

Les sources positives de la déontologie à propos des avocats. (CE 15 nov. 2006, req. n° 283475, 284964 et 285065, *Philippe K. et al.*, à paraître au Lebon ; JCP 2007. II. 10001, note R. Martin)

Rafael Encinas de Munagorri, Professeur à l'Université de Nantes; Membre de l'Institut universitaire de France

Droit, éthique ou déontologie ?

La déontologie entretient avec le droit des relations incestueuses. C'est du moins une affaire de famille. Commençons par dissiper des malentendus linguistiques, ou plutôt par les mettre en valeur. Droit, éthique et déontologie répondent à des définitions distinctes. Nul ne s'accorde pourtant sur le tracé de frontières précises. Les dictionnaires juridiques sont ici d'un modeste secours ; ils offrent des formulations très générales dont l'articulation n'est pas toujours évidente. Ainsi, dans le vocabulaire juridique Cornu (PUF, Quadrige), le *droit* est défini comme « ensemble de règles de conduite socialement édictées et sanctionnées qui s'imposent aux membres de la société ». La *déontologie* correspond à un « ensemble de devoirs inhérents à l'exercice d'une activité professionnelle libérale et le plus souvent définis par un ordre professionnel ». Quant à *l'éthique*, elle est absente de la plupart des dictionnaires juridiques, y compris comme éthique appliquée (sur cette notion V. M. H. Parizeau in M. Canto-Sperber (dir.), Dictionnaire d'éthique et de philosophie morale, PUF, 2001, p. 585). Pour autant, l'éthique ne reste pas toujours au plan des spéculations de philosophie morale ; elle prend parfois la forme de dispositifs concrets à visée casuistique et normative. C'est le cas de l'éthique médicale, mais aussi de l'éthique professionnelle, qui voisine alors avec la déontologie. Du reste, les notions de droit, d'éthique et de déontologie sont souvent utilisées l'une pour l'autre, voire même confondues à dessein. La raison en est simple : l'intention d'établir des principes et d'appliquer des règles afin d'orienter les comportements leur est souvent commune. Le juriste ne doit pas alors se laisser berner par la valse des étiquettes. Ces diverses productions normatives relèvent bien de son domaine d'étude (V. sous l'appellation de « pratiques formalisées », F. Terré, Introduction générale au droit, Précis Dalloz, 7^e éd., 2006, p. 301 s. ; G. Farjat, Réflexions sur les codes de conduite privées, Mél. Goldman, 1983, p. 47 ; F. Osman, Avis, directives, codes de bonne conduite, recommandations, déontologie, éthique, etc. : réflexion sur la dégradation des sources privées du droit, RTD civ.1995. 509¹).

A défaut de fournir une vision d'ensemble, la perspective des sources du droit est éclairante. Par delà les mots employés (droit, éthique, déontologie), le souhait de guider les conduites prend toujours appui sur les mêmes procédés : usages et coutumes, jurisprudence, conventions, lois. L'unité *des* sources du droit est d'ailleurs familière aux juristes, ce qui ne cesse d'agacer d'autres observateurs des phénomènes normatifs, en particulier les sociologues.

La déontologie a déjà été envisagée - sous plusieurs angles et à partir de plusieurs professions - par des travaux remarquables (C. Hannoun, La déontologie des activités financières : contributions aux recherches actuelles sur le néo-corporatisme, RTD com.1989. 417 ; N. Decoopman, Droit et déontologie. Contribution à l'étude des modes de régulation in Les usages sociaux du droit, PUF, 1989, p. 87 ; M. Hecquart-Théron (dir.), Déontologie et droit, Presses IEP de Toulouse, 1994 ; J.-L. Bergel (dir.), Droit et déontologies professionnelles, Lib. Univ. Aix-en-Provence, 1997). Il faut aussi signaler plusieurs thèses, assez largement concordantes dans leurs conclusions (V. Martineau-Bourgninaud, Droit privé

et déontologie des professions organisées en ordre, Nantes, 1995 ; J. Moret-Bailly, Les déontologies, PUAM, 2001 ; V. Cabrol, Déontologie et droit. Contribution des rapports entre ordres normatifs, L'Harmattan, 2004). L'actualité de la déontologie des avocats nous offre l'occasion de réfléchir sur ces sources formelles, c'est-à-dire positives.

Le Premier ministre est compétent pour déterminer la déontologie des avocats

L'arrêt rendu par le Conseil d'Etat le 15 novembre 2006 ne laisse aucun doute à cet égard : « il appartient au Premier ministre de faire usage du pouvoir réglementaire ... pour fixer les règles de déontologie de la profession d'avocat ». Cette compétence est conçue largement : « le Premier ministre, compétent pour fixer les règles de déontologie de la profession, l'est nécessairement pour prévoir des dispositions spécifiques aux avocats honoraires, qui continuent d'appartenir à l'Ordre ». La déontologie des avocats est déterminée par le pouvoir réglementaire et non pas (seulement) par les avocats eux-mêmes réunis en ordres professionnels.

La compétence du pouvoir réglementaire, exercé par le Premier ministre en vertu de l'article 21 de la Constitution, repose sur un fondement légal (au sens vrai du terme). La loi du 31 décembre 1991 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques prévoit en effet, de manière explicite, en son article 53-2°, que des décrets en Conseil d'Etat, fixent « les règles de déontologie ainsi que la procédure et les sanctions disciplinaires ». Les réformes législatives du 31 décembre 1990 et du 11 février 2004 n'ont pas remis en cause cette compétence ; le décret du 12 juillet 2005 « relatif aux règles de déontologie de la profession d'avocat » (décr. n° 2005-790, JO, n° 164, 16 juill. 2005, p. 11688) est le premier à faire référence explicite, dans son titre, à la déontologie des avocats.

Le recours pour excès de pouvoir dirigé contre le décret du 12 juillet 2005 visait à contester la compétence du pouvoir réglementaire. La requête était notamment portée par l'Ordre des avocats à la Cour d'appel de Paris, dont la vigilance est connue. Deux arguments, tirés de cette même loi, furent avancés par les requérants.

En premier lieu, ce même article 53 précise d'emblée que la compétence réglementaire s'exerce « dans le respect de l'indépendance de l'avocat, de l'autonomie des conseils de l'ordre et du caractère libéral de la profession ». Or, l'autonomie n'est-elle pas niée - étymologiquement pourrait on dire - lorsque la déontologie est imposée par décret ? Le Conseil d'Etat n'a pas retenu cette apparente contradiction entre l'autonomie des avocats et de leurs instances (source interne à la profession) et l'hétéronomie résultant d'un décret concocté par le Premier ministre, c'est-à-dire au sein des ministères (source externe à la profession). Le respect du principe d'autonomie et du caractère libéral de la profession « n'impliquait aucunement qu'une des règles de déontologie fût soustraite à sa compétence [du Premier ministre] pour être réservée à celle des instances ordinaires ».

En second lieu, et dans la même (dé)veine argumentative des espoirs avaient pu naître de la formulation de l'article 21-1 de la loi (rédaction du 11 févr. 2004), en vertu duquel « dans le respect des dispositions législatives et réglementaires en vigueur, le Conseil national des barreaux unifie par voie de dispositions générales les règles et usages de la profession d'avocat ». La disposition confère au Conseil national un pouvoir d'unification. N'était-il pas possible d'en déduire que la déontologie relève des professionnels ? Le Conseil d'Etat avait certes déjà eu l'occasion de se prononcer pour dénier au Conseil national un pouvoir réglementaire en matière de déontologie à l'égard des barreaux, tout en précisant qu'elle appartient au gouvernement (CE 27 juill. 2001, JCP 2001. II. 10596, note R. Martin). Malgré la nouvelle rédaction issue de 2004, l'arrêt du 15 novembre 2006 reprend cette même position : l'article 21-1 n'a pas eu « pour objet ou pour effet de réduire la compétence du Premier ministre ».

Par le rejet du recours pour excès de pouvoir, l'arrêt du Conseil d'Etat affirme donc, avec fermeté, la compétence du pouvoir réglementaire en matière de déontologie des avocats. Il nous donne aussi des indications sur la méthode suivie. D'abord, l'absence d'une consultation formelle des professionnels concernés, qui n'était certes pas prévue par les textes : « aucune

disposition législative ou réglementaire n'imposait que fussent consultés le Conseil national des barreaux et la conférence des bâtonniers préalablement à l'adoption du décret contesté ». Les textes ne sont pourtant pas tout. Les pratiques préalables, le respect d'engagements informels et la participation des intéressés aux dispositions qui les concernent ont leur importance. Inutile de rêver, il est vrai, à l'instauration d'une déontologie applicable aux faiseurs de décrets. Les gouvernants ne sont pas connus pour s'encombrer : la déontologie, c'est pour les autres. Ensuite, le décret compile, sous la bannière de la déontologie, des dispositions dont les sources sont diverses. Les principes essentiels de la profession d'avocat - destinés à « guider son comportement en toutes circonstances » (art. 1) - regroupent des exigences - de la dignité à la courtoisie - relatives à l'exercice des fonctions d'avocat (art. 3) et le respect du secret de l'instruction (art. 5), par ailleurs formulé dans le code de procédure pénale. Faut-il considérer la déontologie décrétable comme un ramassis de dispositions éparses visant à rappeler les avocats à leurs devoirs ? Ce serait excessif et désobligeant, même si le procédé a de quoi agacer pour venir d'en haut. Toujours est-il que s'il existe une répartition de la compétence normative en matière déontologique, elle est déterminée par le pouvoir réglementaire, qui, selon les termes de l'arrêt du Conseil d'Etat (à propos de l'art. 19 al 1 du décret), a pu légalement investir le bâtonnier d'une mission en ce sens.

Que la déontologie soit déterminée par le pouvoir réglementaire et non par les professionnels eux-mêmes a de quoi étonner, du moins de prime abord. N'est-il pas paradoxal d'utiliser le mot de *déontologie* pour fixer *par décret* les règles applicables à une profession ? Cet emploi n'est certes pas nouveau et peut se justifier par l'objet des dispositions, même si les contours de la déontologie sont imprécis, comme le montre le contenu du décret (pour une recension de la diversité des objets réels de la déontologie des avocats, V. J. Moret-Bailly, Chapitre II in B. Beigner, B. Blanchard et J. Villacèque, Droit et déontologie de la profession d'avocat, LGDJ, à paraître, 2007). De plus, la qualification de *règle de déontologie* est utilisée dans le seul titre du décret, jamais dans le texte lui-même. Elle n'apporte rien en droit positif. Elle est très largement rhétorique. A quelles fins ? La question renvoie aux processus d'intégration des déontologies professionnelles par le droit étatique et plus largement à la dynamique des sources de la déontologie. Insistons cependant d'ores et déjà sur un constat d'importance : la déontologie a les mêmes sources formelles que le droit.

La dynamique des sources de la déontologie

L'histoire (complexe) et la sociologie (simplifiée) livrent une hypothèse à vérifier : « La déontologie est une manifestation d'autonomie du groupe dans la société. Il s'agit de rendre l'ordre professionnel autonome dans le champ normatif » (E. Caussin, Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit, LGDJ, 1993, *v° Déontologie*). De là deux mouvements successifs. D'abord, la déontologie est affirmée pour se démarquer du droit étatique. Elle prospère dans son ombre. Ensuite, lorsque les professionnels ont acquis une légitimité suffisante, la déontologie s'institutionnalise. Elle cherche (et trouve souvent) reconnaissance étatique. A tel point que l'Etat l'intègre parfois dans ses rouages et dispositifs. Au premier stade d'une distanciation succède donc celui d'une intégration. Le pli est alors pris aurait pu dire Deleuze. La poche d'autonomie normative des professionnels prend alors la forme de sources étatiques. Le paradoxe a sa cohérence. C'est l'affirmation d'une loi privée au sein de l'Etat : une *lex privata*, un privilège au sens ancien donc, comme le démontre l'histoire du droit (en ce sens, *v° Déontologie* par J. Moret-Bailly, in L. Cadiet (dir.), Dictionnaire de la justice, PUF, 2004, p. 329 ; V. aussi la dénomination plus large de « législation privée », P. Jestaz, Les sources du droit, Dalloz, Connaissance du droit, 2005, p. 35).

Ce scénario d'une conquête du champ normatif est-il applicable aux avocats ? Les meilleures études sur leur histoire (L. Karpik, Les avocats. Entre l'Etat, le public et le marché, XIII-XXe, Gallimard, 1995 ; pour une perspective comparative, J.-L. Halpérin, Avocats et notaire en Europe, LGDJ, 1997, p. 215 s.) constatent une évolution des sources de la déontologie, ou plus exactement de ce qui en tient lieu, puisque le terme apparaît seulement à la fin du 20^e siècle, alors qu'il était employé par les médecins dès le milieu du 19^e.

Les usages de la profession d'avocat se constituent à un premier stade d'organisation qui est celui des barreaux (J. Hamelin et A. Damien, Les règles de la profession d'avocat, Dalloz, 9^e


éd., 2000). La formation des règles à caractère déontologique est donc d'origine coutumière. Le processus par lequel les usages sont progressivement formalisés et systématisés est classique. C'est seulement à partir du décret du 20 juin 1920 que les usages vont céder la place à d'autres sources. Les règlements intérieurs des différents barreaux vont alors devenir le cadre formel dans lequel les règles à caractère déontologique seront recueillies. Le décret de 1920 contenait en germe l'évolution : sur le plan matériel, les conseils de l'ordre reçoivent mission « de traiter toute question intéressant l'exercice de la profession », sur le plan formel, chaque barreau est tenu d'édicter un règlement intérieur. La situation ne sera pas modifiée par la loi du 26 juin 1941, ni par le décret du 10 avril 1954. La loi régissant la profession d'avocat du 31 décembre 1971 constitue un nouveau tournant. Son article 53, comme on sait, permet à des décrets en Conseil d'Etat de préciser « les règles de déontologie, ainsi que la procédure et les sanctions disciplinaires », ce qui sera fait par le décret du 12 juillet 2005. Pour autant, les règles à caractère déontologique restent aussi formulées au niveau des barreaux, le Conseil national ayant reçu, par ailleurs, en vertu de l'article 21-1 (v. *supra*), un rôle d'unification.

Les meilleurs spécialistes ont pu relever la continuité des règles à caractère déontologique (J. Moret-Bailly, *op. cit.*, 2007), au-delà des évolutions qui ont affecté leurs sources. En ce domaine comme ailleurs, les sources du droit sont fluides. Non seulement une règle peut trouver plusieurs supports successifs, mais elle peut être affirmée par plusieurs sources à la fois.

Reste bien sûr la tension entre d'un côté l'aspiration des professionnels à bénéficier de dispositions étatiques à même d'établir leur déontologie, de l'autre celui d'en préserver le contrôle. Le premier aspect n'est plus guère discuté. Les avocats ont acquis assez de légitimité pour voir leur déontologie prise en considération par le législateur. Par comparaison, les journalistes sont en retrait, mais il est d'autres exemples. Le plus abouti est sans doute celui des professions de santé (médecins, etc.). De nombreux codes de déontologie, au demeurant déjà repris par les normes étatiques, ont été intégrés, par le décret du 29 juillet 2004, dans le code de la santé publique (art. R. 4127-1 s.). Intégration d'ailleurs telle que les textes sont désormais modifiés sans référence aux codes de déontologie qui leur ont donné naissance (V. pour la déontologie médicale, décr. n° 2006-1585 du 13 déc. 2006). Le second aspect est plus sensible, car même sans évoquer des relents néo-vichystes d'encadrement des ordres professionnels (V. en note de l'arrêt, R. Martin), cette intégration peut permettre au pouvoir réglementaire d'imposer des règles aux professionnels au nom de la déontologie, par une sorte de reprise en main. Illustre par exemple cette tendance la dernière réforme de la profession de commissaires aux comptes (décr. du 16 nov. 2005 portant approbation du code de déontologie prévu par l'article L. 822-16 c. com.).

C'est pourquoi les professionnels agissent simultanément sur deux plans : auprès du législateur pour exercer un lobbying propre à faire reconnaître et prévaloir leur desiderata, auprès de leur communauté pour concevoir de nouvelles règles afin d'organiser leur profession et de défendre son indépendance. L'imagination est alors de mise. Elle déborde parfois le cadre d'une seule profession comme le montre l'exemple de la *Charte de collaboration interprofessionnelle* conclue le 15 juin 2006 entre le Conseil supérieur de l'Ordre des experts comptables, le Conseil supérieur du notariat et le Conseil national des barreaux. Contractuelle par sa formation, la Charte vise à fournir le droit commun à même de réguler, entre professionnels intervenant sur le même marché, une compétition qui tourne trop souvent à « la guérilla judiciaire », (en ce sens, R. Martin, JCP N 2006. 1523). A la déontologie propre à chaque professionnel, est ainsi ajoutée une « déontologie interprofessionnelle » (art. 2 de la Charte), sans parler de la mise en place d'une « commission d'examen des difficultés » (art. 8).

Au total, la dynamique des sources de la déontologie résulte d'un processus dialectique entre les professionnels et d'autres instances normatives, en particuliers étatiques. Le processus intervient au stade de la formation des normes, mais aussi lors de leur application, y compris par le juge dans le domaine du droit des obligations (V. not. J. Mestre, RTD civ. 1999. 394 ; R. Libchaber, RTD civ. 1998. 218 ; J. Moret-Bailly, Règles déontologiques et fautes civiles, D. 2002. 2820, et à propos des avocats, Civ. 1^{re}, 23 nov. 2004, D. 2005. 2857 et la note de

ce même auteur  ; M. Fabre-Magnan, Les obligations, PUF, 2004, n° 238). Dans l'ensemble, la question donne souvent lieu à des prises de position théoriques sur lesquels il faut dire quelques mots.

Les conceptions de la déontologie en théorie du droit

Evoquer la déontologie invite à la situer au regard du droit. La réflexion n'est pas nouvelle (V. les contributions de L. Husson, R. Savatier, J. Brèthe de La Gressaye, dans le dossier *Déontologie et discipline*, Archives phil. dr. 1953-1954 ; plus récemment D. Gutman, *L'obligation déontologique entre l'obligation morale et l'obligation juridique*, Archives phil. dr. 2000, p. 115). Le problème est que les juristes ne s'accordent pas plus sur la définition de la déontologie que du droit. Le débat sombre vite dans un triangle des bermudes formé par l'Etat, le juridique et l'obligatoire. A défaut de fournir une boussole, il importe de comprendre les conceptions de chacun... et de forger la sienne !

Les conceptions étatistes du droit restent très présentes en France. Point de droit hors de l'Etat. Tel est le leitmotiv qui prédomine. La déontologie reste alors extérieure au droit, du moins tant qu'elle ne peut se prévaloir du soutien d'une source étatique, en particulier d'un texte légal ou réglementaire. L'idée directrice est alors celle d'une délégation du pouvoir normatif (par essence étatique !?) à des instances professionnelles. La jurisprudence du Conseil d'Etat s'inscrit dans ce courant.

Les conceptions pluralistes du droit entendent apporter une ouverture, le plus souvent à partir des analyses de Santi Romano sur la relevance d'un ordre juridique pour un autre (V. *l'ordre juridique*, 2^e éd., 1975, rééd. Dalloz, 2002, p. 106 s. ; J. Moret-Bailly, *La théorie pluraliste de Romano à l'épreuve des déontologies*, Droits, n° 32, 2000. 171). Autant dire que la déontologie, conçue donc plus ou moins explicitement comme un ordre juridique, est alors envisagée dans ses rapports avec l'ordre juridique étatique. Tout le problème est en effet de savoir dans quelle mesure la déontologie, source extérieure à l'Etat, va être reconnue par lui, en particulier au travers de ses juridictions.

Les conceptions moralistes entendent s'appuyer sur la distinction du droit et de la morale pour situer la déontologie. Pour Jeremy Bentham, père de l'utilitarisme et inventeur du mot, la déontologie est la connaissance (*logos*) de ce qui est convenable (*deon*). Elle est conçue comme une morale repliée sur le calcul de l'intérêt personnel. C'est pourquoi elle est préférable à l'intervention du droit. Sans embrasser l'idéal utilitariste, certains auteurs estiment que la déontologie est « une morale sanctionnée par le droit » (en ce sens B. Beigner, *v° Déontologie*, in *Dictionnaire de la culture juridique*, Quadrige, Lamy/PUF, 2003, p. 361 ; V. aussi, J. Carbonnier, *Droit civil*, t. 1, vol 1, PUF, 2004, n° 114). Mais cela n'est pas toujours le cas, ce qui laisse ouvert l'éventualité d'un conflit entre le juste déontologique et le juridiquement valable.

Réduire ces trois conceptions à un positivisme étatique, un sociologisme pluraliste et un iusnaturalisme moral serait abusif. La palette des possibles est plus riche. Ainsi, par exemple, notre position repose sur une conception accueillante du positivisme comme mode d'approche du droit. Dans sa branche réaliste (V. not. Alf Ross, *Introduction à l'empirisme juridique*. Textes théoriques, présentation E. Millard, *La pensée juridique*, LGDJ, 2004), le positivisme n'identifie le juridique ni à un droit étatique (positivisme étatique), ni à un droit formé de normes juridiques valables (positivisme normativiste), ni à un droit auquel il faudrait par définition obéir (positivisme idéologique). Le terrain est alors dégagé pour reconnaître pleinement la diversité des sources positives de la déontologie, sans renier pour autant à l'unité du droit comme système.

Mots clés :

GENERALITES * Source du droit * Déontologie * Avocat * Compétence réglementaire
AVOCAT * Déontologie * Autorité compétente * Pouvoir réglementaire

