

## Les Cahiers de droit

# Le rôle des avocats dans l'amélioration de la justice

Albert-Louis Dupont-Willemin



Volume 42, numéro 3, 2001

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/043651ar>

DOI : <https://doi.org/10.7202/043651ar>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Faculté de droit de l'Université Laval

ISSN

0007-974X (imprimé)

1918-8218 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer cet article

Dupont-Willemin, A.-L. (2001). Le rôle des avocats dans l'amélioration de la justice. *Les Cahiers de droit*, 42(3), 439–454. <https://doi.org/10.7202/043651ar>

Tous droits réservés © Faculté de droit de l'Université Laval, 2001

Ce document est protégé par la loi sur le droit d'auteur. L'utilisation des services d'Érudit (y compris la reproduction) est assujettie à sa politique d'utilisation que vous pouvez consulter en ligne.

<https://apropos.erudit.org/fr/usagers/politique-dutilisation/>

**Érudit**

Cet article est diffusé et préservé par Érudit.

Érudit est un consortium interuniversitaire sans but lucratif composé de l'Université de Montréal, l'Université Laval et l'Université du Québec à Montréal. Il a pour mission la promotion et la valorisation de la recherche.

<https://www.erudit.org/fr/>

# Le rôle des avocats dans l'amélioration de la justice

---

Albert-Louis DUPONT-WILLEMEN\*

---

	<i>Pages</i>
<b>1 L'évolution constitutionnelle et législative du droit Suisse</b> .....	3
1.1 La Suisse, État fédéral .....	3
1.2 La démocratie directe .....	4
1.3 La volonté d'indépendance à l'égard des organisations supranationales .....	5
<b>2 L'évolution du système judiciaire</b> .....	5
<b>3 L'évolution du rôle des avocats</b> .....	7
3.1 Quelques remarques préalables .....	7
3.2 L'extension du champ d'activité des avocats .....	9
3.3 L'organisation des cabinets d'avocats .....	11
3.4 L'organisation collective de la profession d'avocat .....	12
<b>Conclusion</b> .....	13

---

Déterminer si l'évolution du droit depuis 150 ans a permis une amélioration de la justice présuppose la possibilité d'établir, au nom de critères objectifs, le degré de justice des différents systèmes de droit positif.

La question qui est posée par le professeur Alain Prujiner nous confronte ainsi à titre préalable à une interrogation fondamentale : existe-t-il réellement une justice, transcendante ou immanente, indépendante de tous les systèmes de droit et susceptible de constituer l'étalon de mesure de leur valeur respective ?

---

\* Ancien bâtonnier du Barreau de Genève, Suisse.

La réponse à cette question est loin d'être évidente.

Les remarquables textes du président Mohamed Bedjaoui et du professeur Lukas K. Sosoe (faisant partie du présent numéro des Cahiers) démontrent qu'aussi bien les juges de la plus haute juridiction internationale que les philosophes du droit tendent à abandonner la croyance en une justice absolue, susceptible de servir de guide à l'élaboration du droit.

Pour le président Bedjaoui, la justice n'est qu'une « notion contingente, qui varie dans le temps et selon les conceptions changeantes que les hommes s'en font ». Quant à l'équité, elle est une notion indéfinissable, « à moins de se piper des mirages de la métaphysique ».

Le professeur Sosoe, pour sa part, tout en laissant ouverte la recherche de nouvelles réponses, a montré comment la philosophie du droit a graduellement abandonné les diverses notions qui ont servi successivement de fondement à la croyance en une justice transcendant le droit : volonté divine, loi naturelle ou infaillibilité de la raison.

À ces exposés qui tendent à montrer le caractère évanescent des normes abstraites, au nom desquelles il serait possible de mesurer le degré de justice du droit positif, fait toutefois contrepoids le texte de la juge Louise Arbour.

En exposant la tâche considérable des tribunaux pénaux internationaux, la juge Arbour a en effet rappelé à quel point la perception des droits fondamentaux de la personne influe aujourd'hui en profondeur sur l'évolution du droit.

Aux théories positivistes du droit qui, au nom de l'intangibilité de la souveraineté des États, refusaient de mettre en question la légitimité des divers droits nationaux, a succédé, particulièrement depuis la Seconde Guerre mondiale, la recherche de normes universelles fondées sur les droits de la personne.

Cette recherche de nouvelles normes, consacrées par des conventions internationales et, depuis peu, imposées par des tribunaux supranationaux primant les lois nationales, servira-t-elle de fondement à une nouvelle définition de la justice ou ne se réfère-t-elle, elle aussi, qu'à des normes contingentes, liées à des rapports de force particuliers dans une communauté internationale en voie de mondialisation ?

En d'autres termes, la société se dirige-t-elle vers une nouvelle définition de la justice ou est-elle une fois de plus victime des mirages de la métaphysique en attribuant une valeur transcendante à des normes qui ne sont rien de plus que la résultante de rapports de force contingents et éphémères ?

Nous laisserons la question ouverte pour l'instant et nous efforcerons d'y répondre dans notre conclusion, après avoir examiné le rôle des avocats dans l'évolution du droit en nous attachant plus particulièrement à la situation dans notre pays, la Suisse.

## **1 L'évolution constitutionnelle et législative du droit Suisse**

Les fondements du système juridique suisse actuel remontent, comme les principales institutions du Québec, à 150 ans environ, plus précisément à la Constitution fédérale de 1848.

Trois éléments essentiels caractérisent l'évolution des institutions suisses depuis 150 ans :

- leur caractère fédéral ;
- la démocratie directe ;
- la volonté d'indépendance à l'égard des organismes supranationaux.

### **1.1 La Suisse, État fédéral**

Avant la Constitution de 1848, la Suisse était une confédération d'États souverains, rassemblant 24 cantons. Avec la Constitution de 1848, elle devient un État fédéral, tandis que les cantons perdent leur souveraineté et sont incorporés dans un État qui peut leur imposer des engagements contraignants.

Aujourd'hui encore, ne relèvent de la Confédération que les domaines qui lui sont attribués précisément par la Constitution fédérale. Toutes les autres branches du droit sont de la compétence exclusive des cantons.

L'évolution du droit suisse est marquée par l'augmentation constante des compétences de la Confédération. La Constitution de 1848 n'attribuait ainsi à l'État fédéral des compétences qu'en matière de relations internationales, militaires, douanières, postales et monétaires, de même que la garantie de certaines libertés fondamentales (presse, association et culte).

La compétence de légiférer en matière de droit civil et pénal n'a été accordée à la Confédération que par la Constitution de 1874 et elle ne sera exercée graduellement qu'au cours des décennies suivantes :

- en 1881 : droit des obligations ;
- en 1889 : droit des poursuites et faillites ;
- en 1907 : *Code civil* ;
- en 1937 : *Code pénal*.

Notons que les cantons ont conservé jusqu'à ce jour leurs compétences dans les matières suivantes : droit constitutionnel et administratif cantonal, organisation judiciaire et procédure civile et pénale.

La Suisse a enfin adopté une nouvelle constitution, entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2000. Par suite des réorganisations intervenues depuis 1874, le pays compte aujourd'hui 26 cantons : 18 germanophones, 4 francophones, 1 italophone et 3 mixtes (allemand-français).

Nous tenons à signaler particulièrement ici les chapitres 1 et 3 du titre II de la nouvelle Constitution. Le premier définit 28 droits fondamentaux en précisant que leur essence est d'être inviolables. Le chapitre 3 définit les buts sociaux (sécurité civile, santé, famille, travail, logement et éducation) que la Confédération et les cantons s'engagent à atteindre.

## 1.2 La démocratie directe

Conformément à la Constitution fédérale, le pouvoir législatif est exercé par deux chambres, soit le Conseil national élu par les cantons au prorata de leur population, et le Conseil des États, à raison de deux conseillers par canton. Ensemble, les deux chambres législatives, constituées en Assemblée fédérale, élisent le Conseil fédéral, pouvoir exécutif composé de sept membres.

Ni le pouvoir législatif ni le pouvoir exécutif n'ont compétence pour modifier la Constitution fédérale qui ne peut être adoptée ou modifiée que par un vote populaire, nécessitant la double majorité des citoyens suisses et des cantons.

Par voie d'initiative signée par 100 000 citoyens au moins, toute modification de la Constitution peut être en outre directement soumise au peuple sans approbation préalable par les chambres fédérales. Enfin, toute loi adoptée par les chambres peut être, à la demande de 50 000 citoyens ou de huit cantons, soumise au peuple par voie de référendum et rejetée en cas de vote négatif.

Les mêmes institutions se retrouvent au niveau cantonal, certains petits cantons, dont le nombre est certes en diminution, ayant même poussé le souci de la démocratie directe jusqu'à se passer d'un pouvoir législatif élu en faisant voter directement toutes les lois cantonales par l'assemblée du peuple (*Landsgemeinde*).

## 1.3 La volonté d'indépendance à l'égard des organisations supranationales

La Suisse a son origine dans la volonté de la population paysanne de trois petits cantons primitifs : Uri, Schwyz et Unterwald, d'échapper en 1291 à la souveraineté des Habsbourg alors empereurs d'Allemagne.

En 1515, après la bataille de Marignan, ces trois cantons et les neuf qui les avaient rejoints adoptent le principe de la neutralité suisse reconnue internationalement par la Déclaration de Paris en 1815.

Le droit international de la Suisse est ainsi caractérisé depuis près de cinq siècles par une politique constante de neutralité et par le refus d'être englobée dans les différents empires, alliances ou unions qui se sont successivement partagé l'Europe.

Plongeant ses racines à la fois dans l'origine historique de la Suisse et dans la volonté de maintenir la cohésion entre des cantons de cultures différentes (germanique, française et italienne), cette politique, aujourd'hui contestée, s'est maintenue parfois au-delà des apparences raisonnables en grande partie par suite des règles de la démocratie directe rappelées ci-dessus. Plus attachés aux traditions et moins sensibles que les cercles dirigeants à l'influence extérieure, les citoyens suisses ont ainsi rejeté par votation populaire l'adhésion de leur pays aussi bien à l'Espace économique européen qu'à l'Organisation des Nations Unies.

Cela n'a toutefois pas empêché la Suisse d'adhérer à toutes les grandes conventions internationales concernant tant les droits de la personne (*Convention européenne des droits de l'homme*) que le droit civil et commercial.

## 2 L'évolution du système judiciaire

Élu par l'Assemblée fédérale, le Tribunal fédéral suisse assure une double mission :

- contrôler l'application uniforme du droit fédéral et des traités internationaux par les tribunaux cantonaux ;
- empêcher toute interprétation arbitraire du droit cantonal et des faits par les tribunaux cantonaux.

Dans la première de ces missions, le Tribunal fédéral dispose d'un plein pouvoir de juridiction ; dans la seconde, il se limite à contrôler que les décisions des instances cantonales ne soient pas manifestement arbitraires.

Le rôle du Tribunal fédéral s'est développé au fur et à mesure de l'extension du droit fédéral.

Autorité mineure ne siégeant qu'occasionnellement en 1848, il est devenu un organe permanent 26 ans plus tard, avec l'adoption de la Constitution fédérale de 1874.

Siégeant à Lausanne, le Tribunal fédéral se compose de 30 juges et de 15 suppléants. Il comporte deux cours de droit public, deux cours civiles, une cour de cassation pénale et une cour pénale fédérale. Un tribunal des

assurances compétent en matière d'assurances sociales et siégeant à Lucerne lui a été adjoint en 1917. En outre, les compétences du Tribunal fédéral se sont étendues au droit administratif en 1969.

Il convient de relever que, contrairement aux cours suprêmes de nombreux États modernes, le Tribunal fédéral n'a pas la compétence de contrôler la constitutionnalité des lois fédérales. Cette particularité est la conséquence du système de démocratie directe mentionné plus haut. Le peuple souverain ayant la possibilité de modifier la Constitution et toutes les lois fédérales par voie d'initiatives ou de référendums, la Suisse s'est en effet refusée à donner à une instance judiciaire la primauté sur la volonté populaire. Le Tribunal fédéral a en revanche la compétence de contrôler la conformité avec le droit fédéral des constitutions et des lois cantonales.

Particulièrement intéressante dans la perspective des relations entre justice et droit positif est la jurisprudence développée par le Tribunal fédéral au sujet du droit constitutionnel non écrit. Dans son désir de protéger plusieurs droits essentiels qui n'étaient garantis ni par la Constitution ni par la loi, le Tribunal fédéral a ainsi élaboré à partir de 1960 une jurisprudence définissant un certain nombre de droits fondamentaux non écrits constituant des éléments essentiels de l'ordre démocratique et juridique de la Confédération.

Parmi les droits reconnus ont notamment figuré la liberté d'expression, la liberté personnelle comprenant la liberté de mouvement, puis le droit à l'intégrité physique et au libre choix du mode de vie, la liberté de la langue et la liberté de réunion.

Le Tribunal fédéral a par ailleurs qualifié d'imprescriptibles et d'inaliénables certains droits fondamentaux privilégiés dont la violation peut être attaquée à tous les stades de leur réalisation juridique, sans avoir à respecter les délais de procédure légaux. Parmi les droits fondamentaux ainsi protégés, notons la liberté personnelle, la liberté d'établissement, la liberté de contracter mariage de même que l'interdiction de la prison pour dette et des peines corporelles.

L'essentiel des normes posées par la jurisprudence du Tribunal fédéral est aujourd'hui repris dans la Constitution fédérale entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2000.

En ce qui concerne l'évolution de l'organisation judiciaire au niveau cantonal, rappelons que, pour autant qu'elle n'entre pas en contradiction avec le droit fédéral, elle est de la compétence exclusive des cantons. Elle varie donc considérablement de l'un à l'autre, les cantons alémaniques s'inspirant largement du droit allemand et les cantons francophones, du droit français.

Il convient encore de mentionner la création de juridictions spéciales dans de nombreux cantons. À titre d'exemples, Genève dispose du Tribunal des prud'hommes depuis 1884, du Tribunal administratif depuis 1970 et du Tribunal des baux et loyers depuis 1977.

### 3 L'évolution du rôle des avocats

#### 3.1 Quelques remarques préalables

Les explications qui précèdent ont eu pour objet principalement la mise en évidence des particularités du système législatif et de l'organisation judiciaire suisse.

Ce ne sont toutefois pas ces particularités mais bien une évolution des lois et de l'activité judiciaire commune à toutes les démocraties occidentales qui sont pour l'essentiel à l'origine de la transformation de la profession d'avocat en Suisse. Avant d'examiner le rôle des avocats, il convient cependant de rappeler brièvement les principales caractéristiques de cette évolution générale.

Sur le plan législatif, deux phénomènes sont d'emblée évidents : d'une part, la multiplication et la complexification des lois, ainsi que leur modification de plus en plus rapide ; d'autre part, l'affirmation d'un nombre croissant de droits individuels fondés sur la reconnaissance des droits fondamentaux de la personne et des différentes catégories sociales (femmes, enfants, consommateurs, minorités sociales et culturelles, etc.).

Concernant l'organisation judiciaire, l'évolution a été principalement marquée par l'extension des pouvoirs d'interprétation des juges et l'affirmation de leur indépendance à l'égard du pouvoir exécutif.

À l'origine de presque toutes les sociétés, le pouvoir des juges est une attribution du souverain exercée directement par lui ou par ses représentants agissant sous son autorité. Théoriquement reconnue dès la fin du XVIII<sup>e</sup> siècle, l'indépendance du pouvoir judiciaire ne s'est toutefois que très lentement concrétisée dans les faits et les quelque vingt dernières années ont marqué de ce point de vue un progrès considérable.

Pour simplifier à l'extrême, disons que l'évolution du droit dans les démocraties occidentales pourrait se résumer ainsi :

- multiplication des lois régissant de manière de plus en plus précise tous les domaines de l'activité sociale ;
- multiplication des droits individuels et des droits de recours correspondants, avec pour conséquence une influence croissante des justiciables sur l'évolution du droit.



C'est sans aucun doute cette évolution qui est à l'origine de la profonde modification du rôle des avocats au cours des 150 dernières années. Celle-ci peut être décrite sous les trois aspects suivants :

- l'extension du champ d'activité des avocats ;
- l'organisation des cabinets d'avocats ;
- l'organisation collective de la profession d'avocat.

### **3.2 L'extension du champ d'activité des avocats**

Il est incontestable que le nombre d'avocats et surtout leur influence dans la vie sociale sont directement fonction du caractère démocratique et d'État de droit d'une société donnée.

Dans les sociétés autocratiques où le pouvoir est détenu par un nombre restreint d'individus, les tribunaux ont pour seule tâche d'exécuter leur volonté et l'avocat, simple auxiliaire de l'appareil judiciaire, n'exerce qu'une influence très limitée sur l'évolution du droit.

Dans les sociétés démocratiques, fondées sur le respect du droit et dotées de pouvoirs judiciaires indépendants, tenant compte des droits individuels, le rôle des avocats est au contraire essentiel. Défenseurs de leurs clients autant qu'auxiliaires de la justice, ils ont en effet pour mission de faire reconnaître par les tribunaux les droits individuels et les aspirations des justiciables. Ils sont dès lors à l'origine de nombreux changements de jurisprudence qui, précédant la législation et accélérant son évolution, ont pris en considération nombre de droits individuels fondamentaux et favorisé la protection des minorités discriminées.

L'évolution du droit dans les démocraties occidentales a ainsi eu pour conséquence une extension considérable du champ d'activité des avocats en matière aussi bien judiciaire qu'extrajudiciaire.

L'extension de l'activité des avocats dans le domaine judiciaire est à première vue moins évidente, d'une part, parce qu'il s'agit de leur domaine traditionnel et, d'autre part, parce que leur monopole a été aboli devant certaines juridictions spéciales (prud'hommes, tribunaux administratifs, etc.). Il n'en reste pas moins que le nombre de litiges portés devant les tribunaux et leur importance se sont considérablement accrus au cours des ans. En effet, plus une société est fondée sur le droit, plus elle fera trancher ses litiges par les tribunaux au lieu d'en faire dépendre l'issue des rapports de force et d'autorité entre les parties en conflit.

Il reste vrai que la croissance de l'activité judiciaire présente de graves inconvénients tant en ce qui concerne la durée que le coût des procès. En Suisse, une procédure ordinaire dure ainsi en moyenne de deux à cinq

années en première instance (en raison des enquêtes, expertises, commissions rogatoires et incidents), de une à deux années devant l'instance d'appel cantonale et de six mois à une année devant le Tribunal fédéral. Quant au coût, il est élevé tant en matière de droits de greffe prélevés par les tribunaux qu'en ce qui a trait aux honoraires des avocats en raison de la complexité de la procédure.

Remarquons toutefois que le développement considérable de l'assistance judiciaire ouvre l'accès à la justice à de nombreux justiciables qui en étaient auparavant privés.

C'est cependant dans le domaine extrajudiciaire que le champ d'activité des avocats s'est surtout développé au cours des 50 dernières années. En effet, si la soumission des litiges à la voie judiciaire marque un progrès sur leur solution par les rapports de force ou d'autorité, le conseil préalable assurant le respect du droit ainsi que la recherche de solutions amiables lui sont à leur tour préférables.

Une société ne peut donc être efficacement régie par le droit que dans la mesure où les juristes pénètrent en profondeur dans tous les rouages de son activité. C'est ainsi que les avocats ont été de plus en plus amenés à s'engager hors des palais de justice dans tous les aspects de la vie économique et sociale. Ces activités extrajudiciaires sont connues et il suffira d'en faire brièvement l'inventaire en partant de celles qui sont le plus proches de l'activité traditionnelle de l'avocat plaquant. D'abord, l'arbitrage a pris une importance considérable en Suisse, particulièrement en ce qui concerne les conflits à caractère international, puis la solution amiable des litiges, notamment par la voie de la médiation qui tend à se développer en Suisse également, quoique plus lentement que dans d'autres pays. Il y a ensuite le conseil juridique qui joue un rôle important dans la prévention de la violation du droit et des litiges qui en résultent et la rédaction de contrats, source considérable de droit dans les sociétés libérales. D'autres activités impliquent enfin une participation plus directe à la vie économique et sociale, telles que les fonctions de liquidateur et d'administrateur de fondations ou de sociétés de droit civil ou commercial. Soulignons que, contrairement à ce qui est le cas dans d'autres pays européens, ces dernières activités des avocats sont autorisées et particulièrement fréquentes en Suisse.

Il faut encore signaler que, dans la mesure où ils ont étendu leur activité hors du domaine judiciaire traditionnel, les avocats se sont trouvés plus directement exposés à la concurrence d'autres professions : experts-comptables, sociétés fiduciaires, banques, etc. Précisons que la compétition est parfois inégale dans la mesure où les concurrents des avocats disposent de moyens financiers considérables et ne sont pas soumis aux

mêmes règles déontologiques que ces derniers. La situation est particulièrement délicate en Suisse où les avocats ne disposent d'aucun monopole en matière de consultation juridique et sont encore soumis à des règles fort strictes en matière de publicité. Ces difficultés sont néanmoins fécondes dans la mesure où, en plaçant les avocats devant les règles de la concurrence, elles les obligent à s'organiser avec plus de rigueur et d'efficacité.

### **3.3 L'organisation des cabinets d'avocats**

Dès lors que l'évolution des cabinets d'avocats est identique en Suisse à ce qu'elle est dans la majorité des pays occidentaux, il n'y a guère de particularités à signaler sur ce point.

Nous mentionnerons donc qu'en Suisse comme ailleurs la multiplication et la complexification du droit rendent indispensable la spécialisation des avocats et que la diversification de leurs activités tend à créer différentes catégories d'avocats (pénalistes, civilistes, spécialistes des diverses branches du droit, avocats d'affaires, etc.) dont les préoccupations sont profondément divergentes.

En Suisse comme ailleurs, la pratique individuelle du Barreau est devenue l'exception et les avocats tendent à s'associer en cabinets d'une taille toujours croissante, particulièrement dans les principaux centres économiques (Zurich, Genève, Bâle, Berne, Lausanne). Notons que, au-delà d'une certaine dimension, ces cabinets se trouvent soumis à toutes les contraintes de la vie économique et de la concurrence. L'internationalisation du droit est, d'autre part, à l'origine de liens de plus en plus étroits entre cabinets de divers cantons et de divers pays soit sous la forme de réseaux organiques de correspondants, soit sous celle de cabinets intercantonaux ou internationaux intégrés.

Comme toutes les autres branches de l'activité économique, la profession d'avocat est en résumé, soumise à une tendance à la croissance des entreprises et à l'intensification de la concurrence et de l'internationalisation. Il en résulte une incontestable tension avec la définition traditionnelle du rôle de l'avocat, individualiste, membre d'une profession libérale, auxiliaire de la justice et défenseur du droit refusant de s'identifier à un commerçant fournisseur de services.

Dans ce domaine, la Suisse se situe globalement à mi-chemin entre la conception anglo-saxonne très sensible aux nécessités de la vie économique et la conception traditionnelle française et latine plus attachée à la définition classique de l'avocat.

En réalité, les avocats ne pourront assumer pleinement leur rôle dans un monde en constante transformation que dans la mesure où ils sauront,

par une adaptation constante de leur déontologie, faire la synthèse entre une indispensable évolution, condition d'un service efficace aux justiciables, et la fidélité à leur mission d'auxiliaires du droit et de la justice au sens le plus large.

### **3.4 L'organisation collective de la profession d'avocat**

La Suisse présente en cette matière un certain nombre de particularités. À l'exception de quelques dispositions qui garantissent aux avocats suisses le libre exercice de leur profession sur le territoire de la Confédération, et de l'article 321 du *Code pénal* qui sanctionne la violation du secret professionnel, il n'existe ainsi à ce jour pas de loi fédérale sur la profession d'avocat. Sa réglementation relève, comme la procédure et l'organisation judiciaire, de la compétence des cantons.

Une relative homogénéité des dispositions cantonales est certes assurée par la jurisprudence du Tribunal fédéral essentiellement fondée sur la liberté du commerce et de l'industrie, garantie par la Constitution fédérale. Il n'en reste pas moins que d'importantes divergences subsistent d'un canton à l'autre dans de nombreux domaines tels que les conditions d'acquisition du titre d'avocat, l'incompatibilité avec l'exercice d'autres professions (dans environ la moitié des cantons, les avocats peuvent être simultanément notaires, alors que le cumul de ces professions est interdit dans les autres cantons), la définition de l'indépendance de l'avocat (possibilité ou non d'exercer la profession en tant qu'employé d'une entreprise privée), l'étendue de la publicité autorisée, la fixation des honoraires, les sanctions disciplinaires et les autorités de surveillance.

Relevons toutefois qu'un projet de loi fédérale « sur la libre circulation des avocats » est actuellement examiné par les chambres fédérales. Son objectif principal est d'assurer la libre circulation des avocats entre les cantons suisses et d'ouvrir largement ce pays aux avocats des pays membres de l'Union européenne. La section 3 du projet contient en outre un certain nombre de règles essentielles concernant l'exercice de la profession d'avocat. Le projet de loi rappelle notamment le principe de l'indépendance de l'avocat et fait preuve de beaucoup plus de souplesse que nombre de lois cantonales en matière de publicité. L'article 11 d) du projet indique en effet que l'avocat « peut faire de la publicité pour autant que celle-ci se limite à des faits objectifs et qu'elle réponde aux besoins du public ».

Une autre particularité en matière d'organisation de la profession tient au fait que dans tous les cantons suisses, sauf deux (le Jura et le Tessin), les ordres ne sont que des associations privées auxquelles l'adhésion est facultative. Les ordres cantonaux jouent néanmoins un rôle important du fait

que le Tribunal fédéral a admis que les règles déontologiques qu'ils adoptent ont valeur de droit coutumier applicable même aux non-membres lorsque la majorité des avocats du canton visé ont adhéré à l'ordre cantonal.

Nous tenons à souligner également l'importance croissante de la Fédération suisse des avocats qui regroupe tous les ordres cantonaux et tente de rapprocher leurs règles déontologiques en édictant des lignes directrices.

Enfin, dans un univers en voie de mondialisation, il faut mentionner le rôle des organisations internationales d'avocats, régionales ou mondiales (en particulier l'International Bar Association, l'Union internationale des avocats et l'Association internationale des jeunes avocats).

À tous les niveaux, les associations d'avocats assument des tâches essentielles de formation et de réflexion indispensables à l'adaptation de la profession aux exigences du monde moderne. En rapprochant les traditions anglo-saxonnes et latines, en aidant les avocats à rationaliser leur organisation et en exerçant une influence appréciable sur l'évolution de la déontologie et du droit, elles permettent à ceux-ci d'assumer collectivement des responsabilités qui leur seraient inaccessibles individuellement.

## Conclusion

Comme nous l'avons annoncé, nous tenterons de répondre ici à la question posée par le professeur Alain Prujiner avec les préalables qu'elle implique :

- Existe-t-il une notion de justice indépendante de tous les systèmes de droit positif et susceptible d'en mesurer la valeur ?
- Si oui, le droit est-il devenu plus juste depuis 150 ans ?
- Si oui, quel est le rôle des avocats dans cette amélioration ?

Le droit romain a défini la justice comme l'art d'attribuer à chacun ce qui lui revient : « *suum cuique tribuere* ». Encore faut-il savoir selon quels critères déterminer ce qui revient à chacun. À défaut, cette définition n'est en effet qu'une tautologie vide de sens, comme l'ont d'ailleurs soutenu maints théoriciens du droit.

Il est évidemment possible d'affirmer qu'il appartient au droit positif de déterminer ce qui revient à chacun. Un tel critère permettra certes de dire si une décision concrète est ou non conforme au droit. Cependant, il ne permettra pas d'établir si la législation en vigueur est ou non conforme à une notion de justice transcendant le droit.

Il est également possible de définir ce que la justice attribue à chacun en se référant aux normes éthiques généralement admises dans une société

donnée et constituant le fondement moral de l'ordre juridique en vigueur. Ce sont probablement des considérations de cette sorte qui ont inspiré le Tribunal fédéral suisse lorsqu'il a affirmé l'existence de normes de droit constitutionnel non écrit.

Valable pour une société et un ordre juridique déterminés, une telle définition de la justice ne rend toutefois pas compte des variations considérables, voire des contradictions flagrantes entre les différentes conceptions du juste et de l'injuste qui se sont succédé au cours des temps. Cette définition est encore moins satisfaisante aujourd'hui, alors que non seulement le droit positif mais également toutes les normes éthiques se modifient avec une rapidité croissante.

Faut-il pour autant conclure que la justice « n'est qu'une notion contingente, qui varie dans le temps et selon les conceptions que les hommes s'en font » ? Une telle réponse relativiste est certes séduisante et elle a tenté les philosophes chaque fois qu'un contact étroit entre diverses civilisations a mis en évidence le caractère subjectif de normes ou de croyances considérées auparavant comme universelles.

Ce relativisme, qui revient en fait à nier l'existence d'une justice objective, présente toutefois l'inconvénient d'abolir tout critère permettant de porter un jugement de valeur sur le droit positif existant. D'autre part, cette conception écarte deux réalités incontournables : d'un côté, le fait que toutes les transformations substantielles du droit ont eu lieu au nom de la justice et, de l'autre, la distinction irréductible inscrite au plus profond de chaque conscience individuelle entre le juste et l'injuste.

À vrai dire, si le relativisme représente un progrès dans la mesure où il permet de constater le caractère relatif de normes considérées à tort comme universelles, il ne doit constituer qu'une étape précédant la recherche de nouvelles normes plus profondément ancrées dans la réalité. C'est d'ailleurs ce mouvement de balancier entre doute et recherche qui est à l'origine de toutes les grandes synthèses en matière de religion, de science et de philosophie.

Où faut-il alors chercher un critère objectif du juste et de l'injuste, indépendant aussi bien des variations du droit positif que de celles des normes éthiques ?

Peut-être en prenant comme point de départ le symbole traditionnel de la justice : la balance qui pèse sur ses plateaux ce qui revient à chacun.

La balance n'est certes qu'un instrument physique qui, faisant abstraction de la forme et du volume des objets qu'il mesure, les pèse en fonction exclusive de leur masse. Cette pesée n'est en outre possible que parce qu'une loi physique universelle, la gravitation, s'applique à tous les objets

matériels. Pour transposer à la justice le symbole de la balance, il faudrait donc, d'une part, définir l'équivalent de la masse dans les relations humaines et, d'autre part, découvrir en ce domaine une loi aussi universelle que la gravitation. Une telle tâche peut certes paraître infiniment complexe, voire impossible. Il n'est toutefois pas interdit de formuler des hypothèses.

La première consisterait à voir dans l'énergie dont est chargé chaque être conscient l'équivalent de la masse des objets matériels. Cette énergie, source des aspirations et des besoins des individus, serait ainsi simultanément à l'origine de leur force ainsi que de leurs souffrances et de leurs joies, selon qu'elle est opprimée ou brisée ou, au contraire, prise en considération. Quant à la justice, elle serait l'équivalent de la gravitation, c'est-à-dire une loi universelle assurant à la fois l'équilibre des forces et celui des souffrances et des joies.

De telles hypothèses soulèvent toutefois d'emblée une objection fondamentale : le refus de tout parallèle entre les lois de la nature, fondées sur la causalité efficiente et décrivant ce qui est, et les lois normatives, essentiellement finalistes et disant ce qui doit être. Il est néanmoins possible de douter de la légitimité de cette distinction. Les sciences exactes ont certes d'abord été appliquées à l'univers matériel, conçu comme dénué de conscience et de finalité. Cependant, les progrès beaucoup plus récents des sciences humaines tendent à expliquer l'ensemble des comportements humains, tant individuels que collectifs, par un ensemble de lois physiologiques et sociologiques relevant elles aussi de la causalité efficiente.

La distinction généralement faite aujourd'hui entre lois normatives, adressant des impératifs à des êtres doués de conscience et de volonté, et lois de la nature, décrivant des phénomènes se déroulant dans un univers matériel dépourvu de conscience, ne constituent ainsi qu'une position intermédiaire entre deux conceptions extrêmes : celle de la pensée animiste, attribuant conscience et volonté à chaque élément de l'Univers, et celle d'un déterminisme scientifique, réduisant la conscience d'être à un épiphénomène sans incidence sur un devenir entièrement soumis au hasard et à la nécessité.

Ces deux conceptions extrêmes et les innombrables positions intermédiaires successivement adoptées dans l'histoire peuvent légitimement soulever la question suivante : Y a-t-il réellement deux univers parallèles, celui des êtres doués de conscience et de volonté, agissant en fonction d'une finalité et dirigés par des lois normatives, et celui d'une matière inconsciente soumise aux lois naturelles ?

N'est-il pas également possible de supposer que cette distinction est purement subjective, chacun n'attribuant conscience et volonté qu'à lui-

même et à ceux qui lui sont suffisamment proches, et percevant comme soumis à la seule causalité efficiente tout ce qui se situe en-dehors de cette sphère ? Chaque être conscient percevrait ainsi comme libres et poursuivant une finalité les actes qui ont leur origine en lui ou chez ses semblables et comme résultant d'une causalité mécanique les événements produits par des entités auxquelles il n'attribue pas la conscience.

Dans cette perspective, seuls sont définis comme sujets porteurs de droit ceux à qui nous nous identifions, tandis que le reste du monde, c'est-à-dire certes les objets matériels, mais aussi le monde végétal, les animaux et, selon les périodes de l'histoire, les esclaves, les peuples dits primitifs, les malades mentaux et d'autres catégories sociales sont réduits à l'état d'objet dont les droits subjectifs sont limités ou inexistantes.

Le fait d'admettre le caractère subjectif de la distinction entre sujets de droit soumis à des lois normatives et objets de droit soumis à la causalité efficiente permet de voir s'estomper la distinction entre règle normative et loi naturelle. Il n'y a plus en effet alors deux substances soumises à des lois fondamentalement différentes, mais une seule substance soumise aux mêmes règles qui sont perçues cependant différemment selon le point de vue de l'observateur.

Rien ne s'oppose dans cette hypothèse à ce que la justice soit une loi universelle au même titre que, par exemple, la gravitation. La variation des définitions du juste et de l'injuste que les êtres humains ont adoptées au cours des temps serait ainsi comparable à la variation des conceptions des lois physiques et naturelles auxquelles ils ont successivement adhéré. Aussi bien l'équilibre qu'assure la justice que celui qui résulte de la gravitation seraient immuables et indépendants de la volonté humaine. Seule se modifierait la connaissance que les individus en ont. En outre, et de même que la masse des objets matériels leur est inhérente et indépendante de celle que l'observateur leur attribue, les droits individuels que mesure la justice seraient inaliénables et leur réalité ne dépendrait pas de leur reconnaissance.

Dans cette perspective, l'accomplissement de la justice serait, par des voies complexes et souvent indécélables, aussi certain que celui de la gravitation. Toute souffrance infligée ferait contracter une dette qui sera inéluctablement payée et toute souffrance subie, acquérir une créance dont le paiement est tout aussi assuré.

Quant à la relation entre justice et droit positif, nous voudrions également l'aborder au moyen d'une comparaison. Au parallèle entre justice et loi naturelle correspond le parallèle entre droit positif et technique. Les êtres humains n'inventent pas les lois naturelles qui leur préexistent et échappent



à leur pouvoir. Ils peuvent seulement les étudier et les découvrir. Ils mettent au point en revanche les techniques au moyen desquelles ils réalisent leurs désirs et leurs aspirations, et elles seront d'autant plus efficaces qu'ils auront une connaissance plus précise des lois naturelles applicables aux domaines visés. Ces lois s'appliqueront de toute manière, mais les techniques qui les ignorent seront vouées à l'échec. L'avion mal conçu s'écrasera au sol et le pont mal construit s'effondrera..

Il en va de même dans la relation entre justice et droit positif. Les êtres humains ne peuvent ni modifier l'équilibre de la justice ni empêcher son accomplissement. Ils peuvent seulement tenter d'en découvrir la nature et apprendre à reconnaître les droits inhérents à chaque individu et à chaque groupe social.

En revanche, et de la même manière qu'ils inventent les techniques, les êtres humains peuvent aussi établir les règles du droit positif. Quelles que soient ces règles, elles n'altéreront pas à long terme l'équilibre de la justice. Toutefois, et selon qu'elles l'aurent ou non respecté, celui-ci s'accomplira soit dans l'harmonie, soit dans la souffrance engendrée par la spirale de la révolte et de la répression.

Une technique n'est efficace que si elle prend en considération les lois physiques applicables. De la même manière, la valeur du droit positif est fonction de la mesure dans laquelle il respecte l'équilibre de la justice.

Nous répondrons donc positivement à la question préalable soumise par le professeur Alain Prujiner : Oui, la justice est bien une réalité transcendant le droit positif et permettant d'en mesurer la valeur.

Nous répondrons également positivement à la question de savoir si le droit a évolué vers plus de justice au cours des 150 dernières années. Cela nous paraît démontré par l'indépendance croissante du pouvoir judiciaire et surtout par la reconnaissance de plus en plus affirmée des droits fondamentaux de la personne et des minorités.

Enfin, nous sommes convaincu que, aux côtés d'autres juristes, les avocats, premiers défenseurs des justiciables, ont joué un rôle déterminant dans cette évolution.

Quant à l'avenir et dès lors que tous les progrès se font en dents de scie, il n'est pas permis d'exclure à moyen terme de nouveaux retours à la barbarie dont l'histoire a donné maints exemples. Nous avons en revanche la conviction qu'à long terme les progrès fulgurants que les êtres humains ont réalisés en matière de techniques et de sciences physique et naturelle puis humaines finiront par s'étendre de manière tout aussi décisive aux sciences normatives et, par conséquent, à la perception de la justice et à l'élaboration du droit.