

L'INDEPENDANCE DE L'AVOCAT ¹

La Recommandation du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe "sur la liberté d'exercice de la profession d'avocat" dénommée Rec. (2000 21) adoptée le 25 octobre 2000.

Par **Bertrand FAVREAU**

Président Fondateur de l'Union des Avocats Européens.

En France, en Belgique, en Italie et dans le plupart des pays de l'Europe continentale l'indépendance est signalée, depuis le 19^{ème} siècle, comme le privilège de la profession d'avocat. Il s'agit, donc d'une double indépendance, celle de l'individu, mais aussi celle du groupe. Cette dualité est bien présente dans les deux instruments qui ont pour vocation de réglementer l'exercice de la profession d'avocat au niveau international.

De fait, le huitième congrès des Nations Unies pour la prévention du crime et le traitement des délinquants, avait adopté à La Havane, en septembre 1990, les « Principes de base relatifs au rôle du barreau », principes destinés à aider les Etats dans la promotion et la concrétisation du juste rôle de l'avocat dans la société.²

Ce sont ces principes que l'Assemblée générale des Nations Unies dans sa Résolution 45/121 de décembre 1990, a déclaré "accueill[ir] avec satisfaction" en invitant les gouvernements à « s'en inspirer pour l'élaboration de textes législatifs et de directives appropriés et à faire des efforts pour appliquer les Principes énoncés dans ces résolutions [...] compte tenu de la situation économique, sociale, juridique, culturelle et politique de chaque pays ».

Dix ans plus tard c'est en se référant très expressément à ces «Principes» qu'elle vise qu'est intervenue la Recommandation du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe "sur la liberté d'exercice de la profession d'avocat" dénommée Rec. (2000 21) adoptée le 25 octobre 2000. On rappellera pour mémoire, par ailleurs, que le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe a adopté de nombreuses Résolutions et de Recommandations ayant trait à des questions relatives à la justice, parmi lesquelles figurent aussi les questions relatives au rôle et à la profession de l'avocat.³

Les «Principes» de base évoquent le «rôle du Barreau», la Recommandation (Rec.), « la liberté d'exercice de la profession d'avocat ». En réalité, les deux textes déclaratoires - et donc tous deux non contraignants mais constituant à n'en pas douter des « obligations morales » pour les Etats membres – l'un universel, l'autre régional, ne sont que deux vecteurs pour parvenir au même résultat.

On notera d'ailleurs que, dans le prolongement des Principes sur le **rôle des barreaux**, la commission des droits de l'homme de l'ONU a nommé en mars 1994, un « Rapporteur spécial sur la question de l'**indépendance** des juges et des avocats », marquant ainsi qu'il s'agit bien des deux facettes d'un même combat, l'indépendance des avocats allant de pair avec l'indépendance des juges, et la première n'allant pas sans l'autre.

¹ Communication lors du 28ème Colloque de droit européen sur l'indépendance de l'avocat.

² Principes de base relatifs au rôle du barreau adoptés par le huitième Congrès des Nations Unies pour la prévention du crime et le traitement des délinquants qui s'est tenu à La Havane (Cuba) du 27 août au 7 septembre 1990. («Principes»)

³ Recommandation Rec (2000)21 du Comité des Ministres aux Etats membres sur la liberté d'exercice de la profession d'avocat (adoptée par le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe le 25 octobre 2000, lors de la 727^e réunion des Délégués des Ministres) (« Rec. »)

Et l'indépendance est, décidément, la caractéristique première du juriste qu'est l'avocat puisque la récente la directive du 4 décembre 2001 vise les avocats sous la dénomination de : " membres des professions juridiques et indépendantes[...]".⁴

La première question qui se pose consisterait à savoir ce qu'est l'indépendance.

Abraham Lincoln disait : «Le monde n'a jamais possédé une bonne définition de la liberté. Nous nous proclamons tous en faveur de la liberté, mais lorsque nous utilisons ce mot, nous ne parlons pas en fait de la même chose». Qu'en est il en vérité de l'indépendance ?

Force est de constater que les efforts souvent difficile et appréciables de synthèse des traditions juridiques et judiciaires de la deuxième moitié du XXème siècle confirment les disparités⁵.

Force est également de constater que le Code de déontologie des avocats la Communauté Européenne devenu depuis de l'Union européenne, du Conseil des Barreaux de (CCBE) arrêté à Milan en novembre 1987 et finalement adopté le 28 octobre 1988 à Strasbourg (puis révisé le 28 novembre 1998) - qui est désormais érigé au rang de norme déontologique européenne - fait figurer au premier rang des principes généraux de la déontologie, l'indépendance, comme le faisait son ébauche, la Déclaration de Perugia de 1977.

Mais qu'il l'évoque davantage qu'il ne la définit.

De fait, c'est davantage sa raison d'être qui est évoquée : cette indépendance doit être "absolue" (2.1.1) et elle est « nécessaire pour l'activité juridique comme pour les affaires judiciaires ».

Tout au plus précise t'on que cette indépendance doit être « exempte de toute pression, notamment de celle résultant de ses propres intérêts ou d'influences extérieures [...] la prestation juridique de l'avocat n'ayant aucune valeur si elle a été donnée « par complaisance, par intérêts personnels ou sous l'effet d'une pression extérieure ».

Il s'agit là d'une acception très « classique » de la notion d'indépendance. Force est de constater, donc que, l'indépendance traditionnelle relevait, plus de l'incantatoire ou de l'optatif que de la réalité.

Si, ainsi que le dit le code de déontologie du CCBE : « l'avocat doit éviter toute atteinte à son indépendance », l'évolution du monde ne réduit plus cette indépendance au respect des incompatibilités et au règlement des conflits d'intérêts, voire à la prohibition de tout lien de subordination, comme ce fût le cas pendant la majeure partie du 19^{ème} et même du 20^{ème} siècle⁶.

⁴ directive 2001/97/CE du Parlement européen et du Conseil du 4 décembre 2001- article 6 .3 2^{ème} alinéa

⁵ Voir notamment l'international "Code of Ethics" adopté le 25 juillet 1956 à Oslo par l'assemblée générale de l'IBA (amendée à Mexico city le 29 juillet 1964 et à Stockholm le 18 août 1976) les principes fondamentaux de la profession d'avocat adoptés par l'assemblée générale du 20^{ème} congrès de l'UIA à Bonn le 4 avril 1964 la déclaration d'Athènes de l'AIJA en date du 27 août 1966.et la déclaration de Perugia adoptée par la CCBE adoptée à Liège le 16 septembre 1977 sur les principes déontologique des Barreaux de la Communauté Economique Européenne.

⁶ Dans les conclusions de la réunion multilatérale consacrée en 1997 à ce sujet (Budapest, 9-11 décembre 1997), organisée par le Conseil de l'Europe en coopération avec le barreau hongrois, le Conseil des barreaux de la Communauté européenne (CCBE) et INTERRIGHTS, il était dit – dans la partie relative à l'organisation et à l'administration de la profession d'avocat – que les avocats sont tenus dans toutes les sociétés de respecter les Principes généraux suivants : indépendance, intégrité morale, confidentialité, respect des règles déontologiques, prévention des conflits d'intérêts, abstention de toute activité incompatible avec l'accomplissement en toute indépendance de leur

Pour qu'elle ne reste pas un vain mot, il convenait de donner un supplément de substance à cette indépendance des avocats.

C'est l'un des mérites de la Recommandation que d'avoir, tout en fixant les principes régissant la liberté d'exercice de la profession d'avocat, tenté de préciser "la nature de l'indépendance de la profession d'avocat, ses raisons, son importance pour la société, les obligations qui en résultent, les moyens de l'assurer et de la protéger, les normes et la discipline nécessaires pour la défendre". (Exposé des motifs point 17).

Certes, il s'agit d'un texte sur la «liberté d'exercice de la profession d'avocat». Mais n'est ce pas l'occasion de rappeler, ici, ce que nous enseigne le sage Epictète : «La liberté, c'est l'indépendance de la pensée ». Et en l'espèce on serait tenté de dire, la liberté c'est l'indépendance de l'activité.

A vrai dire, la liberté sous-tend l'indépendance puisque cette dernière notion en la forme d'indépendance, ou d'indépendante, revient à neuf reprises dans le corps de la Recommandation (et à 11 reprises si l'on y ajoute l'exposé des motifs).

Il s'agit d'une indépendance administrative et politique, certes, même si celle-ci ne semble pas menacée, en l'état, dans l'Europe des 15, et même des 27, mais davantage des risques d'érosion plus subtils de l'indépendance face aux enjeux économiques, financiers voire technologiques.

1- L'INDEPENDANCE : DEFI CONTRE TOUTE CONTRAINTE ADMINISTRATIVE OU POLITIQUE

Il n'y a pas d'avocat indépendant, sans un barreau indépendant, d'une part. Mais il n'y a pas de barreau indépendant, si les avocats n'ont pas eux-mêmes les garanties de leur indépendance à titre individuel.

Sans se livrer à une querelle de nature scolastique, consistant à savoir qui fût le premier de l'avocat ou du barreau, force est d'aborder l'indépendance sous les deux angles distincts. Commençons par le début puisqu'il s'agit, ici, d'indépendance des avocats.

A- L'Indépendance des avocats

1° Un principe déontologique commun à tous les avocats

L'indépendance était, il est vrai, traditionnellement une des premières valeurs communément partagées par les barreaux du monde. Elle était le corollaire d'une conception individualiste de l'exercice de la profession.

Aussi loin que l'on veuille bien se retourner pour considérer les déclarations internationales de la deuxième partie du 20^{ème} siècle, on s'aperçoit que les barreaux avaient spontanément et séparément dégagé des règles analogues ou proches. Il semblait évident, qu'était, de principe, admis par

mission, publicité et promotion personnelle (compte tenu de l'article 10 de la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales), protection des intérêts du client et respect de la justice.

L'INDEPENDANCE DE L'AVOCAT La Recommandation du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe "sur la liberté d'exercice de la profession d'avocat" dénommée Rec. (2000 21) adoptée le 25 octobre 2000

l'ensemble des avocats du monde, un certain nombre de règles, au premier rang desquelles figurait le devoir d'indépendance au même titre que la dignité ou la délicatesse.

Traditionnellement, l'indépendance, en cette matière, même si elle revêtait une signification plus générale, concernait les relations avec le client et était illustrée dans les traités de déontologie par le régime des incompatibilités.

Etre indépendant c'était par définition ne pas être « dépendant de... » et le principe était que l'avocat doit s'abstenir de toute occupation de nature à porter atteinte à son indépendance (ou bien à sa dignité). Il s'agissait notamment de tout emploi impliquant une subordination à un employeur extérieur à la profession. C'est par exemple au nom de l'indépendance que l'on a interdit jusqu'à 1954, la possibilité aux avocats de s'associer.

Le devoir de préserver son indépendance, figurait déjà dans cette acception à l'article 3 du code de l'IBA de 1956, en cette forme : "il n'acceptera aucune autre tâche ou occupation qui serait susceptible de lui faire perdre cette indépendance"

La déclaration de Perugia de 1977 (chapitre V) ajoutait : "l'avocat doit donc se montrer aussi indépendant à l'égard de son client qu'envers les magistrats et avoir le souci de ne complaire ni à l'un ni à l'autre".

Cela impliquait, notamment

- l'interdiction de tout intérêt personnel ou financier à la solution du procès,
- l'obligation de se déporter en cas de contradiction d'intérêts,
- l'obligation de respecter les incompatibilités.⁷

C'est à cette conception - source de divergence – que devait se rallier indirectement, en 1982, la Cour de Luxembourg, dans son arrêt *AM & S*, en donnant – contrairement aux conclusions de l'avocat général - une définition, négative et réductrice, de l'avocat indépendant. :« [...] c'est à dire non lié au client par un rapport d'emploi... » mais tout en allant beaucoup plus loin par ailleurs, en évoquant le rôle de l'avocat, « considéré comme collaborateur de la justice et appelé à fournir en toute *indépendance* et dans l'intérêt supérieur de celle-ci, l'assistance légale dont le client a besoin». ⁸

Pourtant, cette conception purement déontologique n'était pas affranchie d'une autre vision dont on trouve la trace dans les synthèses professionnelles anciennes à l'instar des Principes fondamentaux de la profession d'avocat de l'UIA en 1964: « La liberté de l'avocat est imprescriptible » et « il est autonome, soumis à un droit professionnel et à des disciplines propres, libre gardien de ses règles »⁹ ou la Déclaration d'Athènes de l'AIJA de 1966, qui rappelait qu'il était « indispensable à une saine administration de la justice et à la garantie des libertés dans tous les domaines : [...] l'indépendance des avocats comme celle des juges». ¹⁰

⁷ Ainsi en France les articles 11, 17.3° de la loi du 31 décembre 1971, modifiée par la loi du 31 décembre 1990 ou encore en Belgique l'article 437 du Code Judiciaire : concernant, par exemple, l'exercice d'une industrie ou d'un négoce ou encore les emplois et activités rémunérées, publiques ou privées, à moins qu'ils ne mettent pas en péril l'indépendance de l'avocat, pas plus que la dignité du Barreau.

⁸ *CJCE - arrêt AM & S / Commission du 18 mai 1982, (155/79), Rec. p. 1575 ; attendus 24 et 27.*

⁹ Principes fondamentaux de la profession d'avocat adoptés par l'assemblée générale du XXème congrès de l'UIA à BONN le 4 avril 1964 : Point 4 et 12.

¹⁰ Déclaration d'Athènes de l'AIJA du 27 Août 1966. Point 2

C'est celle que consacrent désormais les déclarations internationales et cela est très sensible dans le code de déontologie CCBE, si on le rapproche de son esquisse qu'est la Déclaration de Perugia qu'il reprend en majeure partie, puisqu'il ajoute les notions d' « influences extérieures », le principe de « confiance en la justice » - qui relève de la théorie des apparences – et qu'au contraire il supprime du chapitre de l'indépendance les mentions de « conflit d'intérêts » et de « respect des incompatibilités ».

2°. Une nouvelle conception de l'indépendance

De même, que c'est en se référant aux articles 7,8,10 et 11 de la Déclaration Universelle et aux articles 2,14 et 26 du PICDP que l'ONU a proclamé les principes de 1990, c'est à la Convention des Droits de l'Homme que renvoie la recommandation : il s'agit de « promouvoir la liberté d'exercice de la profession d'avocat afin de renforcer l'Etat de droit, auquel participe l'avocat, notamment dans le rôle de défense des libertés individuelles. Et donc de mettre en oeuvre « un système judiciaire équitable garantissant l'indépendance des avocats dans l'exercice de leur profession sans restriction injustifiée et sans être l'objet d'influences, d'incitations, de pressions, de menaces ou d'interventions indues, directes ou indirectes, de la part de qui que ce soit ou pour quelque raison que ce soit ».

Au commencement il y a la "permanence du droit". C'est là une application directe des principes consacrés par la CEDH. Rappelons que si le premier droit de l'accusé est "le droit d'avoir un accès concret et effectif à un tribunal", il en est de même pour celui d'être effectivement défendu par un avocat, qui figure parmi les éléments fondamentaux du procès équitable.¹¹

Effectivité, équité, égalité. C'est en partant de l'effectivité, que l'ancienne Commission de Strasbourg et la Cour ont construit la théorie bien connue du procès équitable qui les ont ensuite menées de l'équité à l'égalité des armes. Parce que la Convention a « pour but de protéger des droits non pas théoriques ou illusoire, mais concrets et effectifs », les Etats doivent faire preuve de diligence pour assurer la jouissance effective des droits garantis par l'article 6.¹² Et la cour de rappeler que la remarque valait "en particulier pour le droit d'accès aux tribunaux, eu égard à « la place éminente que le droit à un procès équitable occupe dans une société démocratique ».¹³ L'effectivité de l'accès supposant, en outre, qu'il ne soit pas utilement empêché par la complexité de la procédure, par le coût ou à un point tels que son droit à un tribunal s'en trouve atteint dans sa substance même et à condition qu'il « existe un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé ».¹⁴

A cette fin de même que les «Principes» prévoyaient de veiller à ce que les avocats puissent s'acquitter de toutes leurs fonctions professionnelles « sans entrave, intimidation, harcèlement ni ingérence indue », la Recommandation rappelle, quant à elle "la liberté d'exercice de la profession d'avocat sans discrimination ni intervention injustifiée des autorités ou du public ». (Rec. I, 1)

Et dès lors qu'il s'agit bien d'une obligation positive à la charge des Etats membres, la Cour ayant rappelé que "[...]l'exécution d'un engagement assumé en vertu de la Convention appelle parfois des mesures positives de l'Etat », qu' « en pareil cas, celui-ci ne saurait se borner à demeurer passif et

¹¹ CEDH *Golder c. Royaume-Uni* du 21 février 1975, série A n° 18, p. 18, § 36 ; Arrêt *Artico c. Italie* du 13 mai 1980, série A n° 37, p. 17, § 34 ;

¹² CEDH - arrêts du 23 juillet 1968 en l'affaire "linguistique belge", série A n° 6, p. 31, §§ 3 in fine et 4; l'arrêt *Golder* précité, p. 18, § 35 in fine; *Luedicke, Belkacem et Koç*, du 28 novembre 1978, série A n° 29, pp. 17-18, § 42; *Marckx* du 13 juin 1979, série A n° 31, p. 15, § 31.

¹³ CEDH – Arrêt *Delcourt* du 17 janvier 1970, série A n° 11, pp. 14-15, § 25.

¹⁴ CEDH arrêt *Airey c Irlande* du 9 octobre 1979 § 24.

"il n'y a [...] pas lieu de distinguer entre actes et omissions" et que « l'obligation d'assurer un droit effectif d'accès à la justice se range dans cette catégorie d'engagements. ¹⁵

Et la Cour de Luxembourg vient de rappeler, il y a quelques jours, qu'au regard des règles de concurrence, une réglementation professionnelle qui, dans le but de garantir l'indépendance des avocats, n'autorise pas les avocats à constituer des cabinets intégrés avec des experts-comptables ... « a pu être raisonnablement considérée comme nécessaire au bon exercice de la profession d'avocat telle qu'elle est organisée dans le pays concerné ». ¹⁶

Il s'agit bien d'un principe fondamental dans un Etat de droit garanti par les traités internationaux auxquels les Etats sont parties.

Cela étant à quelle aune doit-on apprécier l'indépendance des avocats ?

A l'échelle du Conseil de l'Europe, une jurisprudence nombreuse nous précise ce qu'est un juge "indépendant", la Cour se réservant notamment d'examiner les modalités de nomination des juges, la durée de leur mandat, leur irrévocabilité ou l'impossibilité juridique de leur donner des ordres etc. C'est donc à la fois une norme sociale ou institutionnelle et c'est aussi une exigence éthique pour le juge a contrario. Puisque selon la Cour, il y va de la "confiance que la justice doit inspirer dans une société démocratique."

C'est à la substance de l'indépendance de l'avocat que la « Recommandation » de 2000 a voulu donner un cadre.

Pour satisfaire aux exigences d'un Etat de droit, elle préconise ainsi que soient garantis :

1° un véritable "droit d'accès aux clients" en particulier aux personnes privées de liberté, afin de pouvoir les conseiller en privé et les représenter conformément à la déontologie de leur profession, (Rec. I, 5) qui a pour corollaire le droit d'« accès effectif » de « toute personne [...] à des services juridiques fournis par des avocats indépendants ». (Rec. IV, 1)

2° un total accès aux informations, renseignements et pièces des dossiers («Principes» 21: Rec. I, 5,7 et 8)

Principe que la Cour n'a cessé de rappeler : le principe de l'égalité des armes étant « l'un des éléments de la notion plus large de procès équitable » et requérant « que chaque partie se voie offrir une possibilité raisonnable de présenter sa cause dans des conditions qui ne la placent pas dans une situation de net désavantage par rapport à son adversaire ». ¹⁷ L'arsenal des deux parties doit être le même que l'adversaire soit le ministère public en matière pénale ou un plaideur en matière civile. C'est ce que le Comité des Droits de l'Homme des Nations Unies appelle quant à lui "l'égalité de moyens entre l'accusation et la défense". ¹⁸ C'est en ce sens qu'effectivité se conjugue avec égalité.

¹⁵ CEDH - arrêt *Marckx* précité, p. 15, § 31 et l'arrêt *De Wilde, Ooms et Versyp* du 10 mars 1972, série A n° 14, p. 10, § 22.

¹⁶ CJCE *J.C.J. Wouters, J.W. Savelbergh, Price Waterhouse Belastingadviseurs BV / Algemene Raad van de Nederlandse Orde van Advocaten* - affaire C-309/99 . Arrêt du 19 février 2002.

¹⁷ CEDH arrêt *Dombo Beheer B.V. c. Pays-Bas* du 27 octobre 1993, série A n° 274, p. 19, § 33; *Bulut c. Autriche* § 47 ; arrêt *Lobo Machado c. Portugal* du 20 février 1996, Recueil 1996-I, pp. 206-207, § 31. arrêt *Nideröst-Huber c. Suisse* du 18 février 1997, Recueil 1997-I, p. 107, § 23 et plus récemment : *Kuopila c. Finlande* n° 27752/95 du 27 avril 2000 § 37 ; *Morel c. France*, n° 34130/96, du 6 juin 2000, § 27.

¹⁸ *Affaire J. Campbell C/ Jamaïque* A/48/40 1993.

3°/ le droit à la "liberté d'opinion, d'expression, mais aussi d'associations et de réunions" (Rec. I, .3) (les «Principes»s des Nations unies 16 et 23 ajoutant la liberté de croyance)

Droits qu'il convient d'apprécier au regard de la jurisprudence notamment de la Cour européenne des droits de l'homme, - qui incluent les opinions « accueillies avec faveur ou considérées comme inoffensives ou indifférentes, mais aussi pour celles qui heurtent, choquent ou inquiètent »¹⁹ - et dont ils ne faut pas croire qu'ils ne s'adressent qu'au pays qui ont une culture récente de l'indépendance des avocats puisqu'ils ont pu être méconnus tout près de chez nous. La Cour a été amenée à rappeler en la matière dans l'arrêt *Ezelin c. France* : « *que la recherche d'un juste équilibre ne doit pas conduire à décourager les avocats, par peur de sanctions disciplinaires, de faire état de leurs convictions en pareille circonstance* ». Et que : « [...] *la liberté de participer à une réunion pacifique - en l'occurrence une manifestation non prohibée - revêt une telle importance qu'elle ne peut subir une quelconque limitation, même pour un avocat, dans la mesure où l'intéressé ne commet par lui-même, à cette occasion, aucun acte répréhensible* ».²⁰

Mentionnons séparément aussi :

4°/ un droit plus particulier celui de se déplacer (Rec. I, .3)

On regrettera sur ce point que la Recommandation n'ait pas repris expressément la formulation du point 16 des «Principes» créant plus précisément une obligation pour les pouvoirs publics de veiller à ce que les avocats « puissent voyager et consulter leurs clients librement, dans le pays comme à l'étranger » (Princ. 16). La suppression du passeport étant une entrave adoptée sans grande imagination par de nombreux pouvoirs exécutifs. Songeons à l'importance de cette mesure, Aux avocats auxquels on retire leur passeport à la veille d'une réunion importante comme Abdoulaye Math au Cameroun ou à Mehrangiz Kar, militante des droits de la personne humaine et plus particulièrement des droits des femmes a été condamnées avec 16 autres iraniens à quatre ans d'emprisonnement pour s'être rendue, en avril 2000, à Berlin, et avoir participé à une conférence à l'occasion de laquelle ont eu lieu de violentes manifestations de la part d'exilés iraniens à la fois contre les participants à la conférence et contre la situation politique en Iran. La justice iranienne considère que la participation à cette conférence a été " mauvaise pour la sécurité nationale ".

5° Le droit de participer à des débats publics sur les questions relatives à la loi et à l'administration de la justice et de suggérer des réformes. (Rec. I,3 ou «Principes» 23)

Ces droits ne doivent pas se concevoir dans un sens théorique et en fonction de l'interprétation que chaque système juridique serait propre à en donner.

Ce qui en terme d'obligations positives implique qu'ils ne doivent pas être menacés de sanction y compris de sanctions économiques, et ne subissent aucune "pression d'aucune sorte", dès lors qu'ils agissent conformément à leurs règles déontologiques. (Rec. I,.5)

On soulignera – puisque les 43 font partie des 189 et qu'ils s'appliquent également dans les Etats membres du Conseil de l'Europe - que les Principes des Nations Unies sont plus précis et veulent plus loin sur ce point – sans doute parce qu'ils s'adressent à des pays où ces droits sont le plus volontiers ignorés - en prévoyant que « les avocats ne doivent pas être assimilés à leurs clients ou à la cause de leurs clients du fait de l'exercice de leurs fonctions. («Principes» 18) et en préconisant

¹⁹ CEDH - Arrêts *Handyside c. Royaume-Uni* du 7 décembre 1976, série A n° 24, p. 23, § 49, et *Jersild c. Danemark* du 23 septembre 1994, série A n° 298, p. 26, § 37.

²⁰ Arrêt *Ezelin C/ France* du 26 avril 1991, série A no 202 §§. 52- 53.

une véritable « immunité civile et pénale pour toute déclaration pertinente faite de bonne foi dans des plaidoiries écrites ou orales ou lors de leur parution ès qualités devant un tribunal ou une autre autorité juridique ou administrative ». («Principes» 20)

Ce n'est pas une proclamation vide de sens. L'hypothèse n'est pas d'école. On sait que le harcèlement ou l'intimidation des avocats est une pratique souvent employée par certains Etats pour dénier aux avocats l'indépendance que les textes internationaux les ont obligés à reconnaître dans la forme. Même près de chez nous en Europe ... Je ne puis que vous renvoyer sur ce point au rapport périodique « Attacks on Justice » du Centre pour l'indépendance des Juges et des Avocats de Genève (CIJL) ou encore aux constatations du Rapporteur spécial des Nations Unies.²¹

Il ne faudrait naturellement pas croire qu'en passant de cette conception de principe déontologique à celle de principe fondamental d'un Etat de droit l'indépendance se trouverait affranchie de toute obligation déontologique. Evidemment, les avocats bénéficient de l'ensemble de ces droits « conformément à la déontologie de leur profession ». (**Rec. I, 5**). Et la contrepartie à cette indépendance : se trouve dans l'obligation de respecter des règles sous peine de sanctions. De même que les Principes de l'ONU comportent une partie « Devoirs et responsabilités », notamment vis à vis des clients («Principes» 1 1 à 15 – Rec. III, 1 à 4), la Recommandation énumère les principaux devoirs des avocats vis à vis de leurs clients, de l'autorité judiciaire etc.

6°/ Au-delà, il n'en reste pas moins vrai que l'une des libertés essentielles reconnue à l'avocat est **le droit de s'associer librement au sein d'organisations professionnelles ou de barreaux eux-mêmes autonomes et indépendants.**

B- L'indépendance du Barreau

En France l'indépendance était, au XIXème siècle, selon Cresson, "le patrimoine envié de l'Ordre". Cette indépendance des barreaux est unanimement reconnue dans tous les codes d'éthique ou les déclarations professionnelles. Elle a toujours été considérée comme une garantie nécessaire, dont la justice et le justiciable ont besoin.

a) Les critères de l'indépendance

1°- **les avocats doivent pouvoir être regroupés dans des organes autonomes et indépendants des autorités et du public** (Rec. V, 2). En ce sens, les Principes des Nations Unies («Principes» 24) rappelaient que les avocats peuvent constituer des associations professionnelles autonomes".

C'est une libertés fondamentales des barreaux que les Etats se doivent de garantir. Ce rappel - qui peut paraître inutile à certains - n'est cependant pas sans incidence – pour ne citer que des cas récents, proche de nous, en Azerbaïdjan ou au Belarus, le gouvernement contrôle le collège des avocats ce qui permet de sélectionner les avocats qui interviennent dans les affaires pénales. Et notons, qu'il n'y a pas si longtemps, au début des années-soixante, en France, le gouvernement a dissous le Conseil de l'Ordre du barreau d'Alger « soupçonné de n'être pas assez docile à certains impératifs ».²²

²¹ Voir : - Mona Rishmawi with Nadja H.N.I. Houben, Carlos Lopez Hurtado, Gregory J. Mayne "Attacks on Justice". The Harassment and Persecution of Judges and Lawyers annual report of the Centre for the Independence of Judges and Lawyers (CIJL) January 1999-February 2000 –.

Et - Rapport du Rapporteur spécial sur la question de l'indépendance des juges et des avocats, M. Param Cumaraswamy présenté à la session de 1998 de la Commission des droits de l'homme des Nations Unies E/CN.4/1998/39.

²² Maurice GARCON, L'avocat et la Morale, Buchet Chastel, 1963, p. 62.

2°- l'autorisation d'exercer la profession doit être prise par un organe indépendant (Rec. (I, 2) c'est à dire que ces instances aient la maîtrise effective de l'accès à la profession, (sous réserve d'un recours juridictionnel) quelle que soit la modalité : adhésion à un corps professionnel, ou inscription sur un registre ou une liste.

3° - ces organismes doivent être les garants du respect de la déontologie et de sanction des manquements.

Ce qui signifie qu'ils ont pour fonction :

- l'édiction de la norme disciplinaire («Principes» 26 - Rec. V, , 1 et 4.g)
- mais aussi le contrôle de son respect : ils sont « responsables de l'application des mesures ». (Rec. VI 2)

b) Une indépendance effective :

Au-delà de l'aspect déclaratoire, le texte donne les axes permettant d'en assurer l'effectivité. Celle-ci dépend en effet des modalités d'exercice des pouvoirs qui lui sont octroyés par l'organe représentatif de la profession.

- **Au plan disciplinaire**, il doit exercer effectivement ces prérogatives.

Un écrivain québécois, Pierre Bourgault, dit "l'indépendance ce n'est pas une récompense, c'est une responsabilité". Ce qui suppose qu'en cas de manquement les associations sont tenues « de prendre des mesures appropriées, y compris l'engagement de poursuites disciplinaires » (Rec. VI, 1) ou – nous disent les « Principes » - qu'une plainte contre un avocat doit faire l'objet "d'un examen avec diligence et équité ". (Principe 27)

Ce qui implique aussi que cette instance disciplinaire a l'obligation de juger avec impartialité («Principes» 28), ou encore – nous dit la Recommandation – « en fonction des règles de conduites professionnelles » et « dans le plein respect des principes et règles de la CEDH » (Rec. VI, 3) notamment le principe de proportionnalité (Rec. VI, 4) - ce qui n'est pas toujours le cas.

- **Au plan social et politique :**

La Recommandation exhorte les organisations d'avocat à remplir une mission impérieuse , dont il ne faudrait pas croire qu'elle ne concerne que les Etats de droit récents ou non stabilisés : celle d'assurer effectivement « la protection de leurs membres et la défense de leur indépendance à l'égard de toute restriction ou ingérence injustifiée[...] ». (Rec. V, 3)

Puisqu'il s'agit d'une mission politique et de nature quasi-institutionnelle, cela signifie qu'il appartient ainsi, aux barreaux ou aux associations professionnelles d'avocats, de tout mettre en oeuvre pour assurer l'indépendance des avocats afin d'être le véritable gardien des garanties accordées à titre individuel .

La Recommandation en énumère les axes d'intervention :

- la promotion et la défense des intérêts de la justice sans crainte
- la défense du rôle des avocats dans la société et le respect de leur honneur de leur dignité et de leur intégrité,

L'INDEPENDANCE DE L'AVOCAT La Recommandation du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe "sur la liberté d'exercice de la profession d'avocat" dénommée Rec. (2000 21) adoptée le 25 octobre 2000

- la promotion de la participation des avocats à des systèmes garantissant l'accès à la justice des personnes économiquement faibles,
- la promotion et le soutien de la réforme du droit et des débats sur la législation actuelle ou en projet,
- la coopération avec les avocats des autres pays,
- la promotion pour les avocats d'un niveau de compétence le plus élevé possible, ainsi que du respect de la déontologie et de la discipline.(Rec. V, 4 a à g).

Mais, ainsi que le rappelle l'exposé des motifs de la Recommandation (point 2) : « La pratique du droit a considérablement évolué au cours des dernières décennies et les praticiens sont obligés d'adopter une approche plus commerciale de leur activité » et d'aucuns redouteront que l'indépendance de l'avocat puisse être désormais l'objet de menaces plus diffuses ou plus subtiles.

2- L'INDEPENDANCE ET LES ENJEUX ECONOMIQUES ET TECHNOLOGIQUES DU MONDE MODERNE

Sans doute, est-ce – et depuis de nombreuses années, à un autre défi que se heurte désormais la profession d'avocat.

Globalisation, mondialisation, net-économie, la Recommandation semble s'être bornée à rappeler des principes classiques.

A- Indépendance en matière économique et financière

Les «Principes» comme la Recommandation sont plus discrets en ce qui concerne cette indépendance : cédant, sans doute, à une tradition trop facilement établie, considère t'elle que l'indépendance économique de l'avocat n'est plus à assurer.

Ils préconisent cependant un certain nombres de règles :

1°/ un effort de transparence au titre des devoirs des avocats à l'égard de leurs clients, *ceux-ci devant les renseigner « sur les conséquences de leur affaire, y compris les coûts financiers »*. (Rec. III, 3,a)

2°/ le droit d'accès à un avocat a pour corollaire, le devoir de fournir des services juridiques " aux personnes économiquement faibles".(Rec. IV, 2 et 3) (Les «Principes» parlent de « personnes les plus démunies » ou « les plus défavorisées ». («Principes» 3)

3°/ C'est un principe amphibologique qui implique sur le plan éthique une obligation pour les avocats de se consacrer pleinement à leur tâche dans le cadre des procédures d'assistance ou d'aide juridictionnelle, mais aussi (malgré une discordance entre le texte et l'exposé des motifs sur ce point) pour les Etats l'obligation de faire en sorte d'assurer une rémunération équivalente et en tous les cas, décente aux avocats intervenants. (Rec. IV, 4)²³

A contrario, on notera que les «Principes»s des Nations Unies mentionnent aussi qu'un avocat ne peut pas être menacé de sanctions économiques pour s'acquitter de ses fonctions professionnelles et

²³ Voir : Comité européen de coopération juridique (CDCJ) - CM(2000)56 Addendum 28 avril 2000 - 710 Réunion, 18 mai 2000 – Partie B - Exposé des motifs de la Recommandation N° R(2000) ... du Comité des Ministres aux Etats membres sur la liberté d'exercice de la profession d'avocat. Point 46.

que la Recommandation, pour sa part, donne au barreau la mission de garantir la protection sociale de membres de la profession.

B – L'indépendance face aux évolutions technologiques

Les développements de l'actualité récente ont démontré que les atteintes à la substance de l'indépendance de l'avocat étaient davantage le fait d'une globalisation des échanges et des mutations technologiques que de l'action politique des autorités publiques.

Le problème récurant du secret professionnel en est la parfaite illustration.

1° Le secret professionnel

a) Les «Principes»s des Nations Unies (22) comme la Recommandation (I,6) rappellent la nécessité du respect des communications entre l'avocat et son client.

Sans doute s'agit-il là d'une règle ancestrale dont les fondements comme le contenu n'échappe pas à l'ambiguïté.

La Recommandation souligne que c'est – conception déontologique traditionnelle - un devoir de l'avocat vis à vis du client : « Les avocats doivent respecter le secret professionnel conformément à la législation interne, aux règlements et à la déontologie de leur profession. Toute violation de ce secret, sans le consentement du client, devant faire l'objet de sanctions appropriées ». (Rec. III, 2)²⁴

Mais elle veut aller plus loin en considérant qu'il existe une obligation positive à la charge les Etats membres. S'agissant d'un droit fondamental dans un Etat de droit, la Recommandation fait une obligation pour les Etats membres que de prendre « toutes les mesures nécessaires » [...] « pour veiller au respect du secret professionnel des relations entre avocats et clients » [...] « les exceptions à ce principe n'étant autorisées que « si elle sont compatibles avec l'Etat de droit ». (Rec. I, 6)

Ce qui implique, de surcroît, que les Barreaux doivent prendre les mesures nécessaires (en cas d'arrestation d'un avocat ou de procédure pénale mettant en doute l'intégrité d'un avocat (Rec. V, 5 a et b) lors de toute fouille d'un avocat, perquisition de ses biens ou de toute saisie de documents ou d'objets détenus par un avocat. (Rec. V, 5 c et d)

Il apparaît indispensable de réaffirmer ce principe à l'heure où les effets de la criminalité organisée et l'indignation légitime qu'il suscite semblent pouvoir justifier des atteintes au principe du secret professionnel.

La Cour de Justice de Luxembourg dans l'arrêt AM & S, - qui constitue un « aquis communautaire » et à ce titre concerne directement les pays candidats - a jugé à propos de la confidentialité des correspondances entre l'avocat et son client que « tout justiciable doit avoir la possibilité de s'adresser en toute liberté à son avocat, dont la profession comporte la tâche de donner de façon indépendante, des avis juridiques à ceux qui en ont besoin ».²⁵ De même, la Cour Européenne des droits de l'homme, dans divers arrêts dont l'arrêt Niemietz, a-t-elle –indirectement puisque par le biais de la protection de la vie privée – renforcé ce principe à propos des

²⁴ Ainsi en France, la confidentialité des correspondances entre avocats n'était inscrite jusqu'à la loi du 7 avril 1997 que dans les règlements intérieurs des barreaux français.

²⁵ CJCE - arrêt AM & S / Commission du 18 mai 1982, précité.

perquisitions dans un cabinet d'avocat.²⁶ Il en va de même, pour les écoutes téléphoniques, toujours au regard de l'article 8 de la CEDH, puisque toutes les communications, dès lors qu'elle concernent un cabinet d'avocat, «[...] revêtent un caractère professionnel » ce qui ne saurait permettre, sauf existence d'un contrôle prévu par une loi prévisible et accessible et proportionnalité de l'ingérence, « d'enregistrer et d'écouter les conversations téléphoniques privées d'un avocat avant de déterminer si elles relèvent du secret professionnel »²⁷.

Pourtant nous le savons, la lutte contre la crime organisé et la délinquance transfrontalière mais aussi le refus des pouvoirs publics de doter des instruments adéquats pour des raisons de souveraineté, exposent à une dérive qui fait peser une menace récurrente sur le secret professionnel. Et, il est plus facile aujourd'hui d'intercepter des fichiers joints à un e-mail que des communications téléphoniques hier.

Sans revenir sur les craintes légitimes qui ont suscité une mobilisation de toutes les organisations professionnelles, face au projet de directive sur le blanchiment d'argent destinée à remplacer la directive de 1991, on remarquera que la directive du 4 décembre 2001 n'a pas franchement renoncé à l'obligation de déclaration de soupçon qui voulait frapper les avocats en matière juridique.²⁸ L'article 6.3 2^{ème} alinéa dispose en effet :

" que les Etats membres ne sont pas tenus d'imposer des obligations prévues au paragraphe 1 aux notaires, aux membres des professions juridiques et indépendantes[...] lors de l'évaluation de la situation juridique de ses clients ou dans l'exercice de leur mission de défense ou de représentation de ce client dans une procédure judiciaire ou concernant une telle procédure, y compris dans le cadre de conseils relatifs à la manière d'engager ou d'éviter une procédure, que ces informations soient reçues ou obtenues avant, pendant, ou après cette procédure."

Dès lors, pour être désormais transférée à l'édiction des mesure de transposition dans l'ordre interne, la difficulté au regard du secret professionnel n'en revêt pas moins d'acuité. Il n'est pas interdit en effet aux Etats membres d'utiliser la compétence qui leur est laissée pour mettre à la charge des avocats une obligation de déclaration ou d'information, qui viderait le secret professionnel de tout sens.

Faut-il rappeler, une fois encore, qu'il ne s'agit pas de faire du cabinet de l'avocat un « sanctuaire ». Et que le secret professionnel n'est pas le privilège d'une corporation. Des conclusions récentes présentées devant la CJCE viennent d'en rappeler convenablement la portée : le « secret professionnel » n'est pas l'alibi du crime c'est – sauf utilisation délictuelle par son bénéficiaire – une «garantie essentielle de la liberté de l'individu et du bon fonctionnement de la justice» de sorte qu'il relève de l'ordre public dans la plupart des États membres²⁹. Et il n'est pas possible de distinguer entre les activités exercées la Cour de Strasbourg ayant montré dans son arrêt *Kopp c. Suisse* que matière de droit fondamentaux on ne pouvait diviser et que l'on ne pouvait vérifier a posteriori ce qui relevait ou pas du secret professionnel.³⁰

Faire de l'avocat le dénonciateur potentiel du client, c'est attenter au rôle de celui-ci et à la fonction de la défense. C'est créer une défiance systématique à l'égard des cabinets d'avocats et entraver le

²⁶ CEDH - Arrêt *Niemietz c. Allemagne* du 16 décembre 1992, série A n° 251-B.

²⁷ CEDH - Arrêt *Kopp c. Suisse* du 25 mars 1998, Recueil 1998-II, p. 541, § 57, pp. 542-543, § 72.

²⁸ Directive 2001/97/CE du Parlement européen et du Conseil du 4 décembre 2001 modifiant (JOCE 28 décembre 2001 – L 344/76).la directive de 1991.

²⁹ Voir les conclusions de l'avocat général Philippe Léger dans l'affaire CJCE (C-309/99) *J. C. J. Wouters, J. W. Savelbergh, Price Waterhouse Belastingadviseurs BV / Algemene Raad van de Nederlandse Orde van Advocaten affaire C-309/99 - Arrêt du 19 février 2002*.Point 182.

³⁰ CEDH - Arrêt *Kopp c. Suisse* du 25 mars 1998, précité.

rôle qu'il doivent remplir dans un système judiciaire. Obliger les avocats - à une « déclaration de soupçon » reviendrait à changer purement et simplement la nature et la finalité du secret professionnel et à le priver de tout effet utile.

Méditons les enseignements de l'affaire AM § S –qui n'a peut être pas été entendu - par lequel l'avocat général de la Cour de Luxembourg avait voulu envoyer un message fort aux barreaux en procédant à une synthèse téléologique des principes divergents qui régissent le secret professionnel et le « legal professional privilege » britannique, pour en retirer une règle autonome et de portée communautaire : celle qui veut qu'il soit indispensable que tous citoyens ou tous opérateurs économiques puissent se confier librement, quelle que soit la phase de la procédure, à un conseil, professionnel réglementé, sans craindre à aucun moment ce qu'il a déclaré ou écrit et réciproquement puisse être utilisé contre lui.³¹

Là devrait être la norme aujourd'hui.

2°/ En matière de publicité (quel que soit désormais son support) :

Malgré les tentatives de rapprochement, la diversité des règles n'est plus à souligner. Confrontée à cette difficulté qu'a dit la Cour de Strasbourg, saisie le fondement de la liberté d'expression de l'avocat ? Elle a préféré s'incliner face à la disparité des réglementations professionnelles en vigueur dans les Etats membres. Pourquoi ? Parce que « *la réglementation de la profession d'avocat, notamment dans le domaine de la publicité, varie d'un pays à l'autre en fonction des traditions culturelles.* » [...]

« *Ce large éventail de réglementations et les différences de rythme dans les Etats membres du Conseil de l'Europe montrent la complexité du problème. Grâce à leurs contacts directs et constants avec leurs membres, les autorités ordinales ou les cours et tribunaux du pays se trouvent mieux placés que le juge international pour préciser où se situe, à un moment donné, le juste équilibre à ménager entre les divers intérêts en jeu: les impératifs d'une bonne administration de la justice, la dignité de la profession, le droit de toute personne à recevoir une information sur l'assistance juridique et la possibilité pour un avocat de faire de la publicité pour son cabinet.* »³²

Cette « *complexité du problème* » est confirmée par le fait que la seule règle commune qui soit proposée pour la publicité, consiste finalement à l'interdire là où elle est prohibée et à l'autoriser, là où elle est permise.³³

Un grand pas a déjà été franchi mais nous en sommes encore au plus petit commun dénominateur et aux règles de conflit. Une telle conception divisionniste n'a plus d'efficacité à l'heure de l'espace judiciaire européen et de l'Internet. N'est-il pas temps qu'elles deviennent des règles communes impératives s'appliquant directement.

Peut-on se contenter dans un ensemble aussi intégré que l'Union européenne d'un standard minimum ? A quoi sert-il réellement d'instaurer, de modifier quinze règles, demain 27 ou 28 et dès aujourd'hui 43. C'est lent, inefficace et sans doute préjudiciable.

Force est de le constater, la recherche de solution à l'intérieur des frontières nationales n'est plus une solution acceptable sauf pour ceux, qui ont intérêt à voir perdurer la situation actuelle.

³¹ Voir les conclusions de l'avocat général Gordon Slynn sous CJCE AM & S / Commission, précité, Recueil 1982, pages 1643 et 1644.

³² CEDH - Arrêt Casado Coca c. Espagne du 24 février 1994, série A n° 285, § 55.

³³ Code de déontologie des avocats de l'Union européenne, (CCBE)-Article 2.6.

Dés lors que le problème est international, il n'y a pas 15, 27 ou 43 réponses. Et encore moins une différence pour les 189 Etats Membres de l'Organisation des Nations Unies.

Afin d'apporter une réponse à la mesure des enjeux et à la hauteur du défi, plusieurs axes de réflexions semblent s'imposer :

1° Dès lors qu'il est admis que l'indépendance des avocats et des barreaux est un principe fondamental du droit, il ne peut plus y avoir sur le territoire où s'applique la Convention européenne des droits de l'homme, que les pays du Conseil de l'Europe ont ratifiée, une entrave quelconque aux principes fondamentaux de l'Etat de droit et donc de l'indépendance des avocats quelles que soient les formes détournées qu'elle prendrait.

Jusque et y compris – et surtout- les limites posées par la loi nationale (ce qui est le cas dans tous les Etats où l'on veut limiter l'indépendance des avocats) qui doit s'effacer devant la règle ou le principe d'essence internationale.

2 °/ Parallèlement, le Barreau s'internationalise et se délocalise inéluctablement.

Depuis de nombreuses années déjà, ses cadres ont éclaté (celui de la nationalité bien entendu mais aussi celui du rattachement géographique). Les avocats de déplacent, s'établissent, se « multi-établissent ». Le mouvement est appelé à s'accroître par l'effet des directives de 1989 et de 1998 comme par l'effet de la « mondialisation ».

En d'autre temps un haut magistrat français, d'Aguesseau, avait très justement observer que le barreau était aussi ancien que la magistrature et que celle-ci avait fait naître celui-là. Dés lors qu'existent des juridictions internationales permanentes, il va donc se créer inéluctablement et heureusement un barreau international, parce que la nature a horreur du vide et que dés lors qu'il y a des juridictions internationales, qui ne sont plus véritablement "subsidiaries", il faut que s'érige face aux prérogatives de l'organe de poursuite, l'indépendance d'un barreau. Il y aura donc un barreau pour la Cour pénale Internationale.

Il y aura peut-être dans quelques années un barreau virtuel, ce qui ne signifie pas qu'il sera sans indépendance et sans déontologie. Depuis longtemps déjà, et bien avant le règne de l'Internet, en 1984, la Cour de Luxembourg nous a rappelé que : « Les moyens actuels de transports et de télécommunication offrent la possibilité d'assurer de manière appropriée le contact avec les autorités judiciaires et les clients ». ³⁴ Défions nous donc de la peur des progrès technologique. Depuis longtemps déjà le moraliste autrichien Karl Kraus nous a appris : « Il n'y a qu'une possibilité de se sauver de la machine. C'est de l'utiliser » ³⁵. Il faut donc faire confiance, sur ce plan, à l'imagination normative des hommes qui sauront toujours édicter, à un moment ou à un autre, les règles qui permettent de respecter un juste équilibre entre les exigences de sécurité et les valeurs essentielles de liberté communément admises par les Etats, notamment ceux qui sont membres du Conseil de l'Europe.

- au plan communautaire (puisque les 15 seront un jour 27 ou peut être 28),

Il faut aussi que s'instaure un barreau européen, c'est à dire un barreau- au sens de la Recommandation - investi de la plénitude de ses attributions et ne relevant plus de l'ordre consultatif, de la concertation ou de la coopération analogue à la coopération inter-étatique en

³⁴ *CJCE Klopp / France du 12 juillet 1984 (107/83) – attendu 216.* (Formule reprise par la suite notamment dans l'arrêt *Commission / Allemagne (87/85) du 25 février 1988*).

³⁵ Karl Kraus, *Pro Domo et Mundo*, (traduction française), Editions Gérard Lebovici, 1985, p. 30.

matière policière ou judiciaire dont on sait aujourd'hui qu'elle ne procure que des résultats tardifs et insuffisants.

Objectif 2004. Nul ne saurait oublier que la coopération Justice et Affaires Intérieures concerne au premier chef les avocats. Que le traité Amsterdam, en octobre 1997, a transféré, outre ce qui a trait au droit d'asile, aux visas et à l'immigration, tout ce qui concerne la coopération judiciaire en matière civile dans le premier pilier, en faisant ainsi des matières communautaires, tandis que ne restent dans le troisième pilier que la coopération en matière policière et pénale, domaine extrêmement sensible, dans lequel les Etats sont toujours jaloux de leur souveraineté.

La déclaration du sommet de Tampere des 15 et 16 octobre 1999 (points 28 à 32) en préconisant l'instauration d'un véritable "espace européen de justice où l'incompatibilité ou la complexité des systèmes juridiques et administratifs des Etats membres ne doivent pas empêcher de dissuader les particuliers et les entreprises d'exercer leurs droits", renforce cette exigence.

Or, la coopération judiciaire en matière civile est un domaine qui, en raison de sa sensibilité, obéit à la règle du traité d'Amsterdam, selon laquelle tout doit être décidé à l'unanimité pendant un délai de cinq ans après l'entrée en vigueur du traité. Donc, en 2004, la Commission retrouvera tout son pouvoir d'initiative.

Ainsi, la construction de l'espace judiciaire européen, aura une incidence directe sur l'état des droits des pays candidats et par osmose sur tous les pays du Conseil de l'Europe par ses effets « en creux » sur les droits des avocats. Qui peut raisonnablement contester que les mesures promises par le sommet de Tampere pour garantir un « meilleur accès à la justice en Europe », la création de normes minimales garantissant un niveau approprié d'aide juridique (point 30) et pour la protection des victimes et leur droit à réparation, y compris au remboursement des frais de justice (point 32), n'ait une incidence directe sur les modalités d'exercice de la profession d'avocat ? Demain, la coopération en matière pénale rejoindra le premier pilier. Demain, parce qu'il n'y a pas d'autre solution que de concevoir la lutte contre le crime que dans le cadre d'une « territorialité européenne », il y aura un procureur européen.³⁶ Dès lors que la norme est et sera édictée par les organes de l'Union, seul un barreau disposant des moyens d'actions prévus pourra accomplir son rôle au sens des articles 4 a à g) du chapitre V de la Recommandation.

Le philosophe allemand, Jürgen Habermas, sans doute parce qu'il est profondément européen, écrivait : « La mondialisation des échanges et de la communication, de la production économique et des finances, des transferts technologiques et d'armement, et surtout celle des risques écologiques et militaires nous pose devant des problèmes qui ne peuvent plus être résolus ni dans le cadre de l'Etat-nation, ni par l'habituel recours aux accords entre Etats souverains. Si je ne m'abuse, la souveraineté nationale continuera à se vider de sa substance et rendra indispensable l'extension des compétences politiques au niveau supranational, dont nous apercevons d'ores et déjà l'amorce».³⁷

Il y a donc ainsi un moment, dans la vie des avocats comme dans la vie des Etats, où il faut savoir choisir entre oublier ce qu'est la notion de souveraineté ou voir la substance de notion qui ne relève que d'un choix communautaire se vider.

Au plan communautaire, il faut cesser de concevoir les réponses en termes nationaux. Il faut donc, là aussi, passer du SME à l'euro. Il doit exister un barreau européen avec tous ses organes permettant une représentation et une action unitaires de la profession. Il convient de surmonter les

³⁶ Voir le Livre Vert sur la protection des intérêts financiers communautaires et la création d'un Procureur européen présenté par la Commission du 11 décembre 2001 – (COM 2001 715).

³⁷ Jürgen HABERMAS, *L'Intégration républicaine. Essais de théorie politique*, Paris, Fayard, 1998, pp. 96-97 (traduction modifiée).

disparités des traditions par l'édition de normes autonomes à l'instar de ce qu'a fait la cour de justice des communautés européennes (sans véritable lendemain) dans l'affaire AM & S et en finir avec le plus petit commun multiple pour instaurer une norme autonome européenne en fonction de la finalité de la règle déontologique, en dépassant la querelle quasi théologique entre notion de « legal privilege » et de « secret professionnel ». Il suffit d'une volonté politique. Avant l'échéance de 2004, il faut passer de l'horizontalité à la verticalité.

- au plan international,

L'indépendance des avocats est dans bien des pays une conquête récente. Aucune n'est définitive. Même à peine de rester dans l'incantatoire il faut rappeler que le principe de l'indépendance de l'avocat et des barreaux est un des fondements en même temps qu'une condition de l'Etat de droit.

Afin de le la préserver, sans doute faut-il être plus vigilant encore. On rappellera que confrontée à un problème sans doute pire encore et pour 189 pays, l' ONU a créé en 1994 un Rapporteur spécial sur la question de l'indépendance des juges et des avocats.³⁸

On doit se demander s'il ne faut pas envisager une transposition européenne en la forme d'un Rapporteur européen sur l'indépendance des juges et des avocats, qui au niveau européen à l'instar du son homologue des Nations Unies, concentrerait ses efforts à recevoir et à traiter toutes les atteintes ou entraves subies par des Barreaux ou des avocats au sein des 43 Etats membres du Conseil de l'Europe avec la mission de « soumettre à un examen toute allégation d'interférence dans le processus judiciaire, identifier et recenser les atteintes à l'indépendance du pouvoir judiciaire, des avocats et des personnels et auxiliaires de justice, cataloguer les mesures positives prises par les gouvernements pour protéger et renforcer l'indépendance des magistrats et des avocats; et présenter des propositions sur les moyens d'accroître leur indépendance ».

Naturellement on préférerait que cette prérogative demeurât le privilège d'une organisation professionnelle d'un barreau organisé avec plénitude de prérogative mais il faut pour cela un barreau européen et non pas un organe consultatif.

Tout ce qui précède, évidemment, ne pourra se comprendre, naturellement qu'à la lumière de ce qu'aucune déclaration, aucune recommandation ne fera l'indépendance d'un homme ou d'un avocat. De même que la liberté se respire, l'indépendance se conquiert, se proclame, se défend. Elle ne se décrète pas. C'est d'abord un état d'esprit.

« L'indépendance n'est pas un état de choses. C'est un devoir » remarque Vaclav Havel dans ses « Méditations d'été ». C'est aux avocats qu'il appartient de vouloir être indépendant, en considérant qu'a titre individuel ou dans le cadre national, leur revendication est désormais vouée à l'inefficacité sinon à l'échec.

Les instruments internationaux leur offre une occasion sans précédent de vouloir et de pouvoir.

Bertrand FAVREAU
Président d'Honneur de l'Union des Avocats Européens

³⁸ Le Rapporteur est actuellement le juriste malaisien M. Dato Param Cumaraswamy (Février 2002).