

Rapport de synthèse présenté lors des Journées internationales de l'Association Henri Capitant qui se sont tenues au Cambodge puis au Vietnam des 13 au 17 juin 2011[1]

La première facilité que s'autorise un rapporteur est de consulter un dictionnaire qui donne de la profession la définition suivante :

« métier de caractère intellectuel, artistique etc., qui donne une position sociale plus ou moins prestigieuse... »

C'est ce que nous a dit le rapporteur général vietnamien : les professions juridiques sont des « formations hautement respectées de la société... » ; ce que nous a dit aussi notre collègue laotien. C'est ce que laissent entendre la plupart des rapports lorsqu'ils abordent les études de droit : elles attirent les étudiants dont le nombre s'est accru presque partout, quoique plusieurs rapports évoquent la paupérisation d'une frange des avocats. Peut-être ce prestige permet-il de comprendre pourquoi la responsabilité des professionnels, selon la majorité des rapports, ait si rarement été mise en cause, au moins jusqu'à maintenant.

Dans « Du côté de chez Swann », Proust évoque ce prestige en termes cocasses. La grande tante du narrateur s'étonne que Swann, qui « était parfaitement qualifié pour être reçu par toute la belle bourgeoisie, par les notaires et les avoués les plus estimés de Paris » leur préfère la compagnie du Comte de Paris et du Prince de Galles. Ladite grande tante « avait même cessé de voir le fils d'un notaire de ses amis parce qu'il avait épousé une altesse et était par là même descendu du rang respecté de fils de notaire à celui de l'un de ces aventuriers (...) pour qui on raconte que les reines eurent parfois des bontés ». Quelles sont donc ces professions qui ramènent le Gotha à un rang subalterne ? Que peut-on en dire ?

On pourrait se demander si leur existence est nécessaire. Sans faire un cours d'histoire sur les professions, il suffit de relever qu'elles n'ont pas toujours existé, qu'elles ont parfois disparu, pour renaître il est vrai. Les révolutions qui aiment les citoyens sans défense, suppriment volontiers les avocats – ils n'ont, par exemple, été rétablis en Chine comme une profession qu'en 1980. Au moins dira-t-on, laissent-elles subsister les juges. Mais, il faut quand même rappeler cette formule qui traduisait l'idéal de la Révolution française : « L'arbitrage est la manière la plus naturelle de régler les contestations entre les citoyens... ». Malgré tout, un rapporteur ne peut pas scier aussi facilement la branche sur laquelle on l'a assis en concluant, dès l'introduction, que le sujet pourrait être sans substance.

Cette référence à l'arbitrage conduit à se demander ce qu'englobe l'expression « profession juridique » :

- L'arbitre est, en France mais aussi ailleurs, un juge, occasionnel et privé certes, dont la sentence est dotée de l'autorité de la chose jugée et l'arbitrage est tenu pour un mode normal de

règlement des différends commerciaux. Il y a matière pour une profession. Dans un récent rapport, on s'interrogeait d'ailleurs sur l'opportunité de donner un statut aux arbitres :

« Le troisième sujet ne fait pas consensus : il s'agit de l'éventuelle organisation de la profession française d'arbitre international, aujourd'hui relativement dispersée et peu visible. Plusieurs organisations coexistent et se répartissent des tâches de formation, de représentation, de coopération, sans que la visibilité de l'ensemble paraisse à la hauteur des enjeux »[2].

- L'expert tient dans nombre de procès un rôle à ce point central[3] que certains ont suggéré de lui donner un statut proche de celui du juge[4]. Le rapport luxembourgeois le classe dans les professions juridiques.

- Les médiateurs participent au règlement des conflits et sont cités aussi dans le rapport luxembourgeois. Lors des débats, il a souvent été fait référence aux conciliateurs. Après tout, certains juges –en France du moins– répètent à l'envi que cette manière de résoudre les conflits est la meilleure, plus juste même que la justice. En sont-ils convaincus ou n'est-ce une invitation aux plaideurs à aller voir ailleurs si la justice est plus verte ?

Fallait-il parler de toutes ces professions qui gravitent autour du droit et de la justice ? L'hésitation est permise : l'expert n'est pas un juriste et, en France du moins, ne doit surtout pas l'être (art. 238 du code de procédure civile) ; le médiateur ou le conciliateur veut restaurer la concorde et non faire droit. On pourrait même écarter l'arbitrage ad hoc qui, quoique juridictionnel, a quelque chose du caractère atomiste du contrat isolé. Mais, on voit que la question demeure pour l'arbitrage institutionnel qui fait figure d'ordre juridictionnel parallèle.

Notons que les divers intervenants proposent une liste différente. Denis Mazeaud, dans son propos d'ouverture, a dit que ce congrès réunissait des universitaires, mais aussi des professions juridiques. L'ambassadeur de France a dit qu'il comprenait toutes les professions du droit, universitaires, avocats, juges et notaires. Remarquez qu'il a placé les universitaires devant puis classé les autres professions par ordre alphabétique... Dans cette ligne, le rapport américain place les professeurs dans les « principales professions juridiques ».

On note la même différence d'un rapport général à l'autre. Sur le premier thème –le pluralisme des professions– on peut penser que chaque rapporteur a eu à cœur d'être exhaustif[5]. Mais, à propos des modes d'exercice, on n'a parlé que des avocats et des notaires comme s'ils constituaient des archétypes. Sur le troisième thème –la formation– le problème ne se pose pas encore puisque l'on parle des étudiants. Cependant, ces étudiants suivent soit une formation commune pour ne choisir qu'à la fin entre les professions qui leur sont ouvertes, comme en Allemagne, soit une formation appropriée à un choix déjà opéré, comme dans la plupart des pays. La profession peut donc se dessiner en amont[6].

Lors des débats, on a évoqué la guerre entre les professions. Un rapporteur national a dit que le droit était une arme et que ceux qui nous « attaquaient » avaient fait leur choix. Pour rester dans cette métaphore guerrière, on doit admettre qu'il existe des guerres civiles et des guerres étrangères. Les professions sont d'accord pour défendre le droit romano-germanique contre l'envahisseur mais elles ne se privent pas de tirer argument de ce qui se passe à l'étranger pour consolider ou établir leurs positions propres... Si tenter la synthèse des travaux c'est essayer d'être le « spectateur engagé » dont parlait Raymond Aron, ce qui impose sympathie et distance, un rapporteur français n'a pas le droit d'oublier comment le Code civil français s'est exporté dans les fourgons de l'armée napoléonienne, pour reprendre la formule de Jean Carbonnier. L'extraordinaire est évidemment qu'il soit resté après que les soldats français eurent fait retraite.

La difficulté à laquelle je suis confronté est celle de tous les rapports de synthèse : comment saisir une si grande diversité sans trop la trahir ? Trouver des lignes de force sans méconnaître les droits qui en sont éloignés ? Certains rapports seront cités, pas d'autres, en espérant toutefois que leurs auteurs retrouveront un peu de la substance qu'ils ont apportée à cette réflexion.

Il faut partir de l'idée, banale à dire vrai, que les professions correspondent à des fonctions qui sont liées au droit et aux relations auxquelles il donne naissance. Il n'y a donc pas lieu de s'étonner que les modifications du droit retentissent sur les professions. Historiquement, à des fonctions distinctes correspondaient des professions séparées. Cette pluralité de professions doit-elle disparaître ? La séparation a-t-elle, au contraire, contribué par la spécialisation qu'elle implique, à une amélioration des services rendus ? Tous les rapports traduisent, d'une manière ou d'une autre, cette tension entre ce que le passé nous a légué et ce que nous prépare l'avenir : faut-il conserver, tout changer[7] ou seulement adapter ?

Cette réflexion serait toutefois incomplète si elle ne prenait en considération la particularité de l'objet même des professions juridiques : le droit qui est un bien commun, le même pour tous, fait pour tous et qui appartient à tous. Ce caractère, persistant à travers ses modifications, est décelable dans tous les thèmes qui ont été traités et les professions en demeurent profondément influencées. Vos travaux peuvent donc être repris sous ce double rapport de l'évolution et de la permanence.

I.- L'évolution.

Les fonctions liées à l'activité juridique ont évidemment évolué avec elle. Les professions ont vu leur rôle varier avec les changements qui ont marqué le droit depuis le début du XIXe siècle. D'autres changements sont liés à ce que l'on aurait appelé autrefois l'arrière-plan économique qui, aujourd'hui, tend à passer au premier plan.

L'évolution du droit

Le système romano- germanique se caractérise, historiquement, par la primauté des règles. Cette primauté a donné certains traits à l'activité juridique qui se sont progressivement modifiés. A côté de la règle, souvent même à sa place, le juge s'est imposé.

Le temps des règles est l'âge d'or des codes. Des premiers codes qui servent de modèles, parfois de repoussoirs et des codes venus ensuite qui auront pour eux, au tournant du XIXe siècle, les attraits de la modernité. Cette période n'est pas seulement celle des règles, elle est aussi celle des règles ordonnées, l'existence de cours de « Code civil » dans les programmes.

Le caractère central de la règle dessine les fonctions. L'activité universitaire consiste à explorer les codes pour en extraire les ultimes raisons. Toutes les ressources sont utilisées parmi lesquelles l'histoire à laquelle on recourt encore souvent. Les rapports juridiques donnent lieu à des litiges qui sont réglés par le juge en application des règles. Le procès suppose quelques fonctions simples dévolues à des professions qui, pour l'essentiel, se sont maintenues : l'aide aux parties qui est à la fois procédurale (représentation) et substantielle (assistance) ; la décision ; l'exécution de la décision pour le cas où la partie perdante y rechignerait. Dans bien des pays, l'assistance et la représentation constituent des professions différentes (avocat et avoué, solicitor et barrister), sans que cela soit obligatoire (avocats aux conseils en France). La fonction subsiste lorsqu'une des professions disparaît, parce que la proximité du juge et du représentant est sentie comme une nécessité. Ainsi, il n'existe plus d'avoués en France, mais on distingue toujours l'avocat postulant de l'avocat plaçant. C'est une variété de fusion- absorption...

Le contentieux n'est pas, cependant, toute la vie du droit et à côté du procès, il y a le contrat qui, lorsqu'il s'agit d'un acte notarié, est aussi un moyen d'éviter le procès. Selon une formule qu'ils affectionnent, les notaires sont les ministres du contrat.

La question du contrat attire l'attention sur les rapports entre les professions libérales et les monopoles. La plupart des contributions montrent qu'il n'existe pas nécessairement de monopole général des professions juridiques sur le droit[8]. En revanche, il existe des monopoles au sein d'une activité juridique « ouverte », ce qui permet de comprendre, comme le soulignent certains rapports, l'absence de définition de ce qu'est une profession juridique : il suffit que sache ce qu'est un avoué, un avocat, un notaire ou un juge ou encore un huissier[9]. L'avocat a le monopole de la représentation[10] et de l'assistance, le notaire peut seul établir des actes[11] authentiques revêtus de la formule exécutoire, le monopole du juge –réserve faite de l'arbitrage– se passe de commentaire et une autorité –huissier de justice ou son équivalent ; juge ; fonctionnaire– est investi de l'exécution. Ces monopoles partiels laissent de la place pour des professions nées de la liberté et de l'initiative : là où la représentation des parties n'est pas obligatoire, on peut voir apparaître des professionnels spécialisés[12] ; à côté de l'acte authentique, il y a la place pour le conseil et la rédaction d'actes sous seing privé. Ce n'est que plus tard qu'apparaîtront ça et là les monopoles des juristes sur le droit.

C'est une époque d'une grande stabilité. En dépit des révolutions fréquentes et probablement à cause d'elles, c'est aussi une époque d'ordre où les choses ne changent que progressivement. Le

passage insensible de la règle écrite vers la règle prétorienne n'est que le reflet de l'écoulement du temps, c'est-à-dire du vieillissement des codes.

L'importance croissante prise par la jurisprudence n'affecte pas ou peu les fonctions traditionnelles. En revanche, elle attire particulièrement l'attention sur certaines professions. Le rôle créateur des juges est dû en partie aux avocats qui doivent suggérer des solutions lorsque apparaissent des problèmes nouveaux. Par ailleurs, les solutions dégagées par les juges appellent souvent l'interprétation et les universitaires passent des traités au commentaire d'arrêt qui est nécessairement un genre plus libre. C'est l'époque de Labbé mais aussi des critiques des méthodes traditionnelles d'interprétation qui remettent à l'honneur une réflexion prospective sur le droit.

De plus en plus, le juge fait le droit et le contentieux est parfois instrumentalisé comme mode de revendication politique : le procès peut servir à faire avancer des causes, et l'avocat y trouve un rôle nouveau. La profession en tire sans doute un regain de prestige et le sentiment –justifié dans une certaine mesure– d'être avec le juge au centre de l'activité juridique, là où on fait le droit ce qui pourrait avoir eu pour conséquence d'éloigner les avocats des notaires. Si les deux professions sont tenues à un minimum d'imagination[13], l'avocat a nécessairement un rapport plus libre au droit parce qu'il peut –qu'il doit parfois– le faire évoluer. L'office du notaire, en comparaison, repose sur la sécurité, plus prosaïque. Le droit comparé n'est plus seulement un champ de recherche pour les universitaires. Il peut devenir un instrument dans la solution des procès[14].

D'accidentel, le procès devient banal. Il en est souvent résulté un encombrement des tribunaux qui a conduit les parties à rechercher des solutions conventionnelles. Les modes alternatifs de règlement des conflits sont à la mode – Jean Carbonnier parlait d'acharnement conciliatoire – et apparaissent avec eux des praticiens qui aspirent à rentrer dans les professionnels du droit, même si conciliation et médiation ne passent pas nécessairement par des voies strictement juridiques. La Commission européenne a élaboré une directive relative à la médiation[15] dont l'article 4 est significatif :

Qualité de la médiation

1. Les États membres encouragent, par tout moyen qu'ils jugent approprié, l'élaboration de codes volontaires de bonne conduite et l'adhésion à ces codes, par les médiateurs et les organismes fournissant des services de médiation, ainsi que d'autres mécanismes efficaces de contrôle de la qualité relatifs à la fourniture de services de médiation.

2. Les États membres promeuvent la formation initiale et continue de médiateurs afin de veiller à ce que la médiation soit menée avec efficacité, compétence et impartialité à l'égard des parties.

Les juridictions régionales –Cour de justice de l'Union européenne et Cour européenne des droits de l'homme– contribuent à cette hypertrophie du procès. Elles introduisent aussi un regard

extérieur –parfois désincarné– qui pourra, comme nous le verrons, affecter les professions elles-mêmes, notamment au nom des exigences du marché.

n

[1] Le style oral du rapport a été conservé.

[2] Rapport demandé par le Garde des Sceaux et le Ministre des finances et de l'économie : « Rapport sur certains facteurs de renforcement de la compétitivité juridique de la place de Paris », par M. Prada, A. Damais, L. Jariel et P. de Lapasse, Mars 2011. La jurisprudence a d'ailleurs imposé quelques règles de déontologie aux personnes qui arbitrent de manière habituelle, notamment l'obligation d'indiquer la fréquence avec laquelle ils sont désignés par la partie.

[3] Notam. L'arrêt de la CEDH, Mantovanelli c. France du 18 mars 1997

[4] Olivier Leclerc, Le juge et l'expert, Contribution à l'étude des rapports du droit et de la science, Bibl. des thèses, LGDJ, 2005, préface Antoine Lyon- Caen.

[5] C'est notamment le cas du rapport luxembourgeois.

[6] Cette influence en amont prend parfois une autre forme. Le rapport québécois évoque les réactions de certains universitaires aux pressions exercées par les professions sur les enseignements académiques.

[7] Comme Mario Monti l'a récemment fait en Italie.

[8] Sauf aux Etats-Unis (A. Levasseur) où les « autres » professions du droit sont des fonctions subordonnées.

[9] V. sur ce point les développements particulièrement caractéristiques du professeur Bin Li pour la Chine.

[10] Monopole qui peut n'exister que devant certaines juridictions.

[11] Au sens de contrats, l'authenticité ayant un domaine plus étendu.

[12] Tels les agréés devant le tribunal de commerce

[13] Comme le montrent les rapports qui envisagent la nécessité de prendre en compte des évolutions jurisprudentielles.

[14] B. Markesinis, Réflexions d'un comparatiste anglais sur et à partir de l'arrêt Perruche, RTDCiv. 2001, p.77 et s. L'ancien premier président de la Cour de cassation, Guy Canivet, est très représentatif de cette tendance : La convergence des systèmes juridiques par l'action du juge, *in* De tous les horizons, Mélanges en l'honneur de Xavier Blanc-Jouvan, Société de législation comparée, 2005 ; L'influence de la comparaison des droits dans l'élaboration de la jurisprudence, Mélanges en l'honneur de Philippe Malinvaud, Litec 2007.

[15] Directive 2008/52CE du 21 mai 2008.