en fonction d'une hiérarchie (il y a là une forte analogie avec l'ancienne Chine). Dans cette idéologie, l'œuvre de justice ne procède pas du juge, de son travail intérieur et de ses doutes, et finalement de son jugement, au terme d'un dialogue avec les auxiliaires, mais de la loi. Cette idéologie qui nie le rôle éminemment sacré du juge, indifférente à sa personnalité, et n'en fait qu'un fonctionnaire lambda, avec un métier et une carrière, - alors que l'on devrait parler de vocation ou de ministère-, a été renouvelée à la Libération, amplifiée par le gaullisme et se trouve au cœur du rapport Thiriez. Elle est contestable et irréaliste, mais en tout cas n'est concevable que si l'exécutif est fort et si la loi est sûre et respectable. Or précisément sous l'influence contemporaine (surtout depuis 1974) de la supra-légalité (œuvre du Conseil constitutionnel, rôle prépondérant des sources communautaires et de la CEDH...), la loi française n'est plus qu'un bavardage technique ou opportuniste et obsolète, la loi pénale se nourrit de standards moralisateurs, et le pouvoir exécutif aux mains de médiocres qui avouent leur impuissance à maîtriser des forces qui viennent d'ailleurs. Un boulevard s'ouvre devant le juge ; mais c'est d'un autre juge que nous aurions besoin ; non d'un fonctionnaire abrité derrière son irresponsabilité, persuadé de sa supériorité technique et scientifique, insensible au doute et au dialogue, et pour qui l'avocat ne représente qu'une perte de temps. Justement c'est le juge d'instruction, institution typiquement française, qui concentre tous ces défauts (et non les autorités de poursuite qui jouent leur rôle). Je suis donc très pessimiste sur les possibilités d'amélioration si l'on ne sort pas de cette conception idéologique du rôle du juge et par conséquent du fonctionnement de la justice, et si l'on n'adapte pas son recrutement et sa formation à ce qu'il doit être dans toute société humaine : non un applicateur de la loi mais un ministre de la paix sociale par la justice, ce qui implique expérience, humilité et consensus du corps social (représenté par le corpus des juristes). Par exemple, la Cour de cassation s'est attribué récemment le pouvoir d'écarter l'application de la loi lorsque celle-ci lui apparaîtrait disproportionnée par rapport aux exigences des droits fondamentaux ; fort bien ! Mais en quoi un fonctionnaire parvenu à la Cour de cassation au terme du déroulement de sa carrière et recruté sur sa science dans l'application de la loi a-t-il autorité pour décider cela ? La réalité se chargera peut-être d'imposer progressivement le changement nécessaire - la fonction créant l'organe - ; je n'y crois pas trop dans un pays comme la France miné par l'idéologie. » (Lettre du Pr Aynès au président du comité d'éthique).

¹⁸ « L'arbitrage offre un bon terrain d'expérience de l'efficacité de la collaboration avocat/juge. Les arbitres ne manquent pas d'autorité et pourtant ils ne sont pas puisés dans un corps de fonctionnaires sélectionnés sur leur science, dédiés et institués. Ils appartiennent au même corps que les avocats, leur autorité procède d'un consensus. Ils n'ont pas pour mission essentielle d'appliquer la loi, mais ils respectent celle-ci qui est l'un des éléments de la décision, ils doivent dire le droit - mais la loi n'est pas tout le droit. Leur mission est d'apaiser le litige de manière rationnelle et raisonnée, et ils ne craignent

De ce fait, il est pertinent de réfléchir à l'amélioration de notre système. On se rend bien compte que, faute d'une révolution et d'une reconstruction complète, il est très difficile à amender et transformer. Transformation et remodelisation sont aussitôt absorbées par la culture française qui est complètement différente. Avec la création des chambres commerciales internationales de la cour d'appel, on voit que l'antinomie culturelle est telle qu'il risque de n'y avoir d'autre clientèle que celle des pays de l'Est ou d'Amérique du sud.

La création de ces cours d'appel qui est une bonne chose et qui a mobilisé les plus grandes intelligences juridiques françaises est un test intéressant quant à l'avenir de nos transformations. Le rapport à la vérité n'est pas le même dans les deux systèmes. La production de la vérité et la recherche des preuves non plus. Version atténuée de la *discovery* qui oblige chaque partie à donner tout ce qu'elle a à l'autre, le système de *disclosure* n'est pas dans nos mœurs. Pourtant notre système a la qualité majeure d'être plus sobre que l'autre système qui alors qu'il se paralyse sur le grand nombre devient l'excellence sur le petit nombre.

Il faut en toute bonne foi suivre soigneusement l'expérience des cours d'appel internationales conçues et mises en œuvre par les meilleurs esprits et souhaiter leur succès. Cela entraînerait aussi une transformation des rapports avocats-magistrats, en tout cas devant ces juridictions-là. Ce serait la démonstration des effets de la procédure sur les relations entre les uns et les autres.

Mais de petites transformations apparemment localisées peuvent aussi se développer lorsque l'ensemble d'un milieu avocats-magistrats y prend goût.

pas de s'exposer à la critique, notamment par un fort développement de la motivation... Le système présente certes des défauts, mais la collaboration avocat/juge s'y révèle fructueuse. Ce n'est pas un hasard si beaucoup de juges/barristers anglais s'y épanouissent sans difficulté, car les sociétés anglo-américaines ont une véritable culture du rôle éminent du juge, membre de la communauté des lawyers. » (Lettre du Pr Aynès au président du comité d'éthique).

2. Deuxième recommandation : PENSER OU PANSER L'ENM

À défaut de faire la révolution, quelles conséquences ?

Depuis que le Centre national d'études judiciaires est devenu l'École Nationale de la Magistrature en 1970, d'énormes progrès ont été accomplis toujours dans le sens de l'ouverture sous l'égide de pratiquement tous les directeurs de l'école. Certes tout n'est pas achevé. L'œuf résiste à toutes les intrusions. Le déclencheur de davantage de transformations pourrait être la nomination d'une avocate, Nathalie Roret. Il ne s'agit pas d'empiler des magistrats sur des magistrats dans cette école mais d'y faire venir davantage encore de professionnels d'autres horizons (chefs d'entreprises, hauts fonctionnaires, hommes et femmes politiques ou du secteur de la culture), et pas seulement pour des conférences de deux heures trente. Il faut continuer une lente politique démarrée il y a quarante ans. L'outil de travail a davantage progressé qu'on ne le dit, mais les anticorps sont toujours là. Une succession de réformes ponctuelles peut le transformer.

Une des pistes serait la création d'une option de longs stages à l'étranger, allongeant la scolarité, afin d'apporter dans le fonctionnement judiciaire une expérience étrangère, pas seulement d'ordre cosmétique. Les quelques stages actuels sont insuffisants. Il faudrait carrément une option d'une année entière en juridiction dans un autre système pour les étudiants qui en ont la vocation.

Cette option de stage de longue durée à la CEDH, aux États-Unis, en Grande-Bretagne, en Allemagne, permettrait selon la technique classique du corps expéditionnaire de créer des têtes de pont à l'intérieur de la magistrature, ce qui la ferait sortir de ce qu'on appelle avec trop de facilité son ghetto.

Et ces stages pourraient être couplés avec ceux des meilleurs jeunes avocats, parrainés par l'EFB. Cela aurait le double mérite de faire partager le stage, le lieu et l'oxygène à un couple d'étudiants avocat-magistrat.

Mais l'idée d'une formation différenciée heurte l'esprit français et celui de beaucoup de magistrats¹⁹. Les conservateurs fétichistes de l'égalité refusent évidemment l'idée de créer un parcours différencié. L'école de la magistrature est une fabrique à reproduire des magistrats dotés de la même culture. Les stages externes sont trop légers pour les marquer suffisamment. Il faudrait extraire de leur bocal magistrats et avocats et les mettre ensemble dans un autre. Les magistrats ayant partagé au début de leur pratique une expérience à l'étranger avec des avocats rayonnant sur leur entourage professionnel aiderait à sortir des ornières classiques. On pourrait même imaginer que ce stage d'un an à l'étranger ait lieu en première année de carrière ou, pour ceux qui y arrivent par une voie latérale, à l'entrée dans la carrière.

Pour ceux qui souhaitent une autre option que le stage à l'étranger, le Conseil d'État pourrait accueillir de jeunes auditeurs pendant une période suffisamment longue pour les marquer. Le fait que le Conseil d'État recrute des conseillers d'État non juristes par le tour extérieur montre que des non-juristes finissent par devenir de bons conseils de juristes. En matière d'ouverture on ne peut pas faire mieux.

Tout ce qui peut extraire les jeunes magistrats de leur œuf serait positif. Tout ce qui peut faire partager à certains avocats une formation commune avec des jeunes magistrats est également positif et à portée de main. Cela ne passe pas par une politique de masse (de toute façon impossible) mais par une politique de sélection inspirée de la philosophie de tout corps expéditionnaire. Cette politique serait complétée par des détachements pendant la carrière en application de la loi de 1992 (voir troisième recommandation).

Enfin les stages d'avocat en juridiction devraient être développés, en particulier dans les petites juridictions car on y voit à l'œuvre le système judiciaire avec tous ses mérites et tous ses défauts, comme à la cour d'Agen (la plus petite de France). Les magistrats de ces petites juridictions ont besoin de collaborateurs chargés de recherches et éventuellement d'aide à la rédaction. Les EFB pourraient proposer de jeunes avocats comme référendaires à tous ceux qui en feraient la demande. Même thérapeutique dans les grandes juridictions pour les affaires spécialisées, ainsi que l'a rappelé André Potocki dans sa déposition devant le comité le 30 septembre dernier. On pourrait étendre ce

¹⁹ Elle heurte aussi la conception de la carrière de magistrat où tout le monde est sur la même ligne de départ, sans quasiment aucune reprise d'ancienneté (quinze ans de barre égalent un an d'ancienneté !!!) et où tout le monde entre au premier grade au bout de sept ans, une carrière où le grade est lié à la fonction.

principe à l'accueil en juridiction d'élèves de l'ENA pour favoriser les échanges entre les deux mondes.

Si le stage n'est pas de longue durée et en totale immersion, il ne sert à rien sauf à défendre la reproduction du même. Et il agit trop souvent comme un vaccin contre l'extérieur – le stage en cabinet d'avocat.

Les réflexions qui précèdent s'appliquent à l'École nationale de la magistrature. Les avocats n'aiment pas voir les magistrats se façonner dans une école d'application d'où ils sont exclus depuis le début - un peu moins aujourd'hui. Tous les maux sont facilement attribuables à l'ENM. Faut-il pour autant la supprimer ? C'est plus une saillie qu'une pensée car on ne peut pas casser un instrument qui existe depuis soixante ans et produit un certain type de juge. Ce qu'on ne peut modifier par une suppression spectaculaire, ou en cédant à la facilité de pensée consistant à prôner une seule école mêlant magistrats et avocats alors qu'arrivent chaque année dans la carrière en France 3 200 avocats pour 280 magistrats. Cette idée d'école commune n'a pas de sens pratique. Comment l'école, à Bordeaux ou ailleurs, pourrait-elle accueillir 3 000 personnes de plus chaque année. Le nombre serait un obstacle à toute formation sérieuse. Ce sont-là des solutions simplistes et irréalistes.

Le travail, beaucoup plus ingrat et de longue haleine, consiste d'abord à comprendre l'évolution de cette école, très importante depuis soixante ans. Et à réfléchir à atténuer les inconvénients de cette séparation des formations sur le long terme. Non seulement ce moule ne correspond plus à l'idéal jacobin, mais il ne correspond pas non plus à l'idéal républicain. Il est illusoire de croire que le casser en plusieurs morceaux améliorerait les choses.

Il faut commencer par reconnaître ce qui a été accompli par de nombreux directeurs de l'école, d'abord par le premier, M. Balmory, choisi en 1958 pour diriger le Centre national d'études judiciaires, et lui a évité de connaître son destin tout tracé qui était de devenir un département de l'ENA (idée qui semble être revenue à l'ordre du jour). Repenser à l'École nationale de la magistrature suppose d'accepter de remettre en cause ses idées préconçues. La répétition des clichés est plus facile pour l'esprit mais plus dangereuse pour les deux professions. Elle entretient des combats périmés.

3. Troisième recommandation :

MENER UNE RÉFLEXION SUR LE DÉTACHEMENT EN COURS DE CARRIERE

En revanche, il existe un dispositif législatif peu connu du public sur le « détachement obligatoire » en cours de carrière. Il figure après la loi organique du 5 mai 2007 à l'article 76-4 modifié par la loi organique du 13 février 2012, article 5. Cette mobilité est accomplie sous le contrôle du CSM dans les conditions de l'article 20-1 de la loi organique n°94-100 du 5 février 1994 sur le CSM.

Pour accéder aux emplois hors hiérarchie, les magistrats doivent accomplir, après au moins quatre années de service effectif pour le corps judiciaire, une période dite de « mobilité statutaire » au cours de laquelle ils exercent des fonctions différentes de celles normalement dévolues aux membres du corps judiciaire. Ils sont placés dans une position conforme à leur statut au titre de la mobilité régie par cet article de loi.

D'une durée de deux ans, cette mobilité est accomplie :

- auprès d'une administration française ou de toute autre organisme de droit public
- d'une entreprise publique
- d'une institution d'un service de l'union européenne ou d'un organisme qui lui est rattaché
- d'une organisation internationale ou d'une administration d'un état étranger.

Les magistrats sont ensuite réintégrés de droit dans le corps judiciaire et retrouvent une affectation dans la juridiction dans laquelle ils exerçaient précédemment, le cas échéant en surnombre.

L'idée qui sous-tend cette loi de 1992 est celle de l'immersion de magistrats en cours de carrière dans des responsabilités différentes. Sur le plan du principe, c'est un moyen remarquable pour substituer au simple stage dans le cadre de l'ENM l'expérience d'une prise de responsabilité dans d'autres fonctions, ce qui permet davantage qu'un simple vernis, une véritable expérience. Sa portée est malheureusement limitée dans le temps car il faudra vingt à trente ans pour que les magistrats qui sortent de l'école aujourd'hui parviennent au moment où statutairement cette mobilité est obligatoire. Vingt ou trente ans, c'est long. Mais cela donne néanmoins le temps d'améliorer le texte portant la durée de ce détachement à trois ans, de l'inscrire dans la carrière plus précocement avant le niveau hors hiérarchie, et d'augmenter les possibilités et les palettes d'affectation.

À ce stade tardif de la carrière, il est difficile d'envisager un détachement dans les cabinets d'avocats français. En revanche on peut parfaitement l'envisager dans les cabinets étrangers sans risque de conflits d'intérêt. Sauf exception qui mérite d'être traitée au cas par cas.

Dans le cadre des textes existants, l'expérience montre que les magistrats ressortent de cette période de détachement ou de mise à disposition avec une perception différente de l'activité des autres et de leurs collègues. Ainsi la direction juridique de la SNCF est traditionnellement assurée par un magistrat. Cela laisse forcément des traces et enrichit l'expérience de personnalités qui ont vocation à se retrouver à la présidence d'une chambre de la Cour de cassation²⁰. Autre exemple : depuis dix ans la direction générale de l'aviation civile recrute des magistrats comme directeurs juridiques. L'avant-dernier y est resté six ans au moment des grands accidents traités judiciairement, comme les crashes du Mont Sainte-Odile ou le Concorde. Le fait pour un directeur juridique magistrat d'assister à un procès pénal d'ampleur du côté de la défense, s'agissant d'une administration et de ses fonctionnaires, leur donne une perception différente de la procédure, de leurs collègues et de ce qu'est la défense et de ce que sont les avocats.

²⁰ Par exemple Franck Terrier.

C'est bien la différence entre un stage qui peut être qualifié de « touristique » et un détachement en responsabilité qui fait prendre conscience de ce que sont ses collègues et à quoi ressemble une procédure lorsqu'on est de l'autre côté de la barre.

L'apport essentiel de toutes ces pratiques de détachements, de stages et de mises à disposition est de permettre ces moments où le magistrat s'identifie à un autre que ses collègues habituels et assume un rôle différent de celui qu'il est habitué à jouer, même dans l'excellence.

4. Quatrième recommandation :

CHANGER LES MÉTHODES DE TRAVAIL

Il n'y a pas suffisamment de *soft law* dans la pratique judiciaire en France.

D'un côté la loi, de l'autre côté des initiatives prises par les juridictions. Mais pas de concertation pour établir une règle du jeu commune consensuelle.

4.1 Au civil

4.1.1. Le dossier et les conclusions

Autrefois, pour la défense au civil, il existait le dossier et les conclusions deux instruments distincts, parfois encore en vigueur. Les conclusions synthétiques reprenant l'essentiel de l'argumentation juridique et factuelle. Et le dossier de plaidoirie comprenant toutes sortes de pièces « sous cote » pour détailler le factuel.

La pratique est désormais au mélange de ces deux instruments. Un peu à l'anglo-saxonne. Les conclusions sont étayées par les pièces et deviennent un dossier formant un seul ensemble. La tentation de faire déborder un genre sur l'autre est irrésistible. Et trop souvent les conclusions ne sont plus un travail synthétique mais un document exhaustif.

L'exaspération des magistrats devant ces quantités colossales de papier est bien compréhensible. Et celle des avocats, sachant qu'ils ne seront pas toujours lus, ou le craignant, est symétrique.

À la CEDH une requête se compose de 6 feuillets. Avec une capacité de commentaires explicatifs de 20 feuillets. C'est un peu la reproduction de l'ancien système français : les conclusions, le dossier. Mais plus brefs.

4.1.2. Les témoignages

Il ne s'agit pas d'étendre exagérément l'enquête civile. Ni de transformer l'audience civile en audience pénale. Mais d'emprunter à d'autres systèmes, par exemple en mettant à l'occasion en contact avec des magistrats des personnes du procès que le tribunal est désireux d'entendre ou que la défense estime nécessaire de faire entendre. Les avocats sont réticents, à tort, à cette intervention des parties dans le débat car ils ont tendance à considérer que le procès est leur objet et pas celui du client. Or le mélange de registre entre la représentation par l'avocat et la déposition de la partie peut être fertile.

Il existe des cas dans lesquels priver de parole la partie est toxique pour la compréhension du sujet et pour l'intérêt que les magistrats peuvent y porter.

Il ne s'agit pas de faire plaider le client, ce qui est absurde, mais si nécessaire de le faire venir déposer sur des faits très précis qui intéressent le tribunal ou la cour. Le principe de cette comparution pourrait être étendue à certains témoins.

4.1.3. L'interactivité

C'est André Potocki²¹, président de chambre à la cour de Paris, qui a introduit l'interactivité entre magistrats et avocats dans les affaires économiques complexes. Encore une fois l'idée d'arriver avec ses deux dossiers sous le bras et de monopoliser la parole pendant deux heures, les magistrats se retirant ensuite pour délibérer, est complètement caduque. Cela relève de rites ancestraux du spectacle judiciaire (au XIX^{ème} siècle on faisait assister certains hôtes de marque de la République à des audiences de la première chambre). Mais certains de ces rites sont parfois complètement dépassés.

Dans la méthode exposée par André Potocki, la plaidoirie n'est pas réduite mais ressemble peut-être davantage à un *opening statement* anglo-américain qu'à une plaidoirie de deux heures et demie. Après le temps nécessaire des explications orales vient celui des questions du magistrat. L'idée est que celui-ci commence son délibéré au moment où il ne peut ou ne veut plus demander d'explications parce que ses collègues et lui ont compris le sujet. Soumettre aux avocats une possibilité de décision de la juridiction et leur demander ce qu'ils en pensent est une technique positive comme il en

²¹ Déposition d'André Potocki devant le comité d'éthique le 30 septembre 2020.

existe en beaucoup de matières, notamment dans l'aviation après les accidents mais aussi à la Cour des comptes avec les projets d'avis.

Il faut en finir avec l'idée que l'audience est un spectacle plus ou moins applaudi, peut-être trop loin de la décision qui sera prise pas ceux qui vont décider²².

À partir du moment où l'avocat se rend compte qu'il n'est pas seulement le contradicteur virtuel du juge qui de son côté est à l'écoute, l'analyse progresse fortement. Il est d'ailleurs étrange de voir que depuis cinquante ans les délibérés au tribunal de commerce fonctionnent, même de façon très sommaire, sur ce modèle, à la satisfaction générale.

Cette interactivité redonne de l'intérêt à l'audience, évite les dialogues de sourds, donne le sentiment aux avocats qu'ils sont entendus et aux magistrats qu'ils ne sont pas devant un spectacle dont ils n'ont souvent rien à faire. C'est là une petite révolution dont les effets sur les relations magistrats-avocats peuvent être très importants.

Le principe de l'opinion dissidente (dans certains cas exceptionnels) consiste à poursuivre ce dialogue jusqu'à l'extrême, dans la ligne de pensée qui considère que lorsque le cas le nécessite, le justiciable doit effectivement constater qu'il a été entendu par toutes les méthodes possibles et selon des modalités adaptées.

Cela ne peut que renforcer l'adhésion du public à la justice, son autorité et donc son effectivité. Et cela ne peut que créer chez les juges et les avocats le sentiment de participer à une œuvre commune valorisante.

4.2. De nouvelles pratiques procédurales écrites et orales

4.2.1. L'écrit

Rien n'est plus efficace que cette discipline qu'est la concertation. Rien n'interdirait aux chefs de juridiction et aux bâtonniers, ou au Conseil national des barreaux et au barreau majoritaire (Paris) de se mettre d'accord sans modifications législatives pour que les avocats s'en tiennent à un cadrage de leurs écritures, selon un calibrage maximum

²² Depuis la réforme de 1970, l'article 804 oblige le juge à faire un rapport. En donnant ainsi aux avocats une première vision du dossier par le juge, cela a été le début de l'interactivité.

déterminé en concertation. Et se mettent d'accord sur les modifications de l'audience qui viennent d'être suggérées.

4.2.2. L'oral

L'une des différences entre l'oral et l'écrit est qu'à l'oral on ne peut pas revenir en arrière si l'auditeur n'a pas compris. Ou alors c'est un désastre oratoire avec des répétitions et l'auditeur décroche. L'oral a pour intérêt d'obliger à synthétiser et à rendre simples les phrases pour qu'elles se suffisent à elles-mêmes une fois entendues.

Indépendamment du fait que le talent est inégalement partagé, le caractère oral a un effet sur le contenu du fond. Les écrivains savent qu'un texte manuscrit n'est pas le même que celui qui est saisi directement à la machine ou dicté, et que ce qui est dit ne ressemble pas nécessairement à ce qui est écrit. C'est un mode d'expression différent dont il serait fâcheux de se passer.

Dans ce renouveau de l'exercice judiciaire, le premier grand danger serait de supprimer l'oralité, comme c'est la tendance. L'autre danger est d'assommer l'auditoire par la répétition maladroite d'écritures qui peuvent aussi se suffire à elles-mêmes si elles sont correctement rédigées.

Sauver l'oral passe par :

- une réforme des méthodes de travail et de leur enseignement, et la compréhension de ce qu'une plaidoirie n'est pas un discours.
- une densification et un calibrage des écritures ;
- des plaidoiries lorsqu'elles sont vraiment nécessaires qui ne se limitent pas à être des paraphrases des écritures.

Cela supposerait que les avocats aient tous un talent oratoire. Mais il ne s'agit pas de cela. L'expression orale n'est pas l'apprentissage du discours. Elle est l'apprentissage de la transmission. Elle est d'abord fonctionnelle. L'exercice de la plaidoirie peut être efficace sans aucun talent oratoire traditionnel. Par exemple, Olivier Metzner n'était pas un grand orateur, mais il savait transmettre sa pensée. Il faut l'apprendre et l'enseigner.

Il faudrait mettre en place un groupe de travail magistrats-avocats, en dehors peut-être du cadre ordinal et avec des magistrats et des avocats de réputation ayant démontré leurs capacités dans leur propre exercice, soit dans leur pratique soit par leurs conférences, articles, livres. Du fait de leur autorité, ses membres seraient en mesure de proposer la mise en place de règles obligatoires et explicites alors que les précédentes tentatives en la matière sont restées trop méconnues. Il n'est en tout cas, pas plus justifié de dire que l'oralité est obligatoire que de l'interdire. L'exercice de la défense au civil étant un tout, il est nécessaire de s'accorder dans des commissions informelles avant d'établir de nouvelles règles de procédure. Ou encore d'instaurer une discussion préalable sérieuse au moment de la mise en état.

Pour résumer, on ne se fait pas bien comprendre sans l'oral en plus de l'écrit. Sans doute, comme le suggère André Potocki, faudrait-il que cette question soit encore davantage abordée dans la préparation de l'audience de mise en état pour que celle-ci commence sur un consensus.

4.3. Pour une nouvelle organisation de l'audience pénale

À la sortie des audiences pénales attirant un public motivé, on observe toujours le même réflexe. Le public se s'étonne de ce que le président, après l'interrogatoire qu'il vient de faire des prévenus, puisse se retirer pour délibérer avec ses assesseurs et juger sereinement une affaire dans laquelle il est apparu en procureur virulent.

Quand nos amis anglais voient que nous avons d'une part le président, d'autre part le procureur lui-même, (sans compter les procureurs privés que sont les parties civiles), ils se demandent toujours pourquoi nous avons deux procureurs et non pas un seul,

Notre procédure inquisitoire est diabolique. En réponse la défense est désordonnée. Les questions des avocats donnent trop souvent lieu à une confusion impressionnante. De même que les interventions en pagaille quand on voit le président reprenant la parole en cours d'interrogatoire d'un avocat, le procureur l'interrompant, les parties aussi. Il n'y a au pénal aucune règle du jeu suffisamment explicite pour s'imposer.

Il est absolument indispensable qu'avocats et magistrats discutent, qu'ils reçoivent une formation commune pour l'audience pénale. À défaut de réglementation, la discussion devrait être encouragée par les institutions du Barreau et de la magistrature elles-mêmes

afin d'éviter un spectacle parfois indigne. L'adage anglo-américain adopté par la CEDH « la justice ne doit pas simplement être la justice mais y ressembler » s'applique particulièrement pour l'audience publique. Car c'est ce que la justice donne à voir. Cette nouvelle organisation plus rigoureuse de l'audience est un premier pas vers une clarification dans l'expression de la preuve. Mais faute de formation et de savoir-faire, l'introduction récente de la possibilité pour l'avocat de poser des questions a pour conséquence d'horrorifier tous nos amis anglo-américains et même allemands dont la pratique des questions à l'audience beaucoup est plus civilisée que la nôtre.

Faute d'une organisation entre le Barreau et la magistrature, pour améliorer l'audience il faudra réglementer, ce qui serait regrettable. Ou alors on se contentera de ne rien faire et le désordre ira en s'amplifiant (et l'on revient à la parabole de l'appartement qui a brûlé).

5. Cinquième recommandation : UNE NOUVELLE CULTURE DE LA PREUVE²³ ET DE LA VÉRITÉ

Autrement dit une nouvelle culture de la preuve à apprendre dès l'adolescence.

Certes l'Ancien Régime en était arrivé à codifier la preuve de manière si rigide que selon une arithmétique stupide les juges décidaient de moitié ou de quart de preuves, avec des additions et soustractions délirantes. Il ne s'agit pas de rentrer là-dedans mais de renverser la toute-puissance de l'intime conviction au profit de la culture du doute qui n'est pas vraiment très française.

Si la culpabilité est une décision de souveraineté et non pas de preuve la catastrophe est là, on l'a vu. Les avocats ne pourront plus mener à bien la partie de leur tâche qui consiste à faire adhérer les justiciables à l'institution judiciaire et non pas à exciter leur rébellion. Or c'est inévitable si les mœurs actuelles ne se transforment pas. De même que l'agressivité entre magistrats et avocats ira inévitablement croissante.

La différence entre une preuve et une conviction est un problème de fond qui doit être abordé très tôt, avant même l'université.

Plus l'intime conviction sera la reine de la décision plus les avocats se rebelleront et plus l'ordre public sera menacé. Pour l'instant ce sont les juridictions qui se sentent menacées si elles ne trouvent pas une solution qui repose sur la raison, la démonstration et la preuve indiscutable : comme disent les Anglo-américains *beyond any reasonable doubt* (au-delà de tout doute raisonnable). Cette idée de doute raisonnable est complètement incompatible avec la mentalité française de l'intime conviction qui est dangereuse si elle libère de la preuve. Le système fonctionne chez d'autres sur le doute et chez nous sur l'adhésion à une impression.

²³ Voir contribution de Guy Canivet, p.70 sq.

Cette différence ne peut donc s'enseigner que très tôt. C'est la raison pour laquelle pour nombre des transformations à opérer cela passe par une éducation dès le collège. Les 12-15 ans, pré-ados et jeunes ados sont très sensibles au problème de la justice : « c'est pas juste ! ». Ces jeunes esprits peuvent intégrer cette notion de *due process* dont ils sont friands à cet âge. L'instruction civique devrait être révisée en ce sens. C'est un investissement peu onéreux mais qui aura des effets considérables. En effet, quels que soient les milieux, des plus modestes aux plus aisés, des plus frustes aux plus cultivés, l'ignorance des bases de la justice se scelle à la fin de l'adolescence et au début de l'âge adulte.

La première sous-recommandation sur cette question serait donc de convaincre l'éducation nationale d'intégrer un enseignement du *due process*, de la preuve et des exigences nécessaires à la démonstration d'une culpabilité. En somme un cours de droit comme il en existe aux États-Unis dans les *high schools*,

La deuxième sous-recommandation serait de créer à l'ENM un enseignement, ouvert également aux avocats, consacré à l'approfondissement des méthodes de raisonnement sur les preuves et sur l'étendue de l'obligation de vérité pensant sur les avocats. Cet enseignement devrait être confié à des magistrats et avocats français mais aussi américains, anglais et allemands.

L'incidence de ce sujet sur les relations avocats-magistrats est évidente. Le fonctionnement arbitraire de l'intime conviction ne peut que prendre de front et violemment le travail de l'avocat qui se fonde précisément sur la démonstration et la critique des preuves. Au pénal, une des raisons majeures de l'hostilité croissante des avocats à l'égard des magistrats tient à ce qu'ils n'ont guère de références culturelles sur ce qu'est l'exercice judiciaire. Et il est difficile de les faire évoluer si le pli n'est pas pris suffisamment tôt dans la vie²⁴.

²⁴ Voir instructions aux jurés. « La loi ne demande pas compte à chacun des juges et jurés composant la cour d'assises des moyens par lesquels ils se sont convaincus ». En janvier 2013, la CEDH a condamné la France dans l'affaire Agnelet/Leroux et l'a obligée à motiver les décisions des cours d'Assises.

6. Sixième recommandation :

PRENDRE EN COMPTE

LES NOUVELLES PROCÉDURES

6.1 Introduire des méthodes interactives au civil

Encore une fois, le schéma français « j'écris, je plaide, et le juge décide dans son coin » n'est pas le plus adapté.

Venu exposer au comité ce qu'est le « délibéré participatif » dont il a fait l'expérience à la cour de Strasbourg, André Potocki, a démontré la pertinence d'un changement de méthode de travail dans un certain nombre d'affaires un peu compliquées, notamment en matière économique et financière et de concurrence.

Le prédélibéré oblige les avocats à sortir d'un simple exercice de spectacle plus ou moins long. Après le propos introductif (*opening statement*) arrive le temps de la discussion avec les juges qui existe depuis de nombreuses années au tribunal de commerce. Le juge pousse les avocats dans leurs retranchements ou dans leurs avantages pour essayer de cerner la question à trancher sur le plan principal. Il discute avec eux jusqu'à ce que, faute d'arguments supplémentaires ou de présentation différente, le dialogue s'épuise. Le sentiment « d'être arrivé au bout » marque le moment où le juge se retire pour délibérer mais en laissant aux avocats une forte impression qu'ils ont tout dit et même en leur permettant de mieux comprendre le jugement du tribunal.

6. 2 - Tirer les conséquences de l'introduction de la justice transactionnelle

Exploiter le résultat des nouvelles procédures sur la relation avocats-magistrats

6.2.1. La comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité : CRPC

La loi du 9 mars 2004 a créé par l'article 180-1 la CRPC (comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité).

Les avocats n'en voulaient pas parce qu'à l'origine du projet de loi leur intervention n'était pas prévue pour ces petites affaires pénales dans ce système qui s'apparente à un *guilty plea* (plaider coupable).

Les magistrats du parquet ne voulaient pas entendre parler de « négociation » qui portait atteinte à leur souveraineté.

L'Union des jeunes avocats organisa à la salle des criées du palais de justice de Paris une réunion, présidée par Loïc Dusseau et Jean-Claude Marin, Procureur de la République de Paris, où chacun put s'expliquer, ce qui mit fin aux craintes des avocats de se voir ôter encore une fois le pain de la bouche en supprimant une occasion de plaider. Le procureur de la République, Jean-Claude Marin, Loïc Dusseau et Daniel Soulez Larivière contribuèrent ainsi à faire accepter cette procédure. Elle a connu un grand succès et abouti à une bonne justice puisque, même sans négociations avouées, les préconisations du parquet, se sont montrées acceptables à l'usage. La juridiction de fond entérine presque toujours cette procédure d'accord entre le parquet et la défense qui s'est ainsi habituée, sinon à négocier, du moins à discuter avec le Parquet qui s'en est en fait fort bien accommodé. Et les relations entre les magistrats et les avocats ont un peu changé.

6.2.2. La convention judiciaire d'intérêt public : CJIP

La loi Sapin 2 de décembre 2016 a introduit une importante révolution avec la convention judiciaire d'intérêt public (CJIP).

Dans la continuation des procédures américaines²⁵ en vigueur depuis 1977, commence à se mettre en œuvre en France une justice transactionnelle à l'américaine. Celle-ci a abouti à la condamnation d'entreprises françaises à plusieurs milliards de dollars d'amende. En 2014, les Britanniques eux-mêmes, par leur réforme du *Bribery Act*, ont introduit ces possibilités de transactions dans les affaires de corruption avec une possibilité d'arrangement avec le parquet et le paiement d'une amende. La loi Sapin 2 en a fait autant en France. En cas de suspicion de corruption ou de certaines infractions économiques, les avocats de l'entreprise peuvent se rapprocher du parquet national financier pour révéler les anomalies et les infractions commises dans le fonctionnement de la société. De même, s'il a des soupçons, le parquet national financier peut se tourner vers l'entreprise pour lui demander de commencer à discuter. Le but est d'arriver à ce que parquet et avocats se mettent d'accord sur l'existence et la qualification d'une infraction et sur la peine financière qui sera retenue, et d'aboutir ainsi à une convention d'intérêt public sous le contrôle du juge qui entérine ou non ce projet (CJIP).

À la différence de la CRPC, il n'y a pas de reconnaissance de culpabilité et il y a négociations reconnues.

On en a vu le début avec le premier dossier tripartite impliquant l'Angleterre, les États-Unis et la France à propos d'une grande banque. Le plus spectaculaire a été celui des poursuites d'Airbus aux États-Unis en France et en Angleterre qui a abouti à une CJIP approuvée par le Président du tribunal. Une CJIP supposant un accord de tous, y compris sur l'amende proposée par le parquet.

Dans cette phase de discussions, les rapports juges-procureurs-avocats changent complètement. Déjà, avec la CRPC étendue, l'habitude s'est prise d'introduire de plus en plus la discussion entre les avocats et les magistrats du parquet sous la tutelle, puis avec l'entérinement, du juge du siège. Bien au-delà des justiciables, la combinaison de la CRPC et de la CJIP révolutionne les codes respectifs : l'avocat n'est plus un suppliant revendicatif et le parquet n'est pas uniquement un père fouettard. Ce sont deux parties qui ont décidé de trouver une solution alternative à une procédure pénale judiciaire longue et hasardeuse pour tous et sous le contrôle du juge. Et ceci, comme sa dénomination l'indique, dans l'intérêt public.

²⁵ La justice transactionnelle a commencé après-guerre aux États-Unis dans les affaires de délinquance juvénile.

Les magistrats du parquet se trouvent dans une position différente puisqu'ils ne sont pas uniquement chasseurs mais également négociateurs. Ce type de procédure initiée après-guerre aux États-Unis pour la justice des mineurs s'est développé à partir de 1977 avec le *Foreign Corruption Practice Act* en matière d'infractions économiques et de corruption. Cette procédure a introduit en France un germe de concorde entre avocats et magistrats.

Si selon ses habitudes le parquet ne croit pas les avocats, le processus est enrayé. De même si les avocats ne font pas confiance au parquet lorsqu'ils révèlent des infractions commises par leurs clients il n'y a plus de procédure transactionnelle.

Cette procédure suppose une sérieuse évolution des mentalités. Elle implique une transformation des relations avocats-magistrats puisque, pour pouvoir approuver la transaction entre le parquet et la personne poursuivie, le président du tribunal est amené, sauf cas particulier, à faire confiance aux deux parties, procureur et avocats.

C'est bien une révolution culturelle dont les premiers acteurs ont pu mesurer l'importance. Les avocats se rendent compte qu'ils ne peuvent se permettre la moindre omission ou, pire, le plus petit mensonge, et le parquet s'aperçoit que s'il est trop exigeant par ailleurs, l'intérêt public ne sera pas sauvegardé.

Recommandation :

Il faudrait créer une cellule d'observation du développement de cette procédure pour demander aux avocats qui y participent, et éventuellement de manière anonyme, quelles sont les conséquences pratiques de cette procédure transactionnelle sur les relations entre les deux professions.

Ces procédures donnent aux magistrats une autre image de l'avocat. D'orateur et de supposé menteur, il devient organisateur et coopérant de bonne foi. L'introduction de ce concept de bonne foi devient un élément majeur et régulateur de ces nouvelles relations qui pourraient tout à fait s'étendre à d'autres domaines. Ce sont enfin des procédures dans lesquelles l'avocat est acteur et non plus seulement auxiliaire extérieur et où la collaboration magistrat-avocat paraît se développer dans l'intérêt général.

7. Septième recommandation :

**UNE PRISE DE POSITION DU BARREAU
SUR LA SÉPARATION DU SIÈGE ET DU PARQUET**

En 1997, consulté par Élisabeth Guigou, peu après sa nomination comme Garde des Sceaux, sur les solutions aux problèmes de relations entre le Parquet et la Chancellerie, Hubert Dalle, l'ancien directeur de l'ENM (1989-1992), lui répondit « Ce n'est pas entre la Chancellerie et le Parquet qu'il faut couper le cordon, mais entre les magistrats du Siège et ceux du Parquet ». Il se prononçait ainsi sur l'anomalie créée par Napoléon lorsqu'il décida de mêler les deux corps et de ne faire qu'une carrière pour avoir prise sur l'ensemble des magistrats dont l'avancement pouvait se dérouler en grimpant sur une sorte d'échelle de perroquet (un barreau pour le Siège, un autre sur le Parquet). D'où après deux siècles le désir des syndicats de magistrats de nombre de parquetiers d'obtenir leur indépendance au même titre que ceux du Siège. Or cette ambiguïté est toxique pour les relations magistrats-avocats qui ne savent pas à quoi s'en tenir avec ces professions hybrides. Et encore plus difficile pour le justiciable qui, à juste titre, n'y comprend rien.

Dans pratiquement toutes les démocraties, les deux corps sont distincts et le plus souvent est organisée une interface entre le pouvoir et le parquet pour des raisons d'ordre public. L'expérience de la justice transigée crée de nouveaux rapports entre les parquets et les avocats. Sans doute serait-il utile de voir si les mentalités ont changé et si une sorte de confraternité ne pourrait naître pas entre avocats et procureurs.

Le comité d'éthique n'a pas vocation à préconiser des réformes constitutionnelles mais d'examiner si l'évolution des pratiques fait aussi évoluer les esprits au point de rendre facile ce qui paraissait impossible. Penser à mettre fin à cette anomalie française est pour nombre d'avocats de même certains magistrats une préoccupation légitime et fertile.

8. Huitième recommandation :

SOIGNER LES NOUVEAUX PALAIS DE JUSTICE

Avocats et magistrats finiront peut-être par s'habituer, en particulier les avocats, à ne plus se rencontrer à Paris. Mais cette habitude qui engendre une hostilité croissante est à éviter à tout prix.

Ce palais qui a fait l'objet d'un concours remporté par un architecte italien fort brillant ne semble pas avoir été complètement pensé à partir d'une analyse démocratique de son fonctionnement. La demande des utilisateurs n'a pas été en son temps assez accueillie ou recherchée. L'architecte démocratique est loin d'être seulement démagogique. On l'a hélas constaté à Nantes et à Bordeaux, mais pas à Lyon ni à Montpellier où les palais fonctionnent à la satisfaction de tous.

Faute d'informations suffisantes, l'architecte fait ce qu'il pense être beau. Mais ce beau peut être inefficace ou finir par être haïssable. Les erreurs ne sont pas de grande ampleur au palais de justice de Paris. Le bâtiment est remarquable, indépendamment de ses défauts.

Le problème qui intéresse ce présent rapport est celui des relations culturelles magistrats-avocats. L'avocat peut comme le magistrat exprimer des désirs mais ni l'un ni l'autre ne *savent* les traduire en forme. Pour être efficace dans nos recommandations, il faudrait donc consulter un architecte, admirant de préférence le concepteur de l'ensemble auquel il pourrait expliquer ce que ressentent les usagers afin qu'il corrige et finalise le travail en fonction des besoins. À cet égard, il faudrait mener une enquête auprès des avocats parisiens afin d'établir un cahier des charges reprenant de façon significative leurs reproches, justifiés ou non, à l'égard de ce bâtiment et de satisfaire leurs revendications légitimes en rattrapant les défauts de conception. Comme dans la métaphore de la porte qui s'ouvre par l'intérieur plutôt que par l'extérieur, il n'est pas forcément nécessaire de tout bouleverser. Quelques modifications simples mais radicales, peuvent changer le confort d'utilisation d'un bâtiment et le rendre plus adapté à la vie sociale qui s'y déroule.

Ce travail pourrait être encouragé par le comité d'éthique avec l'aide de l'ordre, ou l'ordre pourrait l'assumer lui-même avec le conseil du comité afin d'obtenir le maximum de

renseignements. Le temps ayant passé, les revendications s'étant décantées, on pourrait maintenant aboutir à un traitement valable.

Mais la question préalable est de savoir s'il existe un consensus, par exemple pour faciliter aux avocats l'accès aux magistrats. S'il s'agit davantage d'une bataille de fond que d'une querelle d'architecture. Si les conflits sont insolubles, il faudra créer une commission de conciliation permettant d'arriver à un arbitrage raisonnable.

Dans l'évaluation actuelle il faudra mesurer les conséquences de la création en face du palais de justice d'une maison du Barreau construite par le même architecte. Voir comment vont réagir avocats et magistrats et s'il y aura des effets sur leurs relations.

Étant un système de représentation, la justice fait un grand usage du symbolique, certes discret mais qui n'en est que plus fort. Il lui faut être à l'écoute des professionnels qui se feront forcément les interprètes des justiciables puisque l'idée d'une enquête auprès de ces derniers paraît peu réaliste.

9. Neuvième recommandation

LE PARRAINAGE

C'est une idée de Jean Danet, avocat honoraire, ancien membre du CSM et universitaire. Il s'agirait de croiser les professions en couplant un jeune avocat avec un ancien magistrat, et un jeune magistrat avec un ancien avocat. Le parrain ne peut être encore en activité afin d'éviter toute suspicion de conflit d'intérêts ou de confrontation du parrain encore en activité avec des affaires en cours.

L'idée serait qu'à la sortie de l'école de la magistrature un jeune magistrat puisse choisir un avocat ancien à titre de référent qui pourrait le conseiller sous le sceau du secret professionnel, de repérer les problèmes de toute nature qu'il peut rencontrer. Idem pour les jeunes avocats avec un magistrat honoraire.

Il y aurait une charte du parrainage à établir mais c'est une piste qui mérite d'être explorée et si possible mise en œuvre car elle serait une occasion de rapprochement durable entre les deux métiers et de transmission aux plus jeunes des expériences des plus anciens.

Le parrainage ne serait évidemment pas obligatoire mais laissé ouvert à un volontariat discret.

Une telle politique de parrainage participe d'une politique générale de rapprochement des deux professions sans heurter les obligations de chacun par rapport à son client ou par rapport au justiciable.

Conclusion

L'ŒUVRE COMMUNE

LA COMMUNAUTE JURIDIQUE

Comme l'a exprimé le Premier président Guy Canivet, il n'existe pas en France de communauté juridique à caractère général²⁶. Il peut y en avoir à l'échelle microsociale, c'est ainsi que les spécialistes de la concurrence, par exemple, ou même du pénal, peuvent se retrouver pour essayer de créer non pas une énorme communauté attrape-tout, mais une communauté sur des champs spécifiques. Elle en existe déjà par exemple en matière de droit de l'enfant et de la justice pour mineurs.

Une telle communauté a existé un moment sur le terrain du droit de la concurrence. Elle a été très éphémère sur le terrain pénal grâce simplement à un président de cour d'assises, qui avant d'être nommé à d'autres fonctions, avait réussi à créer celle avocats-magistrats aux assises. C'est par l'existence de multiples petites communautés qui finiront par se parler et échanger leurs expériences que s'en créera une grande, celle dont le manque affecte cruellement le fonctionnement de la justice et son respect par les justiciables.

L'essentiel n'est donc pas de réunir des avocats et des magistrats autour de banquets. Mais autour de problèmes concrets qui vont en s'accroissant et dont les solutions valorisent l'objet et par conséquent tous ceux qui y participent.

C'est ainsi que l'on pourra avancer pour améliorer les relations entre avocats et magistrats.

Par exemple, indépendamment des questions économiques ou du droit de la concurrence déjà cités, un domaine qui vient d'être évoqué s'est ouvert à cette collaboration : le droit des mineurs. Il est frappant de constater la proximité de certains juges pour enfants et certains avocats. C'est d'autant plus passionnant que magistrats et avocats s'aperçoivent

²⁶ Voir sa contribution p.70 *sq.*

que la présence d'un avocat, même lorsqu'elle n'est pas obligatoire et lorsque le discernement de l'enfant n'est pas encore mûr, peut être un élément du dispositif de soin et de soutien. Nombre de juges pour enfants sont particulièrement ouverts au dialogue, aidés et soutenus par la volonté commune, avocats et magistrats, de servir l'intérêt de l'enfant, ce qui est parfois plus aisé intellectuellement et moralement que lorsqu'il s'agit de l'intérêt d'adultes.

Beaucoup est à attendre d'une organisation de la réflexion chez ces professionnels pas toujours bien connus du public et même de chaque métier.

*

L'éthique passe par l'analyse des problèmes au regard de principes fondamentaux sur lesquels en principe tout le monde est d'accord. Ceci entraînant un certain nombre de transformations.

Un tel traitement est donc global. Il commence avec la formation et se termine par l'analyse du fonctionnement du palais de justice, en passant par les méthodes de travail et les nouvelles procédures, le tout pour valoriser l'œuvre commune et celle de chacun.

Pour aller plus loin, comprendre et traiter ces difficultés que l'histoire explique largement, il faut d'abord des informations qui pourraient être rassemblées par l'Ordre ou même par le Comité d'éthique au terme d'une enquête menée par des professionnels auprès des magistrats et des avocats afin de recueillir leurs doléances. Et ensuite il est nécessaire de faire un effort de conceptualisation afin de réduire le sujet à un ou deux points très sensibles.

Il est clair que la fonction de la justice est d'assurer la paix civile par un travail d'écoute et de décision qui n'humilie pas celui qui a perdu et déchire le moins possible le corps social. Lors des contestations électorales américaines dans l'affaire Bush contre Gore, on a vu des manifestations dans les rues jusqu'à la veille de l'arrêt de la Cour suprême. Une fois rendue la décision, tout s'est arrêté. *Right or wrong*, les Américains ont intégré cette

valeur de l'acceptation de la justice qui fait partie du contrat social. À la fin du mandat de Donald Trump on a vu avec l'attaque du Capitole un échec de la dissuasion par la perspective de la justice. Mais même nommés par Donald Trump, les juges ont résisté et respecté le droit et la démocratie en rejetant les recours abusifs sur la validité de l'élection. Un contrat crucial sur lequel, on vient de le voir, peuvent peser des menaces immédiates qui donnent le vertige.

On voit bien que l'ordre public dépend de la justice qui doit réunir avocats et magistrats dans un consensus basique.

Le premier des contrats est la Constitution. Avec vingt-sept constitutions depuis le XVIII^{ème} siècle et des convulsions prérévolutionnaires à intervalles réguliers, sinon constamment, la France de 2021 n'est pas dans un état très stable ni rassurant. La justice ne dispose pas d'une autorité parfaite et les tensions entre les avocats et les magistrats reflètent un aspect des dangers de l'époque.

Dans un tel climat, il est plus que jamais nécessaire que les relations entre avocats et magistrats soient bonnes. Comme le dit le Président Canivet, il n'y a pas de déontologie commune aux avocats et aux magistrats, mais il doit y avoir une déontologie des relations entre avocats et magistrats. On n'y est pas encore aujourd'hui car « il n'y a pas de règles du jeu ».

D'où en conclusion une dernière recommandation, modeste ou au contraire ambitieuse : on pourrait imaginer de créer une commission paritaire ad hoc composée de magistrats et d'avocats reconnus, choisis par le comité, pour mettre en place les bases d'une déontologie des relations entre les avocats et les magistrats.

Cet objectif devrait dominer tous les autres et, dans l'intérêt général, éteindre les polémiques, les bagarres et les tensions. Si la magistrature est au-dessous de ces exigences, l'autorité est défaillante. Mais si elle est au-dessus, ailleurs, entraînée par des ambitions corporatistes exagérées qui fleurent bon l'ancien régime, elle est perdue et les avocats et le système politique avec elle comme jadis.

Il est urgent que les professions fassent la paix. C'est l'objectif de tous les débats. Les propositions faites par le comité sont fondées sur l'empirisme et non sur le dogmatisme. Elles ne peuvent prospérer que sur un terrain qui valorise l'œuvre commune. Trouver les moyens de le faire est la clé du sujet. Et le retour au dialogue est une condition de la qualité des décisions de justice. Comme l'écrit Emmanuel Brochier, membre du comité

d'éthique, « l'entente magistrats-avocats n'est pas une commodité mais une nécessité ». Et nous pouvons même dire une nécessité pour l'ordre public dont dépend la paix civile qui repose elle-même sur une justice acceptée et reconnue par tous.

Pour le comité d'éthique du Barreau de Paris, le président
Daniel Soulez Larivière

Le 1^{er} février 2021

PERSONNALITÉS ENTENDUES

Guy Canivet, Premier président honoraire de la Cour de cassation, ancien membre du Conseil constitutionnel.

Jean-Michel Darrois, avocat au Barreau de Paris., auteur du « Rapport Darrois » sur l'organisation des professions du droit, mars 2009.

Antoine Garapon, magistrat, ancien directeur de l'IHEJ

Henri Leclerc, avocat nonoraire au Barreau de Paris

André Potocki, magistrat, ancien juge à la CEDH

Autres personnalités consultées par le président :

Hubert Dalle, magistrat honoraire, ancien directeur de l'ENM (1989-1992), Ancien président de la cour d'appel de Rouen,

Jean Danet, universitaire, avocat honoraire, ancien membre du CSM

Daniel Ludet, magistrat, ancien directeur de l'ENM (1992-1996), conseiller justice du Premier ministre Lionel Jospin, ancien membre du CSM, Président du conseil de déontologie de l'ordre judiciaire.

Éric Maîtreperre, magistrat, ancien directeur du service des affaires européennes et internationales au ministère de la justice, ancien directeur juridique de la DGAC

Bruno Pireyre, ancien avocat, président de chambre à la cour de cassation

MEMBRES DU COMITE D'ETHIQUE DU BARREAU DE PARIS

Laurent Aynes, agrégé de droit, professeur des universités à Paris I, avocat associé du cabinet Darrois Villey Maillot Brochier

Emmanuel Brochier, avocat au Barreau de Paris, associé du cabinet Darrois Villey Maillot Brochier,

Loïc Dusseau, avocat au Barreau de Paris, AMCO, AMCNB

Caroline Eliacheff, pédopsychiatre, psychanalyste.

Xavier Fontanet, ancien PDG d'Essilor, éditorialiste, enseignant à HEC, membre des conseils d'administration (l'Oréal, Schneider Electric...).

Dominique Heintz, président d'honneur du comité AMCO, MCNB, avocat associé du cabinet HWH, AMCO.

Jérôme Martin, avocat au Barreau de Paris, associé du cabinet Martin et Associés, AMCO.

Bernard de Montferriand, ancien ambassadeur de France en Allemagne, président de Platform, membre du conseil d'administration de la fondation de France.

Henri Nallet, membre honoraire du Conseil d'État, ancien ministre de l'agriculture et ancien Garde des Sceaux.

Laurent Pettiti, AMCO, AMCNB, président de la délégation permanente du CCBE auprès de la CEDH

Jacques-Antoine Robert, avocat au Barreau de Paris, associé au cabinet Simmons & Simmons, AMCO, MCNB

Nathalie Roret, avocat, vice-bâtonnière du Barreau de Paris, AMCO,

Louis Schweitzer, inspecteur des finances, ancien directeur de cabinet du Premier ministre, ancien président de la régie Renault et de la HALDE, président du Conseil des affaires étrangères.

Daniel Soulez Larivière, avocat au Barreau de Paris, AMCO, ancien membre de la commission Vedel pour la réforme de la constitution et Avril sur le statut pénal du Président de la république, président du comité.

Ayyam Sureau, philosophe, cofondatrice de l'association Pierre Claver.

Jérôme Tixier, président du conseil d'administration de France compétence, ancien DRH de L'Oréal.

Emilie Vasseur, avocat au Barreau de Paris, associée au cabinet Mayer-Brown, AMCO, expert auprès du Conseil des Barreaux Européens (CCBE).

Yves Wehrli, avocat au Barreau de Paris, managing partner europe continentale du cabinet Clifford Chance, membre du fair play financier de l'UEFA

CONTRIBUTIONS

Antoine Garapon*

Magistrats – avocats : des relations sans règle du jeu

Tout le monde s'accorde à reconnaître que les relations entre les magistrats et les avocats sont détestables et qu'elles se sont même dégradées ces derniers temps. Plutôt que de chercher des solutions immédiates, nous voudrions revenir sur les causes profondes de ce malaise qui tiennent au fait que ces relations ne sont soutenues par aucune règle du jeu claire de nature à les stabiliser ; aucune règle du jeu ni sociologique, ni symbolique, ni même procédurale.

Par règle du jeu, il faut entendre un encadrement structurant, une organisation qui assigne à chacun une place bien définie, la disposition dans un même espace social, en bref, une règle implicite plus profonde que les règles elles-mêmes mais indispensable à la bonne application de celles-ci. Elle renvoie à un vieux thème de la sociologie du droit qui distingue entre les mœurs, les *folkways* et le droit¹. C'est sur cette distinction que le doyen Carbonnier bâtissait sa sociologie du droit pour laquelle le « droit dogmatique » n'était que la dernière feuille, parfois très mince, de cet empilement de normativités (sociale, religieuse, économiques, etc.). Ces règles du jeu sont rarement formulées, non par paresse mais parce que leur efficacité requiert une certaine ignorance de ceux qui les observent. Elles n'éprouvent pas le besoin d'être formulées, du moins lorsque tout va bien (ce qui est le signe qu'elles fonctionnent de manière satisfaisante). Mais, par gros temps, il ne suffit pas de repeindre la chambre du capitaine, il faut descendre dans la salle des machines.

* Magistrat, ancien secrétaire général de l'Institut des hautes études de la justice

¹ Jean Carbonnier, *Sociologie juridique*, Paris, PUF, 2016, 3^{ième} partie.

I- Du point de vue sociologique

Depuis le XIX^{ème} siècle jusque dans les années 60/70 (tout cela est très intuitif et mériterait d'être affiné), les relations entre avocats et magistrats étaient plus paisibles parce qu'elles étaient sous-tendues par une forte homogénéité sociale. Les deux professions appartenaient à la bourgeoisie (même s'il faudrait affiner les différences entre la bourgeoisie locale des avocats et les magistrats qui circulaient à travers la France durant toute leur carrière et se distinguaient de celle-ci par un habitus plus austère, moins démonstratif ; parmi lesquels on retrouvait peut-être plus de descendants d'aristocrates). Leurs relations étaient régulées par leur classe sociale, ils se « recevaient » à dîner par exemple. Lorsque l'auteur de ces lignes a commencé sa carrière, il y a quarante ans à Valenciennes, un vieux bâtonnier pouvait se permettre de tancer un jeune juge sur la manière de rédiger ses jugements, de la même manière, l'on gardait en mémoire l'époque pas si lointaine, où il était de coutume que le président montrât au bâtonnier pour avis ses projets de jugements civils dans des affaires qui posaient de véritables questions de droit.

Aujourd'hui, l'origine sociale s'est fort heureusement diversifiée (plus chez les avocats que chez les magistrats). L'évolution de la taille respective des deux professions a rendu cette complicité plus difficile : alors que le nombre de magistrats est resté relativement stable, le nombre d'avocats a considérablement augmenté ce qui a tendu la concurrence entre eux (n'oublions pas que les difficultés de relations externes à une profession cache souvent des tensions internes qu'elles cherchent ainsi à expulser)². D'où une disparité grandissante dans le niveau de qualification. La massification des promotions de jeunes avocats a correspondu naturellement à une baisse de niveau au moment où celui-ci montait à l'ENM dont le recrutement est infiniment plus sélectif. L'arrivée d'une plus grande professionnalisation des avocats du fait de la nécessaire spécialisation et de l'arrivée des *Law firms* n'a pas eu d'équivalent chez les magistrats. Cela a eu pour effet de faire éclater l'homogénéité de la qualification professionnelle, certains avocats étant plus qualifiés que les juges devant lesquels ils plaidaient dans des domaines très pointus, tandis que l'écart se creusait dans l'autre sens pour la justice ordinaire.

² Il y avait, de mémoire, 29 avocats au barreau de Valenciennes pour un ressort de 400 000 habitants.

Alors que l'homogénéité, aussi bien en termes de recrutement, de revenus et de fonction, a continué de caractériser la magistrature, l'avocature s'est pourrait-on dire « dualisée ». C'est là un phénomène fondamental qui n'a affecté que les barreaux des grandes villes (principalement Paris et Nanterre) en creusant la différence entre grands et petits barreaux³. La mondialisation a accéléré l'écart entre les avocats d'affaires et les avocats traditionnels et le palais de justice a cessé d'être la maison commune des professions juridiques.

Les deux professions ont ainsi connu ces trente dernières années, des évolutions contraires : au fur et à mesure que l'unité de la magistrature se renforçait, et avec elle la qualité moyenne, du fait entre autres de l'ENM mais aussi de toutes les ressources de socialisation de la fonction publique et des grands corps (formation initiale et continue commune, mobilité qui renforce l'esprit de corps, etc.), la profession d'avocat perdait son unité et n'était plus en mesure de garantir l'homogénéité dans ses prestations.

Tous ces phénomènes ont fait voler en éclat la règle du jeu implicite d'abord à l'intérieur de la profession d'avocat qui abrite au moins deux métiers différents avec un effet ciseau : les avocats d'affaires ont prospéré pendant que les avocats de proximité s'appauvrissaient. Les seuls cercles de socialisation commune subsistant entre magistrats et avocats, outre l'université, sont de nature militante (surtout à gauche) ou sur la base de convictions fortes (cercles de pensée, justice internationale, etc.).

II- Du point de vue des affiliations symboliques

Les vents favorables engendrés par des phénomènes aussi puissants que la judiciarisation des sociétés démocratiques ou la mondialisation (les deux remontant à la chute du Mur en 1989) qui poussent sur le devant de la scène des juristes de droit privé, n'ont pas rapprochés les avocats et les magistrats, le cœur de nos élites françaises restant administratives. Si fait qu'en France l'on peut continuer d'affirmer que les élites ne font pas de droit (privé) et le droit (privé) n'a pas d'élites.

³ À titre indicatif le chiffre d'affaire d'un gros cabinet parisien est supérieur à l'ensemble du chiffre d'affaires des avocats de la seine Saint-Denis.

Cette condition exilée n'a pas réuni – loin s'en faut – les deux professions qui restent paradoxalement divisées par une scène commune. S'ils étaient réunis hier par des symboles communs, ils ont emprunté ces dernières années, deux chemins qui les éloignent. La profession d'avocat qui s'est développée par une croissance externe résultant de fusions-absorptions successives (des conseils juridiques, puis des avoués, puis des conseils en propriété intellectuelle) s'est rapprochée d'un modèle marchand, tandis que les magistrats, du fait entre autres de la réforme de 1958 et la création de l'ENM mais aussi de la politisation du thème de la sécurité qui les a rendu plus indispensables au politique, se sont de plus en plus assimilés à la fonction publique.

Une fonction publique à part toutefois. La magistrature continue de souffrir d'une division très ancienne des élites françaises qui remonte à l'Ancien Régime. Pour comprendre ce qui se joue, il faut faire intervenir une troisième profession, elle-même en pleine transformation, celle des hauts fonctionnaires, de la « noblesse d'État »⁴. Il y a la forme conseil et la forme-juridiction, la forme-conseil est celle des conseils d'Ancien Régime – Conseil du Roi, Haut conseil, conseil privé, conseil des parties - qui était une forme absolutiste ces conseils étant chargés de rationaliser la puissance royale, ce qu'ils ont très bien fait d'ailleurs ; l'autre par les parlements à la fois instance constitutionnelle et judiciaire)⁵. La tension entre ces deux formes de rapport droit-pouvoir (l'une procédant d'un rapprochement qui confine à la confusion, l'autre d'une distance qui peut devenir irresponsable), demeure et n'a toujours pas été résolue, aucune de deux ne pouvant prétendre à une victoire définitive.

Pendant que les magistrats succombaient à la force magnétique de la haute fonction publique, les avocats voyaient leur mission naturelle de porte-parole des aspirations du public concurrencées par des nouveaux entrants – et quels acteurs ! – que sont les activistes numériques, qu'ils soient techniciens ou militants car ces deux qualités tendent à se confondre - et les réseaux sociaux et tous les instruments numériques. Les avocats subissent de plein fouet la crise de la représentation.

Ces deux aimants de la fonction publique d'une part, d'une profession commerciale de l'autre, génèrent deux troubles identitaires. D'un côté, nombre de

⁴ Comme le dit Pierre Bourdieu dans son livre éponyme : *La noblesse d'État. Grandes écoles et esprit de corps*, Paris, Éditions de Minuit, 1989.

⁵ Voir à ce sujet : Elina Lemaire, *Grande robe et liberté. La magistrature ancienne et les institutions libérales*, Paris, PUF, Collec. « Léviathan », 2010.

professionnels du droit qui ont reçu le titre d'avocat, ne mettent jamais le pied dans un palais de justice et sont devenus des businessmen. Du côté magistrat, un même trouble sur le point de savoir qui l'on est au juste se fait sentir. Lorsque telle organisation syndicale de magistrats se solidarise avec la CGT dans la réforme des retraites, on comprend que certains justiciables peuvent légitimement s'inquiéter de leur impartialité⁶. Un ancien premier président de la cour de cassation félicitait une promotion d'auditeurs à l'ENM, disant : « vous avez réussi un concours difficile, vous êtes prêts à prendre vos fonctions, j'espère qu'à la fin de votre carrière certains d'entre vous seront devenus des juges ».

Le rapport Thiriez a eu le mérite de poser la question (à son corps défendant) en tirant les magistrats du côté de la haute fonction publique. Nous sommes en effet arrivés à la croisée des chemins : dans quelle direction doivent aller les magistrats ? Doivent-ils franchir le dernier pas et se penser comme des hauts fonctionnaires, à rebours de la tendance actuelle qui réclame un pouvoir judiciaire (comme en témoigne la vague de judiciarisation post Covid) ? Ne doivent-ils pas regarder plutôt du côté d'une identité de juriste mieux affirmée ? Avant de répondre à cette question, il faut envisager la troisième source de malaise des rapports qui est plus profonde car elle concerne le procès lui-même.

III- D'un point de vue procédural

Pour comprendre les difficultés de l'avocat à trouver sa véritable place dans le procès, il faut faire un peu d'histoire. Le procès romano-canonique repose au pénal sur une enquête faite par un clerc (puis par des juges étatiques) destinée à être évaluée publiquement une fois qu'elle s'est avérée concluante, c'est-à-dire que des faits ont pu être sinon établis du moins bien élaborés et vérifiés. L'avocat a été invité dans cette procédure, un invité de plus en plus permanent qui a exigé – et obtenu – des garanties tout au long de ce processus mais sans en changer la structure profonde qui demeure un acte de savoir-pouvoir.

Cela contraste avec l'histoire du procès de Common Law qui a suivi un tout autre chemin. Il s'est construit après que les ordalies médiévales aient été interdites par le

⁶ L'Institut Montaigne a publié une note expliquant pourquoi une majorité d'hommes d'entreprise n'ont pas le sentiment que les juges sont impartiaux...

quatrième concile de Latran en 1215, en conservant la structure ordalique. Dans cette dernière, le procès s'organise autour d'un combat, d'une sorte de duel judiciaire, de duel rhétorique, devant le jury qui prend la suite des forces surnaturelles ou de Dieu, qui sont censées être les véritables auteurs du jugement. Le procès s'est construit d'une part autour d'une place vide – le lieu de l'absent – alors que dans le procès français cette place est occupée par le pouvoir, et, de l'autre, de l'action des parties et de leurs avocats, le juge étant initialement en retrait et s'étant affirmé au fil des ans (alors qu'il occupe la place centrale en France). Une telle structuration constitue la communauté professionnelle à partir des avocats et non des juges ; mieux, ces juges et ces *barristers* constituent une Église dans un État très laïque et très rationnel alors qu'en France, magistrats et avocats font tous partie d'un État-Église⁷.

Ce rapide détour historique était important pour en arriver à ce constat : le rôle de l'avocat français qui s'est invité progressivement dans une action qui restait conduite par des juges et par des clercs, ne semble toujours pas stabilisé dans le procès français. Il joue un rôle de garantie, certes, et c'est un rôle essentiel mais qui demeure en jeu de contre, pas un premier rôle ; c'est plus un défenseur plutôt qu'un attaquant. C'est pour cela qu'au pénal, il oscille entre ce qu'Henri Leclerc appelle le rôle de « supplicateur de justice », et un nouveau rôle d'intimidateur de justice plutôt incarné par Dupont-Moretti. Ce ne sont là que les deux faces d'une même médaille, d'une même impuissance à jouer les premiers rôles. Est-il certain qu'ils aient envie d'aller plus loin ? Cela leur ferait reposer sur les épaules une autre responsabilité. On pourrait ajouter une autre tendance, incarnée cette fois par Jacques Vergès, la tendance à aller chercher la justice ailleurs, sur la scène politique ou dans les médias. A chaque fois, on voit que l'avocat n'est pas au cœur de la production de la vérité, qu'il est dans le fond dans une position un peu instable parce qu'il ne gagne jamais par sa puissance d'organisation et de rationalisation du procès comme ça se passe en Common Law. Idem dans le procès civil où les juges s'en remettent beaucoup – trop ? – aux experts.

Peut-être n'y a-t-il pas de règle du jeu parce qu'il n'y a pas de jeu, c'est le fond du problème. La Common Law tout entière se comprend comme une règle du jeu social et non comme un objet sacré. L'avocat est dans un statut inconfortable parce qu'il doit préparer ses clients à un traitement judiciaire sur lequel il n'a pas tant de prise. Dans un article très célèbre, Abraham Blumberg définit le procès comme « *The practice of*

⁷ Je renvoie sur tous ces points au maître-ouvrage de Robert Jacob : *La Grâce des juges. L'institution judiciaire et le sacré en Occident*, Paris, PUF, 2014.

law as a confidence game »⁸ comme un jeu de confiance ; dirait-on la même chose en France ? Que ça soit dans le rapport à la vérité ou dans le rapport au juge, il est fondé sur une défiance mutuelle. Le procès civil français repose trop souvent sur un échange de non-respect mutuel : le juge fait la vérité par les moyens qui lui sont propres - instruction ou expertise – mais largement indépendamment des avocats ; et, comme les avocats ont conscience qu'ils sont tenus en dehors du coup, il n'y a pas de grande responsabilisation de leurs écritures et de leur devoir de vérité à l'égard du juge, qui serait insupportable dans le monde américain où il le *duty to the court* pèse sur l'avocat, ou en Angleterre où l'avocat doit citer tous les précédents y compris ceux qui lui sont défavorables. Ils sont *officer of the court* c'est-à-dire qu'ils sont là pour faire marcher la machine et la dégripper lorsqu'elle est grippée, pas pour la bloquer.

Lors d'une enquête sur la justice du XXI^e siècle⁹, nous avons été frappés de voir à quel point les juristes de droit privé - professeurs de droit, magistrats, avocats, notamment -, se réfèrent constamment à une existence symbolique en majesté qui n'occupe pourtant qu'une partie minime de leur métier, comme s'ils ne pouvaient penser que celle-ci. Mais, paradoxalement, ces attributs communs entre magistrats et avocats sont de moins en moins communs, ils sont même parfois retournés contre les juges. On assiste à une *weaponization of symbols*,¹⁰ en ce que les symboles judiciaires sont transformés en armes de lutte - on jette sa robe, on se retourne lors de l'audience de rentrée, on danse en robe dans la rue. Plus la robe est portée, agitée, brandie sur le pavé, moins elle distingue celui qui la porte à l'audience. Ces symboles ne vivent que du crédit que nous leur accordons, du respect qu'ils inspirent. Cela témoigne d'un déplacement de la scène de référence qui n'est plus le prétoire c'est-à-dire les institutions mais la rue, c'est-à-dire le rapport de force. Ce n'est guère bon signe pour la régulation de la violence.

Dans ce domaine comme dans d'autres, la récente crise sanitaire fut un révélateur impitoyable du fossé qui s'était creusé entre les deux professions. Les

⁸ Abraham S Blumberg, « The Practice of Law as Confidence Game : Organizational Cooptation of a Profession », *Law & Society Review*, vol. 1 N°2, 1967.

⁹ Antoine Garapon, Boris Bernabé, Sylvie Perdrille, *La prudence et l'autorité. Juges et procureurs du XXI^e siècle*, Paris, Odile Jacob, 2014.

¹⁰ Le terme anglais de *weaponisation* désigne la tendance actuelle à transformer une chose en une arme ; c'est vrai des images sur les réseaux sociaux mais l'on pourrait dire que c'est également vrai du droit qui est utilisé comme un repoussoir pour forcer à négocier - voir à ce sujet Antoine Garapon et Pierre Servan-Schreiber (dir.), *Deals de justice*, Paris, PUF, 2013.

magistrats ont essayé tant bien que mal de maintenir l'activité juridictionnelle avec des résultats très mitigés. Les avocats se sont sentis abandonnés : pas d'informations, personne au téléphone, aucune implication ne leur fut ne serait-ce que demandée. Cela contraste avec ce qui s'est produit chez pratiquement tous nos voisins où tous – magistrats, avocats mais aussi greffiers, policiers et tant d'autres – se sont retroussé les manches pour assurer la continuité de la justice. Mais s'il n'y avait pas de sentiment préalable de solidarité entre les différents membres de cette communauté, comment espérer qu'ils se serrent les coudes en cas de coup dur ?

On ne peut que déplorer cette dégradation lente et continue des rapports entre magistrats et avocats, nourrie de fantasmes réciproques, les uns pensant « c'est vous qui avez tout le pouvoir dans la justice » - ce qui est malheureusement très largement vrai, et les autres que « vous faites ça pour l'argent », ce qui n'est pas infâmant ; un bon système n'est-il pas celui dans lequel le pouvoir arrête le pouvoir ? Les magistrats vivent toute réforme qui agrandit le rôle de l'avocat comme une diminution de leur pouvoir. Ils se trompent de la même manière que les avocats qui dénoncent le pouvoir des juges : leur force commune est dans l'unité. Un système viable n'est-il pas celui qui fait converger l'intérêt et le bien commun ? C'est la raison pour laquelle il faut penser toute réforme de la justice à partir d'un modèle économique viable et décent pour les avocats ; précisons immédiatement dont ont besoin les gens attirés devant la justice qui n'ont pas les moyens de leur défense. L'enjeu est de trouver donc un rapport synergétique entre l'argent, le pouvoir, le droit, l'interprétation, une saine émulation entre les professions juridiques, et non cette concurrence mortifère pour tout le monde, ni cette rivalité d'un autre âge.

Conclusion

On ne sera pas surpris de constater que des rapports qui ne sont pas réglés en profondeur par des règles consensuelles, sont condamnés à l'affrontement parfois violent. Or celle-ci ne profite à personne et certainement pas à la justice. Comment peut-on s'en sortir ? Comment redéfinir une règle du jeu ? Va-t-on la trouver par une homogénéité sociologique ? La réponse est dans la question. Faut-il rehausser le prix d'entrée dans la profession, revitaliser les rituels initiatiques et fermer le cercle ? C'est malsain et de surcroît illusoire à l'époque digitale où nos concitoyens réclament plus d'horizontalité et de contact direct. Faut-il clarifier le rôle de chacun dans le procès ?

C'est à l'évidence une partie de la solution mais, ne rêvons pas, on ne change pas une culture multiséculaire d'un claquement de doigts.

Une autre solution, qui est comme on le verra déjà en chemin, est de miser sur des communautés professionnelles. Il est vain de prétendre « établir » de manière volontariste une communauté professionnelle : elle se constitue spontanément ou pas. Il est néanmoins possible de l'encourager. Elle ne se refera pas – si tant et qu'elle ait un jour existé – globalement entre avocats et magistrats, mais par secteurs, par subcultures. On en a vu de multiples exemples ces dernières années. On songe à des secteurs comme l'anti-concurrence, aux assises où ce mouvement a été interrompu, au PNF voire en matière de propriété intellectuelle et industrielle dans laquelle par nécessité les faits et les preuves sont rapportés par les avocats et pas par les juges ; on pourrait ajouter le droit familial.

Il ne faut pas s'arrêter là : de telles communautés doivent intégrer des juristes venus d'autres horizons voire des non-juristes. On pense aux professeurs de droit tout d'abord, qui sont une ressource précieuse. Eux-aussi souffrent du même enfermement dans leur milieu, et gagneraient à s'ouvrir. Mais, répondra-t-on, ce sont une fois encore des fonctionnaires, or l'enjeu est de briser cette cage de verre ou cette enveloppe symbolique comme on voudra, de l'État. Un nouvel acteur a pris ces dernières années une place grandissante : le juriste d'entreprise. Ce n'est probablement pas par hasard si c'est à leur initiative que s'est réunies depuis plusieurs années à présent le « Grenelle du droit ». Il faut également signaler des nouvelles formations communes telles la MAJ (magistrats, avocats, juristes d'entreprise), partenariat de l'ENM, de l'EFB et de l'AFJE, qui a pour objectif d'améliorer le partage des connaissances entre ces trois professions, et de leur permettre de mieux comprendre comment chacun exerce son métier, afin, en dernier de contribuer à créer une culture commune.

En d'autres termes, c'est en se tournant vers l'avenir, sans nostalgie, en s'appuyant sur les jeunes, en abattant les cloisons entre le privé et le public, entre les corporations qui forment l'aristocratie de la noblesse d'État que les rapports entre magistrats et avocats s'amélioreront. Peut-être pas entre tous les avocats et tous les magistrats, peut-être pas uniformément en France, mais un peu.

Ne nous y trompons pas : la constitution de communautés professionnelles de juristes de droit privé, ne sont pas du goût de tous ; elles rencontreront à n'en pas douter des obstacles. En témoigne de ce qui s'est passé à Paris, où une véritable communauté professionnelle entre

avocats pénalistes, présidents d'assises et journalistes s'était formée et où elle fut interrompue par la promotion/sanction du président qui en était le pilier. La hiérarchie judiciaire ne voit pas toujours cela d'un bon œil car plus ces communautés seront fortes, moins elle aura prise sur les magistrats. Mais c'est assurément la condition pour offrir à nos concitoyens une justice bien rendue. On n'aurait jamais assisté à cette époque à des incidents comme ceux qui l'on peut déplorer aujourd'hui où se multiplient les attaques voire les menaces *ad hominen*. Parce que la règle du jeu, c'est *in fine* une instance de contrôle social, ce qui est infiniment nécessaire à toute communauté humaine. Il faut donc stimuler la création de communautés professionnelles de juristes qui seront sources d'autorité et qui secréteront une nouvelle règle du jeu

Guy Canivet*

Existe-t-il une éthique commune des juges et des avocats faisant référence à une théorie générale et à une définition de la justice ?

Introduction

1 – La présente note se réfère à une consultation du Comité d'éthique du barreau de Paris, dans le cadre d'une étude sur la relation entre avocats et magistrats. Cette consultation portait sur l'existence d'une « éthique commune des juges et des avocats faisant référence à une théorie générale et à une définition de la justice ». Les observations qui suivent se bornent à esquisser la problématique de la question débattue et les orientations d'un approfondissement qui permettrait de dégager des propositions d'action.

2 - A l'origine de la démarche, il était proposé de dépasser les troubles dans la relation entre avocats et magistrats, signalées par la chronique judiciaire récente¹, en recherchant les fondements éthiques communs de leurs participations respectives au service de la justice. Les incidents auxquels il est fait référence sont décrits et commentés dans un grand nombre de publications² et, dans les derniers mois, ont incité à des initiatives apaisantes réunissant toutes

* Premier Président honoraire de la Cour de Cassation, ancien membre du Conseil constitutionnel.

¹ Pour l'essentiel les tensions ont eu lieu à Paris en raison des restrictions de circulation imposées aux avocats dans les locaux du nouveau Palais de justice, non ouverts au public ; V. not : P. Gonzalès, « Paris : multiplication des incidents entre avocats et magistrats » [en ligne], *Le Figaro*, 28 mai 2019, <<https://www.lefigaro.fr/actualite-france/paris-incidents-entre-avocats-et-magistrats>>.

² Entre autres, B. Thouzellier, Avocats et magistrats, in *Les avocats*, Pouvoirs 2012/1 n° 140, Le Seuil, p. 91 et s. ; M. Carius, « Dialogue entre avocats et magistrats : pour une approche culturelle », *Dalloz Actualité*, 29 nov. 2019 <<https://www.dalloz-actualite.fr/node/dialogue-entre-avocats-et-magistrats-pour-une-approche-culturelle#.XnVZhpNKg0p>> ; V. de Senneville, « Avocats-magistrats : les vraies raisons de la discorde » [en ligne], *Les Echos*, 1 févr. 2017, <<https://www.lesechos.fr/2017/02/avocats-magistrats-les-vraies-raisons-de-la-discorde-1114334>>.

les composantes du monde judiciaire³. Bien qu'amplifiées par des événements récents⁴, ces tensions ne sont cependant ni nouvelles⁵, ni spécifiques à notre pays. L'histoire de la justice en France montre que sont complexes et parfois conflictuels les rapports entre les parties prenantes de la justice⁶. Tandis que les organisations internationales réunissant chacune des catégories de professionnels impliquées se font l'écho de phénomènes comparables dans des systèmes judiciaires de cultures différentes⁷. Entre réactions d'humeur ou militantes et études diverses, sont explorées les solutions systémiques qui permettraient d'instaurer entre les professionnels concernés une coopération vertueuse au sein du monde judiciaire. L'un des axes de réflexion consiste à assoir cette relation sur les valeurs propres à la justice. Une telle perspective invite, au préalable, à quelques observations sur le champ de la réflexion et les concepts en cause.

3 - L'ambition serait de montrer que la théorie du procès établit un rapport particulier entre avocats et magistrats. La désignation des sujets de cette relation institutionnelle serait toutefois à préciser et à compléter. D'une part, l'exercice de la justice mobilise plusieurs fonctions :

³ Conseil Consultatif des juges européens (CCJE) « Mieux organiser les relations entre juges et avocats pour une justice meilleure » Paris, 7 nov. 2012 : <ccje/european-conference-organised-by-the-consultative-council-of-european-judges-and-the-paris-bar-association-on-the-theme-how-to-better-organise-the-relations-between-judges-and-lawyers-in-order-to-improve-the-provision-of-justice-speech> ; Colloque « Éthique de la relation judiciaire : magistrats et avocats », 9 mars 2018, <<http://www.justice.gouv.fr/organisation-de-la-justice-10031/magistrats-et-avocats-en-colloque-31388.html>> ; Assises des relations entre avocats, magistrats, greffiers et personnels de justice, 14 novembre 2019, <<https://www.gazette-du-palais.fr/actualites-professionnelles/a-leurs-assises-avocats-magistrats-et-greffiers-lavent-leur-linge-sale-en-famille/>>.

⁴ Les modalités de la grève des avocats déclenchée en protestation à leur rattachement au système universel de retraite. V. not. : O. Dufour, « À Paris, la grève des avocats inquiète les magistrats », *Actu juridique Lextenso*, 21 janvier 2020, <<https://www.actu-juridique.fr/professions/la-greve-des-avocats-se-poursuit-les-magistrats-sinquietent>>.

⁵ V. par ex. : C. Cointat, *Rapport d'information du Sénat sur l'évolution des métiers de la justice*, n° 345, juil. 2002 ; B. Bastard et W. Ackermann, « Une coopération conflictuelle : les relations entre les barreaux et les tribunaux de grande instance », *Droit et société*, 1993, n°23-24, pp. 59-78 ; B. Garnot, « Juges et avocats : histoire d'une vieille rivalité » [en ligne], *Figarovox*, 11 nov. 2014, <https://www.lefigaro.fr/vox/societe/juges-et-avocats-histoire-d-une-vieille-rivalite.php>.

⁶ L. Karpik, *Les avocats. Entre l'État, le public et le marché XIII^e-XX^e siècle*, Paris, Gallimard, coll. « Bibliothèque des sciences humaines », 1995, p. 482 ; L. Assier-Andrieu, « Les avocats, identité, culture et devenir », *Gazette du Palais*, 2011 ; J.-L. Halperin, « Les professions judiciaires et juridiques dans l'histoire contemporaine : modes d'organisation dans divers pays européens », *Droit et société*, 1994, n°26, pp. 109-115. *Rapport du groupe de travail relatif à la protection des magistrats*, juin 2016 ; M. Babonneau, « Protection des magistrats : des avocats dans le viseur d'un rapport du ministère de la justice », *Dalloz Actualité*, 29 juin 2016, <<https://www.dalloz-actualite.fr/flash/protection-des-magistrats-des-avocats-dans-visueur-d-un-rapport-du-ministere-de-justice#>>.

⁷ CCJE, Avis n° (2013) 16 sur les relations entre les juges et les avocats, 15 nov. 2013 adopté lors de la 14^{ème} réunion plénière du CCJE ; Conseil des barreaux européens (CCBE), Charte des principes essentiels de l'avocat européen et Code de déontologie des avocats européens, édition 2019, <https://www.ccbe.eu/fileadmin/speciality_distribution/public/documents/DEONTOLOGY/DEON_CoC/FR_DEON_CoC.pdf>.

juger, poursuivre, défendre et authentifier. Il est donc nécessaire de distinguer les relations processuelles de l'avocat dans l'exercice de la défense, avec ceux qui sont respectivement chargés des autres fonctions : les juges, les procureurs et les greffiers. D'autre part, pour être complet, il faudrait prendre en compte que, dans l'activité juridictionnelle, interviennent d'autres corps professionnels : d'un côté, les membres des juridictions administratives⁸ et les juges non professionnels, de l'autre, les médiateurs, les huissiers de justice, les administrateurs et mandataires judiciaires ou les experts... La recherche d'une communauté de valeurs propre à l'exercice de la justice devrait donc tenir compte de cette réalité complexe. En gardant ces données à l'esprit, les développements qui suivent se concentrent sur la relation entre les avocats et les magistrats de l'ordre judiciaire.

4 - Autre clarification nécessaire : un grand nombre de publications consacrées à la question utilise, sans toujours les préciser, les concepts de morale, d'éthique ou de déontologie. Si la définition de chacun d'eux est discutée dans les disciplines philosophique, sociologique et juridique⁹, le sujet impose toutefois de s'arrêter à un sens simple, le plus généralement admis. Même si la proposition peut sembler sommaire, on entendra par morale un ensemble de principes généraux, abstraits, objectifs et universels de conduite considérés comme bons ; par éthique, la compréhension de ces valeurs morales par les acteurs d'un domaine spécifique d'activité (en l'espèce le monde judiciaire) ; et par déontologie l'ensemble des normes relatives aux devoirs et obligations s'imposant aux membres d'une même profession, entre autres ceux de chacune des professions judiciaires. Selon la formulation de la question de départ, c'est spécifiquement dans le champ de l'éthique que se situe la question à débattre.

5 - Ces prémices étant admises, l'exercice proposé consiste à rechercher les bases d'une éthique des acteurs de la justice (I) avant d'en risquer le contenu (II).

I – Les bases d'une éthique des acteurs de la justice

6 - Dans la littérature foisonnante consacrée à la question, diverses propositions ont été émises pour établir les bases d'une éthique commune aux acteurs du procès : l'existence d'une communauté institutionnelle ou culturelle des juristes (I-1), à tout le moins des professions

⁸ J.-M. Sauvé, « Avocats et magistrats administratifs : la déontologie en partage », *Intervention de Jean-Marc Sauvé lors des septièmes états généraux du droit administratif*, 30 juin 2017, <<https://www.conseil-etat.fr/actualites/discours-et-interventions/avocats-et-magistrats-administratifs-la-deontologie-en-partage>>.

⁹ A. Jaunait. « Éthique, morale et déontologie », E Hirsch (éd.), *Traité de bioéthique*, Tome 1. Fondements, principes, repères éditions Erès, 2010, pp. 107-120.

judiciaires (I-2), une formation commune (I-3) ou les principes essentiels de leurs déontologies respectives (I-4).

I-1. Le mythe d'une communauté des juristes

7 - Le mythe d'une communauté de divers praticiens du droit¹⁰, de l'enseignant chercheur à l'avocat, au magistrat, à l'expert-comptable et au juriste d'entreprise, en passant par les diverses professions juridiques réglementées¹¹, se réfère, en général, au modèle du « *Lawyer* » de *common law* selon lequel, dans leur ensemble, les juristes seraient animés d'un sentiment identitaire déterminant les principes d'une éthique partagée¹². A supposer admise la réalité, dans le modèle auquel on se réfère, au Royaume-Uni par exemple, d'une identité culturelle entre les diverses catégories de juristes : juges des différentes cours, « *magistrates* », conseillers juridiques de la couronne, « *attorneys* », « *solicitors* », « *barristers* », « *executive lawyers* », ou assistants juridiques (« *paralegals* »)¹³..., un groupe comparable, porteur de cultures professionnelles, de valeurs et d'intérêts spécifiques, propres à déterminer des règles communes de comportement, serait-il concevable dans le modèle français¹⁴ ? D'un point de vue historique une telle unité a existé en France au XIX^{ème} siècle où magistrats, notaires et avocats formaient une « bourgeoisie de robe » auto-reproduite constituée de « notables », protégée par un accès élitiste aux facultés de droit et formée aux enseignements très généraux qui y étaient dispensées¹⁵. Ce modèle a toutefois progressivement disparu à la faveur de l'ouverture des facultés de droit permettant l'accès des classes moyennes aux professions juridiques, à la spécialisation de ces professions, à l'émergence de cultures professionnelles différentes, à l'organisation de corporations distinctes, à la soumission de la profession d'avocats à une logique de marché et à la fonctionnarisation de la magistrature¹⁶. De sorte que, même si les anciennes générations de juristes restent influencées par la représentation

¹⁰ On désigne indifféremment sous les termes de juristes les professionnels du droit, les professions juridiques ou les groupes professionnels qui exercent leur activité dans les systèmes juridiques et judiciaires au nom d'une compétence basée sur le savoir juridique.

¹¹ À quoi il faudrait ajouter les légistes.

¹² L. Grard et C. Gauthier (dir.), *Les professions juridiques et judiciaires en Europe*, GIP Mission « Droit et Justice », 2014, <<http://www.gip-recherche-justice.fr/publication/les-professions-juridiques-et-judiciaires-en-europe>>.

¹³ *op. cit.*, p. 118 et s.

¹⁴ G. Canivet, « Restaurer la communauté des juristes », *Gazette du Palais*, 2006, n° 40 et 49, p. 25. ; D. Soulez-Larivière, « La communauté des juristes, son intérêt pour la défense et la justice », *Justices*, Dalloz, Hors-série, Recueil n°43, 6 déc. 2001, pp. 112-120.

¹⁵ F. Audren, J.-L. Halpéri^{ème}, *La culture juridique française*, CNRS édition, 2013 ; Ch. Charles, « La bourgeoisie de robe en France au XIX^o siècle », *Le mouvement social*, n° 181, octobre-décembre 1997, p. 53 sq.

¹⁶ F. Audren, J.-L. Halpérin, précité.

rémanente de l'idéal révolu d'une communauté juridique, les études contemporaines consacrées à la question font le constat d'une fragmentation difficilement réductible des diverses catégories de praticiens du droit¹⁷. Dans un tel contexte, la réflexion s'oriente vers l'opportunité et les moyens d'une réforme visant à les rassembler dans une « grande profession du droit » pour les soumettre à des règles communes favorisant leur activité, organisant leurs rapports et protégeant les usagers. Dépassant le champ de l'activité processuelle, une telle démarche, englobant plus ou moins les magistrats, conduirait à recomposer l'ensemble du champ juridique et judiciaire¹⁸.

I - 2. Le projet d'une formation commune aux professions du droit

8 - En toute hypothèse, la base d'une unité culturelle des professions du droit est d'abord le partage de la connaissance des sciences et techniques de la pratique juridique à travers l'enseignement et la formation¹⁹. La référence serait alors le modèle de l'Allemagne où existe, dans les *Länders*, sous le régime du « référendariat », un socle de formation commune à l'ensemble des professions du droit²⁰. En France, les institutions d'enseignement du droit, autrefois réservé aux facultés de droit, se sont diversifiées notamment par la création d'autres structures à Sciences Po et dans les écoles de commerce.²¹ Tous les futurs juristes, même à vocation judiciaire, ne suivent donc plus un cursus unique. En outre, dès la fin de leurs études, après concours, examens ou autres moyens de sélection, ces juristes diplômés accèdent à des filières spécialisées de formation préparatoire aux diverses professions du droit : universitaires, pour les enseignants-chercheurs ; École nationale de la magistrature (ENM), pour les magistrats ; École nationale des greffes pour les greffiers des services judiciaires ; Écoles de formation du barreau pour les avocats, tandis qu'existent d'autres systèmes de formation préparant l'accès à certaines professions juridiques ou judiciaires : Écoles du notariat, Institut

¹⁷ L. Grard et C. Gauthier (dir.), *Les professions juridiques et judiciaires en Europe*, *op. cit.*, p. 14, sq.

¹⁸ Rapport Darrois sur les professions du droit, mars 2009, www.justice.gouv.fr/rap_com_darrois_20090408.pdf

¹⁹ La sociologie désigne comme professionnels du droit ceux dont l'activité professionnelle repose sur la connaissance et le maniement de la règle de droit.

²⁰ P. Fauchon et C. Gautier, Rapport d'information n°383 fait au nom de la commission des lois, « Un recrutement diversifié, une formation ambitieuse. Les impératifs d'une justice de qualité », 11 juil. 2007 ; V. spé p. 82 : « *Le dispositif allemand : de fortes spécificités liées au fédéralisme et à une conception généraliste du métier de juriste* » ; L. Grard et C. Gauthier (dir.), *Les professions juridiques et judiciaires en Europe*, *op. cit.*, p. 300 et s.

²¹ L. Israël et R. Vanneville, « Enquête sur la formation au droit en France : l'exemple des formations extra-universitaires », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 2014, n° 72, p. 141 ; C. Jamin, *La cuisine du droit. L'École de Droit de Sciences Po : une expérimentation française*, Lextenso Editions, 2012, p. 277.

national de formation des huissiers de justice, Écoles de formation des experts comptables... À quoi, il conviendrait d'ajouter les filières administratives de formation professionnelle des juristes du secteur public.²²... De sorte que les facultés de droit n'ont plus le monopole de l'enseignement de la culture juridique et que le projet d'une formation professionnelle commune à toutes ces filières semble, en l'état, difficilement réalisable²³.

9 - Si un tel projet a néanmoins été discuté en ce qui concerne spécifiquement les avocats et les magistrats, aucune solution praticable n'a jusqu'ici pu être trouvée, autant en raison de la spécificité des techniques applicatives enseignées de part et d'autre, que du déséquilibre numérique entre les deux filières et de la difficulté de centraliser la formation des avocats actuellement dispensée dans une quinzaine d'écoles régionales²⁴. L'option serait désormais, d'une part, de renforcer l'initiation à la culture judiciaire dans un tronc commun, par exemple, sous l'égide des Instituts d'études judiciaires dont c'est la vocation, d'autre part, de rapprocher les deux systèmes de formation par des échanges plus intenses entre les écoles professionnelles²⁵. C'est ainsi que depuis une quinzaine d'années, quelques élèves-avocats sont intégrés à la formation initiale de l'ENM, que, réciproquement, les magistrats effectuent des stages dans les cabinets d'avocats, que des sessions de formation continue sont ouvertes aux avocats et aux magistrats²⁶ et que certains groupes de réflexion sont organisés, par exemple par l'Institut des hautes études pour la justice (IHEJ)²⁷ ou par la Mission de recherche Droit et Justice²⁸. La question est alors le contenu, l'ampleur et l'effectivité de ces formations communes, en particulier de leur aptitude à créer les conditions d'une éthique judiciaire

²² Écoles nationale d'administration et diverses autres écoles du service public.

²³ Le rapport de la Mission Haute Fonction Publique dit Rapport Thiriez (« Rapport Thiriez ») semble emprunter une autre voie lorsqu'il préconise une formation initiale pour tous les futurs cadres supérieurs des sept grandes écoles de service public y compris l'École nationale de la magistrature, https://www.gouvernement.fr/sites/default/files/document/document/2020/02/rapport_de_m._frederic_thiriez_-_mission_haute_fonction_publique.>.

²⁴ A. Dorange, « Avocats et magistrats, formés à la discorde ou à la concorde ? Les réponses de O. Leurent, directeur de l'ENM et de P. Berlioz, directeur de l'EFB », *Wolters Kluwer - Actualités du droit*, 5 Juil. 2018, <<https://www.actualitesdudroit.fr/browse/penal/informations-professionnelles/14617/avocats-et-magistrats-formes-a-la-discorde-ou-a-la-concorde-les-reponses-de-o-leurent-directeur-de-l-enm-et-de-p-berlioz-directeur-de-l-efb>>.

²⁵ P. Fauchon et C. Gautier, Rapport d'information n°383, *op. cit.*, n° 25.

²⁶ Communiqué ENM, « ENM, « L'ENM et le CNB confirment leur partenariat », 16 mai 2017, <http://www.enm.justice.fr/actu-16mai2017_L-ENM-et-le-CNB-confirment-leur-partenariat>.

²⁷ Cycle d'étude sur les pratiques du droit, <<https://ihej.org/wp-content/uploads/2019/11/MAJ.pdf>>.

²⁸ Mission de recherche Droit & Justice, « Appel à projet sur les relations magistrats avocats du 16 octobre 2017 », <<http://www.gip-recherche-justice.fr/wp-content/uploads/2015/12/AO-les-relations-magistrats-avocats.pdf>>.

partagée entre magistrats et avocats²⁹. Plus radicaux, d'autres courants du barreau militent pour la suppression de l'ENM considérée comme responsable de la fermeture du corps judiciaires et de son incapacité à percevoir les réalités économiques et sociales³⁰. Partant d'une autre inspiration, un récent rapport propose une réforme du mode d'accès à l'ENM et de son enseignement afin de « forger une culture partagée pour l'ensemble des cadres supérieurs des trois fonctions publiques et de la magistrature » pour « encourager le travail de transversalité malgré

la diversité des métiers »³¹. Il va de soi que la réalisation d'un tel projet, renforçant le caractère administratif du corps judiciaire, l'éloignerait davantage encore du barreau.

I-3. L'hypothèse d'une communauté culturelle des professions judiciaires

10 - Si elle ne résulte pas d'une formation commune, l'unité culturelle des professions judiciaires peut-elle alors trouver ses bases dans la théorie et la pratique du procès ? Vérifier une telle hypothèse nécessite l'exploration des caractéristiques fonctionnelles, sociales et économiques de chacune des professions impliquées.

11 - D'un point de vue fonctionnel, le procès peut être défini comme un mode de réalisation du droit consistant à faire décider par un tiers impartial et indépendant, la solution d'un litige ou la sanction d'une infraction pénale, au terme d'une procédure contradictoire, assurant l'égalité des parties, permettant le libre exercice d'une défense et selon des principes qui satisfont l'idéal de justice. C'est donc un système de coopération finalisée qui, en toute matière, met en présence un juge qui instruit le procès et décide de la solution, assisté d'un greffier qui authentifie les actes judiciaires, et des avocats qui représentent les parties et assurent leur défense³². En matière pénale le ministère public représenté par un procureur est la partie qui

²⁹ Le projet de réforme de la haute fonction publique n'irait pas dans ce sens dans la mesure où il vise à intégrer le corps judiciaire dans une culture partagée par les cadres supérieurs des trois fonctions publiques ; V. Rapport Thiriez : des propositions pour diversifier la haute fonction publique, 20 févr. 2020, *op. cit.*

³⁰ J.-M. Darrois, « Il faut supprimer l'École de la magistrature » [en ligne], *Le Point*, 31 oct. 2019, <https://www.lepoint.fr/justice/jean-michel-darrois-il-faut-supprimer-l-ecole-de-la-magistrature-03-11-2019-2344945_2386.php> ; E. Dupont-Moretti, déclarations sur France 5, « Le monde en face », - septembre 2017

³¹ Rapport de M. Frédéric Thiriez – Mission Haute Fonction Publique, <https://www.gouvernement.fr/partage/11390-rapport-de-m-frederic-thiriez-mission-haute-fonction-publique>.

³² En matière civile, le ministère public exerce différentes missions. Schématiquement son rôle peut être assimilé à celui d'une partie et lettre au directeur de l'ENM du 15 septembre 2017, Dalloz actualité, 15 septembre 2017.

assure la poursuite des auteurs d'infraction, en dirigeant les enquêtes, en orientant les procédures et, au stade de l'audience de jugement, en soutenant l'accusation³³.

12 - Le renforcement des pouvoirs du parquet en matière d'enquête, d'orientation et de traitement des procédures pénales³⁴ auxquels s'ajoutent ceux, plus récents, de composition sur les sanctions³⁵, transforment en profondeur les rôles, techniques et responsabilités respectifs des procureurs et des avocats en introduisant une dimension dialogique entre la poursuite et la défense. Les conséquences de ce bouleversement considérable dans la pratique des avocats et celle des magistrats du ministère public et leurs rapports³⁶ mériteraient d'être spécialement explorées.

13 - Par ailleurs, les liens institutionnels entre les avocats et les deux catégories de magistrats ne sont pas limités au procès. D'une part, outre la réception du serment des nouveaux avocats, les juridictions connaissent des règlements intérieurs des barreaux et de leurs décisions disciplinaires, des élections professionnelles, des conflits au sein des structures collectives d'exercice de la profession, des litiges avec les clients en matière d'honoraires, de la responsabilité professionnelle et des infractions pénales commises par les avocats. Quant au parquet, en plus des attributions administratives concernant les barreaux, il est investi de pouvoirs disciplinaires sur les avocats et en cas d'infraction pénale, il dirige les enquêtes et assure la poursuite. Autre dimension : avocats et magistrats assurent ensemble et de manière complémentaire le service public de l'accès au droit dans le cadre des Conseils départementaux d'accès au droit (CDAD) et ils participent aux instances qui décident de l'admission à l'aide juridictionnelle³⁷. D'une manière ou d'une autre, l'institution judiciaire joue donc un rôle dans la régulation de la profession d'avocat.

³³ L. Cadiet, « Théorie générale du procès », *Ritsumeikan Law Review*, 2011, n°28, p. 132 et s. ; L. Cadiet, J. Normand et S. Amrani Mekki, *Théorie générale du procès*, 3^{ème} ed. PUF, Thémis, 2020, p. 950 ; D. Salas, *Du procès pénal*, PUF, 2010, pp. 271-327 ; S. Guinchard et a., *Droit processuel. Droits fondamentaux du procès*, 10^e ed., Dalloz, 2019, p. 1542.

³⁴ V. art. 41-1, C. pr. pén. et sur la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité : v. art. 495-7 à 495-16, C. pr. pén. ; J.-C. Crocq, « le pouvoir de transaction et de sanction du procureur de la République : le chaînon manquant », *RSC*, 2015/3 (N° 3), p. 595 et s. ; D. Salas et P. Milburn, « Les procureurs de la République. De la compétence personnelle à l'identité collective », *Archives de politique criminelle*, 2007 vol. 29, n° 1, pp. 95-115.

³⁵ Convention judiciaire d'intérêt public : article 41-1-2, C. pr. pén. ; Composition pénale : art. 41-2 et 41-3, C. pr. pén.

³⁶ Rapport de la Commission de modernisation de l'action publique – Refonder le ministère public, nov. 2013, < http://www.justice.gouv.fr/publication/rapport_JLNadal_refonder_ministere_public.pdf>.

³⁷ Les bureaux d'aide juridictionnelle établis auprès de chaque juridiction dont la composition est fixée par l'article 12 du décret n°91-1266 du 19 décembre 1991 portant application de la loi n° 91-647 du 10 juil. 1991 relative à l'aide juridique.

14 - Toutes ces fonctions sont très précisément définies et encadrées par des normes constitutionnelles³⁸ ou conventionnelles³⁹, légales ou réglementaires, en particulier les codes de procédure pénale, de procédure civile, de l'organisation judiciaire ou de justice administrative qui, dans le procès et hors du procès, fixent leurs missions, leurs pouvoirs, leurs prérogatives et leurs obligations respectifs.

15 - Les acteurs chargés de ces diverses fonctions relèvent de statuts différents, de la magistrature pour les juges et les procureurs⁴⁰, de la fonction publique pour les greffiers des services judiciaires⁴¹ et de profession libérale réglementée pour les avocats⁴². Pour les uns, il s'agit d'un régime de droit public, pour les autres, d'un régime d'auxiliaire de justice⁴³, de droit privé, juridiquement encadré.

16 - Ces différences fonctionnelles et statutaires déterminent des sociologies spécifiques à chacune de ces professions. De ce point de vue, des études qui portent, d'un côté, sur la sociologie des magistrats⁴⁴ ou de l'institution judiciaire et d'un autre sur celle des avocats et des barreaux⁴⁵ recherchent qui ils sont, à quels groupes sociaux ils appartiennent, comment ils travaillent et ce qui les motive, afin de comprendre les mécanismes et les enjeux de la régulation juridique. Ces études, nombreuses et documentées, informent sur l'histoire, l'évolution et la représentation sociale des deux professions, leur identité culturelle, la vision de leur devenir ainsi que les rapports qu'elles entretiennent avec la société globale et la manière dont fonctionnent les systèmes juridique et judiciaire. Elles seraient sans doute à compléter par

³⁸ La protection des droits de la défense résulte de l'article 16 de la Déclaration de 1789 : Cons. const. 2006-535 DC, 30 mars 2006, cons. 24, JO 2 av. 2006, p. 4964, texte n° 2, Rec. p. 50.

³⁹ Art. 6§3, CEDH, Guide sur l'article 6 de la Convention – Droit à un procès équitable (volet pénal, publication de la Cour européenne des droits de l'homme p. 67 s., <https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_6_criminal_FRA.pdf>.

⁴⁰ Ord. n° 58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature.

⁴¹ Décret n° 2015-1275 du 13 octobre 2015 portant statut particulier des greffiers des services judiciaires.

⁴² Loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques.

⁴³ *op.cit.*, art. 3. La notion d'auxiliaire de justice, reprise plusieurs dispositions du code de procédure civile (notamment de l'article 47 qui instaure à leur bénéfice un privilège de juridiction), n'est pas définie par la loi de sorte que ses contours et son statut sont exposés à discussion. Le règlement intérieur national de la profession d'avocat lui préfère le terme de « partenaire de justice » (art. 6.1 al. 1).

⁴⁴ J.-L. Bodiguel, « Qui sont les magistrats français ? Esquisse d'une sociologie », *Pouvoirs*, n° 16 – La justice, janv. 1981, p. 31-42 ; Mission de recherche Droit et justice, Rapport de recherche sur la magistrature française dans les années 2010 : morphologie, mobilité et conditions de travail – L'âme du corps, 2019, <<http://www.gip-recherche-justice.fr/publication/la-profession-de-magistrat-dans-les-annees-2010-morphologie-du-groupe-representations-du-metier-et-conditions-de-travail/>>.

⁴⁵ « Les Avocats », *Pouvoirs*, 2012/1 n°140 ; Les quatre défis de la profession d'avocat, 2017 ; IHEJ et CREA, Les quatre défis de l'avocat français du XXI^e siècle, oct. 2017, <http://ihej.org/wp-content/uploads/2017/10/Rapport-CREA-IHEJ-VF.pdf> ; Rapport Haeri sur l'avenir de la profession d'avocat, fevr. 2017, <http://www.justice.gouv.fr/publication/rapport_kami_haeri.pdf>.

des recherches empiriques spécifiquement consacrées à la perception réciproque des professions concernées. Progresser en ce sens permettrait de comprendre, au-delà des discours officiels et des proclamations de leurs porte-paroles respectifs, la vision que les avocats et les magistrats ont les uns des autres, de leur rôle social respectif et d'analyser les comportements que ces perceptions déterminent dans leurs relations réciproques⁴⁶.

17 - Les recherches les plus récentes de la sociologie de l'institution judiciaire comme celle des barreaux mettent en évidence, d'une part, une orientation vers la « managérialisation »⁴⁷ tant des juridictions que des cabinets d'avocats⁴⁸, déterminant l'introduction de critères de rationalité et d'efficacité dans la gestion des uns et des autres, d'autre part, l'introduction de techniques numériques dans le traitement des dossiers⁴⁹. Ces innovations technologiques engendrent des modifications de comportements entre magistrats et avocats qui, au-delà des impressions intuitives, seraient à analyser.

18 - Du point de l'analyse économique des prestations juridiques et judiciaires se discute âprement la régulation de la profession d'avocat par la politique de la concurrence. Il est néanmoins incontestable que le marché détermine des stratégies de valorisation de l'activité des avocats⁵⁰. De ce point de vue, est constatée la fragmentation de la profession d'avocat entre les cabinets d'affaires internationaux ou nationaux, parisiens ou des grandes villes de province, ceux qui sont spécialisés dans des contentieux spécifiques complexes, les cabinets généralistes, ceux qui se consacrent spécialement aux contentieux administratifs, sociaux ou familiaux et les pénalistes⁵¹. Cette différenciation, qui connaît de nombreuses variantes, est à l'origine de

⁴⁶ Un appel à projet lancé par le GIP justice sur ces questions le 26 octobre 2017 est resté infructueux, <<http://www.gip-recherche-justice.fr/wp-content/uploads/2015/12/AO-les-relations-magistrats-avocats>>.

⁴⁷ L. Roussey, « Enjeux théoriques et opérationnels de l'analyse économique du système judiciaire », *Économie et institutions* [En ligne], 24 | 2016, <<http://journals.openedition.org/ei/5692> ; DOI : 10.4000/ei.5692>.

⁴⁸ S. Van Wassenhove, *Le management du cabinet d'avocats. De la croissance à la durabilité*, Lextenso Éditions, 2014 ;

⁴⁹ Ministère de la justice, Transformation numérique de la justice, 2018, <http://www.justice.gouv.fr/publication/chantiers_justice/Chantiers_justice_Livret_01.pdf> ; Rapport Haeri sur l'avenir de la profession d'avocat, *op. cit.* p. 57 et s.

⁵⁰ S. Harnay, « Régulations professionnelles et pluralisme juridique : une analyse économique de la profession d'avocat », *Rapport pour le GIP Mission de recherche Droit et Justice*, oct. 2013, <<http://www.gip-recherche-justice.fr/publication/rgulations-professionnelles-et-pluralisme-juridique-une-analyse-conomique-de-la-profession-davocat>> ; C. Bessy, *L'organisation des activités des avocats. Entre monopole et marché*, LGDJ, coll. « Forum », 2015, p. 268 ; O. Favereau et a., « Des raisons de l'efficacité supérieure d'un ordre institutionnel sur l'ordre marchand », *Revue du MAUSS*, 2009/1, n° 33, pp. 363-384 ; C. Chaserant et S. Harnay, « Déréglementer la profession d'avocat en France ? Les contradictions des analyses économiques », *Revue internationale de droit économique*, 2010/2 (t.XXIV), pp. 147-183 ; G. Canivet, « Les marchés du droit. Rapport introductif », *Revue internationale de droit économique*, 2017/4 (t. xxxi), n° 4, pp. 9-33.

⁵¹ C. Barszcz, « La typologie de la profession d'avocat : l'exemple des avocats d'affaires », in *Les Avocats, Pouvoirs*, 2012, n°140, p. 21 ;

logiques économiques différentes, des comportements et des styles diversifiés qui influent sur leurs relations avec l'institution judiciaire. Quant aux magistrats, si leur office se situe hors marché, la valorisation de leur activité répond à une logique spécifique de fierté professionnelle⁵², de positionnement au sein de l'institution et de gestion de carrière. Dans chacune des professions en cause, la recherche d'un intérêt personnel et collectif, en relation avec un capital matériel ou symbolique, à partir de critères différents d'ordre privé ou public est en tout cas à prendre en compte dans la vision individuelle ou collective qu'ils ont les uns des autres. Très schématiquement, on peut avancer que la valorisation de l'activité individuelle des avocats et des magistrats répond à des stratégies différentes, qu'il en est de même pour la défense collective de l'une ou l'autre des professions mais que leurs intérêts respectifs se rejoignent sur la promotion de l'institution judiciaire. Pour les avocats, l'aptitude des juridictions à juger efficacement les conflits et leur proximité avec le corps judiciaire représentent une valeur de marchande. Mais, aussi, pour eux, comme pour les magistrats, la justice est chargée d'une valeur symbolique qui conditionne leurs positions sociales respectives. Ces hypothèses théoriques seraient évidemment à valider par des recherches empiriques.

19 - Les mouvements entre l'une et l'autre des professions seraient un autre moyen de vérifier leur proximité culturelle. Ici encore la référence est le modèle anglo-saxon dans lequel, en général, les juges des différentes cours sont choisis parmi les « *Lawyers* » (« *Barristers* » ou « *Solicitors* ») confirmés par un nombre minimum d'années de pratiques et jouissant d'une haute réputation⁵³. Il y aurait donc une continuité entre la profession d'avocat et celle de juge. En France, avant la réforme statutaire de 1958, les magistrats étaient recrutés par un examen professionnel parmi des candidats ayant nécessairement accompli un stage dans un barreau. Il était estimé que l'accès à la magistrature exigeait à tout le moins une initiation à la profession d'avocat. L'idée a été abandonnée en 1958 lors de la réforme statutaire⁵⁴ qui prévoit désormais, pour le corps judiciaire, le recrutement par concours d'accès à une école de formation⁵⁵ d'étudiants en droit dès la fin de leurs études⁵⁶. L'ordonnance de 1958 prévoit toutefois, selon diverses modalités, un recrutement par intégration directe de juristes justifiant d'une activité professionnelle, parmi lesquels des avocats⁵⁷. Une étude réalisée en 2013 sur les magistrats

⁵² P. d'Iribarne, *La logique de l'honneur*, Le Seuil, 1989.

⁵³ F. Kirkham, La désignation des juges en Angleterre et au Pays de Galles, 2007, <https://www.courdecassation.fr/IMG/File/pdf_2007/10-05-2007/10-05-2007_kirkham_fr.pdf>.

⁵⁴ Ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature.

⁵⁵ Centre National d'Etudes judiciaires (CNEJ) puis, depuis 1970, Ecole nationale de la magistrature (ENM).

⁵⁶ A. Boigeol, « La formation des magistrats. De l'apprentissage sur le tas à l'école professionnelle », in *Droit et expertise*, Actes de la recherche en sciences sociales, 1989, vol. 76-77, pp. 49-64.

⁵⁷ Ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958, *op. cit.*, art. 22 et s.

entrés par cette voie suggère toutefois que l'intégration d'avocats, cependant en nombre significatif, n'exerce pas d'influence perceptible sur le corps judiciaire.

I-4. Les principes fondamentaux des déontologies respectives des professionnels de la justice

20 - Un autre mode de régulation de l'activité des avocats et des magistrats est d'ordre institutionnel. Il est fixé par la loi qui en pose les principes et en attribue la mise en œuvre à des institutions, professionnelles ou ordinales pour les avocats, constitutionnelle (le Conseil supérieur de la magistrature) pour les magistrats, administratives pour les greffiers judiciaires. A partir de là les institutions représentatives, nationales et internationales des avocats et des magistrats ont, chacune de leur côté, élaboré des doctrines générales d'exercice qui expriment la conception qu'elles ont respectivement de leurs rôles juridique, judiciaire, social et politique⁵⁸.

21 - Ces doctrines convergent vers les objectifs de garantie de l'État de droit et de défense de libertés⁵⁹. Ainsi, pour les magistrats, le préambule du Recueil des obligations déontologiques⁶⁰ indique que « rendre la justice est une fonction essentielle dans un état de droit. Les magistrats ont entre les mains la liberté, l'honneur, la sûreté et les intérêts matériels de ceux qui vivent sur le territoire de la République... ». Tandis que la Charte des principes essentiels de l'avocat européen énonce que « l'avocat doit veiller au respect de l'État de droit et aux intérêts de ceux dont il défend les droits et libertés... Le respect de la mission de l'avocat est une condition essentielle à l'État de droit et à une société démocratique »⁶¹. Toutefois, dans la mesure où ils régissent des professions distinctes, les droits et obligations professionnels qui découlent de ces proclamations sont différents.

⁵⁸ F. Ost, « De l'obéissance à la collaboration : une nouvelle déontologie des juges ? » [En ligne], *Éthique publique*, vol. 3, n° 2, 2001 ; Charte des principes essentiels de l'avocat européen et Code de déontologie des avocats européens, *op. cit.*

⁵⁹ E. de Lamaze et C. Pujalte, *L'avocat, le juge et la déontologie*, PUF, Collection Questions judiciaires, fév. 2009 ; J. Moret-Bailly et D. Truchet, *Pour une autre déontologie des juristes*, PUF, 2014.

⁶⁰ L'article 20-2 de la loi organique n°94-100 du 5 février 1994 confie à la formation plénière du Conseil supérieur de la magistrature (CSM) le soin d'élaborer et de rendre public un « Recueil des obligations déontologiques des magistrats ». La seconde édition de ce recueil a été publiée en 2019.

⁶¹ Charte des principes essentiels de l'avocat européen et Code de déontologie des avocats européens, *op. cit.*

22 - Les principes essentiels de la déontologie des avocats européens⁶² intégrés au Règlement intérieur national des avocats français⁶³ et aux règlements de chacun des barreaux sont : l'indépendance et la liberté d'assurer la défense de son client, le respect du secret professionnel et de la confidentialité des affaires dont il a la charge, la prévention des conflits d'intérêts, que ce soit entre plusieurs clients ou entre le client et lui-même, la dignité, l'honneur et la probité, la loyauté à l'égard de son client, la délicatesse en matière d'honoraires, la compétence professionnelle, le respect de la confraternité, le respect de l'État de droit et la contribution à une bonne administration de la justice, l'autorégulation de sa profession⁶⁴. De son côté, le Recueil des obligations déontologiques des magistrats⁶⁵ classe les valeurs qui déterminent ces obligations sous les rubriques de l'indépendance, de l'impartialité, de l'intégrité et la probité, de la loyauté, de la conscience professionnelle, de la dignité, du respect et de l'attention portés à autrui, de la réserve et de la discrétion ».

23 - Au-delà de certaines similitudes terminologiques, les règles déontologiques des deux professions tirées de ces principes essentiels en font des applications propres à l'exercice spécifique de leurs fonctions respectives. Il en va ainsi de l'indépendance, du secret et de la loyauté. Même des principes éthiques très généraux tels que la dignité, l'honneur, la probité et la compétence professionnelle, communs à l'exercice de toute profession, se transposent différemment dans les règles de conduite des avocats et des magistrats. Il n'est néanmoins pas contestable que les valeurs éthiques qui gouvernent ces déontologies sont porteuses de convergence.

24 - Ainsi, dans ses avis successifs, le Conseil consultatif des juges européens (CCJE), pose en principe « un État de droit doit organiser son système judiciaire de telle sorte que la primauté du droit et le respect des droits et libertés fondamentaux soient garantis conformément à la Convention Européenne des Droits de l'Homme, ainsi qu'à la jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l'Homme. Les juges ainsi que les avocats ont un rôle essentiel pour réaliser au mieux cet objectif ». Puis il insiste sur « le rôle primordial de la collaboration des différentes parties concernées au bon fonctionnement de la justice et l'importance des

⁶² *op. cit.*

⁶³ Règlement Intérieur National de la profession d'avocat (RIN), <<https://www.cnb.avocat.fr/fr/reglement-interieur-national-de-la-profession-davocat-rin>>.

⁶⁴ Mission de recherche droit et justice, Rapport de recherche sur l'évolution des règles de déontologie des professions juridiques et judiciaires, 2011, <<http://www.gip-recherche-justice.fr/publication/volution-des-regles-de-dontologie-des-professions-juridiques-et-judiciaires/>>.

⁶⁵ CSM, Recueil des obligations déontologiques des magistrats, <<http://www.conseil-superieur-magistrature.fr/publications/recueil-des-obligations-deontologiques>>.

interactions entre ces parties » et il rappelle que « le partage de principes juridiques et de valeurs éthiques communs par tous les professionnels impliqués dans le processus judiciaire est essentiel pour une bonne administration de la justice ».

25 - En écho, le Conseil consultatif des barreaux européens (CCBE), définit le rôle de l'avocat en ces termes « un avocat, qu'il intervienne pour un citoyen, une entreprise ou l'État, a pour mission de conseiller et de représenter fidèlement le client, d'agir comme un professionnel respecté par les tiers, et un acteur indispensable à une bonne administration de la justice. En intégrant tous ces aspects, l'avocat, qui sert les intérêts de son client et veille au respect des droits de ce dernier, assure également une fonction sociale, qui est de prévenir et d'éviter les conflits, de veiller à les résoudre conformément au droit, pour favoriser l'évolution du droit et défendre la liberté, la justice et l'État de droit » ... Il en déduit que « les rôles des juges et des avocats dans la procédure judiciaire sont différents, mais [que] la contribution des deux professions est nécessaire à l'élaboration d'une solution équitable et efficace à toutes les procédures conformément à la loi ».

26 - C'est donc au service de la loi, du bon fonctionnement de la justice, de son efficacité et de l'équité qu'est affirmé le principe de collaboration entre magistrats et avocats. Bien que sa transcription dans les règles applicables en France aux deux professions soit relativement discrète, il est possible d'examiner en quoi il détermine une éthique de la relation entre avocats et magistrats au service de la justice.

II – Le contenu d'une éthique relationnelle des acteurs de la justice

27 - Le principe général d'une collaboration entre avocats et magistrats dans l'intérêt du service de la justice étant révélé, le contenu de l'éthique relationnelle qui en découle est à rechercher dans leurs déontologies respectives (II- 1). Il s'agira ensuite de vérifier si l'application de cette exigence de collaboration est effective (II-2).

II – 1. Les sources d’une éthique de la relation

28 - Le serment de l’avocat ne dit rien de la relation entre les avocats et les juridictions. En supprimant les dispositions qui permettaient de sanctionner immédiatement un avocat pour un manquement à l’audience de ses obligations professionnelles, la loi du 15 juin 1982⁶⁶ a, en effet, supprimé du serment de l’avocat toute référence au respect dû aux juridictions⁶⁷. La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l’homme va dans le même sens en faisant prévaloir la liberté d’expression de l’avocat à l’intérieur comme à l’extérieur du prétoire.⁶⁸ Le serment des magistrats ne fait pas davantage référence à leurs relations avec les avocats.⁶⁹ C’est donc dans l’énoncé des obligations déontologiques applicables aux uns et aux autres que se trouvent les règles de cette relation collaborative.

29 - Pour les magistrats, le recueil de leurs obligations « énonce des principes de conduite professionnelle, articulés autour des grandes valeurs devant structurer leur comportement ». Même si chacune de ces valeurs peut s’appliquer à la relation entre les avocats et les magistrats, il n’en est tiré aucune règle particulière à l’exception du chapitre VII consacré au respect et à l’attention portée à autrui dont une rubrique est spécifiquement consacrée au « respect des autres professionnels de justice ». Il est y est indiqué que « dans l’exercice de ces fonctions d’autorité, le magistrat respecte ses interlocuteurs et notamment l’ensemble de ceux qui concourent à l’œuvre de justice ». Il « assure une présence au sein de la juridiction adaptée aux contraintes des autres professionnels de la justice ». Il « veille à ce que les auxiliaires de justice puissent exercer la plénitude de leurs obligations légales et respecte leur secret professionnel ». À l’audience comme dans ses rendez-vous, il est « ponctuel et respectueux notamment à l’égard des avocats ». S’agissant du président d’audience, il « veille à la police de l’audience et à la gestion du temps en s’assurant que chacun, ministère public, partie et défense, témoins et experts, ait la possibilité de s’exprimer librement ». Une obligation spécifique est impartie au chef de juridiction qui doit « s’assurer du respect des fonctionnaires et auxiliaires de justice par les magistrats placés sous leur autorité, et réciproquement ».

⁶⁶ Loi n° 82-506 du 15 juin 1982 relative à la procédure applicable en cas de faute professionnelle commise à l’audience par un avocat.

⁶⁷ Le texte de ce serment est désormais « Je jure comme Avocat d’exercer mes fonctions avec dignité, conscience, indépendance, probité et humanité », v. art. 2 de la loi n° 90-1259 du 31 décembre 1990 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques.

⁶⁸ CEDH, *Gouveia Gomes Fernandes et Freitas E Costa c. Portugal* (Requête n°1529/08), 29 mars 2011 ; *Morin c. France* (Requête no 28198/09), 15 déc. 2011 ; *Ottan c. France* (Requête no 41841/12), 19 avr. 2018.

⁶⁹ Art. 6 de l’Ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature : « Je jure de bien et fidèlement remplir mes fonctions, de garder le secret des délibérations et de me conduire en tout comme un digne et loyal magistrat ».

30 - Plus elliptique encore est le règlement intérieur national de la profession d'avocat sur la relation avec les magistrats. Il n'en est rien dit dans l'énoncé des principes essentiels, hors le rappel du comportement de l'avocat en toutes circonstances, donc potentiellement dans ses relations avec les magistrats : dignité, conscience, indépendance, probité et humanité, à quoi s'ajoute la courtoisie⁷⁰ qui se borne à prescrire à l'avocat, lorsqu'il plaide devant une juridiction extérieure au ressort de son barreau, de « se présenter au président et au magistrat du ministère public tenant l'audience, au bâtonnier et au confrère plaidant pour la partie adverse ». C'est finalement dans le code de déontologie des avocats européens que se trouvent des allusions expresses à la relation avec les juridictions. Il y est précisé que la mission de l'avocat « lui impose des devoirs et obligations multiples notamment envers les tribunaux et les autres autorités auprès desquelles l'avocat assiste ou représente le client ». Ces obligations sont énumérées dans une rubrique 21.4 « Rapports avec les magistrats » qui précise que « l'avocat qui comparaît devant les cours et tribunaux ou participe à une procédure doit observer les règles déontologiques applicables devant cette juridiction » et qu'il doit « en toutes circonstances observer le principe du contradictoire des débats », que « tout en faisant preuve de respect et de loyauté envers l'office du juge, [il] défend son client avec conscience et sans crainte, sans tenir compte de ses propres intérêts ni de quelque conséquence que ce soit pour lui-même ou toute autre personne ». Dans le même esprit, il est ajouté qu'il doit éviter toute atteinte à son indépendance et veiller à ne pas négliger le respect de la déontologie pour plaire à son client, au juge ou à des tiers. Enfin, « à aucun moment, l'avocat ne doit sciemment donner au juge une information fautive ou de nature à l'induire en erreur ».

31 - Ce dernier point, qu'on a pu interpréter à tort comme une « obligation de l'avocat à la vérité », mérite approfondissement afin de dissiper une ambiguïté source de malentendus. D'un point de vue rhétorique, le discours d'une profession réglementée sur sa propre déontologie s'adresse à trois auditoires : le public, l'institution et ses propres membres. En ce qu'il est destiné au public, ce discours vise à capter la confiance. En l'espèce, il s'agit de convaincre que l'avocat respecte des règles supérieures dans l'exercice de la représentation et de la défense, en particulier que, dans sa pratique professionnelle, il dit la vérité à tous ses interlocuteurs : clients, autres parties, témoins, confrères et magistrats. De sorte qu'il jouit de l'autorité nécessaire à l'accomplissement de sa mission de défense des personnes et des libertés. A cette fin, son discours éthique invoque une tradition historique fondée sur des valeurs morales générales : ne pas mentir, ou des principes communs à toutes les professions réglementées : dignité et loyauté.

⁷⁰ Règlement intérieur du Barreau de Paris, Art. 1 bis.

32 - La performance de ce discours repose sur son aptitude à convaincre. Celle-ci se mesure par des enquêtes d'opinion. Il peut s'agir d'enquêtes générales, conçues pour répondre à la question : le public croit-il que l'avocat dit la vérité ? Ce dont semble douter un ouvrage sur les règles de la profession d'avocat⁷¹. De manière plus pertinente, ces enquêtes peuvent s'adresser à des personnes ayant déjà été en relation avec un avocat dans le cadre d'un procès qu'il s'agisse de plaideurs habituels comme les grandes entreprises ou plus occasionnels : clients, adversaires ou témoins. Divers sondages ont déjà été réalisés, ils seraient à exploiter. A cet égard, une méthode innovante pour de telles enquêtes a été testée dans le cadre d'un rapport de l'Institut Montaigne sur la numérisation de la justice⁷².

33 - A l'égard de l'Institution, le discours déontologique de l'avocat vise à donner du crédit à ce qu'il affirme dans l'exercice de sa pratique professionnelle et à justifier le monopole que lui confère la loi. Si l'exercice de la défense est réservé à l'avocat, c'est parce que l'accomplissement de cette fonction essentielle du procès repose sur des valeurs qui donnent une portée renforcée à ses écrits et à sa parole. C'est parce qu'il est supposé tenu au respect de ces valeurs que ce qu'il dit retient l'attention du juge, renforce la position de celui qu'il assiste et a une influence sur la décision de justice.

34 - L'efficacité de ce discours déontologique se mesure à sa réception par les magistrats du siège et du parquet : sont-ils persuadés que l'avocat est crédible ? Ce niveau de persuasion est fonction de l'expérience. Tel magistrat a-t-il vérifié que, dans diverses situations pratiques, les avocats impliqués ont été plus ou moins exacts ? De cette expérience dépend la réputation d'un avocat. Cette réputation est d'autant plus importante que la communauté où il opère est restreinte ; l'effet de « club » est important. Mais une telle expérience retentit sur le crédit de l'ensemble de la profession. Ce crédit collectif serait mesurable par une enquête auprès des magistrats leur proposant de répondre à des questions précises sur des situations caractéristiques en matière civile ou en matière pénale dans lesquelles ils ont pu vérifier le respect de l'obligation « de vérité » à laquelle les avocats se disent tenus et les conséquences qu'ils en tirent dans la relation avec eux.

35 - Enfin, le discours déontologique s'adresse aux avocats eux-mêmes. Il vise à agir sur leur pratique professionnelle. Dans cette perspective, on passe de l'éthique à la déontologie. Il s'agit d'ériger l'obligation prétendue « à la vérité » ou « à la sincérité » en norme comportementale contraignante. En ce sens, trois aspects sont à envisager, le contenu de la règle déontologique

⁷¹ H. Ader, A. Damien, *Règles de la profession d'avocat*, Dalloz action, n°322.21

⁷² Institut Montaigne, *Justice : faites entrer le numérique*, novembre 2017, p. 16 sq.

découlant d'une telle obligation, la manière dont elle est comprise par les avocats et l'effectivité de son application.

36 - L'obligation en question est traduite dans le Code de déontologie des avocats européens intégré au Règlement intérieur national de la profession d'avocat : « 21.4.4 Informations fausses ou susceptibles d'induire en erreur - A aucun moment, l'avocat ne doit sciemment donner au juge une information fausse ou de nature à l'induire en erreur ». Littéralement, ce n'est donc pas une obligation positive générale de vérité ou de sincérité mais une obligation négative précise : l'interdiction d'induire le juge en erreur par une information fallacieuse. Autrement dit, c'est une obligation de ne pas tromper le juge et la justice. Ce qui est plus qu'une nuance. Bien comprendre la différence qu'il y a entre être obligé à la vérité et ne pas tromper éviterait déjà beaucoup de malentendus.

37 - L'interprétation de cette règle par les avocats – en particulier les auteurs de traités déontologiques insistent sur cette relativité et laissent entendre qu'elle s'apprécie en conscience et de manière nuancée⁷³. Si l'on souhaite aller plus loin, il serait nécessaire, sur ce point encore, de procéder par voie d'enquête auprès d'un échantillon représentatif d'avocats pour leur demander comment ils comprennent en pratique la règle dans diverses situations caractéristiques et si cette règle est généralement respectée par leurs confrères. Ce qui permettrait de traduire le niveau de contrainte auquel les avocats s'estiment collectivement soumis par cette règle.

38 - Vient enfin la question de l'effectivité de l'interdiction. Elle conduit à rechercher dans les décisions des conseils régionaux de discipline des avocats quels en sont les cas d'application. Une telle étude est possible. Elle serait significative de l'intensité de la vigilance des barreaux à cet égard et de la portée effective de l'interdiction de tromper.

39. En définitive, il s'agirait moins d'affirmer que, par principe, la confiance entre les magistrats et les avocats repose sur une éthique de la vérité ou de la sincérité mais de vérifier ce que, dans cette relation, les magistrats peuvent attendre du respect effectif de l'obligation déontologique imposée à l'avocat de ne pas tromper dans l'exercice de la défense.

40 - A ces règles écrites, certains ajoutent, sous la dénomination de « foi du Palais », une tradition historique de confiance entre magistrats et avocats dont ils s'efforcent de faire découler des règles positives de comportement. La pratique de cette coutume aux contours

⁷³ Ch. Charrière-Bournazel : « Le droit le juge et l'avocat », mars 2016, Blog Christian Charrière-Bournazel ; E. Rude-Antoine, *L'Éthique de l'avocat pénaliste*, L'Harmattan, décembre 2014.

flous est cependant subordonnée, pour l'avocat, au devoir de protection prioritaire de l'intérêt du client, pour le magistrat, à l'interdiction de prendre en compte des informations dont il a connaissance de manière officieuse⁷⁴.

41 – En synthèse, on peut estimer que, selon les deux déontologies, le rapport de collaboration des avocats et des magistrats repose sur la valeur éthique du respect des uns envers les autres. Cette valeur suppose d'abord, la reconnaissance d'une personne ou d'un groupe et de la considération pour ce qu'il représente, en l'espèce, une fonction indispensable à l'exercice de la justice, ensuite l'égard porté au discours qu'il porte, à savoir, respectivement, le discours du tiers neutre et impartial chargé d'organiser et de présider le procès, le discours de l'accusation et celui de la défense. Le Conseil consultatif des juges européens s'en rapproche beaucoup lorsqu'il considère que les relations entre les juges et les avocats doivent être fondées sur la compréhension mutuelle du rôle de chacun, sur le respect mutuel et l'indépendance de l'un vis-à-vis de l'autre⁷⁵. A partir de là, il est alors possible de structurer les règles déontologiques qui en découlent.

42 - Qu'il s'agisse de grandes valeurs, de principes essentiels, de règles déontologiques ou de coutume, il est à vérifier qu'ils contribuent effectivement à instaurer entre les magistrats et les avocats, une collaboration effective au service de la justice.

II – 2. L'effectivité d'une éthique de la relation

43 - L'effectivité d'une éthique dépend de plusieurs facteurs. Le premier est l'homogénéité culturelle, sociale et économique du groupe auquel elle s'adresse qui incite ses membres à un comportement naturellement vertueux. Outre les réserves sus-évoquées sur la réalité contemporaine d'une communauté des gens de justice, l'évolution de la politique normative indique qu'il est désormais nécessaire de transposer les valeurs éthiques en règles déontologiques et d'en confier la mise en œuvre à des institutions spécifiques. Son efficacité dépend encore de sa prise en compte dans l'organisation des juridictions.

⁷⁴ Recueil des obligations déontologiques des magistrats, Chapitre IV, la loyauté, point 8, alinéa 2.

⁷⁵ CCJE, avis n° (2013) 16 sur les relations entre les juges et les avocats, *op. cit.*

44 - La valeur d'une règle de comportement dépend, en premier lieu, de sa précision au moins en ce qui concerne la finalité qu'elle poursuit. Ce qui devrait conduire à énoncer dans la déontologie respective des avocats et des magistrats, plus clairement que dans les principes et règles précités, que l'interaction, dans le mécanisme du procès, des fonctions de jugement, d'accusation et de défense, inhérente à l'exercice de la justice, tel qu'il est prévu par les règles de procédure, exige une collaboration finalisée fondée sur le respect mutuel des professionnels qui en sont chargés et à l'énoncé des prescriptions de comportement qui en découlent. Cette démarche suppose un travail en commun des deux professions concernées afin d'élaborer des règles qui s'imposeront respectivement à elles ; ce qui suppose un programme conjoint du Conseil supérieur de la magistrature et du Conseil national des barreaux.

45 - L'efficacité d'une règle déontologique est, en deuxième lieu, subordonnée à l'intensité de sa mise en œuvre par les organes disciplinaires qui en sont chargés⁷⁶. Peu nombreuses sont, semble-t-il, les décisions prononcées, d'un côté, par le Conseil supérieur de la magistrature, de l'autre par les Conseils régionaux des avocats pour des manquements aux obligations relationnelles énoncées dans les textes déontologiques précités. Ce qui suggère le peu d'empressement de l'une et l'autre des instances disciplinaires à sanctionner cette catégorie de manquement. Les décisions rendues seraient en tout cas à recenser, à publier et à commenter. La création récente d'un Conseil consultatif conjoint de déontologie de la relation magistrats avocats réunissant les représentants de toutes les professions concernées va sans aucun doute dans ce sens⁷⁷.

46 - Enfin, la reconnaissance de la défense comme fonction essentielle du procès devrait se traduire par des dispositions spécifiques du code de l'organisation judiciaire, en prévoyant la consultation du barreau sur l'organisation et le fonctionnement de la juridiction au regard du plein exercice de la défense. Outre les relations informelles entre les présidents, procureurs et

⁷⁶ C. Chaserant et S. Harnay, « La déontologie professionnelle en pratique. Enquête sur l'activité disciplinaire de la profession d'avocat », *Revue Française de Socio-Économie*, La Découverte, 2016, pp.119-139 ; CSM, rapport d'activité 2018, <<http://www.conseil-superieur-magistrature.fr/publications/rapports-annuels-dactivite>>.

⁷⁷ La Charte portant création de ce comité consultatif a été signée le 26 juin 2019. Il a pour objet de (i) d'émettre des avis strictement consultatifs, sans valeur normative, portant sur des difficultés d'identification, d'interprétation et d'application des questions déontologiques relatives à la relation magistrats-avocats, à partir de situations concrètes, non nominatives et (ii) de formuler des recommandations, élaborer un référentiel de jurisprudence et un guide de bonnes pratiques en matière de déontologie et d'éthique des relations professionnelles magistrats – avocats et enfin (iii), s'il y a lieu, mettre en évidence les domaines dans lesquels une intervention législative ou réglementaire apparaît souhaitable, <https://www.courdecassation.fr/institution_1/deontologie_8881/deontologies_croisees_magistrats_avocats_8882/conjoint_deontologie_9328/portant_creation_42946.html>.

bâtonnier, le lieu d'une concertation plus formelle pourrait être le Conseil de juridiction⁷⁸, auquel les représentants de la profession d'avocat participent déjà, et dont les attributions pourraient être étendues aux conditions d'exercice de la défense civile et pénale. Ce sujet devrait également être spécialement pris en compte dans le projet de juridiction⁷⁹. Ces travaux en commun pourraient aboutir à des protocoles compris dans les règlements intérieurs des juridictions.

47. La qualité de la relation entre les magistrats et les avocats, tant sur le plan individuel que collectif pourrait enfin être prise en compte dans l'évaluation des magistrats, spécialement dans celle des chefs de juridictions⁸⁰.

Conclusions

48 – S'il est prématuré à ce stade d'émettre des recommandations pour une meilleure prise en compte de l'éthique de collaboration entre les avocats et les magistrats, peuvent être suggérées quelques orientations pour l'approfondissement de la réflexion sur ce thème.

49 - Il semble en premier lieu utile d'approfondir les recherches portant sur la culture du corps judiciaire et du barreau ainsi que sur la sociologie et l'économie des professions de magistrats et d'avocats, ainsi que sur la représentation mutuelle des uns et des autres et les comportements qu'elle détermine dans leurs relations.

50 - A partir de cette meilleure connaissance des incitations comportementales, une réflexion commune des deux professions serait à engager sur les règles déontologiques qui pourraient découler pour les avocats et pour les magistrats d'une éthique de collaboration au service de la justice fondée sur la valeur de respect mutuel de leurs fonctions respectives.

⁷⁸ Art. R. 212-64, COJ.

⁷⁹ Art. R. 212-63, COJ.

⁸⁰ G. Canivet, Rapport au Ministre de la justice sur l'évaluation des chefs de cour d'appel et de tribunal, sept. 2019 ; M. Babonnrau, « Management au sein des juridictions : un organe *ad hoc* pour évaluer les chefs de cours », *Dalloz Actualité*, sept. 2019, <<https://www.dalloz-actualite.fr/flash/management-au-sein-des-juridictions-un-organe-ad-hoc-pour-evaluer-chefs-de-cours#.XnCfjahKiU>>.

51 - Une troisième voie serait de tirer les conséquences de l'interaction entre la poursuite, la défense et le jugement dans le fonctionnement de l'institution judiciaire et d'en déduire les pratiques de comportement dans les rapports de service entre avocats, magistrats du siège et du parquet et des greffiers au sein des juridictions.

TABLE

AVANT-PROPOS	
INTRODUCTION	3
Partie I UN DIAGNOSTIC	6
1. L'ANALYSE HISTORIQUE	7
1.1 HISTORIQUE DE LA PLACE DU JUGE	7
1.2. HISTORIQUE DE LA PLACE DE L'AVOCAT	10
1.2.1. <i>Pas d'avocat au pénal</i>	11
1.2.2. <i>Au civil</i>	12
1.3 CONCLUSION SUR L'HISTOIRE	13
2. L'ANALYSE POLITICO-SOCIOLOGIQUE	15
2.2 ABSENCE D'ETUDES SOCIOLOGIQUES RECENTES	16
2.3 UN CHANGEMENT DE COMPORTEMENT	17
2.3.1. <i>Le problème institutionnel</i>	17
2.3.2. <i>La paupérisation : un paradoxe</i>	19
2.4. LA FIEVRE ERUPTIVE DU MOMENT	21
2.5. LES PALAIS DE JUSTICE	21
3. LA PROCÉDURE	24
3.1. AU CIVIL	24
3.2. AU PENAL	25
3.3 UN RAPPORT PARTICULIER A LA VERITE ET A LA PREUVE	28
3.4. UN RAPPORT PARTICULIER AU SECRET PROFESSIONNEL	29

Partie II LA THÉRAPEUTIQUE	32
1. Première recommandation : Choisir entre ne rien faire et agir	33
2. Deuxième recommandation : Penser ou panser l'ENM	36
3. Troisième recommandation : Mener une réflexion sur le détachement en cours de carrière	39
4. Quatrième recommandation : Changer les méthodes de travail	42
4.1 <i>Au civil</i>	42
4.2 <i>De nouvelles pratiques procédurales écrites et orales</i>	44
4.3 <i>Pour une nouvelle organisation de l'audience pénale</i>	46
5. Cinquième recommandation: Une nouvelle culture de la preuve et de la vérité	48
6. Sixième recommandation : prendre en compte les nouvelles procédures	50
6.1 <i>Introduire des méthodes interactives au civil</i>	50
6.2 <i>Tirer les conséquences de l'introduction de la justice transactionnelle</i>	51
7. Septième recommandation : Une prise de position du barreau sur la séparation du siège et du parquet	54
8. Huitième recommandation : Soigner les nouveaux palais de justice	55
9. Neuvième recommandation : Le parrainage	57
CONCLUSION - l'œuvre commune : la communauté juridique	58
Personnalités entendues	63
Membres du comité d'éthique du barreau de Paris	64
CONTRIBUTIONS	
Antoine Garapon : Magistrats-avocats: des relations sans règle du jeu	67
Guy Canivet: Existe-t-il une éthique commune des juges et des avocats faisant référence à une théorie générale et à une définition de la justice ?	70

