

# **Université Panthéon-Assas**

**école doctorale d'Histoire du droit, de philosophie du droit et de sociologie juridique.**

Thèse de doctorat en Sociologie du droit  
soutenue le 2 décembre 2020.

## **Le militantisme dans la profession d'avocat.**



**Par Julien ORTIN**

Sous la direction de Madame le Professeur Cécile Pérès  
et Madame le Professeur Martine Herzog-Evans

Rapporteurs : Madame le Professeur Stéphane Gerry-Vernières et Monsieur le Professeur Xavier Pin.

Suffragant : Maître Juliette Sygut.

*A Lila,  
Ton aventure commence quand celle-ci se termine.*

## ***Avertissement***

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans cette thèse ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.

## **Remerciements**

Cette thèse n'aurait jamais existé sans le soutien de quelques personnes, à qui je souhaite ici modestement mais sincèrement adresser toute ma reconnaissance.

Le premier de mes remerciements va naturellement à mes deux directrices de thèse : Mesdames les professeurs Cécile Pérès et Martine Herzog-Evans. Exceptionnels modèles, chacune à leur façon, de rigueur et de professionnalisme. Elles ont su m'orienter, parfois vigoureusement, mais toujours avec une extrême justesse et bienveillance. Il va également aux membres de mon jury de thèse, Madame le professeur Stéphane Gerry-Vernières, Monsieur le professeur Xavier Pin et Maître Juliette Sygut qui m'ont fait le grand honneur d'accepter de juger ce travail.

Le deuxième est adressé à tous les professionnels qui ont bien voulu répondre à mes questions sans lesquelles aucune enquête de terrain de qualité ne peut être menée. Je tiens plus précisément ici à remercier Maître Amélie Morineau, qui m'a amicalement donné accès à son expérience, ainsi qu'à son prodigieux et précieux réseau.

Le troisième est pour ma famille et pour mes amis qu'ils soient toulousains, parisiens, cairotes ou fassis. Soutiens du quotidien, probablement les plus importants.

Le quatrième de mes remerciements est à destination de tous les formidables collègues rencontrés lors de cette expérience universitaire qu'est le doctorat et avec qui j'ai eu la chance de travailler dans différentes structures : Maison du droit public, Equipes de travaux dirigés, Institut de Droit des Affaires Internationales de la Sorbonne au Caire, Université Euro-méditerranéenne de Fès, Revue des Cahiers de la Justice.

Je souhaite adresser le cinquième de mes remerciements aux trois mentors universitaires qui m'ont guidé : Pauline, Thomas et Rémi.

Enfin, un remerciement très spécial pour mes courageux relecteurs, je leur suis infiniment redevable : ma mère, Marion, Perrine, Tiphaine, Niamh et Pascal.

**Résumé : Le militantisme dans la profession d'avocat.**

Existe-t-il un militantisme dans la profession d'avocat ? Si oui, comment s'exprime-t-il ? C'est à ces deux questions qu'ambitionne de répondre cette thèse à travers une étude de terrain menée entre 2015 et 2019 au sein des barreaux de Paris, Toulouse, Nantes et Reims. La profession d'avocat connaît aujourd'hui d'importantes transformations qui affectent profondément l'exercice de son activité. Son rapport au droit et au monde judiciaire change. D'un côté, le développement des droits à valeur supra-législative est une arme nouvelle remarquable qui lui permet d'être de plus en plus sollicité : le droit est une arme. D'un autre côté, la méfiance grandissante à son égard par les autres acteurs d'un système judiciaire qui se déshumanise place ce professionnel dans un rôle de bouclier. Militer devient pour l'avocat une nécessité bien plus qu'un choix. Afin d'analyser ces phénomènes, quatre thèmes de recherche ont été mobilisés : la garde à vue, la gestation pour autrui, le droit pénitentiaire et la lutte contre l'état d'urgence.

*Mots clefs : Avocats. Militantisme. Gestation pour autrui. Garde à vue. Droit pénitentiaire. Lutte contre l'état d'urgence.*

### ***Title and Abstract : Lawyer Activism***

Are lawyers involved in activism and, if so, how does this activism manifest itself ? This thesis will address these two questions through fieldwork which took place between 2015 and 2019 at the Paris, Toulouse, Nantes, and Reims Bars. The profession of lawyer has undergone significant changes in recent years. These changes have profoundly affected the way lawyers carry out their job. The lawyer's relationship to the law and the judicial system is changing. On one hand, the development of supra-legislative rights is a remarkable new weapon which means that the lawyer is increasingly consulted. On the other hand, the growing mistrust of lawyers by certain members of an increasingly dehumanised judicial system can place the lawyer in a position of being the last line of defence. Activism becomes more of a necessity than a choice. Four research themes have been chosen to analyse these phenomena, police custody, surrogacy, prison law and the fight against the state of emergency.

*Keywords: Lawyers. Activism. Police custody. Surrogacy. Prison law. Fight against the State of Emergency.*

# Sommaire

## **Partie 1 : La théorie du militantisme dans la profession d’avocat.**

Titre 1 : Définir le militantisme dans la profession d’avocat.

Titre 2 : Identifier l’action militante dans la profession d’avocat.

## **Partie 2 : La pratique du militantisme dans la profession d’avocat.**

Titre 1 : Se mobiliser et être mobilisé collectivement.

Titre 2 : Militer autour du droit et par le droit





# INTRODUCTION

« De ce qui reste un métier et sans jamais renoncer à rester un technicien du droit, je crois avoir gardé cette capacité à être ému, scandalisé, révolté, anticonformiste, qui fonde la vocation d'avocat »<sup>1</sup>.

**1. Avocat militant.** Il s'agit d'un terme qui se retrouve régulièrement dans la littérature autour de la profession d'avocat sans qu'il soit évident de comprendre à quelle image il renvoie<sup>2</sup>. Même si l'activité d'avocat est diverse et qu'une place de plus en plus importante est faite au conseil<sup>3</sup>, elle s'inscrit substantiellement dans l'opposition à l'autre, dans le combat. La question peut se poser alors de déterminer s'il est possible de qualifier de *militantisme* la pratique d'une profession qui s'exerce naturellement dans la lutte. Dans cette conception, le terme d'*avocat militant* peut apparaître soit comme un pléonasme, soit comme une fiction. Cependant, ce professionnel constitue un intermédiaire tant à l'échelle de la société qu'au niveau de l'institution judiciaire. Ce rôle fait de lui un acteur potentiellement mobilisable qu'il est intéressant d'étudier sous ce prisme.

**2. Déshumanisation de la Justice et sollicitation de l'avocat.** Au niveau de la société, le développement des droits supra-législatifs permet de faire du droit une arme militante<sup>4</sup>. Le barreau est bien placé pour manier cette arme. A un niveau institutionnel, la profession d'avocat est un rouage indispensable au bon fonctionnement de la Justice. Porte-parole du justiciable, intermédiaire entre ce dernier et le magistrat, l'avocat apporte une connaissance du dossier et surtout des éléments sur son client qui sont nécessaires au rendu d'une justice qui se veut humaine<sup>5</sup>. Pourtant, les portes dans les Palais de Justice se ferment, les avocats ont le sentiment que les juridictions débordées privilégient leur fonctionnement et la gestion de leur flux au détriment de leur temps et de leur patience :

« Il doit être là [l'avocat] à l'heure dite et il devra attendre que la Justice, elle, soit prête. Peu importe son organisation, le cabinet qu'il doit faire tourner, les audiences auxquelles il est parfois simultanément convoqué, les heures qu'il passe à

---

<sup>1</sup> A. Molla in Danet, Des deux côtés de la barre, DVD vidéos 1 et 2, réalisation D. Duuez, Filippi et Duuez Production, janvier 2009.

<sup>2</sup> Encore récemment, l'œuvre autobiographique de Maître Henri Leclerc *La parole et l'action. Itinéraire d'un avocat militant* chez Fayard en est une bonne illustration.

<sup>3</sup> BARSZCZ, C. (2012). La typologie de la profession d'avocat : l'exemple des avocats d'affaires. *Pouvoir*. Numéro 140, pages 21 à 32.

<sup>4</sup> ISRAËL, L. (2009). *L'arme du droit*. Contester, SciencesPo les Presses.

<sup>5</sup> RUDE-ANTOINE, E. (2014). *L'éthique de l'avocat pénaliste*. L'Harmattan.

*attendre dans les couloirs, dans des conditions impropres à lui permettre de travailler d'autres dossiers. Convoqué à neuf heures devant la chambre de l'instruction de Paris, il n'est pas inhabituel qu'il plaide à seize heures. Il y perd la journée sans la moindre considération d'une institution judiciaire qui préfère le faire patienter pendant dix heures plutôt que de prendre le risque de se retrouver elle-même à attendre un dossier »<sup>6</sup>.*

Paradoxalement, la présence de ce dernier est de plus en plus sollicitée, notamment dans la procédure pénale submergées d'obligations nouvelles et européennes issues des exigences du procès équitable<sup>7</sup>, ainsi que dans les procédures de règlements alternatifs des litiges.

3. Ce double constat – sollicitation plus importante de l'avocat et méfiance grandissante à son égard par un système judiciaire qui se déshumanise<sup>8</sup> – place ce professionnel dans un rôle de bouclier<sup>9</sup>. Dans ce schéma, il adopte une position de défense face à des attaques extérieures, qu'elles émanent des juridictions ou des pouvoirs publics. Militer devient pour l'avocat une nécessité bien plus qu'un choix. Pour beaucoup, les conditions dans lesquelles s'exerce dorénavant l'œuvre de Justice est révoltante. Il suffit pour s'en rendre compte, de voir à quel point la profession s'est mobilisée presque unanimement lors de la crise sanitaire de la Covid-19.

Aussi, cette thèse se propose d'étudier **le militantisme dans la profession d'avocat**. Les termes de ce sujet doivent d'abord être définis (I) avant que ne soit détaillée la méthodologie choisie pour mener à bien cette recherche (II).

---

<sup>6</sup> MORINEAU, A. (2020). L'avocat dans ses rapports avec les autres professions judiciaires. *Les cahiers de la justice*. Numéro 3, pages 459 à 467.

<sup>7</sup> GUINCHARD, S. et BUISSON, J. (2019). *Procédure pénale*. LexisNexis. 12ème édition.

<sup>8</sup> Sur ce phénomène, lire par exemple : GADBIN-GEORGE, G. (2020). Transformation, modernisation, déshumanisation de la justice : l'exemple de l'Angleterre et du Pays de Galles. *Droit et société*. Numéro 104, pages 123 à 143.

<sup>9</sup> ABEL, R. (1998). *Speaking law to power. Occasions for cause lawyering*. In SARAT, A. et SCHEINGOLD, S. *Cause Lawyering: Political Commitments and Professional Responsibilities*. Oxford University Press.

## I. Les termes de la recherche.

4. *Définition générale du militantisme.* L'actualité<sup>10</sup> permet de constater que la profession est capable de se mobiliser. Toutefois il n'est pas certain que l'on puisse qualifier tous ces exemples de *militantisme* à proprement parler. De nombreuses études se succèdent depuis le XIX<sup>e</sup> siècle pour tenter de faire la lumière sur la fascinante propension d'individus à s'engager dans une action militante, à sacrifier du temps, de l'énergie et de l'argent pour une cause qu'ils souhaitent voir progresser. Cette propension est d'autant plus fascinante qu'un certain nombre de résultats tendent à prouver qu'un individu rationnel n'a en théorie aucun intérêt à se mobiliser<sup>11</sup>. Pourtant, il y a des *mouvements sociaux*, des *actions collectives* et plus globalement du *militantisme*. La définition de ce dernier varie en fonction des époques, des approches intellectuelles et des sujets étudiés.

5. En première approche, il est possible de dire que l'apparition du militantisme est d'abord considérée comme le résultat de la combinaison de troubles personnels et d'une désorganisation sociale chez l'individu qui devient militant. Au tournant des années 1960, les certitudes concernant cette supposée désorganisation tombent et de nouvelles recherches apparaissent. Elles permettent d'appréhender le militantisme non plus sur des considérations psychologiques mais plutôt structurelles<sup>12</sup>. Puis, si l'étude de la mobilisation structurelle des mouvements sociaux reste la base des recherches sur le militantisme, les analyses plus récentes dépassent les modèles structuraux statiques pour rechercher des mécanismes dynamiques qui déterminent la politique contestataire<sup>13</sup>. Ces différentes évolutions permettent aujourd'hui de donner plusieurs définitions des termes *militantisme*, *militant* et *militier*. De manière générale, selon le dictionnaire Larousse, le nom *militantisme* se définit comme « *l'attitude, l'activité de militant, de propagandiste actif* »<sup>14</sup>. Autrement dit, l'attitude de celles et ceux qui agissent activement au sein d'une organisation ou d'un parti. Le nom *militant* – dont l'étymologie l'enracine d'abord dans l'univers religieux, avant qu'il ne s'en émancipe progressivement en se

---

<sup>10</sup> Notons la mobilisation presque unanime de la profession contre le projet de réforme des retraites du Gouvernement d'Edouard Philippe au début de l'année 2020.

<sup>11</sup> OLSON, M. (1978). *Logique de l'action collective*. Paris : PUF.

<sup>12</sup> MCADAM, D. MCCARTHY, J. et ZALD, M. (1996). *Comparative Perspectives on Social Movements*. New York : Cambridge University Press.

<sup>13</sup> MCADAM, D. TARROW, S. et TILLY, C. (2001). *Dynamics of contention*. Cambridge et New-York : Cambridge University Press.

<sup>14</sup> GARNIER, Y. (2002). *Dictionnaire encyclopédique*. Larousse.

laïcisant<sup>15</sup> – est « *celui qui lutte, agit pour une idée ou une opinion* »<sup>16</sup>. Le verbe *militer* – quant à lui – renvoie dans sa définition à « *l'action de constituer une raison, un argument pour ou contre* ».

**6. Définition sociologique du mouvement social.** Plus spécifiquement, en sociologie, la définition du *militantisme* est intrinsèquement liée à celles du *mouvement social* et de *l'action collective*. Un *mouvement social* se caractérise à la fois comme le produit de forces collectives et le résultat d'une composition d'actions, de sentiments et de stratégies individuelles<sup>17</sup>. Plusieurs phases sont nécessaires à son apparition. Dans un premier temps, il faut une *mobilisation*. A savoir, une communication des idées plus rapide, des contacts plus fréquents et plus nombreux dans un groupe. Puis, dans une deuxième étape, doit se développer une capacité organisationnelle afin de définir des objectifs communs et mettre en œuvre les ressources requises pour atteindre lesdits objectifs. Il s'agit d'un processus d'association – étudié par Tocqueville<sup>18</sup> – par lequel un groupe relativement conscient de ses intérêts, disposant des moyens de se faire entendre, ayant accès aux centres de décision, entreprend de changer le cadre légal ou réglementaire qui le gêne ou le contrarie. Enfin, la dernière étape consiste en la mise en œuvre de ressources matérielles ou symboliques qui ne sont efficaces qu'après avoir été méthodiquement combinées<sup>19</sup>.

**7. Définition sociologique de l'action collective.** Une *action collective* est le « *processus par lequel un groupe va être capable d'entreprendre une action visant à promouvoir l'intérêt commun de ses membres* »<sup>20</sup>. Dans le cas des avocats, il faut parler de *groupe organisé* ou *semi-organisé*, c'est-à-dire représenté par des organisations faisant profession de défendre leurs intérêts et dotées de mécanismes de décisions collectives quand bien même l'action militante résulte de comportements individuels.

8. A la lecture de ces définitions spécialisées deux éléments déterminants du militantisme apparaissent. Dans un premier temps, un acteur – ou plutôt une structure – qui

---

<sup>15</sup> FILLIEULE, O. AGRICOLIANSKY, E. et SOMMIER, I. (2010). *Penser les mouvements sociaux. Conflits sociaux et contestations dans les sociétés contemporaines*. La Découverte.

<sup>16</sup> GARNIER, Y. (2002). *Dictionnaire encyclopédique*. Larousse.

<sup>17</sup> BOUDON, R. et BOURRICAUD, F. (2011). *Dictionnaire critique de la sociologie*. PUF.

<sup>18</sup> DE TOCQUEVILLE, A. (1951). *De la démocratie en Amérique*. Paris : Gallimard.

<sup>19</sup> Ces différentes étapes, qui constituent l'émergence d'un mouvement social, vont se retrouver chronologiquement dans la seconde partie de cette thèse, pour la profession d'avocat, de la mobilisation à la mise en œuvre de ressources matérielles ou symboliques en passant par le développement d'une capacité organisationnelle.

<sup>20</sup> BOUDON, R. et BOURRICAUD, F. (2011). *Dictionnaire critique de la sociologie*. PUF.

concentre l'action militante : l'*organisation*. Dans un second temps, le caractère substantiellement politique du militantisme : convaincre oui, mais convaincre qui ou pour quoi ? La réponse est convaincre le pouvoir ou le prendre. Il s'agit ici de la *vocation politique*.

**9. Lacunes dans la littérature.** Force est de constater que le militantisme est en fait rarement étudié pour lui-même en sociologie mais le plus souvent à travers les organisations qui l'encadrent<sup>21</sup>. De ce point de vue, la profession d'avocat a peu été étudiée par des juristes. Autrement dit, il existe des études sur la profession d'avocat et il existe une littérature importante sur le militantisme analysé à travers telle ou telle organisation. Cependant la corrélation entre la profession d'avocat et organisation militante n'a que peu été faite en tant que telle en France, si ce n'est pas certains sociologues ou par certains avocats eux-mêmes, de manière autobiographique<sup>22</sup>.

**10. Sociologie des professions et sociologie du droit.** Les recherches entreprises sur le métier d'avocat s'inscrivent davantage dans le courant dit de *sociologie des professions*<sup>23</sup> que dans celui de la *sociologie du droit*<sup>24</sup>. La *sociologie du droit* est théorisée par Jean Carbonnier<sup>25</sup> comme l'étude des phénomènes juridiques<sup>26</sup>. La *sociologie des professions* s'intéresse – quant à elle – à la manière dont les groupes professionnels émergent en tant que groupes, se font reconnaître par les États, leurs usagers, clients, ou partenaires et par les groupes professionnels

<sup>21</sup> Par exemple : MANN, P. (1991). *L'action collective, mobilisation et organisation des minorités actives*. Paris : Armand Colin.

FILLIEULE, O. et PECHU, C. (1993). *Lutter ensemble : les théories de l'action collective*. Paris : collection logiques politiques, l'Harmattan.

FILLIEULE, O. (1993). *Sociologie de la protestation. Les formes de l'action collective dans la France contemporaine*. Paris : L'Harmattan.

NEVEU, E. (1996). *Sociologie des mouvements sociaux*. Paris : La découverte.

CRETTIEZ, X. et SOMMIER, I. (2006). *La France rebelle : Tous les mouvements et acteurs de la contestation*. Editions Michalon.

ARCQ, E. et BLAISE, P. (2007). Les organisations syndicales et patronales. *Dossiers du CRISP*. Numéro 68, pages 9 à 149.

CARDON-QUINT, C. (2014). Militantisme et identité professionnelle enseignante : les associations de spécialistes en perspective. *Histoire de l'éducation*. Numéro 142, pages 11 à 52.

DENIS, J-M. et THIBAUT, M. (2014). Des organisations syndicales en quête de renouvellement. Trajectoires militantes et expériences syndicales de jeunes militants de l'union syndicale Solidaires. *Nouvelle revue de psychosociologie*. Numéro 18, pages 117 à 131.

<sup>22</sup> DUMAS, R. (1977). *Les avocats*. Grasset.

WEYL, R. (1989). *Une robe pour un combat*. Paris : Messidor.

LECLERC, H. (2017). *La parole et l'action*. Fayard.

<sup>23</sup> TRIPIER, P. DUBAR, C. et BOUSSAR, V. (2011). *Sociologie des professions*. Paris : Armand Colin, Collection U.

CHAMPY, F. (2012). *La sociologie des professions*. Paris : PUF.

<sup>24</sup> Défini ci-après.

<sup>25</sup> CARBONNIER, J. (2016). *Sociologie juridique*. Quadrige Manuels.

<sup>26</sup> LEVY-BRUHL, H. (1971). *Sociologie du droit*. Que sais-je n°951, PUF, quatrième édition.

WEBER, M. (1986). *Sociologie du droit*. Paris : PUF.

voisins avec lesquels ils sont amenés à se coordonner<sup>27</sup>. Les premières études sont nord-américaines<sup>28</sup> et développent à partir des années 1990 le concept dit du *causelawyering*<sup>29</sup>. Ce concept étudie l'engagement des professions judiciaires dans la défense des minorités ou l'accès au droit pour les plus démunis lorsqu'ils usent de leurs compétences et de leurs ressources en faveur d'une cause.

**11. Sociologie de la profession d'avocat.** En France, l'intérêt pour la sociologie des professions et *a fortiori* pour l'activité d'avocat, est plus timide et tardif. Les premières études sont historiques et reviennent sur les transformations qu'a connues le Barreau français depuis sa création au XIII<sup>e</sup> siècle<sup>30</sup>. Il existe ensuite de nombreuses recherches sur le rapport de l'avocat avec les agents du système judiciaire<sup>31</sup>, ainsi qu'avec les règles déontologiques et éthiques de sa profession<sup>32</sup> ou des études plus spécifiques qui portent par exemple sur le Syndicat des

<sup>27</sup> CHAMPY, F. (2012). *La sociologie des professions*. Paris : PUF.

<sup>28</sup> HANDLER, J. (1978). *Social Movements and the Legal System : A Theory of Law Reform and Social Change*. New York : Academic Press.

ABEL, R. et LEWIS, P. (1988). *Lawyers in Society*. Berkeley : University of California Press.

MCCANN, M. (2004). *Law and Social Movements*. In SARAT, A. *Blackwell Companion on Law and Society*. Cambridge : Blackwell.

SCHEINGOLD, S. (2004). *The Politics of Rights. Lawyers, Public Policy, and Politic Change*. University of Michigan Press.

ABEL, R. (2008). *Lawyers in the dock. Learning from attorney disciplinary proceedings*. Oxford : University Press.

LEVIN, L. et MATHER, L. (2012). *Lawyers in practice. Ethical Decision Making in Context*. Chicago : University of Chicago Press.

<sup>29</sup> ELLMANN, S. (1995). *Lawyering in Repressive States*. *Law and Social Inquiry*. Numéro 20, pages 339-600.

SARAT, A. et FELSTINER, W. (1995). *Divorce Lawyers and their Clients. Power and Meaning in the Legal Process*. Oxford : Oxford University Press.

ABEL, R. (1998). *Speaking law to power. Occasions for cause lawyering*. In SARAT, A. et SCHEINGOLD, S. *Cause Lawyering: Political Commitments and Professional Responsibilities*. Oxford University Press.

SARAT, A. et SCHEINGOLD, S. (1998). *Cause Lawyering. Political Commitments and Professional Responsibilities*. New-York, Oxford : Oxford University Press.

SARAT, A. et SCHEINGOLD, S. (2001). *Cause lawyering and the State in a Global Era*. New-York, Oxford : Oxford University Press.

<sup>30</sup> ROYER, J-P. (1979). *La société judiciaire depuis le XVIII<sup>e</sup> siècle*. PUF.

WILLEMEZ, L. (1999). *La république des avocats, 1848 : le mythe, le modèle et son endossement*. In OFFERLE, M. (dir), *La profession politique XIX<sup>e</sup>-XX<sup>e</sup> siècles*. Belin, pages 201 à 229.

LE BEGUEC, G. (2003). *La république des avocats*. Paris : Armand Collin, L'histoire au présent. LEUWERS, H. (2006). *L'invention du barreau français. La construction nationale d'un groupe professionnel, 1660-1830*. Paris : EHESS.

SUR, B. et SUR, P-O. (2013). *Une histoire des avocats en France*. Dalloz. 2<sup>nd</sup> édition.

OZANAM, Y. (2016). *Histoire des avocats*. In BEIGNIER, B. et VILLACEQUE, J. (dir.). *Droit et déontologie de la profession d'avocat*. Gazette du Palais, Seconde édition.

<sup>31</sup> SALAS, D. (2010). L'avocat, les médias et son client. *Revue pénitentiaire et de droit pénal*. Numéro spécial. THOUZELLIER, B. (2012). Avocats et magistrats. *Pouvoir*, 2012/1, Editions le Seuil, numéro 140, pages 91 à 97.

MORINEAU, A. (2020). L'avocat dans ses rapports avec les autres professions judiciaires. *Les cahiers de la justice*. Numéro 3, pages 459 à 467.

<sup>32</sup> GRANFIELD, R. et KOENIG, T. (2003). It's Hard to be Human and Lawyer : Ethical Ambiguity among Young Lawyers. *West Virginia Law Review*. Numéro 105, pages 495 à 524.

LAMAZE (de), E. et PUJALTE, C. (2009). *L'Avocat, le Juge et la déontologie*. Paris : PUF.



Avocats de France (SAF)<sup>33</sup>. Enfin, depuis les années 2010, les travaux sur l'avenir de l'activité d'avocat, ses transformations et sa rentabilité trouvent une place conséquente dans la littérature juridique<sup>34</sup>.

**12. Lien entre la profession et le militantisme.** Les travaux entrepris se sont d'abord cantonnés à des recherches générales sur les usages sociaux du droit<sup>35</sup>. Le premier ouvrage qui conceptualise véritablement la profession dans sa vocation militante – ou comme ayant une influence sur la judiciarisation<sup>36</sup> de la société – est celui de Lucien Karpik<sup>37</sup>. Dans sa lignée plusieurs études sociologiques développent des recherches sur le *causelawyering* en France<sup>38</sup>

---

RUDE-ANTOINE, E. (2014). *L'éthique de l'avocat pénaliste*. L'Harmattan.

RENET, T. (2018). *Déontologie de la profession d'Avocat*. LGDJ. 2e édition.

<sup>33</sup> TONNEAU, J-P. (2014). *Le syndicat des avocats de France (1972-2012) : contribution à une socio-histoire du militantisme syndical dans le champ judiciaire*. Thèse de doctorat en sociologie, Université de Nantes.

<sup>34</sup> WOOG, J-C (1987). *Pratiques professionnelles de l'avocat*. Litec.

MILBURN, P. (1991). *La défense pénale : une relation professionnelle. Les avocats, la défense en matière pénale et les délinquants : analyse sociologique des relations, de la pratique et des représentations professionnelles*. Thèse de doctorat. Université Paris 8.

FAVEREAU, O. (2010). « Les avocats, entre ordre professionnel et ordre marchand », rapport du Conseil national des Barreaux. *Revue d'économie industrielle*. Numéro 131, pages 155 et 156.

BARSZCZ, C. (2012). La typologie de la profession d'avocat : l'exemple des avocats d'affaires. *Pouvoir*. Numéro 140, pages 21 à 32.

HARNAY, S. (2013). *Régulations professionnelles et pluralisme juridique : une analyse économique de la profession d'avocat*. Rapport pour le GIP Mission de recherche Droit et Justice.

LARTIGUE, M. (2015). Les avocats face à une nouvelle concurrence. *Les échos exécutives*. Edition du 29 septembre.

HYDE, A-A. (2019). Avocat et intelligence artificielle : quelles obligations, quelles responsabilités ? *Recueil Dalloz*. Page 2107.

MILBURN, P. (2019). L'avocat et l'algorithme. *Les cahiers de la justice*. Numéro 2, pages 499 à 510.

<sup>35</sup> CURAPP. (1989). *Les usages sociaux du droit*. Paris : PUF.

WILLEMEZ, L. SACRISTE, G. VAUCHIEZ, A. et ISRAËL, L. (2005). *Sur la portée sociale du droit. Usages et légitimité du registre juridique*. Paris : PUF.

SALLE, G. et CHANTRAINE, G. (2009). Le droit emprisonné ? Sociologie des usages sociaux du droit en prison. *Politix*. Numéro 87, pages 93 à 117.

WILLEMEZ, L. SACRISTE, G. VAUCHIEZ, A. et ISRAËL, L. (2005). *Sur la portée sociale du droit. Usages et légitimité du registre juridique*. Paris : PUF.

<sup>36</sup> La judiciarisation est un concept qui théorise une réflexion sur les rapports entre légalité et pouvoir politique, qui tendent vers un changement significatif, du fait de nouveaux usages du droit dans la justice, impliquant un nouveau rôle et un nouveau statut du juridique par rapport au politique. Lire : COMMAILLE, J. et DUMOULIN, L. (2009). Heurs et malheurs de la légalité dans les sociétés contemporaines. Une sociologie politique de la judiciarisation. *L'année sociologique*. Numéro 1. Volume 59.

<sup>37</sup> KARPIK, L. (1995). *Les avocats. Entre l'Etat, le public et le marché, XIII<sup>e</sup>-XX<sup>e</sup> siècle*. Paris : Bibliothèque des sciences humaines, Gallimard.

<sup>38</sup> BOURDIEU, P. (1986). La force du droit. Eléments pour une sociologie du champ juridique. *Actes de la recherche en sciences sociales*. Numéro 64.

KALUSZYNSKI, M. et COMMAILLE, J. (2007). *La fonction politique de la justice*. Paris : La Découverte.



et notamment dans la profession d'avocat<sup>39</sup>, avec principalement les travaux de la sociologue Liora Israël<sup>40</sup>.

13. De fait, à la lecture de la littérature existante qui porte sur l'éventualité d'une vocation militante dans la profession d'avocat, force est de constater que l'approche est celle de la *sociologie des professions* entreprise par des sociologues de formation. Si le droit est la chose des juristes, il est intéressant de remarquer que les tentatives de réponses à des questions telles que *à quoi sert-il, quelles sont ses fonctions* ou *quel est l'usage qui en est fait par les professionnels de son domaine d'activité* sont souvent apportées par des sociologues<sup>41</sup>. Il est tout à fait paradoxal que les juristes, experts d'une science sociale, laissent à d'autres le soin d'analyser la pratique de leur métier et la fonction de sa source. Il devient nécessaire que ces derniers s'intéressent d'un point de vue théorique et empirique à l'usage qu'ils font du droit et des buts que ce dernier poursuit. De ce point de vue, cette thèse ambitionne d'étudier la profession d'avocat en tant qu'acteur capable de se mobiliser dans le cadre d'un mouvement social, sous l'angle à la fois de la *sociologie des professions* et de celle des *mouvements sociaux*, mais également sous l'angle juridique d'apport de la profession dans la construction du droit positif. L'étude menée dans cette thèse est donc à la fois de la *sociologie du droit* et de la *sociologie de la profession d'avocat* sous un angle particulier : celui de sa participation à une mobilisation sociale.

**14. Rôle d'intermédiaire de l'avocat.** Le choix d'analyser la profession d'avocat par rapport à d'autres professions juridiques et judiciaires<sup>42</sup> s'explique par la place prépondérante

---

<sup>39</sup> DELPEUCH, T. DUMOULIN, L. et GALEMBERT de, C. (2014). *Sociologie du droit et de la justice*. Collection U. Armand Colin.

<sup>40</sup> ISRAËL, L. (2001). Usages militants du droit dans l'arène judiciaire : le cause lawyering. *Droit et société*. Numéro 49, pages 793 à 824.

ISRAËL, L. (2005). *Robes noires, années sombres. Avocats et magistrats en résistance pendant la Seconde Guerre mondiale*. Paris : Fayard.

ISRAËL, L. (2009). *L'arme du droit*. Contester, SciencesPo les Presses.

<sup>41</sup> COMMAILLE, J. (2015). *A quoi nous sert le droit ?* Gallimard.

OST, F. (2016). *A quoi sert le droit ? Usages, fonctions, finalités*. Bruxelles : Bruylant.

<sup>42</sup> Qui ont pu également faire l'objet d'études sur leur rapport avec le militantisme : CAM, P. (1978). Juges rouges et droit du travail. *Actes de la Recherche en Sciences Sociales*. Numéro 19, pages 2 à 27.

ISRAËL, L. (2001). La Résistance dans les milieux judiciaires. Action collective et identités professionnelles en temps de guerre. *Genèses*. Numéro 45, pages 45 à 68.

ROUSSEL, V. (2002). *Affaires de juges. Les magistrats dans les scandales politiques en France*. Paris : La découverte.

ROUSSEL, V. (2003). Les magistrats français, des cause lawyers malgré eux ? *Politix*. Numéro 62, pages 93 à 113.

KALUSZYNSKI, M. et COMMAILLE, J. (2007). *La fonction politique de la justice*. Paris : La Découverte.

CHAMPY, F. et ISRAËL, L. (2009). Professions et engagement public. *Sociétés contemporaines*. Numéro 73, pages 7 à 19.

que prend l'avocat – notamment par rapport au juge – dans les combats qui touchent aujourd'hui le monde judiciaire français. La profession d'avocat, entendue comme la composante réunissant tous les professionnels inscrits dans un barreau français<sup>43</sup>, est une profession centrale du fonctionnement judiciaire. Aujourd'hui, son rôle est primordial, à la fois dans l'évolution du droit mais également dans l'évolution des mœurs et dans la perception de différentes causes au sein d'une société en grande mutation<sup>44</sup>. De fait, son identité propulse l'avocat comme l'interlocuteur privilégié de tout groupe qui souhaite se mobiliser sur un sujet, lorsqu'il n'est pas question d'une auto-mobilisation dans la protection de ses propres intérêts. L'usage militant du droit peut prendre des formes très diverses et mobiliser plusieurs corps sociaux, plusieurs professions et catégories de personnes. Néanmoins, l'étude de la profession d'avocat sous cet angle semble particulièrement intéressante tant son identité s'est très tôt construite sur cette vocation de représentation d'intérêts collectifs. Les avocats en tant que corps, l'Ordre, le Barreau de Paris, ont incarné ou incarnent encore la voix du peuple face à l'Etat, légitimés par un rôle de représentation de l'opinion publique<sup>45</sup>. Il s'agit d'une profession charnière parmi les acteurs sociaux en France. Charnière parce qu'elle se retrouve entre la société civile porteuse de revendications sociales et la société judiciaire, qui représente la puissance étatique, le pouvoir (auquel les avocats ont longtemps eu un accès privilégié). L'atout de cette profession est sa capacité à devenir un porte-parole du public, lui permettant d'avoir un rôle et une influence politique conséquents, sortant victorieux de combats avec d'autres forces lui étant en principe bien supérieures.

**15. Développement de droits supra-législatifs et arme du droit.** Parallèlement à cette composante structurelle que représente l'identité organisée de la profession, l'influence croissante de la Cour européenne des droits de l'Homme depuis la ratification par la France de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales en 1974, ainsi que le développement du contrôle constitutionnel dans le pays – notamment

---

FICET, J. (2009). Regard sur la naissance d'un militantisme identitaire : syndicalisme judiciaire, identités professionnelles et rapport au politique dans la magistrature française. 1945-1986. *Droit et Société*. Numéro 73, pages 703 à 723.

ISRAËL, L. (2009). Résister par le droit ? Avocats et magistrats dans la résistance (1940-1944). *L'Année sociologique*. Volume 59, pages 149 à 175.

SACRISTE, G. (2011). *La République des constitutionnalistes. Professeurs de droit et légitimation de l'État en France (1870-1914)*. Presses de Sciences Po.

<sup>43</sup> OZANAM, Y. (2016). *Histoire des avocats*. In BEIGNIER, B. et VILLACEQUE, J. (dir.). *Droit et déontologie de la profession d'avocat*. Gazette du Palais, Seconde édition.

<sup>44</sup> ISRAËL, L. (2009). *L'arme du droit*. Contester, SciencesPo les Presses.

<sup>45</sup> KARPIK, L. (1995). *Les avocats. Entre l'Etat, le public et le marché, XIII<sup>e</sup>-XX<sup>e</sup> siècle*. Paris : Bibliothèque des sciences humaines, Gallimard.

depuis l'instauration de la procédure de question prioritaire de constitutionnalité (QPC) – font du recours au droit une arme redoutable dans le *répertoire d'action collective* de groupes souhaitant se mobiliser<sup>46</sup>. La condamnation possible d'une législation par le juge fait de ce dernier un véritable contre-pouvoir qui révolutionne la pratique des mouvements sociaux à l'heure où ces derniers se transforment du collectif vers l'individuel. Or, il n'y a pas de décision judiciaire sans qu'au préalable un avocat ait posé une question au juge. Certes, l'influence de l'avocat et du juge n'est pas comparable à celle rencontrée dans le système de *common law*<sup>47</sup> où le juge est traditionnellement un organe central de production du droit<sup>48</sup>. Néanmoins, le juge a un réel pouvoir prétorien sur l'évolution du droit : plus qu'interpréter une norme, il peut aujourd'hui contraindre le législateur à modifier sa position. Toutefois, en amont d'une jurisprudence, il y a quasiment toujours les conclusions d'un avocat. L'avocat essaie de convaincre le juge du sens à donner à l'évolution du droit. C'est lui qui va tenter d'imposer sa grille de lecture à la fois aux magistrats et à l'opinion publique. L'avocat manie l'*arme du droit*<sup>49</sup>.

**16. Défense contre les attaques d'une institution qui se déshumanise.** Conjointement, l'avocat est amené à manier le droit comme un *bouclier*. Il s'agit souvent d'un militantisme quotidien bien moins conscient, dont l'objectif n'est plus de combattre, mais de se défendre face à une déshumanisation, une *McDonaldisation*<sup>50</sup> et une managérialisation du système judiciaire<sup>51</sup>, elles-mêmes issues de l'introduction progressive de politiques basées sur le *New*

---

<sup>46</sup> DUPIC, E. et BRIAND, L. (2013). *La Question prioritaire de constitutionnalité, une révolution des droits fondamentaux*. Presses Universitaires de France.

<sup>47</sup> Sur l'influence de l'avocat dans le système judiciaire de *common law* : ABEL, R. et LEWIS, P. (1988). *Lawyers in Society*. University of California Press, Berkeley.

SCHEINGOLD, S (2004). *The Politics of Rights. Lawyers, Public Policy, and Politic Change*. University of Michigan Press.

ABEL, R. (2008). *Lawyers in the dock. Learning from attorney disciplinary proceedings*. Oxford : University Press.

LEVIN, L. et MATHER, L. (2012). *Lawyers in practice. Ethical Decision Making in Context*. Chicago : University of Chicago Press.

<sup>48</sup> BULLIER, A. (2007). *La Common Law*. Dalloz.

HALPERIN, J-L. (2015). Les styles judiciaires, des traditions nationales ? *Droit et société*. Numéro 91, pages 491 à 504.

<sup>49</sup> Pour reprendre l'expression de Liora Israël : ISRAËL, L. (2009). *L'arme du droit*. Contester, SciencesPo les Presses.

<sup>50</sup> RITZER, G. (1998). *Tous rationalisés !* Adaptation de l'américain *The McDonaldisation of society* (1991) et présenté par Xavier Walter. Roissy : Alban.

<sup>51</sup> ROTHMAYR ALLISON, C. (2013). Le droit et l'administration de la justice face aux instruments managériaux. *Droit et société*. Numéro 84, pages 275 à 289.

CLIQUENNOIS, G. BELLEBNA, H. et LEONARD, T. (2015). Management et système pénal. *Droit et société*. Numéro 90, pages 243 à 252.

*Public Management*<sup>52</sup>. Ces considérations se rencontrent principalement en matière pénale pour laquelle des juridictions inondées de contentieux sont tentées de recourir à de nouvelles procédures – souvent issues des nouvelles technologies – pour faciliter une célérité indispensable à un traitement de flux important. Les avocats sont les derniers à pouvoir dénoncer les dérives de cette logique qui se fait toujours au détriment d'un justiciable qui est par nature – dans la procédure pénale – la partie faible et de l'avocat lui-même qui voit les conditions d'exercice de son activité se dégrader. Défis du quotidien, ces combats sont menés par des avocats confrontés à ces problématiques, souvent de manière tout à fait inconsciente, parce qu'elles heurtent l'exercice normal de leur fonction, les valeurs qu'entend défendre la profession et le sens qu'ils se font de ce que doit être une justice humaine. Il en est ainsi de l'avocat confronté au dilemme de choisir entre rester auprès de son client détenu ou de se rendre physiquement devant le juge au Palais de justice lorsqu'une audience est organisée par visioconférence, faute de moyens, de temps et d'envie, pour organiser le déplacement de la personne détenue hors de son lieu de détention<sup>53</sup>. Les manifestations et les recours se multiplient depuis ces dernières années : en 2015 à propos de l'aide juridictionnelle<sup>54</sup> ; contre le Projet de loi de programmation pour la Justice en 2018, accusé de déshumaniser et privatiser cette dernière<sup>55</sup> ; contre l'introduction d'un box vitré dans les salles d'audience des juridictions françaises, portant selon les avocats atteinte au principe de présomption d'innocence, à la dignité de la personne humaine et affectant les droits de la défense<sup>56</sup>. L'année 2020 est marquée par de nombreuses revendications : de la mise en place d'une pétition contre le projet de réforme de la justice pénale des mineurs<sup>57</sup>, jusqu'aux crises successives du projet de réforme des retraites du Gouvernement d'Edouard Philippe et de la pandémie mondiale de la Covid-19.

---

<sup>52</sup> Forme de gestion publique basée entre autres sur une culture du résultat et l'emprunt de pratiques et d'outils issus du privé : CHAPPOZ, Y. et PUPION, P.-C. (2012). Le New Public Management. *Gestion et management public*. Numéro 2, pages 1 à 3.

<sup>53</sup> DUMOULIN, L. et LICOPPE, C. (2015). La visioconférence comme mode de comparution des personnes détenues, une innovation « managériale » dans l'arène judiciaire. *Droit et société*. Numéro 90, pages 287 à 302.

<sup>54</sup> SAF. (2015). *Le Gouvernement fait disjoncter le système d'aide juridictionnelle !* [www.lesaf.org](http://www.lesaf.org), site internet du Syndicat des Avocats de France [consulté le 04 août 2020].

<sup>55</sup> SAF. (2018). *Le retrait du projet de loi de programmation pour la justice reste toujours d'actualité pour le SAF*. [www.lesaf.org](http://www.lesaf.org), site internet du Syndicat des Avocats de France [consulté le 04 août 2020].

<sup>56</sup> Cass. Civ1., 13 mai 2020, pourvoi n°19-17.970.

<sup>57</sup> Initiée par La CGT, le Syndicat des avocats de France, le Syndicat de la magistrature, le SNPES PJJ/FSU, la Ligue des droits de l'Homme, Solidaires Justice, FCPE, SNUAS-FP/FSU, Sud santé sociaux, SNUTER la FSU territoriale, Union syndicale solidaires, SNEPAP FSU, l'OIP, Solidaires Sud Collectivités territoriales, DEI France.

Voir également : SULLI, C. et AUDOUARD, E. (2019). Réforme de la justice des mineurs. *La lettre du Syndicat des Avocats de France*. Numéro d'octobre, pages 12 et 13.

17. Ces deux dernières manifestations de la détérioration des conditions d'exercice de la profession ont massivement mobilisé les avocats, peu importe leur domaine d'activité. Le projet de réforme des retraites a su unir l'ensemble de la profession contre lui<sup>58</sup>. Les avocats ont eu recours à une multitude de moyens afin de manifester leur opposition à ce texte : lettres ouvertes au Gouvernement de la part des instances représentatives de la profession<sup>59</sup>, lettres privées aux députés et sénateurs de membres de chaque barreau, manifestations, mise en place d'un modèle d'assignation en responsabilité de l'État pour non-respect du délai raisonnable<sup>60</sup>, grèves, excès de zèle<sup>61</sup>... Le mouvement ne s'est interrompu que du fait de la survenance de la crise sanitaire de la Covid-19, qui a permis – dans une certaine mesure – de rendre audible les appels pourtant anciens de la profession concernant la situation du milieu carcéral français. En particulier, les problématiques liées à la surpopulation de ce milieu et celles ayant trait aux difficiles conditions d'exercice de leur activité pour les avocats amenés à intervenir dans ce domaine<sup>62</sup>. Une tribune de mars 2020<sup>63</sup> a permis une réaction de la Chancellerie facilitant les sorties anticipées de personnes détenues pouvant en bénéficier<sup>64</sup>. Le but est de lutter contre la propagation du virus dans les établissements pénitentiaires, dans lesquels la surpopulation carcérale empêche tout respect des mesures de distanciation sociale devenues nécessaires<sup>65</sup>. Néanmoins la crise sanitaire apparaît surtout comme un nouveau coup dur pour une profession qui subit depuis plusieurs décennies des transformations importantes et dont les membres ont malheureusement souvent le sentiment de devoir se battre pour continuer d'exister<sup>66</sup>. De fait,

---

<sup>58</sup> Gazette du Palais. *Régime universel de retraite : mobilisation et manifestation en vue pour la profession d'avocat*. 22 juillet 2019.

Le Parisien. *Réforme des retraites : cinq minutes pour comprendre la colère des avocats*. 13 janvier 2020.

Libération. *Réforme des retraites : les avocats ne désarment pas*. 8 février 2020.

Vingt-minutes. *Les avocats poursuivent leur course d'endurance contre la réforme des retraites*. 11 mars 2020.

<sup>59</sup> Au travers notamment d'une résolution (Assemblée générale des 12 et 13 avril 2019) et d'une motion (Assemblée générale des 5 et 6 juillet 2019) du CNB. Consultables sur <https://www.cnb.avocat.fr> [consulté le 16 septembre 2020].

Au travers également du communiqué du Barreau de Paris : *Rencontre de la profession d'avocat avec le Gouvernement*, du 13 janvier 2020.

<sup>60</sup> Barreau de Paris. *Action en responsabilité de l'Etat pour non-respect du délai raisonnable*. Guide pratique. <http://www.avocatparis.org> [consulté le 16 septembre 2020].

<sup>61</sup> Conseil National des Barreaux : *Réforme des retraites : les actions en cours*. <https://www.cnb.avocat.fr> [consulté le 05 août 2020].

<sup>62</sup> MORINEAU, A. (2020). *Avocats passe-murailles, avocats empêchés*. *La lettre du Syndicat des Avocats de France*. Numéro d'avril, pages 16 et 17.

<sup>63</sup> Le Monde. « *Agir vite pour que la propagation du virus dans les prisons ne soit pas une catastrophe* ». 19 mars 2020.

<sup>64</sup> Le Monde. *Prisons : « Les conditions de détention ne se réduisent pas à une question de statistiques »*. Le 6 août 2020.

<sup>65</sup> Les Echos. *Coronavirus : le taux d'occupation des prisons passe sous les 100 %*. 29 avril 2020.

<sup>66</sup> La Gazette du Palais. *Covid-19 : la profession d'avocat face à la crise sanitaire*. 23 mars 2020.

des rapports et études récents<sup>67</sup> font état de ces changements opérés au sein de la profession, avec avant tout l'introduction de plus en plus conséquente d'une logique managériale conduisant à des mutations profondes à la fois des pratiques et des structures. Les avocats sont confrontés à une paupérisation d'une partie de leurs consœurs et confrères<sup>68</sup>, à une concurrence mondialisée d'autres professionnels et au développement de l'Intelligence Artificielle<sup>69</sup> qui engendrent des questionnements éthiques nouveaux<sup>70</sup>. Les conditions dans lesquelles se déroulent leur activité sont devenues si difficiles, qu'une enquête réalisée en 2018 démontre que près d'un tiers des jeunes avocates et avocats quittent la profession avant leur dixième année d'exercice<sup>71</sup>. Ces transformations s'accompagnent d'un changement substantiel de l'identité de la profession avec le développement de plus en plus important du barreau dit *des affaires*.

**18. Organisation et vocation politique.** En résumé donc, deux raisons justifient l'intérêt d'une étude sur le militantisme dans la profession d'avocat. Le premier est la vocation nouvelle du droit comme *arme* contre l'Etat, du fait du développement des textes à valeur supra-législative et de la position naturelle de l'avocat comme porte-parole du public, le plaçant comme l'intermédiaire privilégié entre les aspirations sociales et les autorités publiques dépositaires du pouvoir politique. Le second est le rôle de *bouclier* de l'avocat face aux mutations de la profession, du système judiciaire et plus globalement de la société. Dans les deux hypothèses, le droit devient un instrument militant de premier choix, révolutionnant considérablement la pratique des mouvements sociaux. Il s'agit d'un usage militant du droit, qui a donc une *vocation politique* et qui est maîtrisé par une profession *organisée*.

19. La *vocation politique* est le but du militantisme, à savoir la volonté d'une évolution du droit sur une question donnée. De ce point de vue, il y a une transformation de ce but politique depuis le XIX<sup>e</sup> siècle qui change la détermination des mouvements sociaux. A partir des années 1960 un glissement s'opère progressivement de considérations collectives vers des considérations individuelles. Aujourd'hui, les mouvements sociaux s'inscrivent moins dans une

---

<sup>67</sup> HAERI, K. (2017). *L'avenir de la profession d'avocat*. Rapport confié par Monsieur Jean-Jacques Urvoas, Garde des Sceaux, Ministre de la Justice à Monsieur Kami Haeri, Avocat au Barreau de Paris.

IHEJ. et CREA. (2017). *Les quatre défis de l'avocat français du XXI<sup>e</sup> siècle*. Rapport pour le CNB.

<sup>68</sup> Gazette du Palais. *Je t'aime mais je te quitte*. 5 juin 2018.

PANDELON, G. (2019). *Le métier d'avocat en France*. Que sais-je ? Presses Universitaires de France.

<sup>69</sup> FLEURIOT, C. (2017). L'intelligence artificielle va provoquer une mutation profonde de la profession d'avocat. *Dalloz Actualité*. Edition du 15 mars.

HYDE, A-A. (2019). Avocat et intelligence artificielle : quelles obligations, quelles responsabilités ? *Recueil Dalloz*. Page 2107.

<sup>70</sup> Sur cette question, lire : RUDE-ANTOINE, E. (2014). *L'éthique de l'avocat pénaliste*. L'Harmattan.

<sup>71</sup> Slate. *Quitter la robe : l'étonnante épidémie de reconversion des jeunes avocats*. 13 avril 2018.



logique de lutte de classes et ont plutôt pour finalité l'émancipation identitaire de l'individu ou l'environnement<sup>72</sup>. La place du droit dans le militantisme a évolué dans le même temps. Censure du Conseil constitutionnel, condamnation de la France par la Cour européenne des droits de l'Homme, le pouvoir judiciaire est aujourd'hui un acteur incontournable de la vie et de la survie d'un texte législatif. L'évolution du droit, entendu comme la règle effectivement applicable en France, n'est plus seulement le résultat du travail gouvernemental et parlementaire. L'émergence de sources du droit à valeur supra-législative et surtout le contrôle de la conformité des lois à ces sources par un juge, détruisent la vision marxisante du rôle du droit comme instrument de domination de l'Etat. Le droit est aujourd'hui capable de se retourner contre l'Etat ; c'est une arme<sup>73</sup>. Ce changement de fonction n'est pas sans incidence sur l'évolution des mouvements sociaux et surtout sur les usages militants qui sont entrepris dans leur cadre. Le canal judiciaire – c'est-à-dire le choix, dans le *répertoire d'action collective* de groupes mobilisés, de recourir au droit – devient un atout central de la lutte. La censure ou la condamnation judiciaire d'un texte ou la reconnaissance d'une liberté à valeur supra-législative constituent à la fois un moyen et souvent le but de ces mouvements sociaux.

20. La question de la *vocation politique* dans la définition du militantisme permet d'en exclure certains groupes de pression, tels que les lobbys. Il est nécessaire pour parler de militantisme que soit englobés dans l'action militante à la fois les buts politiques, mais également les conséquences<sup>74</sup>. Le but s'applique à un particulier, les conséquences s'appliquent à tous. Autrement dit, la *vocation politique* du militantisme s'entend comme la volonté de transcender les intérêts particuliers défendus, pour s'inscrire dans un plus grand dessein qui concerne l'intérêt général dans son ensemble, que ce soit pour une reconnaissance juridique nouvelle, pour la garantie du respect des droits de l'Homme ou pour une bonne administration de la Justice. C'est également l'exigence d'une *vocation politique* dans la définition du militantisme qui permet de distinguer celui-ci de l'influence générale ordinaire de la pratique des professions judiciaires sur la formation du droit<sup>75</sup>. Il existe donc dans l'identification du

---

<sup>72</sup> TOURAINE, A. (1978). *La Voix et le Regard : sociologie des mouvements sociaux*. Paris : Edition du Seuil ; MELUCCI, A. (1978). Société en changement et nouveaux mouvements sociaux. *Revue Sociologie et Sociétés*, Volume 10, 2, pages 37 à 54 ; OFFE, C. (1985). New Social Movements : Challenging the Boundaries of Institutional Politics. *Social Research*, Volume 52, 4, pages 817 à 868.

<sup>73</sup> ISRAËL, L. (2009). *L'arme du droit*. Contester, SciencesPo les Presses.

<sup>74</sup> AMENTA, E. CAREN, N. CHIARELLO, E. et SU, Y. (2010). The Political Consequences of Social Movements. *Annual Review of Sociology*. Numéro 36, pages 287 à 307.

<sup>75</sup> Sur cette question lire : SALUDEN, M. (1983). *Le phénomène de la jurisprudence, étude sociologique*. Thèse Paris II.

WOLMARK, C. (2007). *La définition prétorienne*. Nouvelle Bibliothèque de Thèses.

militantisme une considération qui tient à la volonté et la conscience d'une *vocation politique* qu'il s'agira d'approfondir dans la première partie de cette thèse. Concernant la condition d'une *organisation* – pour ce qui a fait l'objet d'études en sociologie – il faut comprendre par cette notion principalement des partis politiques, des syndicats ou des associations<sup>76</sup>.

21. L'action collective au sein de la profession d'avocat est une action politique et c'est ainsi qu'il faut l'entendre dans les développements qui sont traités au sein de cette thèse. Autrement dit, il faut comprendre par *militantisme*, une action ayant pour vocation soit un changement ou une reconnaissance politique (arme du droit), soit le respect des droits de l'Homme normalement acquis mais menacés (le droit comme bouclier). Le mouvement s'opère à la fois par le droit, pour le droit et contre le droit en place.

Pour mener à bien ces recherches transdisciplinaires, entre droit et sociologie, le choix a été fait de privilégier la méthodologie sociologique.

## II. Méthodologie de la recherche.

22. *Choix des barreaux étudiés.* La méthodologie sociologique<sup>77</sup> s'est naturellement imposée pour effectuer cette recherche. De fait, aucune analyse probante sur la pratique d'un militantisme au sein de la profession ne pouvait être menée sans une étude de terrain. Cette dernière a été opérée auprès d'avocats choisis au sein de quatre barreaux français entre 2015 et 2019 et à travers quatre thématiques.

23. Le choix des barreaux s'est porté sur Paris, Toulouse, Nantes et Reims. Le premier – celui de **Paris** – incontournable par le poids de ses 30 000 membres<sup>78</sup>, qui représentent à eux seuls près de la moitié de l'ensemble des avocats inscrits dans un barreau français.

---

BERGEL, J-L. (2016). Les apports de la pratique notariale au droit immobilier. Un exemple de gestation professionnelle de normes juridiques. *Droit et Ville*. Numéro 81, pages 43 à 56.

<sup>76</sup> DESREUMAUX, A. (2015). *Théorie des organisations*. Les Essentiels de la Gestion.

<sup>77</sup> La méthodologie sociologique se compose de deux grandes familles de sous-méthodologies. Les méthodes quantitatives d'abord, qui consistent à s'appuyer sur des données chiffrées afin de mettre à distance la réalité sociale pour mieux pouvoir l'analyser. Elles visent également à produire des statistiques sur les populations étudiées, afin de procéder à des comparaisons dans l'espace et le temps.

Les méthodes qualitatives ensuite, qui consistent à produire des connaissances, à partir d'une rencontre établie entre le chercheur et l'objet étudié : observation directe, participante, entretien...

Sur ces questions lire : RIUTORT, P. (2014). *Précis de sociologie*. Presses Universitaires de France.

<sup>78</sup> <http://www.avocatparis.org> [consulté le 27 janvier 2020].



24. Deux Barreaux de taille moyenne ensuite : **Toulouse**<sup>79</sup>, quatrième barreau de France avec 1200 avocats inscrits et **Nantes**<sup>80</sup> composé de 1100 avocats. Plusieurs critères ont déterminé cette sélection : leur implantation locale (un barreau du sud de la France et un barreau de l'ouest) ; le nombre d'avocats inscrits (ce sont des barreaux importants hors Paris) et dont l'activité engagée est conséquente notamment à travers le développement des bureaux locaux du Syndicat des Avocats de France ; les interventions publiques de ces deux ordres sur les thématiques qui nous intéressent et en particulier concernant le barreau de Nantes sa position privilégiée sur les questions de gestation pour autrui – l'un des thèmes choisi – du fait de l'implantation de l'état civil français dans la ville.

25. Enfin, le Barreau de **Reims**<sup>81</sup>, implanté à l'est de la France, plus petit par sa taille avec ses 268 membres, mais suffisamment important pour qu'un échantillon probant de professionnels puisse être interrogé.

**26. Choix des thématiques étudiées.** De nombreux sujets auraient mérité une étude approfondie. La démarche fut de privilégier quatre thèmes qui permettaient d'étudier un large panel de situations dans lesquelles les avocats ont des rôles et des motivations différents et sont intervenus à des moments distincts. De fait, il apparaissait nécessaire de sélectionner un thème pour lequel les avocats étaient à l'origine de la mobilisation, un autre où ils ont été sollicités par un acteur extérieur et un autre encore où cette mobilisation fut en quelque sorte subie. Parallèlement, il était probant de choisir des sujets d'études pour lesquels l'action collective est en cours et des sujets pour lesquels elle est terminée afin d'en mesurer les conséquences sur le long terme. Enfin, il semblait pertinent de retenir des actions qui furent courtes pour les opposer *a contrario* à des actions qui se sont inscrites dans le temps. Afin de prendre en considération ces différentes situations, tous les contentieux du droit du travail et du droit des étrangers ont dû être écartés afin de privilégier des thématiques de droit pénal et de droit de la famille.

27. Le premier thème est celui de la **réforme de la garde à vue du 14 avril 2011**. Il s'agit d'une réforme qui a concerné directement la profession puisqu'il a surtout été question de la présence de l'avocat dès la première heure de la mesure. La profession fut en grande partie à l'initiative du mouvement qu'elle a porté tout au long d'un processus qu'il est possible de considérer comme achevé, la mesure ayant été condamnée à la fois par le Conseil

---

<sup>79</sup> <https://avocats-toulouse.com> [consulté le 27 janvier 2020].

<sup>80</sup> <https://www.barreaunantes.fr> [consulté le 27 janvier 2020].

<sup>81</sup> <http://www.avocats-reims.fr> [consulté le 27 janvier 2020].

constitutionnel et par la Cour de cassation, obligeant le législateur à proposer un nouveau texte. Chronologiquement, cet exemple est intéressant puisque les avocats se rencontrent dans le processus dès le stade de la mobilisation.

28. Le deuxième thème est celui du **droit pénitentiaire**. Le choix s'est porté sur ce thème dans la mesure où le rôle des avocats y est récent et semble aujourd'hui primordial de ce point de vue. C'est l'influence de la Cour européenne des droits de l'Homme qui est à l'origine de l'entrée de l'avocat en prison, révolutionnant complètement la pratique des commissions disciplinaires et faisant de ce professionnel un acteur incontournable du respect des droits des personnes détenues. Il est donc possible d'analyser l'influence des avocats en droit pénitentiaire sur une échelle de trente années dans un combat qui est loin d'être terminé. Le choix d'étudier l'évolution du droit pénitentiaire durant la période 1990-2020 est justifié par la rupture qui s'opère à la fin des années 1980 faisant entrer une partie de ce contentieux dans le droit commun, alors qu'il est jusqu'alors le monopole de l'Administration pénitentiaire<sup>82</sup>.

29. Le troisième thème est celui de la **défense des droits fondamentaux face aux mesures de l'état d'urgence**. Le prisme est ici complètement renversé : il ne s'agit plus pour la profession de militer afin d'obtenir de nouveaux droits, mais bien de lutter afin qu'un certain nombre de droits normalement acquis restent effectifs face à une tendance des autorités publiques leur apparaissant sécuritaire et liberticide, dans un souci de meilleure protection devant la menace que représente le terrorisme.

30. Enfin, le quatrième thème est celui de la **gestation pour autrui (GPA)**. Il s'agit d'une thématique controversée, loin de faire l'unanimité au sein de la profession et qui a pourtant mobilisé de nombreux avocats, qui écartant toute sensibilité personnelle sur la question de sa légalisation, œuvrent à ce que les droits des enfants issus de cette pratique à l'étranger soient reconnus en France.

**31. Etude de terrain.** A travers ces quatre thématiques et au sein des quatre barreaux sélectionnés, des sondages en ligne ont été réalisés. Un premier questionnaire écrit, composé de six questions<sup>83</sup>, a été proposé à quatre-cents avocats – cent dans chaque barreau – choisis de

---

<sup>82</sup> HERZOG-EVANS, M. (2012). *Droit pénitentiaire*. Dalloz.

<sup>83</sup> Résultats reproduits en Annexe 1 :

1. Diriez-vous que vous êtes un avocat militant ? (Réponses possibles : *oui* et *non*).
2. Avez-vous une spécialisation officielle ? Si oui laquelle ? (Réponse libre).
3. Plaidez-vous dans des domaines particuliers de façon récurrente ? Si oui lesquels ? (Réponse libre).
4. Etes-vous membre d'associations de défenses de droits ? (Réponses possibles : *oui* et *non*).
5. Etes-vous syndiqué ? (Réponses possibles : *oui* et *non*).

manière aléatoire dans l'annuaire de la profession. Pour les barreaux de Paris, Toulouse et Nantes, il fut possible d'interroger 50% de femmes et 50% d'hommes. Pour le Barreau de Reims, compte tenu du nombre plus faible de membres, l'égalité n'a pas été respectée et les femmes représentaient environ 60% du panel interrogé. En moyenne les avocats interrogés étaient âgés de 46 ans avec 18 années de barre, le plus jeune participant ayant 26 ans et un an de barre ; le plus âgé 74 ans et 45 ans de barre.

32. Un second questionnaire écrit a été présenté, composé de onze questions<sup>84</sup> et destiné à quatre-vingt-quatorze avocats membres du *Syndicat des Avocats de France*, faisant partie de la boucle courriels de l'organisation, peu importe leur barreau de rattachement. Par ailleurs, un travail conséquent de coopération a pu être possible avec le Syndicat des Avocats de France. Cette coopération fut souhaitable dans la mesure où une la propension très importante<sup>85</sup> de membres du syndicat se sont définis comme *militants* lors du questionnaire. Les membres du bureau national ont accepté de partager un certain nombre d'informations, de répondre à des questions ponctuelles permettant de préciser certaines interrogations pratiques rencontrées et ont mis leur réseau à disposition ; tout comme plusieurs associations engagées dans les problématiques étudiées, qu'elles soient ou non composées d'avocats, qui ont également accepté de partager leurs ressentis, leurs pratiques et leurs réseaux.

33. Parallèlement, une cinquantaine d'entretiens individuels ont été menés avec des avocats et des avocats au Conseil, sélectionnés en fonction de leurs activités et spécialités<sup>86</sup>, exerçant dans ces barreaux ; et une dizaine avec des professionnels concernés par les thématiques étudiées, qu'ils soient magistrats ou chercheurs. Ces entretiens ont été enregistrés

---

6. Donnez-vous des conseils juridiques à des associations de défenses de droits ? (Réponses possibles : *oui, mais je me fais rémunérer ; oui gratuitement et non*).

<sup>84</sup> Résultats reproduits en Annexe 2 :

1. Quel âge avez-vous ?
2. Dans quel barreau exercez-vous ?
3. Combien d'années de barre avez-vous ?
4. Vous définiriez-vous comme un avocat militant ?
5. Avez-vous un engagement dans une association de défense de droits ?
6. Etes-vous membre d'un parti politique ?
7. Si non, avez-vous déjà été membre d'un parti politique ?
8. Si oui, où ce parti politique se place-t-il sur l'échiquier politique ?
9. Dans quel domaine du droit travaillez-vous majoritairement ? (Sans nécessairement qu'une spécialisation officielle ne soit déclarée).
10. Exercez-vous dans une grande ou une petite structure ?
11. Est-ce une structure « collective » ?

<sup>85</sup> Environ 90%.

<sup>86</sup> Principalement des avocats pénalistes ou civilistes, spécialistes de droit de la famille, de procédure pénale et de droit pénitentiaire.

avant d'être retranscrits textuellement, numérotés, puis rendus anonymes. Ils sont présentés sous forme d'extraits dans les développements qui vont suivre, avec comme seule indication le sexe de l'avocat interrogé et son barreau de rattachement, ainsi qu'éventuellement une de ses fonctions s'il est pertinent pour la démonstration de l'indiquer. La grille de lecture des entretiens individuels a été personnalisée pour chaque personne interrogée – en fonction de ses compétences et de ses domaines d'intervention – mais les thèmes abordés portaient toujours sur l'une des quatre thématiques et/ou sur le militantisme de manière générale.

**34. Plan de thèse.** Cette étude de terrain – motivée par l'intérêt du sujet exposé précédemment – permet de répondre aux deux grandes interrogations qui structurent tous les développements de cette thèse. Premièrement : **peut-on parler de militantisme dans la profession d'avocat ?** Secondement : **si oui, comment se manifeste-t-il ?**

**35. Axes de recherches.** Ces deux principales questions sont l'occasion de développer plusieurs axes de recherche. D'abord une réflexion théorique qui compose **la première partie de la thèse**. Lors de la définition du militantisme, une interrogation apparaît sur la question de savoir si celle qui est issue des études sur les mouvements sociaux, est applicable à la profession d'avocat ? C'est-à-dire qu'il est nécessaire d'indiquer si cette dernière répond aux deux conditions d'*organisation* et de *vocation politique* ? Ensuite, la question se pose de déterminer s'il existe une forme de militantisme dans la profession ou s'il en coexiste plusieurs ? Autrement dit, il s'agit d'identifier les formes de militances que peut rencontrer un avocat, avec dans ces réflexions, toujours la prise en compte d'une dimension collective et d'une dimension individuelle. Ces premières considérations de définition et d'identification du militantisme dans la profession répondent à un axe de réflexion théorique indispensable afin d'inscrire l'étude de terrain menée dans les recherches qui la précède.

**36.** Une fois ces bases théoriques posées, il est opportun de s'interroger – cette fois-ci d'un point de vue pratique, c'est-à-dire dans le quotidien de l'activité d'avocat – sur les instruments essentiels à l'exercice de ce militantisme. Cette interrogation compose **la seconde partie de la thèse**. C'est au sein de ces réflexions que sont mobilisées les problématiques liées aux quatre thèmes sélectionnés, étudiés selon deux axes : quand le militantisme des avocats intervient-il ? Sous quelle forme ? Au sein de cette seconde partie de thèse, une première analyse est donc chronologique et une seconde s'appuie sur une dichotomie entre militantisme de coopération politique et militantisme d'opposition politique.

La présente thèse se compose donc d'un axe théorique (**Partie 1 : *La théorie du militantisme dans la profession d'avocat***) et d'un axe pratique (**Partie 2 : *La pratique du militantisme dans la profession d'avocat***).



## **Partie 1 : La théorie du militantisme dans la profession d'avocat.**

37. Que ce soit aux Etats-Unis ou en Europe, il semble que la profession d'avocat ait été peu ou pas du tout étudiée comme pouvant être un acteur social capable de se mobiliser au sens entendu dans les différentes études sur les mouvements sociaux qui ont pu être menées depuis la fin du XIX<sup>e</sup> siècle<sup>87</sup>. De fait, il existe des travaux sur les mouvements sociaux et des travaux sur la profession d'avocat mais peu de liens entre les deux sont entrepris. Cette absence s'explique peut-être par l'ambiguïté de cette profession en mutation dont l'essence même est de porter les revendications de ses clients. Est-il opportun de parler de militantisme lorsqu'il ne s'agit ni plus ni moins de l'exercice normal d'une profession ? Autrement dit, peut-on parler de militantisme dans la profession d'avocat ? Afin de répondre à cette question qui compose le fil conducteur de la première partie de cette thèse, il est déterminant de définir ce qu'est le militantisme afin de pouvoir en identifier des manifestations au sein de la profession d'avocat.

38. Les avocats répondent à des codes, à une culture commune favorable à la mobilisation permettant de donner une définition du militantisme chez ces professionnels et qui s'inscrit dans les premières études menées sur les mouvements sociaux (Titre I). Concomitamment, il apparaît une corrélation entre les évolutions que connaissent les mouvements sociaux ces dernières décennies et celles que rencontrent les causes défendues par la profession. Cette corrélation permet d'identifier une action militante nouvelle chez les avocats (Titre II).

---

<sup>87</sup> Aux Etats-Unis, il semble néanmoins nécessaire de mentionner les travaux de Richard Abel : ABEL. R. et LEWIS. P. (1988). *Lawyers in Society*. Berkeley : University of California Press.

## **Titre 1 : Définir le militantisme dans la profession d'avocat.**

39. La première interrogation qui se pose est de déterminer s'il existe une forme de militantisme dans la profession d'avocat. La question est donc de savoir s'il est possible de considérer que les résultats obtenus dans les différentes études menées sur les mouvements sociaux et qui permettent de définir ce qu'est le militantisme, peuvent s'appliquer dans une certaine forme à ce qu'il se passe traditionnellement au sein de l'activité d'avocat ? Dans l'affirmative, est-ce une forme unique ou est-ce qu'il coexiste plusieurs formes qu'il s'agit alors d'identifier ? Afin de répondre à cette dernière question, une dichotomie – qui guide toute cette première partie – peut être proposée comme prisme général entre *collectif* et *individu*. Deux questions à partir de ce prisme : existe-t-il un militantisme personnel et/ou un militantisme collectif ? Lorsque qu'il y a militantisme, est-ce pour un intérêt personnel ou pour des intérêts collectifs ?

40. L'identification des formes de militances entre l'action pour une cause collective ou une cause individuelle fait l'objet du titre second de la présente partie. A ce stade il s'agit de répondre à la première question : peut-on militer seul ? Autrement dit, existe-t-il un usage militant collectif du droit (Chapitre 1) à côté d'un usage individuel (Chapitre 2) ?



## **Chapitre 1 : Un militantisme collectif.**

41. Si les travaux sur le militantisme dans la profession d’avocat sont peu nombreux, il existe néanmoins de nombreuses études sur les mouvements sociaux et sur le comportement collectif en sociologie classique<sup>88</sup>. Ce sont ces études qui permettent de définir le militantisme et de le caractériser par la réunion d’une *organisation* qui se doit d’être structurée et d’une *vocation politique* permettant à cette organisation d’être unie, légitime et donc mobilisable. Il est nécessaire de déterminer si cette définition est applicable à la profession d’avocat, si cette dernière se caractérise par l’existence d’une *organisation* (Section 1), portée par une *vocation politique* (Section 2).

---

<sup>88</sup> En opposition à la *Sociologie du droit*.

## **Section 1 : La profession d’avocat comme organisation structurée.**

42. Tous les comportements collectifs ne sont pas nécessairement du militantisme (qu’en est-il par exemple des masses ou de la foule ?) et tous les militantismes ne résultent pas forcément d’un comportement collectif<sup>89</sup>. Les études sociologiques sur la question tendent à prouver que ce qui permet d’identifier un comportement collectif comme étant du militantisme, c’est la capacité d’un groupe à se mobiliser de manière structurée dans un but commun. C’est-à-dire sa capacité à incarner une structure dite *entrepreneuriale*. Ces analyses intéressent la profession d’avocat qui s’est construite autour d’institutions représentant ses intérêts comme l’Ordre dès le XIII<sup>e</sup> siècle (Sous-Section 1) ou plus récemment autour du Conseil National des Barreaux et du Syndicat des Avocats de France (Sous-Section 2).

### **Sous-Section 1 : L’Ordre comme structure entrepreneuriale.**

43. Les différentes études sur les mouvements sociaux tendent toutes à prouver que pour qu’une action militante soit possible, il est nécessaire qu’elle se développe au sein d’une *organisation* jouant le rôle de structure entrepreneuriale de la mobilisation (Paragraphe 1). Or, l’Ordre peut sous bien des aspects – dans le cas de la profession d’avocat – jouer ce rôle (Paragraphe 2).

#### **Paragraphe 1 : La nécessité d’une organisation ou d’une structure entrepreneuriale.**

44. Cette nécessité d’une structure entrepreneuriale, d’une organisation, se retrouve à la fois dans les recherches portant sur le *collective behavior* (A) et au sein de celles portant sur la *mobilisation des ressources* (B).

---

<sup>89</sup> Démonstration en sera faite dans la seconde Section du présent Chapitre.

A) Nécessité d'une organisation dans la théorie du *collective behavior*.

**45. Ecole de Chicago.** Les premières études sur les mouvements sociaux sont motivées par une nécessité de comprendre le phénomène des foules<sup>90</sup>. Jusqu'au milieu du XX<sup>e</sup> siècle, le militantisme n'est donc pas étudié pour lui-même mais plutôt comme le résultat d'un dérèglement, d'un malaise social. Pourtant, alors même que le militantisme est encore perçu comme quelque chose d'anormal, la nécessité d'une organisation structurée à l'émergence d'un mouvement social apparaît immédiatement. Les premières recherches allant dans ce sens sont celles de l'école dite de Chicago qui théorise le *collective behavior* (*comportement collectif* en français). Cette théorie est née des travaux sociologiques de l'école de Chicago, rassemblant les recherches conduites par les enseignants et les étudiants de l'Université de Chicago entre 1915 et 1940<sup>91</sup> pour la première génération et jusque dans les années 1960 pour les deuxième et troisième générations. La recherche menée sur les mouvements sociaux est pionnière sur le fond, mais également sur la forme, dans la mesure où l'école de Chicago constitue la première – de façon générale – à aborder l'étude de la sociologie en adoptant une démarche empirique.

**46. Réaction circulaire.** D'après ces recherches, ce qui distingue les mouvements sociaux des masses et des foules, c'est le processus d'institutionnalisation qu'ils connaissent. Selon la théorie de la réaction circulaire<sup>92</sup> un mouvement social se décompose en plusieurs stades, de l'agitation sociale à l'institutionnalisation : étape préliminaire de l'agitation sociale ; étape populaire de la fabrication d'un mythe ; étape de l'organisation formelle ; et étape institutionnelle. Les mouvements sociaux se distinguent des foules ou des masses en ce qu'ils sont volontaires et issus de changements culturels. Avec ces derniers, les individus tendent à adopter une nouvelle conception d'eux-mêmes qui provoque une insatisfaction poussant à la mobilisation. Celle-ci va progressivement se structurer autour d'un *leader* et d'une organisation avec des objectifs précis.

**47. Convergence et norme émergente.** L'idée est la même dans les théories de *convergence* et de *norme émergente* des auteurs Turner et Killian. Une contestation sociale est le fruit d'une structure sociale défaillante : problème de redistribution du pouvoir, efficacité

---

<sup>90</sup> Cette question est développée au sein du paragraphe *Troubles à l'ordre social et légitimité de l'avocat* de la présente thèse.

<sup>91</sup> COULON, A. (2012). *L'école de Chicago*. Presses universitaires de France, Collection « Que Sais-je », 2639.

<sup>92</sup> Théorisée par Herbert Blumer, sociologue américain, né en 1900 et mort en 1987.

diminuée du système économique, catastrophes naturelles, mouvements de population ou ordre social rigidifié. Ce peut être également un ordre normatif inadéquat : contact avec une autre culture, développements technologiques, phénomène des générations, événement inattendu. Néanmoins, pour aboutir à un mouvement social militant cette structure sociale défaillante doit s'établir autour d'une organisation. La notion de *norme émergente* développée par Turner et Killian permet à l'individu de donner un sens différent de la justice grâce à des changements structurels et psychologiques, en lui permettant de considérer comme injustes des situations auparavant attribuées à la malchance ou à la fatalité. Elle concède une continuité d'action qui fait du mouvement social le comportement collectif le plus stable. Ce dernier peut prendre plusieurs formes en fonction des équilibres et des affrontements des orientations choisies : vers les valeurs, vers le pouvoir et vers la participation. Selon qu'une orientation ou l'autre domine, les auteurs classent les différents mouvements sociaux en catégories. Premièrement les mouvements de contrôle qui ont pour but la prise du pouvoir. Deuxièmement les mouvements orientés sur les valeurs ; c'est-à-dire vers la transformation personnelle. Enfin les mouvements orientés vers la participation, qui favorisent l'utilisation de moyens expressifs mettant en scène l'engagement, au point que ces moyens deviennent des fins en eux-mêmes. La conscience d'une injustice, la *norme émergente*, qui permet la mobilisation appelle à un recours au droit, à un changement par celui-ci. De ce point de vue, les avocats ont eu une influence très différente en fonction des orientations du mouvement social et cette influence change avec le temps. Ainsi, verrons-nous qu'au cours du XX<sup>e</sup> siècle, la profession favorise les mouvements de contrôle et en même temps que sont apparus les *Nouveaux Mouvements Sociaux*, s'oriente vers les mouvements de valeurs<sup>93</sup>. Parallèlement, les avocats prennent part à un mouvement orienté vers la participation, notamment – et il s'agira également de l'étudier – à la fois en travaillant avec le législateur à certaines occasions, mais également en restant un canal institutionnel de contestation<sup>94</sup>. De ce point de vue, les avocats permettent de centraliser des intérêts divergents dans un même mouvement.

**48. Croyance généralisée et contrôle social.** La nécessité d'une organisation se retrouve également dans la pensée de Smelser<sup>95</sup>, qui donne une analyse systémique des mouvements sociaux<sup>96</sup>. Il définit l'action collective par rapport à des caractéristiques qui tiennent de la nature

---

<sup>93</sup> Ces points seront développés de façon conséquente dans la section *Défense de l'individu au sein du militantisme contemporain* de la présente thèse.

<sup>94</sup> Ces développements seront abordés en seconde partie de cette thèse.

<sup>95</sup> Neil Smelser est un sociologue américain des comportements collectifs, né en 1930.

<sup>96</sup> SMELSER, N.-J. (1962). *Theory of collective behavior*. New-York : Free Press.

sociale, à travers ce qu'il appelle une *croyance généralisée*<sup>97</sup> et un *contrôle social*<sup>98</sup>. Cette croyance est primordiale pour l'aboutissement d'une action collective. Les protestataires ne se mobilisent pas pour tenter de changer une situation à leur désavantage si un effort d'attribution de responsabilités significantes n'est pas entrepris au préalable. Smelser insiste dès lors sur l'importance du travail de représentation du mouvement (désignation d'adversaires, références à des valeurs)<sup>99</sup>. Il s'appuie sur la théorie de l'*action*<sup>100</sup> développée par Parsons<sup>101</sup>. Son étude est intéressante parce qu'elle met l'accent sur les liens qui unissent les différents acteurs. Il montre ainsi le rôle déterminant des organisations, des valeurs et des normes qui vont régir le groupe qui se mobilise<sup>102</sup>.

B) Nécessité d'une structure entrepreneuriale dans la théorie de la *mobilisation des ressources*.

**49. Mobilisation des ressources.** Dans les années 1960, l'actualité<sup>103</sup> et la prise en compte de variables historiques et sociologiques poussent les sociologues à reconsidérer leurs études sur les mouvements et à renouveler leurs instruments d'analyse en prenant désormais en compte l'importance d'éléments économiques<sup>104</sup>. La grande différence entre ces chercheurs et leurs prédécesseurs, c'est que ce sont les premiers à ne pas voir les mouvements sociaux comme

---

<sup>97</sup> Smelser l'explique en faisant une analogie économique (logique de valeur ajoutée).

<sup>98</sup> Smelser en distingue deux, par le haut (répression préventive) ou qui gère les mobilisations (répression ouverte, négociation). C'est une question de *déterminants* : il y a des déterminants majeurs (conductivité structurelle, tension structurelle et diffusion d'une croyance généralisée), et des déterminants secondaires (comme le contrôle social). Ces déterminants se succèdent, l'activation de l'un d'entre eux ne pouvant intervenir avant celle du précédent.

<sup>99</sup> NEVEU, E. (1996). *Sociologie des mouvements sociaux*. Paris : La découverte.

<sup>100</sup> PARSONS, T. (1955). *Éléments pour une sociologie de l'action*. Recherches en sciences humaines, Plon.

<sup>101</sup> Talcott Edgar Parsons, 1902-1979, est un sociologue américain qui a élaboré une théorie qu'il appelle fonctionnalisme systémique de l'action. Cette théorie emprunte des éléments à différents auteurs (Sigmund Freud, Émile Durkheim, Max Weber, Vilfredo Pareto, etc.) et a permis de développer différentes approches plus « opératoires » de la socialisation.

<sup>102</sup> Smelser donne un classement hiérarchique de ces dernières : au sommet se retrouvent les valeurs qui sont les sources générales de la légitimité, puis viennent les normes et enfin les motivations individuelles. A chacune de ces composantes, correspond un type de mobilisation.

<sup>103</sup> Les années 1960 ont été intéressantes pour les études sur les comportements collectifs du fait de l'émergence de nombreuses actions collectives durant cette période : les mouvements étudiants, les mouvements pour les droits des afro-américains, et les mouvements pacifistes dans un premier temps, puis les mouvements nationalistes ou de postindépendance dans les anciennes colonies, puis enfin l'augmentation durant cette période des travaux des historiens sur les mouvements populaires.

<sup>104</sup> Ce sont d'ailleurs au préalable des économistes qui vont s'emparer de la question durant cette période, en prenant également en compte des facteurs psychologiques et d'intérêt personnel (travaux de Joseph Schumpeter, Anthony Downs ou Charles Lindblom).

quelque chose de dangereux, puisqu'au contraire, la grande majorité d'entre eux sont directement impliqués dans ces mouvements<sup>105</sup>. Ainsi, Gamson, met-il l'accent sur l'aspect stigmatisant de la théorie du comportement collectif. Les penseurs de l'époque, qui s'interrogent sur l'émergence d'une action collective, refusent cette stigmatisation parce qu'elle les concerne eux-mêmes ou certains de leurs proches. De nombreux sociologues de cette époque ont plus que de la sympathie pour les mouvements sociaux, ils sont des acteurs d'actions collectives<sup>106</sup>.

50. Ils cessent de différencier les actions institutionnalisées de celles qui ne le sont pas<sup>107</sup>. L'action collective devient un moyen légitime de revendication, de participation et d'accès au pouvoir. La protestation des groupes défavorisés n'est plus perçue comme étant le fait de déséquilibrés et de fauteurs de troubles. La tentative d'explication de l'émergence d'un mouvement social ne se focalise plus sur le « pourquoi », mais plutôt sur les « comment » et « dans quel but », ce qui présuppose un comportement volontaire et intentionnel<sup>108</sup>. Se retrouvent ici les deux aspects mentionnés précédemment qui définissent le militantisme. Le « comment » est l'*organisation* et le « dans quel but » la *vocation politique*. Cette nouvelle théorie repose principalement sur les travaux de Mancur Olson<sup>109</sup>. Il inaugure une analyse économique des mouvements sociaux en expliquant que l'être humain n'est un individu rationnel mobilisable qu'après avoir effectué un calcul coûts/avantages. Il met en avant un paradoxe (celui du *free rider*), en expliquant que par nature, les individus n'ont aucun intérêt à se mobiliser eux-mêmes, mais ont par contre tout intérêt à ce que les autres se mobilisent. Olson étudie paradoxalement un phénomène qui d'après son raisonnement rationnel ne doit pas exister.

**51. Approche entrepreneuriale.** L'approche entrepreneuriale<sup>110</sup> de la mobilisation des ressources permet de se concentrer plus spécifiquement sur ces ressources : leur mode

---

<sup>105</sup> FILLIEULE, O. et PECHU, C. (1993). *Lutter ensemble : les théories de l'action collective*. Paris : collection logiques politiques, l'Harmattan.

<sup>106</sup> GAMSON, W. (1975). *The strategy of social protest*. The Dorsey Press.

<sup>107</sup> Smelser, en particulier, rendait cette différence primordiale. Il expliquait notamment qu'il fallait distinguer les mouvements orientés vers la restauration ou la création de valeurs ou de normes, des explosions collectives, des engouements et des phénomènes de panique. Deux réponses étaient selon lui possibles face à ces situations : un comportement institutionnalisé ou un comportement collectif (le second étant par nature plus brouillon que le premier). Cette différence de perception permet d'accentuer la légitimité de l'action collective.

<sup>108</sup> FILLIEULE, O. et PECHU, C. (1993). *Lutter ensemble : les théories de l'action collective*. Paris : collection logiques politiques, l'Harmattan.

<sup>109</sup> Mancur Olson, né le 22 janvier 1932 à Grand Forks (Dakota du Nord) et décédé le 19 février 1998, est un économiste américain, contributeur à la théorie des choix publics (public choice). Il est connu principalement pour ses deux ouvrages « Logique de l'action collective » (1965) et « The Rise and Decline of Nations » (1982).

<sup>110</sup> Il faut comprendre par ce terme qui fait référence à l'entreprise privée, la nécessité d'avoir dans une mobilisation un entrepreneur, un « chef d'entreprise ».

d'acquisition par les organisations et les stratégies que mettent en place ces dernières<sup>111</sup>. Mac Carthy<sup>112</sup> et Zald<sup>113</sup> définissent le mouvement social comme « *Un ensemble d'opinions et de croyances dans une population, qui représente des préférences pour changer des composantes de la structure sociale* »<sup>114</sup>. Ils font référence à une structure floue de demandes qui est en attente d'un entrepreneur pour permettre un changement social. L'analyse ne se fait plus sur « pourquoi un mouvement social est-il créé ? » mais sur « comment est-il créé ? ». Il existe suffisamment de mécontentements et de frustrations pour que toutes les conditions qui permettent l'émergence d'une mobilisation sociale soient constamment présentes. Une mobilisation se produit si un entrepreneur mobilise les ressources nécessaires pour qu'elle s'enclenche. Le mouvement social est donc un *potentiel d'action*. Cet entrepreneur est une organisation, qui peut se définir comme un « *ensemble cohérent d'actions visant à atteindre un ou plusieurs objectifs par la mobilisation de moyens dans le cadre d'une structure plus ou moins hiérarchisée* »<sup>115</sup>. Mac Carthy et Zald sont les premiers à mettre en avant l'importance des organisations, mais également des acteurs et soutiens extérieurs dans le développement et la survie des mouvements sociaux. Ils insistent sur les mouvements sociaux professionnels. Ce ne sont pas les bénéficiaires potentiels qui se mobilisent, mais des soutiens extérieurs : « *des membres et des sympathisants par conscience* »<sup>116</sup>, chez lesquels émergent des entrepreneurs politiques qui deviennent leaders de ces mouvements. L'étude de la profession d'avocat est séduisante à double titre de ce point de vue, dans la mesure où – et cette idée se retrouvera avec la notion de *répertoire d'actions collectives*<sup>117</sup> – elle peut être considérée elle-même comme un acteur capable de se mobiliser, mais est également un instrument de lutte qui peut être utilisé par d'autres protagonistes s'étant déjà mobilisés et qui veulent « jouer la carte judiciaire ». Autrement dit, saisir le juge pour tenter de faire évoluer la cause qu'ils défendent. La profession est à la fois une *organisation* et un *acteur extérieur*. C'est au sein d'une organisation que les ressources d'actions peuvent être centralisées afin que des attentes diffuses puissent se

---

<sup>111</sup> Mac Carthy et Zald étudient ce qu'ils appellent l'*agrégation des ressources*, c'est-à-dire l'argent et le temps, comme l'élément crucial pour la compréhension de l'activité des mouvements. Ce processus ne serait possible, selon eux, qu'en présence d'une organisation à l'origine du mouvement.

<sup>112</sup> John David Mac Carthy, né en 1940, est un sociologue américain de l'Université de l'Orégon.

<sup>113</sup> Mayer Nathan Zald, né en 1931 et mort en 2012 est un sociologue américain de l'Université du Michigan ayant travaillé en sociologie des organisations et des mouvements sociaux.

<sup>114</sup> NEVEU, E. (1996). *Sociologie des mouvements sociaux*. Paris : La découverte, page 64.

<sup>115</sup> DOLLO, C. (2017). *Lexique de sociologie*. Toulouse : Dalloz, 5e édition.

<sup>116</sup> FILLIEULE, O. MATHIEU, L. et PECHU, C. (2009). *Dictionnaire des mouvements sociaux*. SciencesPo les presses.

<sup>117</sup> Théorisée par Charles Tilly, et explicitée ci-après.

Julien Ortin transformer en revendications avec une logique stratégique<sup>118</sup>. Cette théorie – qui privilégie la dimension instrumentale des ressources – de la mobilisation des ressources est plus large que l'analyse *olsonienne* des mouvements sociaux puisqu'elle prend en compte les organisations de défense de causes qui s'institutionnalisent et se professionnalisent. Greenpeace en est une illustration probante<sup>119</sup>. Ainsi, à côté des militants engagés apparaissent des sympathisants qui adhèrent à la revendication d'une cause. Il existe également des *militants moraux* qui soutiennent l'organisation sans en tirer des bénéfices directs.

52. L'idée d'acteur ou d'entrepreneur extérieur est intéressante parce qu'elle permet de répondre en partie au paradoxe d'Olson. Dans la mesure où les avocats peuvent être considérés comme des entrepreneurs extérieurs, leur rôle dans la survie d'une action collective devient dès lors plus que primordial, il est vital. Les organisations vont rapidement faire appel à des entrepreneurs extérieurs pour faire perdurer et aboutir une mobilisation, grâce à leur savoir-faire, leur réseau et leur logistique. C'est d'ailleurs ainsi que de nombreux avocats définissent leur action auprès de leurs clients :

« *Quel que soit mon champ d'intervention, j'interviens avec conviction, avec une connaissance des règles de droit et avec qui je suis, c'est-à-dire avec un certain savoir-faire* ». Avocate numéro 32, Barreau de Paris.

Les auteurs de la théorie du *collective behavior* comme ceux de la *mobilisation des ressources* démontrent l'importance d'une organisation structurée sur un modèle entrepreneurial pour qu'émerge une action collective. Il s'agit à présent de déterminer si l'Ordre des avocats est capable de remplir ce rôle.

---

<sup>118</sup> Ces conclusions seront nuancées par d'autres auteurs : Piven et Cloward, qui eux vont montrer que les organisations, au contraire, ont une influence négative sur les mouvements sociaux. Ils mettent, pour leur part, l'accent sur l'importance des idéologies.

<sup>119</sup> MAC CARTHY, J. et ZALD, M. (1973). *The Trend of Social Movements in America : Professionalization and Resource Mobilization*. Morristown : General Learning Press.



Paragraphe 2 : La structuration de l'Ordre comme *organisation*.

53. L'Ordre des avocats de France, historiquement depuis son émancipation vis-à-vis des Parlements sous l'Ancien Régime (A) est devenu un véritable organe de gestion et de régulation capable de devenir le réceptacle d'une contestation (B).

A) L'émancipation de l'Ordre des avocats vis-à-vis des Parlements d'Ancien Régime.

**54. Rattachement aux Parlements.** L'organisation en barreaux de la profession d'avocat en France date du XIII<sup>e</sup> siècle. Toutefois les ordres sont alors systématiquement rattachés aux Parlements dont ils dépendent. Autrement dit, entre les XIII<sup>e</sup> et XVIII<sup>e</sup> siècles le barreau n'est pas encore une institution autonome. Les avocats sont directement soumis à l'autorité des Parlements auxquels ils sont rattachés. Pendant longtemps le barreau est même l'antichambre de la magistrature et de certaines administrations. Les premières occasions données aux avocats de se mobiliser – notamment par l'exercice de grèves soutenues, paralysant complètement le fonctionnement de la justice royale durant les XVI<sup>e</sup> et XVII<sup>e</sup> siècles – le sont en corrélation avec les Parlements qui sont à l'initiative de ces contestations<sup>120</sup>.

55. Cependant, le développement de la vénalité des offices rend de plus en plus difficile l'accès des avocats – aux revenus souvent modestes – aux charges publiques. Le barreau commence à affirmer son identité propre et à acquérir son autonomie vis-à-vis de la magistrature. En interne, durant le XVII<sup>e</sup> siècle l'Ordre s'organise à travers de nouvelles fonctions et de nouveaux instruments qui perdurent jusqu'à nos jours. De nouvelles fonctions d'abord qui permettent aux avocats d'être mieux représentés par le biais de *députés*<sup>121</sup> et du *bâtonnier*<sup>122</sup> qui incarnent et exercent l'autorité. De nouveaux instruments ensuite dans la formation des jeunes avocats, avec l'instauration du *tableau*<sup>123</sup> qui délimite les frontières de la

---

<sup>120</sup> Sur ces conflits de la justice royale, lire par exemple : BERCE, Y-M. et SOMAN, A. (1995). *La Justice royale et le Parlement de Paris (XIV<sup>e</sup>-XVII<sup>e</sup> siècle)*. Bibliothèque de l'école des Chartes. Tome 153.

<sup>121</sup> Les députés, comparables aujourd'hui au Conseil de l'Ordre sont compétents pour traiter avec le bâtonnier de questions diverses comme les affaires disciplinaires, les rapports avec les procureurs du Roi, les conférences de doctrine...

<sup>122</sup> Le titre de bâtonnier devient légal avec l'arrêt de règlement de 1693.

<sup>123</sup> Le tableau de l'ordre est la liste des personnes autorisées à exercer la profession d'avocat au sein d'un barreau donné.

profession, la création de la *Bibliothèque des Avocats* qui permet l'organisation de conférences de doctrine<sup>124</sup> et la pérennisation du *stage* qui favorise la vérification de ceux qui entre dans la profession<sup>125</sup>. Le XVII<sup>e</sup> siècle est donc marqué par une organisation de la profession non plus autour d'un Parlement mais autour d'un Ordre indépendant et doté d'instruments lui permettant d'exercer une réelle autorité et un contrôle sur les membres de la profession, de l'entrée dans celle-ci à l'hypothèse de l'exclusion disciplinaire d'un avocat<sup>126</sup>.

**56. Crise politico-religieuse des années 1728-1732.** D'un point de vue extérieur, l'Ordre manifeste son indépendance vis-à-vis des pouvoirs publics en intervenant librement dans les grands débats qui agitent la France d'avant la Révolution et notamment au XVIII<sup>e</sup> siècle à l'occasion de la crise politico-religieuse des années 1728-1732<sup>127</sup>. Le Barreau de Paris en particulier – proche du mouvement janséniste – s'affirme comme un organe, une institution de défense d'une idéologie, bien au-delà des murs du Palais de justice et de la profession d'avocat. Le combat commence par la rédaction de mémoires, de consultations ou encore de *factum*<sup>128</sup>, imprimés secrètement et circulant au Palais<sup>129</sup>. Les avocats prennent ensuite la défense de membres du clergé suspendus de leurs fonctions par la justice ecclésiastique et qui en appellent comme d'abus devant le Parlement. La solidarité efficace de la profession permet notamment d'éviter des sanctions individuelles contre les signataires des consultations. La profession s'engage comme un seul homme dans la grève, faisant preuve d'une remarquable solidarité, alors que ces mouvements de protestations sont particulièrement coûteux pour les avocats, voire lorsqu'ils durent, ruineux<sup>130</sup>. Le Barreau de Paris devient un modèle d'action collective par le biais de l'exercice d'un libéralisme politique qui prend plusieurs formes : engagement dans la querelle politico-religieuse ; défense de la communauté paysanne<sup>131</sup> ; luttes

<sup>124</sup> GAUDRY, J. (1864). *Histoire du barreau de Paris depuis son origine jusqu'à 1830*. Paris : A. Durand.

<sup>125</sup> POIROT, A. (2015). *Le milieu socio-professionnel des avocats au parlement de Paris à la veille de la Révolution (1760-1790)*. Ecole nationale des chartes, BNU.

<sup>126</sup> Sur ce dernier point il faut néanmoins attendre le XVIII<sup>e</sup> siècle pour que le bâtonnier dispose d'une réelle indépendance vis-à-vis du Parlement.

<sup>127</sup> Cette crise a pour origine la bulle *Unigenitus* ou *Unigenitus Dei Filius* que le pape Clément XI établit en septembre 1713 pour dénoncer le jansénisme. Elle vise plus particulièrement l'oratorien Pasquier Quesnel et condamne comme fausses et hérétiques cent une propositions extraites des *Réflexions morales*, son ouvrage paru en 1692 et qui continue d'asseoir son succès.

<sup>128</sup> LUSEBRINK, H. (1980). L'affaire Cléreaux (Rouen 1786-1790) : affrontements idéologiques et tensions institutionnelles sur la scène judiciaire de la fin du XVIII<sup>e</sup> siècle. *Studies on Voltaire and the Eighteenth Century*. Oxford. Voltaire Foundation. Tome 2, pages 892 à 900.

<sup>129</sup> BARBIER, E. (1857). *Chronique de la Régence et du règne de Louis XV (1718-1763) ou Journal de Barbier*. Paris : Charpentier. 8 volumes, tome 2, pages 31-32.

<sup>130</sup> Sur cette question, lire KARPIK, L. (1995). *Les avocats. Entre l'Etat, le public et le marché, XIII<sup>e</sup>-XX<sup>e</sup> siècle*. Paris : Bibliothèque des sciences humaines, Gallimard.

<sup>131</sup> Au XVIII<sup>e</sup> siècle, partout en France se multiplient des procès intentés par des communautés paysannes pour obtenir la réduction voire la suppression de droits seigneuriaux considérés comme abusifs. Sur cette question lire

parlementaires ; et combat contre l'erreur judiciaire dont la principale et la plus célèbre affaire n'est autre que la défense de *Jean Calas*<sup>132</sup> par *Voltaire*<sup>133</sup> et l'avocat<sup>134</sup> *Elie de Beaumont*<sup>135</sup>. Deux thèmes sont développés : le constitutionnalisme parlementaire (séparation du roi et de la nation)<sup>136</sup> et les libertés des sujets du royaume<sup>137</sup> (ébauche de citoyenneté, égalité civile, renforcement du droit de propriété, liberté d'expression, sûreté des personnes...).

57. La crise de 1728 apparaît comme étant l'exemple le plus ancien d'action autonome et marque ainsi un des tournants les plus significatifs de la profession. Elle acquiert par là une indépendance à l'égard des Parlements et de l'Etat. Surtout, elle devient un acteur incontournable du débat social – une *organisation* – alors que ses membres sont très peu nombreux et ne font plus partie de l'élite de l'époque<sup>138</sup>. Le Barreau et plus généralement l'Ordre réagit au début du XVIII<sup>e</sup> siècle pour exister indépendamment du Parlement de Paris ou de la Chancellerie comme un organe influent capable de porter un message politique grâce à son unité et grâce à une stratégie et un dispositif critique original :

« Dans cet assujettissement presque général de toutes les conditions, un Ordre aussi ancien que la magistrature, aussi noble que la vertu, aussi nécessaire que la justice, se distingue par un caractère qui lui est propre, et, seul, entre tous les états, il se maintient toujours dans l'heureuse et paisible possession de son indépendance »<sup>139</sup>.

---

par exemple : HUFTON, O. (1983). Le paysan et la loi en France au XVIII<sup>e</sup> siècle. *Annales*. Numéro 3, pages 679 à 700.

<sup>132</sup> L'affaire Calas est une affaire judiciaire qui se déroule de 1761 à 1765 à Toulouse sur fond de conflit religieux entre protestants et catholiques, rendue célèbre par l'intervention de Voltaire.

Jean Calas était un commerçant protestant de Toulouse. Son fils ayant été trouvé mort étranglé ou pendu selon le médecin présent sur place, Jean Calas est accusé de l'avoir assassiné pour empêcher le jeune homme de se convertir au catholicisme.

Cette affaire est essentiellement politique, et non pas révélatrice du fonctionnement des tribunaux royaux. Elle est entachée de nombreux abus de procédure dans l'administration de la preuve (usage dévoyé de l'adminicule et du monitoire, entre autres).

En 1765, les magistrats de la Cour royale rétablissent la veuve de Jean Calas dans ses droits, et réhabilitent la mémoire de son défunt époux.

<sup>133</sup> François-Marie Arouet, dit Voltaire, né le 21 novembre 1694 à Paris et mort dans la même ville le 30 mai 1778 (à 83 ans), est un écrivain et philosophe français qui a marqué le XVIII<sup>e</sup> siècle. Il est le représentant le plus connu de la philosophie des Lumières.

<sup>134</sup> Sur l'affaire Calas lire par exemple : VOLTAIRE. (1975). *L'Affaire Calas et autres affaires*. Paris : Gallimard.

<sup>135</sup> Jean-Baptiste-Jacques Élie de Beaumont, né à Carentan le 9 octobre 1732 et mort à Paris le 10 janvier 1786, est un avocat français.

<sup>136</sup> ROOT, H. (1985). Challenging the Seigneurie : Community and Contention on the Eve of the French Revolution. *Journal of Modern History*. Décembre, pages 652 à 681.

<sup>137</sup> Sur ces revendications, lire par exemple COBBAN, A. (1984). *Le sens de la Révolution française*. Paris : Julliard. Page 54.

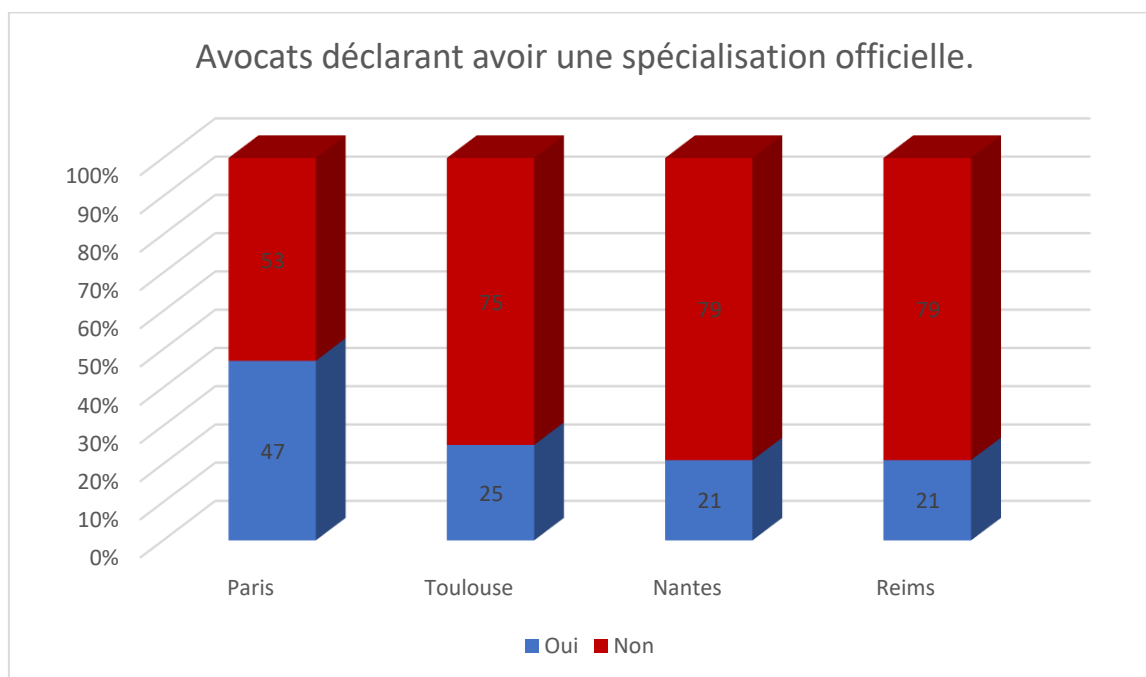
<sup>138</sup> HABERMAS, J. (1978). *L'Espace public. Archéologie de la publicité comme dimension constitutive de la société bourgeoise*. Paris : Payot. Page 36.

<sup>139</sup> d'AGUESSEAU, H-F. *L'indépendance de l'avocat*. Discours de rentrée, 1693.

Cette indépendance historique acquise à la fin de l'Ancien régime permet encore aujourd'hui à l'Ordre d'être un organe de gestion et de régulation susceptible d'incarner une *organisation*.

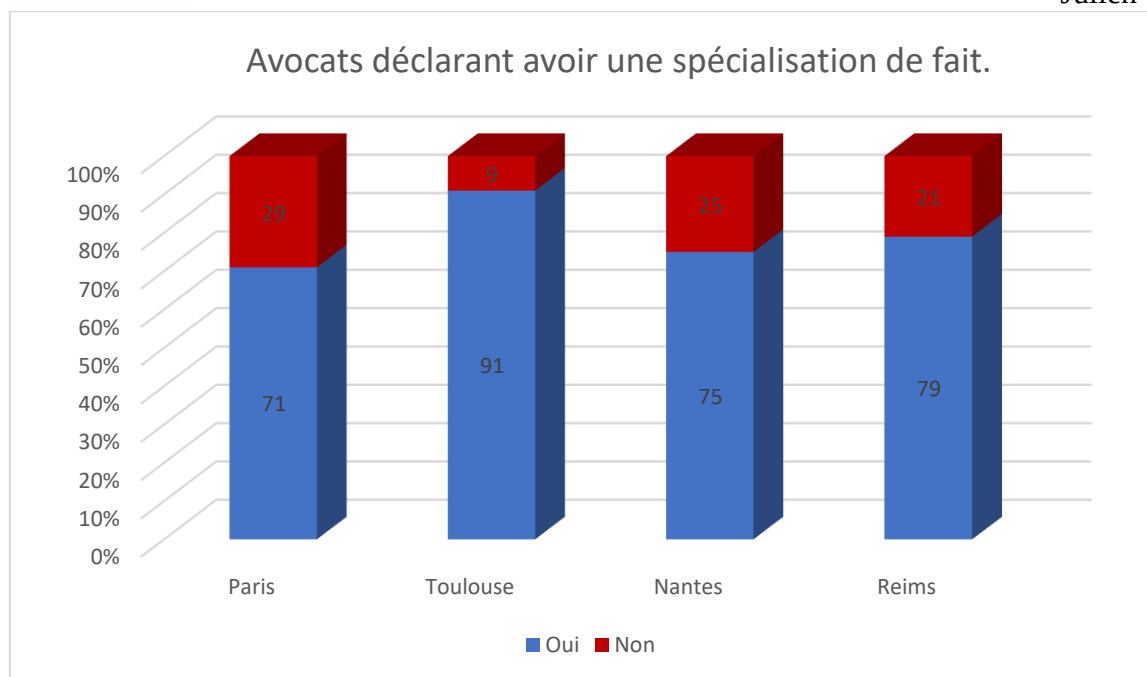
## B) Un organe de gestion et de régulation.

**58. Spécialisation de la profession d'avocat.** Aujourd'hui l'Ordre est l'organisation corporative réunissant obligatoirement tous les avocats attachés à un même barreau<sup>140</sup>. Parler du *barreau*, comme d'une unité homogène, est de moins en moins pertinent au regard de l'évolution de l'ensemble de la profession. Les anciens avocats *généralistes* ont depuis longtemps laissé place à de nouvelles générations spécialisées, que ce soit officiellement ou dans les faits. A titre d'exemple, 91% des avocats inscrits au barreau de Toulouse en 2015 disent avoir une spécialisation de fait, c'est-à-dire affirment plaider de manière récurrente dans un domaine particulier et 47% des avocats parisiens déclarent avoir une spécialisation officielle en 2016<sup>141</sup>.



<sup>140</sup> Dans les développements à venir il n'est pas fait de distinctions entre l'Ordre et le Barreau, les deux termes sont utilisés pour parler soit de manière générale de la profession, soit plus spécifiquement d'une instance représentative à une échelle locale comme le Barreau de Paris ou le Barreau de Toulouse.

<sup>141</sup> Sondages réalisés en ligne entre 2015 et 2016 dans les Barreaux de Paris, Toulouse, Nantes et Reims auprès d'une centaine d'avocats pour chaque barreau choisis aléatoirement.



L'étude de ces spécialisations montre l'émergence d'un barreau dit des *affaires*. Au niveau national, 14,4% des spécialisations se font en droit fiscal et 13% en droit des sociétés<sup>142</sup>. Toutefois, une étude de la profession dans sa dimension collective peut être menée à travers les institutions en charge de la représenter, notamment l'Ordre.

**59. Création d'une grande profession.** Afin de faire face à ces changements structurels du métier d'avocat, l'Etat fait le choix de soutenir la création d'une grande profession pour accompagner la transformation des organisations encadrant son exercice. Cette unité est rendue possible par le biais d'un renforcement du rôle des ordres et par la création du Conseil National des Barreaux. Ces institutions ont pour vocation de s'occuper de la gestion immobilière, des cotisations, des séquestres et du personnel, de la régulation et de la représentation de la profession. Dans les principaux barreaux, les ordres deviennent de véritables organisations avec des structures différenciées, des services et des ressources. Ainsi le bâtonnier de Paris, par exemple, occupe tout son temps aux tâches ordinaires. L'Ordre de Paris doit immédiatement être distingué des autres, par son importance et son activité, représentant à lui seul près de la moitié des avocats de France. Le nombre de ses membres dépasse les 30 000 personnes au 1<sup>er</sup> janvier 2020<sup>143</sup>. Il a un fonctionnement propre et une certaine indépendance vis-à-vis du Conseil

<sup>142</sup> MOREAU, C. (2012). *Statistiques sur la profession d'avocat au 1er janvier 2012*. Ministère de la justice.

<sup>143</sup> <http://www.avocatparis.org> [consulté le 24 janvier 2020].

National des Barreaux, qui se veut, en opposition, le représentant des Ordres de province. Il présente lui-même ses missions de la manière suivante :

« *Le barreau de Paris, à travers son Ordre, représente la profession d'avocat à Paris pour défendre l'intérêt collectif des avocats et des citoyens* »<sup>144</sup>.

Les ordres (ou l'Ordre au singulier, utilisé fréquemment pour désigner l'ensemble de ces institutions locales comme une seule organisation), sont les garants de la régulation de la profession. Ils ont le monopole de la représentation officielle : gestion des difficultés de la pratique et de réflexions sur toutes sortes de sujets, du lobbying en faveur de la profession, désignations d'office, aide juridictionnelle, jusqu'à l'organisation d'activités sociales afin d'animer la vie du barreau à travers par exemple des activités sportives. C'est également lui qui possède le pouvoir de contrôle du marché de la profession et de l'exercice professionnel. Il en contrôle les membres et en fixe les modalités d'entrée<sup>145</sup>, jusqu'à l'organisation de la formation des avocats. Il apporte également un soutien logistique indéniable à ses membres, comme lors de l'installation du Réseau Privé Virtuel des Avocats (RPVA)<sup>146</sup> ou *e-barreau*<sup>147</sup> avec un travail d'explication, de communication, la mise en place de formations gratuites et la création d'une cellule informatique avec du personnel permanent pour accompagner les praticiens dans le processus. Il favorise ce travail pédagogique également par la tenue de la maison des avocats et de la bibliothèque. En bref, l'Ordre a donc des fonctions réglementaire<sup>148</sup>, administrative<sup>149</sup>, financière<sup>150</sup>, disciplinaire<sup>151</sup> et de contrôle<sup>152</sup>.

---

<sup>144</sup> Présentation sur la page du site internet de l'Ordre du barreau de Paris [www.avocatparis.org](http://www.avocatparis.org), consulté le 22 novembre 2017.

<sup>145</sup> ABEL. R. et LEWIS. P. (1988). *Lawyers in Society*. Berkeley : University of California Press.

<sup>146</sup> Le Réseau privé virtuel des avocats (RPVA) est le réseau informatique sécurisé de la profession d'avocat en France. Il sert aux communications électroniques des avocats, notamment dans le cadre de la dématérialisation des procédures avec les juridictions judiciaires, elles-mêmes reliées entre elles dans le cadre du réseau privé virtuel justice (RPVJ). Il a été créé en 2005.

<sup>147</sup> BASTARD. B. *Ethique et TIC. A quoi sert l'Ordre des avocats ?* Institut des Sciences sociales du Politique, Unité mixte de recherche 7220, CNRS, avril 2016.

<sup>148</sup> Le Conseil arrête et modifie le Règlement Intérieur du Barreau.

<sup>149</sup> La prise de toutes les décisions relatives à la tenue du Tableau des Avocats (inscription, omission etc).

<sup>150</sup> Le Conseil gère les biens et les finances de l'Ordre, prépare le budget, fixe le montant des cotisations.

<sup>151</sup> Depuis la réforme de la discipline des avocats par la loi du 11 février 2004, c'est une commission régionale qui assure le maintien de la discipline à l'intérieur du Barreau et le respect par les Avocats des principes essentiels de leur profession. Toutefois le Conseil de l'Ordre peut être requis afin de procéder aux enquêtes déontologiques.

<sup>152</sup> Le Conseil de l'Ordre vérifie que tout avocat inscrit au Tableau bénéficie d'une assurance garantissant sa responsabilité professionnelle. Il vérifie la tenue de la comptabilité des avocats, le respect des règles liées au maniement des fonds des clients.

**60. Protection des intérêts de la profession.** A côté du rôle *administratif* de l'Ordre – décrit précédemment – il faut mentionner son pouvoir d'action directe pour protéger les intérêts de la profession, comme c'est le cas – démonstration en sera faite<sup>153</sup> – pour la garde à vue. L'Ordre est également un organe politique puissant. Il défend à la fois les conditions d'exercice du métier et les valeurs démocratiques dans leur ensemble, participant notamment – il s'agira de le démontrer dans la seconde partie de cette thèse – à la rédaction de lois civiles et pénales et de lois organisant la profession. L'institution sert ainsi de contre-pouvoir et de vigie. Il s'agit d'un relai, lorsqu'il émet une réserve sur un texte. Ce relai est à la fois politique et médiatique et permet de donner un écho important aux revendications des avocats qui souhaitent protéger les intérêts de leur profession. L'Ordre est un interlocuteur du gouvernement – il s'agira de le développer dans la seconde partie de cette thèse également – il milite au parlement et organise des conférences dès qu'un sujet intéresse de près ou de loin l'avocature. Il est capable de mobiliser la profession.

61. Il ne faut pas pour autant n'y voir qu'une volonté corporatiste. Les intérêts défendus sont certes ceux de la profession, mais également des valeurs démocratiques qui transcendent les simples revendications égoïstes. Ainsi à titre d'exemple, lors des débats sur la garde à vue<sup>154</sup>, l'Ordre de Paris notamment, se mobilise sur une question qui a un intérêt pour la profession évident : la présence des avocats dès la première heure de la garde à vue. Cependant, il prend dans cet exemple parallèlement position sur la protection d'un droit plus fondamental : celui du procès équitable.

A côté de l'Ordre, deux autres organes représentatifs de la profession peuvent constituer une *organisation*. Il s'agit du Conseil National des Barreaux et du Syndicat des Avocats de France.

---

<sup>153</sup> Sur cette question, l'Ordre a été à l'origine de la mobilisation. Voir la seconde partie de la présente thèse.

<sup>154</sup> Voir la Sous-section *L'initiative du barreau dans la dénonciation des conditions de garde à vue en France* de la présente thèse.

## **Sous-Section 2 : Le Conseil National des Barreaux et le Syndicat des Avocats de France** **comme structures entrepreneuriales.**

62. En parallèle de l'étude opérée sur l'Ordre, deux autres institutions représentant les intérêts de la profession d'avocat méritent d'être étudiées comme pouvant jouer le rôle d'une organisation indispensable à l'émergence d'un militantisme. Il s'agit du Conseil National des Barreaux (Paragraphe 1) et du Syndicat des Avocats de France (Paragraphe 2). Il est également important de mentionner l'existence d'associations d'avocats ou juridiques, qui dans des domaines spécifiques participent à la construction de cet usage militant, sans qu'il soit opportun de les analyser dans le détail à ce stade<sup>155</sup>.

### **Paragraphe 1 : Le Conseil National des Barreaux (CNB).**

63. Le Conseil National des Barreaux, qui doit être présenté (A), est un acteur influent sur l'exercice de la profession, susceptible à certaines occasions de se mobiliser en vue de défendre des intérêts touchant les avocats (B).

#### **A) Présentation du Conseil National des Barreaux.**

**64. Création du Conseil National des Barreaux.** Les développements présentés précédemment pour l'Ordre sont à peu près transposables dans leur ensemble au Conseil National des Barreaux. Il s'agit d'un établissement d'utilité publique créé par la loi n°190-1259 du 31 décembre 1990 pour représenter au niveau national les avocats inscrits dans les 164 barreaux français. Il est également l'interlocuteur des pouvoirs publics au niveau national et international et contribue lui aussi à l'élaboration des textes susceptibles d'intéresser la profession et les conditions de son exercice. Il est notamment consigné comme représentant d'intérêts auprès de l'Assemblée nationale et il est membre de la Délégation des Barreaux de

---

<sup>155</sup> La question des associations sera abordée plus en détail au sein du Paragraphe 1 de la Sous-Section 1 de la Section 1 du chapitre 2 du présent Titre « L'appartenance à un organe militant extérieur à la profession ».



France, organisme inscrit depuis 2008 au registre de transparence des représentants d'intérêts auprès de la Commission européenne.

**65. Règlement Intérieur National.** D'un point de vue déontologique, le législateur le charge d'unifier par voie de dispositions générales les règles et usages de la profession dans un *Règlement Intérieur National* (RIN) qui constitue le socle de la déontologie commune des avocats<sup>156</sup>. Le premier titre de ce règlement est consacré aux grands principes qui régissent la profession à travers cinq articles portant sur le secret professionnel, la confidentialité, les conflits d'intérêts et le respect du contradictoire<sup>157</sup>. Comme l'Ordre, il est le gardien des règles déontologiques et des rituels de la profession qu'il présente comme nécessaires à la survie du sentiment d'appartenance au groupe, comme le serment ou le port de la robe. Les avocats dans leur ensemble sont d'accord pour dire que ce sont les règles de déontologie qui définissent la profession même, qui la caractérise<sup>158</sup>. Plus exactement, ces règles permettent de garder à l'esprit le but ultime de la profession, qui est de protéger le public :

*« On l'oublie : la déontologie n'a pas été inventée pour protéger les avocats. Elle a essentiellement pour finalité de **protéger le public**. Sinon la profession d'avocat n'existerait pas. On serait des consultants comme n'importe quel consultant ou comme n'importe quel agent immobilier qui vendrait des réfrigérateurs au Groenland parce qu'il serait capable de tout faire pour les vendre en vous expliquant clairement le besoin d'avoir un frigo au Groenland... »* Avocat numéro 9, actif dans l'Ordre, Barreau de Paris<sup>159</sup>.

---

<sup>156</sup> HARNAY, S. (2013). *Régulations professionnelles et pluralisme juridique : une analyse économique de la profession d'avocat*. Rapport pour le GIP Mission de recherche Droit et Justice.

<sup>157</sup> *Règlement Intérieur National de la profession d'avocat*, Conseil National des barreaux, version consolidée au 1er août 2017.

<sup>158</sup> RUDE-ANTOINE, E. (2014). *L'éthique de l'avocat pénaliste*. L'Harmattan.

<sup>159</sup> Retranscription dans BASTARD. B. *Ethique et TIC. A quoi sert l'Ordre des avocats ?* Institut des Sciences sociales du Politique, Unité mixte de recherche 7220, CNRS, avril 2016, p73.

B) Influence du Conseil National des Barreaux sur l'exercice de la profession et sur la défense de ses intérêts.

**66. Modernisation.** Le Conseil National des Barreaux a entrepris une véritable politique de modernisation de la profession et cette modernisation permet aux avocats – grâce aux nouveaux moyens de communication – de se rapprocher de toutes les instances représentatives (les Ordres, la conférence des bâtonniers et *a fortiori* le Conseil National des Barreaux). Il est particulièrement influent dans les barreaux de province et beaucoup moins au sein de celui de Paris, où l'Ordre suit sa propre voie. Ce constat a pu se vérifier lors de l'installation du RPVA<sup>160</sup>, devenu nécessaire aux yeux du Conseil National des Barreaux notamment suite à la réforme de la carte judiciaire de Rachida Dati entre 2007 et 2011 qui a entraîné la fermeture de plusieurs juridictions et a donc éloigné certains avocats des palais de justice. Il s'est donc donné comme mission d'accompagner les avocats dans la transition numérique de l'exercice du métier, transition bouleversant toutes les habitudes des praticiens, jusqu'à la culture même de la profession. L'augmentation des échanges entre les praticiens que permettent les nouvelles technologies et plus particulièrement le développement de moyens de communications plus rapides, ainsi que les réseaux sociaux favorise l'émergence de nouvelles solidarités – il s'agira de l'analyser dans la seconde partie de cette thèse – entre les membres. Il existe par exemple des groupes d'entraide sur *Facebook*<sup>161</sup>.

**67. Mobilisation.** Le Conseil National des Barreaux est lui aussi capable de se mobiliser. C'est le cas, par exemple, lors de la tentative de réforme des retraites au début de l'année 2020<sup>162</sup>. Le Conseil appelle à une grève totale des audiences, puis préconise une réunion de tous les Ordres de chacun des barreaux du pays<sup>163</sup>. Le but est que soit adoptée une motion devant être donnée en lecture avant chaque audience. Il va jusqu'à communiquer une liste de sujets à envisager dans le cadre de ces réunions.

---

<sup>160</sup> BASTARD. B. *Ethique et TIC. A quoi sert l'Ordre des avocats ?* Institut des Sciences sociales du Politique, Unité mixte de recherche 7220, CNRS, avril 2016.

<sup>161</sup> *Facebook* est un réseau social en ligne qui permet à ses utilisateurs de publier des images, des photos, des vidéos, des fichiers et documents, d'échanger des messages, joindre et créer des groupes et d'utiliser une variété d'applications.

<sup>162</sup> Sur ce point, consulter l'appel à la grève formulé par le CNB le 30 décembre 2019 diffusé sur le site <https://www.cnb.avocat.fr/fr/actualites/> [Consulté le 24 janvier 2020].

<sup>163</sup> Le Monde. *Aide juridictionnelle : troisième semaine de grève pour les avocats*. 27 octobre 2015.

Ainsi, les conclusions sur le rôle de l'Ordre dans l'existence d'une dimension collective du groupe comme *organisation* que représente la profession d'avocat, sont transposables au rôle du Conseil National des Barreaux. Une dernière institution doit être étudiée sous ce prisme : le Syndicat des Avocats de France.

## Paragraphe 2 : Le Syndicat des Avocats de France (SAF).

68. Comme le Conseil National des Barreaux, le Syndicat des Avocats de France, qui doit être présenté (A), défend les intérêts de la profession. En revanche, contrairement au premier, le second est officiellement un organisme qui se veut militant (B).

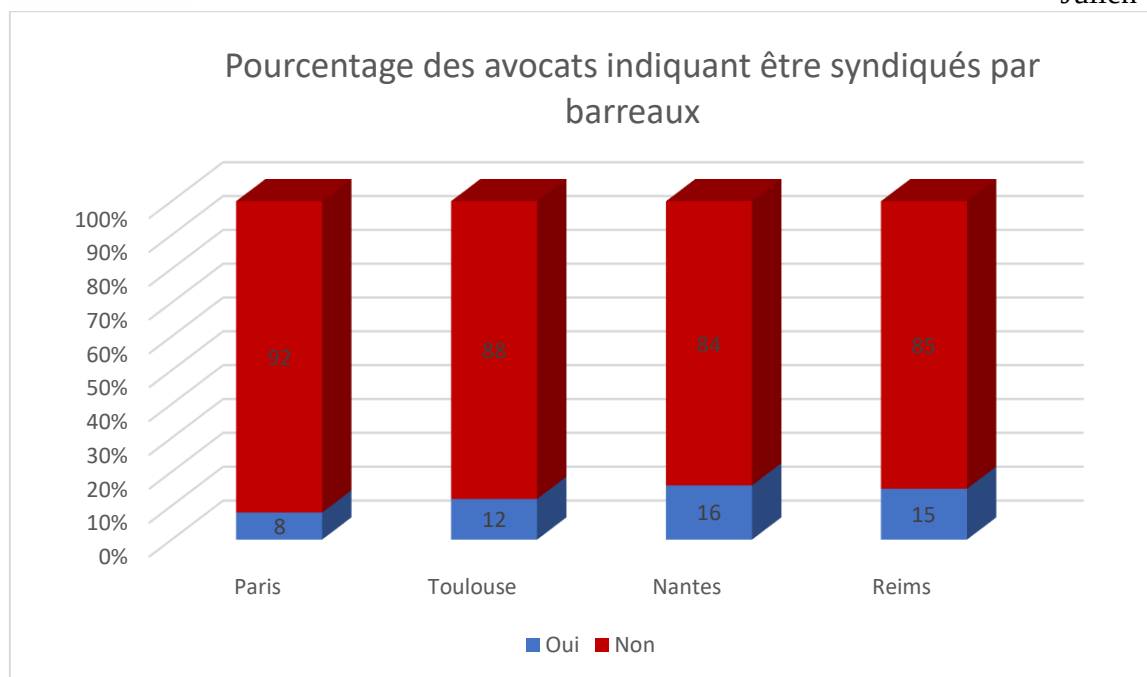
### A) Présentation du Syndicat des Avocats de France.

**69. *Syndicalisation de la profession.*** La majorité des avocats n'appartient à aucun syndicat et le nombre de syndiqués n'est pas beaucoup plus élevé que la moyenne pour les autres professions en France qui stagne autour de 8,8%<sup>164</sup> en 2018. Il est néanmoins nécessaire d'indiquer une certaine homogénéité des barreaux de province en opposition au Barreau de Paris pour lequel ce chiffre baisse de manière considérable. Cette différence s'explique par le poids plus important des syndicats comme de l'Ordre dans les barreaux à taille plus humaine où les avocats se connaissent mieux entre eux<sup>165</sup>.

---

<sup>164</sup> Statistiques de l'OECD (Organisation de coopération et de développement économiques), <https://stats.oecd.org> [consulté le 24 janvier 2020].

<sup>165</sup> Résultats d'un sondage mené auprès de cent avocats dans chacun des barreaux de Paris, Toulouse, Nantes et Reims entre 2015 et 2016.



Néanmoins, l'influence des syndicats dans une profession où leur existence même ne va pas nécessairement de soi<sup>166</sup>, est aujourd'hui considérable. Il existe plusieurs syndicats ayant pour but de protéger les intérêts de la profession, mais il est peu utile de tous les analyser. Le Syndicat des Avocats de France constituant l'organe dont l'action est la plus complète et qui compte le plus grand nombre de membres (environ mille membres en 2018 sur l'ensemble du territoire<sup>167</sup>), il est celui qu'il apparaît le plus opportun d'étudier.

**70. Missions du SAF.** Il se présente de la manière suivante :

« Créé en 1974, le Syndicat des avocats de France milite pour une justice plus démocratique, de qualité égale pour tous, proche des citoyens et **garante des droits et libertés publiques et individuelles**. Les avocats du SAF placent le justiciable au cœur de leur réflexion, ils s'engagent pour les libertés et pour la défense des intérêts professionnels des avocats »<sup>168</sup>.

<sup>166</sup> TONNEAU, J.-P. (2014). *Le syndicat des avocats de France (1972-2012) : contribution à une socio-histoire du militantisme syndical dans le champ judiciaire*. Thèse de doctorat en sociologie, Université de Nantes.

<sup>167</sup> Il n'y a aucun chiffre officiel public, mais ce nombre m'a été confirmé par plusieurs membres du syndicat.

<sup>168</sup> Site internet du Syndicat des avocats de France : [www.lesaf.org](http://www.lesaf.org), consulté le 30 novembre 2017.

Dans cette définition, le Syndicat des Avocats de France revendique lutter pour la défense de droits et libertés publiques et individuelles à côté de la protection des intérêts de la profession. Dans la description de ses activités, il emploie d'ailleurs un vocabulaire combatif :

*« C'est aussi un lieu de propositions et de combats, qui s'incarnent au travers d'actions collectives diversifiées telles que :*

- des manifestations sur les moyens de la justice,*
- des formations, colloques et publications (lettre du SAF),*
- des actions en justice (relatives notamment aux délais de la justice, à l'exercice des droits de la défense ou encore aux discriminations par le contrôle au faciès),*
- un travail de réflexion et de rédaction d'argumentaires afin de faire partager sa vision de la justice,*
- un travail de sensibilisation auprès des médias, des partis politiques et de la chancellerie pour faire connaître ses analyses,*
- la participation aux instances professionnelles,*
- un travail en partenariat avec la société civile : associations et syndicats (LDH, Syndicat de la magistrature, GISTI, La quadrature du net, Mouvement national des chômeurs et des précaires, les syndicats de salariés, etc.) »<sup>169</sup>.*

## B) Rôle militant du Syndicat des Avocats de France.

**71. Militantisme du SAF.** Le Syndicat des Avocats de France dispose de plusieurs « armes » pour garantir les droits et libertés collectives et individuelles dans la société. Elles mobilisent le droit, mais pas seulement. Il s'agira de les analyser dans la seconde partie de cette thèse. Le Syndicat des Avocats de France peut initier des actions en justice lorsqu'il estime qu'un droit n'est pas respecté ou qu'une cause doit être soutenue. Il travaille sur ce point avec

---

<sup>169</sup> Ibid.

Julien Ortin des relais associatifs ou avec d'autres syndicats. Il peut aller jusqu'à mettre à disposition des avocats des conclusions types pour sensibiliser les juges sur une problématique en inondant les juridictions d'affaires qui en sont relatives. C'est le cas pour la garde à vue et plus actuellement, il s'agit d'une pratique utilisée pour lutter contre les boxes en verre dans les juridictions. A côté de cette première forme d'action juridique, le Syndicat des Avocats de France a également un rôle de communication en amont et en parallèle de ces actions. Il exerce ce rôle à travers la sensibilisation des media, des partis politiques et de la Chancellerie, mais également à travers des formations et des colloques organisés tous les ans. Les thèmes de ces colloques interrogent aussi bien sur l'avenir de la profession – par exemple face aux nouvelles technologies ou face aux transformations que connaît le barreau ces dernières décennies<sup>170</sup> – mais également sur des points de droit plus spécifiques<sup>171</sup> :

« *Le syndicat des avocats de France, nous amène aussi à ça, c'est un syndicat généraliste qui se pose des questions. Les avocats se posent des questions bien évidemment sur des problèmes de TVA, de retraite, de cotisation à l'URSAFF ou autre, mais c'est aussi un syndicat qui se pose des questions sur la place de l'avocat dans la société, la place des libertés dans la société et qui mène des actions* ». Avocat numéro 22, Barreau de Paris.

**72. Avenir de la profession.** Les problématiques concernant l'avenir de la profession sont orientées vers la défense des petites structures qui sont spécialisées dans le droit des personnes<sup>172</sup>. Dans sa conception fonctionnelle et organique, le Syndicat des Avocats de France s'affirme très clairement comme étant *militant*. Il met le doigt sur des difficultés liées tant à la question de l'indépendance des membres du barreau qu'au désintéressement et propose des solutions pour que la profession puisse s'adapter aux changements structurels qui apparaissent sinon nécessaires, du moins inévitables, tout en conservant un exercice éthique. Depuis plus de dix ans, la majorité des colloques organisés par le Syndicat des Avocats de France tourne autour de la question de savoir comment rester rentable tout en offrant un service de qualité et en permettant à chaque justiciable d'avoir un accès au juge<sup>173</sup>.

<sup>170</sup> Le colloque de 2015 à Nice avait par exemple pour thème *Le jour d'après – Société et droit(s) en mutation*.

<sup>171</sup> Le colloque de 2009 à Lille avait par exemple pour thème *Pour résister dans un monde de (non) droit*.

<sup>172</sup> SAF. (2017). *Structures solidaires plutôt que capitaux extérieurs* in *Avocats : Uburn'out*. Congrès du SAF à Strasbourg.

<sup>173</sup> Site internet du Syndicat des avocats de France : [www.lesaf.org](http://www.lesaf.org), consulté le 30 novembre 2017.

73. Sa composition en commissions thématiques lui permet de débattre de ces sujets et de déterminer quels domaines d'action doivent être privilégiés. Le Conseil Syndical – ouvert à tous les adhérents, mais où les élus seuls disposent de voix délibératives – se réunit chaque mois et définit les orientations du syndicat, les prochains communiqués de presse, les manifestations à venir, les thèmes des colloques annuels et les futures formations. Le Syndicat des Avocats de France est également représenté au sein du Conseil National des Barreaux.

74. Contrairement à l'Ordre, le Syndicat des Avocats de France a un positionnement politique marqué et assumé :

*« Le SAF prend position sur les projets de loi, discute et commente les orientations du gouvernement en matière de Justice mais aussi de société : le SAF est un syndicat de gauche, qui défile le 1<sup>er</sup> mai aux côtés des cheminots en grève, qui participait aux manifestations contre la loi travail, qui organisait le mouvement des avocats pour l'augmentation de l'aide juridictionnelle, qui a pris position pour le mariage pour tous ». Avocate numéro 15, membre du SAF, Barreau de Paris.*

En résumé, sur bien des aspects, le Syndicat des Avocats de France rejoint l'action de l'Ordre comme organisation, en permettant un débat autour de problématiques liées à la profession, que ce soit celle de la transformation profonde de son exercice, ou celle de la numérisation par exemple. Le Syndicat des Avocats de France va même beaucoup plus loin que l'Ordre dans cette mission. De fait, les formations qu'il propose sont plus nombreuses, il organise de nombreux colloques et sa communication est nationale. Il va également plus loin que l'Ordre en n'hésitant pas à prendre position sur des questions politiques qui n'intéressent pas directement les intérêts de la profession, mais qui ont plutôt un intérêt collectif, sociétal, de défense des droits et libertés fondamentaux.

Si les instances représentatives permettent à la profession d'avocat d'apparaître comme étant une *organisation* au sens donné à ce terme par les études sur les mouvements sociaux, encore faut-il pour qu'elle soit susceptible d'exercer un militantisme, que la profession ait une *vocation politique*.

---

A titre d'exemples, le Congrès de Versailles en 2004 avait pour thématique « Face à l'ultra libéralisme de la profession : quels avocats, quelle défense ? » ; celui de Rennes en 2007 « Avocats par-dessus le marché ! » ; celui de Montpellier en 2008 « Marchands d'illusions, marché du droit. Que pèsera la justice ? » ; ou encore celui de Clermont-Ferrand en 2014 « Justice du XXI<sup>ème</sup> siècle - service public ou prestation de services ? ».

## **Section 2 : La profession d'avocat comme organisation unie, légitime à la contestation et mobilisable.**

75. Afin de parler de militantisme, il est nécessaire que soient réunies une *organisation* et une *vocation politique*. Démonstration a été faite que sur bien des aspects la profession d'avocat peut être assimilée à une *organisation* telle qu'entendue en sociologie des mouvements sociaux. Pour démontrer l'existence d'un militantisme dans la profession il faut donc encore analyser s'il existe une *vocation politique* à la mobilisation des avocats. Plusieurs caractéristiques permettent d'évaluer cette vocation : la profession est-elle unie par des mécanismes organisationnels ? Est-elle légitime à être porteuse de revendications ? (Sous-Section 1) et plus largement, est-elle mobilisable ? (Sous-Section 2).

### **Sous-Section 1 : Organisation unie et légitime.**

76. La sociologie des mouvements sociaux explique que la mobilisation est favorisée lorsqu'elle émerge dans un groupe homogène uni par des mécanismes dits *organisationnels*, comme c'est le cas de la profession d'avocat (Paragraphe 1). Cette dernière est également dotée d'une légitimité et d'une culture contestataire importante (Paragraphe 2).

#### **Paragraphe 1 : De l'importance des mécanismes organisationnels.**

77. La profession d'avocat est dotée de rites et de traditions qui favorisent le sentiment d'appartenance à un groupe à l'identité singulière (A) commandé par un code déontologique strict (B).



A) Une profession coutumière.

**78. Attitude sectaire.** S'il existe des études qui tentent d'expliquer l'émergence de mouvements sociaux, peu de parallèles ont été faits entre ces mouvements et l'exercice d'une profession. De manière plus générale en France, la sociologie des professions est un sujet d'étude récent et encore peu entrepris<sup>174</sup>. Sur ce sujet, il n'existe pratiquement que des études anglo-saxonnes qui dans un esprit très libéral se sont intéressées aux avocats. Il est nécessaire de mentionner les études de Talcott Parsons<sup>175</sup> ou de Richard Abel<sup>176</sup>. En France, les travaux sur la sociologie des professions sont plus rares et plus tardifs et les avocats n'y ont que peu de place. Néanmoins, il est utile de mentionner les recherches de Lucien Karpik<sup>177</sup> et plus spécifiquement lors de la seconde guerre mondiale, de Liora Israël<sup>178</sup>. Ces auteurs ont permis de donner une première approche de l'identité de la profession et de sa capacité d'action<sup>179</sup>, mais sans faire de parallèle entre les études classiques sur les mouvements sociaux et l'évolution de la profession d'avocat.

**79.** Que ce soit les études sur le *collective behavior* ou celles sur la *mobilisation des ressources*, toutes mettent en avant l'importance du sentiment pour les acteurs d'un mouvement social d'appartenir à un même groupe et l'influence de la culture et du système normatif sur la mobilisation. Blumer parle d'attitude sectaire, de foi religieuse<sup>180</sup>. Un premier parallèle peut être fait ici avec la profession d'avocat qui regorge de cérémoniaux ayant le but précis de créer une culture de l'avocat, une identité unique et donc un sentiment général pour les membres d'appartenance à un groupe avec des codes et des conduites propres. De fait, le port de la robe, la prestation de serment, ou encore le respect des règles déontologiques de la profession participent à ce processus.

---

<sup>174</sup> A noter tout de même sur les avocats et les magistrats notamment les travaux de Benoît Bastard ou encore de Claire de Galember, chercheurs au CNRS. Lire par exemple : BASTARD, B. et MOUHANNA, C. (2007). *Une justice dans l'urgence. Le traitement en temps réel des affaires pénales*. Paris : PUF ; ou encore DELPEUCH, T. DUMOULIN, L. et GALEMBERT de, C. (2014). *Sociologie du droit et de la justice*. Collection U. Armand Colin.

<sup>175</sup> PARSONS, T. (1955). *Éléments pour une sociologie de l'action*. Recherches en sciences humaines, Plon.

<sup>176</sup> ABEL, R. et LEWIS, P. (1988). *Lawyers in Society*. Berkeley : University of California Press.

<sup>177</sup> KARPIK, L. (1995). *Les avocats. Entre l'Etat, le public et le marché, XIII<sup>e</sup>-XX<sup>e</sup> siècle*. Paris : Bibliothèque des sciences humaines, Gallimard.

<sup>178</sup> ISRAËL, L. (2005). *Robes noires, années sombres. Avocats et magistrats en résistance pendant la Seconde Guerre mondiale*. Paris : Fayard.

<sup>179</sup> ISRAËL, L. (2009). *L'arme du droit*. Contester, SciencesPo les Presses.

<sup>180</sup> BLUMER, H. (1946). *Collective Behavior*. In LEE. *New Outline of the Principles of Sociology*. New York : Barnes et Nobles.

**80. Norme émergente.** Les études de Turner et Killian peuvent être rapprochées de celle de Blumer. Ces derniers développent une théorie de la *convergence* et de la *norme émergente*. Ce sont les premiers à remettre en cause l'idée de *contagion* en introduisant la notion de *rationalité de l'auteur*. De fait, le raisonnement n'est plus celui de la *contagion* mais de la *convergence*. Il existe une diversité des motivations et des comportements individuels dans la formation d'un mouvement social<sup>181</sup> qui aboutit à la création d'une nouvelle norme (*norme émergente*). Cette idée de *norme émergente* est centrale et explique que les mouvements sociaux soient instables. Ainsi, la forme du mouvement peut changer (un groupe peut être protestataire, puis institutionnalisé par exemple) et les rôles de chacun (leadership...) sont mouvants. La *rumeur*<sup>182</sup> (*milling process*) n'est pas ce qui permet une *contagion*, mais assure simplement le développement d'une définition collective de la situation à travers une interaction symbolique. Ce processus de définition collective est favorisé si le groupe est déjà homogène comme c'est le cas pour le barreau.

81. Turner et Killian expliquent qu'il n'existe pas de prédispositions naturelles à la participation à un mouvement social, parce que les acteurs sont divers, mais également parce que le développement du mouvement va modifier leur comportement. En revanche, il existe toute une gamme de mécanismes organisationnels qui consolident l'engagement (prestige, postes, rites d'adhésion...). Turner parle d'un mélange de comportements rationnels, irrationnels et arrationnels (c'est-à-dire sans rationalité mais pas pour autant irrationnels). La profession d'avocat est intéressante de ce point de vue puisqu'elle permet de poser au préalable ces mécanismes organisationnels de prestige et de rite d'adhésion, en somme de sentiment d'appartenance et de culture commune. Ce raisonnement se retrouve dans les théories sur la *mobilisation des ressources*.

**82. Incitation sélective.** Partant du postulat qu'un groupe<sup>183</sup> – enrayé par les rationalités individuelles – ne peut pas avoir de volonté collective, Mancur Olson met en place des techniques lui permettant de créer de façon abstraite une rationalité au niveau de ce groupe. Ce

---

<sup>181</sup> Turner et Killian donnent la définition suivante du mouvement social : « Une collectivité agissant avec une certaine continuité pour promouvoir ou résister à un changement dans la société ou dans le groupe auquel elle appartient ».

<sup>182</sup> « Selon Jean-Noël Kapferer, une rumeur se traduit par l'émergence et la circulation dans le corps social d'informations soit non encore confirmées publiquement par les sources officielles soit démenties par celles-ci. Pour être qualifiée de rumeur, une information doit donc uniquement se propager dans un circuit parallèle, hors de toute intervention officielle ». DOLLO, C. (2017). *Lexique de sociologie*. Toulouse : Dalloz, 5e édition.

<sup>183</sup> Pour Olson, un groupe est constitué de personnes ayant un intérêt commun. OLSON, M. (1978). *Logique de l'action collective*. Paris : PUF, page 96.

peut être des éléments affectifs ou idéologiques, ce qui est le cas des avocats. Ce peut être également une réelle obligation d'adhésion pour exercer une activité. De ce point de vue, il n'y a pas de meilleur exemple que le barreau. Pour exercer la profession d'avocat, il existe une obligation d'adhérer à un barreau et de s'inscrire au *Tableau*<sup>184</sup>. Cette adhésion obligatoire est donc un moyen pour celui-ci de contourner le paradoxe d'Olson par une *incitation sélective* augmentant les chances que ses membres se mobilisent et créant une rationalité de groupe transcendant les rationalités individuelles. Il faut quand même quelque peu nuancer cette conclusion, puisque la diversité de la profession (surtout dans les grands barreaux) rend peu probable que tout le corps des avocats ait intérêt à se mobiliser sur une question donnée, même de façon globale (c'est-à-dire en excluant la rationalité individuelle). A titre d'exemple, la Garde à vue est une mesure qui n'intéresse que les avocats pénalistes. Cette nuance est d'autant plus importante que le nombre de praticiens ne cesse d'augmenter<sup>185</sup>, au point qu'ils rentrent peut-être dans ce qu'Olson appelle les *grands groupes latents*<sup>186</sup>. Néanmoins, l'adhésion au barreau reste une *incitation sélective* et en faisant rentrer l'individu dans un corps, lui impose – il s'agira de le développer<sup>187</sup> – une certaine idéologie et des valeurs communes à tous les membres de la profession. La mobilisation presque unanime de la profession à l'occasion de la réforme des retraites au début de l'année 2020 en est une bonne illustration. Plus qu'une *incitation sélective*, l'Ordre peut représenter une véritable pression sociale, d'autant plus que celui-ci est divisé en une multitude de barreaux, dont la grande majorité sont à taille humaine, avec des membres qui se connaissent personnellement :

« Les individus sont souvent motivés par une soif de prestige, de respect, des amitiés et autres objectifs psychologiques. (...) Leurs amis sont en mesure d'exercer sur eux une « pression sociale » pour les inciter à participer à l'effort collectif, et de telles démarches peuvent être fructueuses car l'observation quotidienne nous révèle que la

---

<sup>184</sup> Olson prend lui l'exemple des syndicats, en montrant que leur organisation est particulièrement propice au développement d'une action collective puisqu'ils ont des représentants nationaux et au niveau local. Nous pouvons retrouver cette composition dans la profession d'avocat avec l'Ordre au niveau national et les barreaux à l'échelle locale. OLSON, M. (1978). *Logique de l'action collective*. Paris : PUF, page 96.

<sup>185</sup> Au 1<sup>er</sup> janvier 2016, 63 923 avocats ont été recensés sur l'ensemble du territoire national contre 45 818 dix ans plus tôt (+39,5%) : MOREAU, C. (2016). *Statistiques sur la profession d'avocat au 1er janvier 2016*. Ministère de la justice. Ce chiffre est de 69 900 au 1<sup>er</sup> septembre 2019 selon le CNB : <https://www.cnb.avocat.fr> [Consulté le 30 juin 2020].

<sup>186</sup> Olson explique que même si le consensus entre les membres d'un grand groupe est parfait, celui-ci a des chances de rester latent et de ne jamais se mobiliser s'il est trop grand.

<sup>187</sup> Sur ce point voir la seconde section du second chapitre du présent titre intitulé *Valeurs et conception de la Justice de l'avocat*.

*plupart des gens sont sensibles au jugement de leurs amis et associés et attachent du prix au statut social, au prestige personnel et à l'estime de soi »<sup>188</sup>.*

Olson met l'accent sur ce point en montrant que plus le groupe est petit et lié par des relations interpersonnelles, plus il aura de chance de se mobiliser :

*« Le point essentiel toutefois reste que les stimulations sociales jouent surtout un rôle important dans les petits groupes et n'interviennent dans le grand groupe que lorsque celui-ci est une fédération de groupes plus petits »<sup>189</sup>.*

La construction *Ordre au niveau national et barreaux à l'échelle locale*, renvoie à cette idée de fédération favorable à l'émergence d'un mouvement social. Cette organisation permet notamment d'être plus efficace dans la prise de décisions dans laquelle les membres ont l'impression d'avoir une place plus importante. Dès lors, ils se sentent plus concernés et réfléchissent aux moyens d'action avec une plus grande minutie.

**83. Mécanismes organisationnels.** Historiquement, la construction du barreau s'est faite autour de mécanisme organisationnels qui constituent aujourd'hui l'identité de la profession. L'autonomie institutionnelle de la profession s'est accompagnée d'une « *autonomie en terme de prestige* »<sup>190</sup>. Les avocats sont jusqu'à leur émancipation – mention en a été faite – directement soumis au contrôle des magistrats, contrôle qui est d'autant mieux toléré que ces derniers sont composés majoritairement d'anciens avocats. Loysel<sup>191</sup> affirme que le barreau est la *pépinière des dignitez*, c'est-à-dire l'antichambre, le lieu de formation, de ceux qui envisagent de rentrer au service du Roi ou des grands du royaume<sup>192</sup>. Lorsque cette fonction de tremplin perd de sa vigueur, que les avocats deviennent les victimes du phénomène croissant de vénalité des offices<sup>193</sup>, ils ont de plus en plus de mal à s'offrir des charges qui leur permettent d'accéder à une position sociale plus élevée<sup>194</sup>. En soi lorsque la profession connaît une première forme

<sup>188</sup> OLSON, M. (1978). *Logique de l'action collective*. Paris : PUF, page 83.

<sup>189</sup> OLSON, M. (1978). *Logique de l'action collective*. Paris : PUF, page 86.

<sup>190</sup> GAUDRY, J. (1864). *Histoire du barreau de Paris depuis son origine jusqu'à 1830*. Paris : A. Durand.

<sup>191</sup> Antoine Loysel, né en 1536 à Beauvais et mort en 1617 est un jurisconsulte resté célèbre pour avoir collecté les principes généraux de l'ancien droit coutumier français.

<sup>192</sup> OZANAM, Y. (2016). *Histoire des avocats*. In BEIGNIER, B. et VILLACEQUE, J. (dir.). *Droit et déontologie de la profession d'avocat*. Gazette du Palais, Seconde édition.

<sup>193</sup> La vénalité des offices, ou vénalité des charges est un système dans lequel des fonctions de l'administration publique sont attribuées comme un bien monnayable : la personne désirant s'occuper d'une charge doit s'acquitter pour cela d'une certaine somme d'argent. En France, elle fut généralisée sous l'Ancien Régime et doublée de l'hérédité de ces mêmes charges.

<sup>194</sup> POIROT, A. (2015). *Le milieu socio-professionnel des avocats au parlement de Paris à la veille de la Révolution (1760-1790)*. Ecole nationale des chartes, BNU.

de « déclin », elle devient autonome afin d'exister par elle-même et non plus comme une composante primaire des Parlements. Cet esprit de corps est illustré par l'institution de l'Ordre, dont l'existence à Paris est attestée depuis 1661 et qui a pour charge de gérer la vie de la collectivité et d'en défendre les intérêts :

*« L'Ordre des avocats est la réunion, régulièrement constituée, de ceux qui, tout à la fois, ont le titre d'avocat et en pratiquent la profession, sous les conditions prescrites par les lois et règlements (...). Ils [les membres de l'Ordre] composent une seule et même famille, et, sous ce rapport, il n'existe entre eux d'autre distinction que celle qui résulte de l'inscription, de l'ancienneté ou de l'élection aux fonctions temporaires de l'Ordre »<sup>195</sup>.*

Cette institution prévoit les règles de déontologie applicables à la profession, mais également les codes à adopter dans les relations avec les autres professions judiciaires. L'Ordre est présidé par le *bastonnier*, élu pour un an et qui avec son conseil a pour charge de dresser chaque année *le tableau*, c'est-à-dire la liste des avocats inscrits. Ce processus permet d'écarter de la profession ceux qui sont jugés indignes ou inaptes. Chaque Ordre se développe de façon autonome, créant dès cette époque des spécificités et traditions locales, dont certaines perdurent encore aujourd'hui.

84. Afin de permettre une cohésion, l'Ordre participe à la création d'une identité unique de la profession. Cette identité permet l'émergence d'un corps englobant toutes les divergences sociales et politiques des membres. Si à la fin de l'Ancien Régime, les plaideurs devenus célèbres comme Gerbier<sup>196</sup> ou Linguet<sup>197</sup>, peuvent faire vaciller l'unité de ce corps – sur fond de querelles entre les avocats ayant choisi de se conformer à la réforme Maupeou et ceux ayant refusé<sup>198</sup> – l'émergence d'un socle commun de valeurs au XVIII<sup>e</sup> siècle facilite une réelle solidarité entre les membres des différents barreaux français, peu important les convictions politiques de chacun. Cette solidarité survit à la dissolution des ordres d'avocats pendant la Révolution française de 1789. Un nombre important de praticiens voient dans cette refonte du

---

<sup>195</sup> LIOUVILLE, A. (1883). *Abrégé des règles de la profession d'avocat*. Extrait des ouvrages de Félix Liouville et de Molot. Paris.

<sup>196</sup> Pierre-Jean-Baptiste Gerbier de la Massillays, né à Rennes en 1725 et mort à Paris en 1788 est un avocat français.

<sup>197</sup> Simon-Nicolas-Henri Linguet, né en 1736 à Reims et guillotiné en 1794 à Paris est un avocat, journaliste et écrivain français, connu principalement pour avoir défendu le Chevalier de la Barre ou le Duc d'Aiguillon.

<sup>198</sup> OZANAM, Y. (2016). *Histoire des avocats*. In BEIGNIER, B. et VILLACEQUE, J. (dir.). *Droit et déontologie de la profession d'avocat*. Gazette du Palais, Seconde édition.

monde judiciaire l'occasion d'accéder à des responsabilités qu'ils n'exercent plus. Une plaidoirie de Berryer<sup>199</sup> en 1864, pourtant légitimiste, illustre brillamment ce constat :

*« Non ! Je ne veux pas ce que vous demandez tous, vous qui êtes assis sur les bancs de la prévention ; ce n'est pas votre pensée dont je cherche le triomphe, mais ce que je protège, c'est votre droit d'avoir une pensée, d'avoir une conviction, de la soutenir, de la défendre et de tâcher de la faire prévaloir »*<sup>200</sup>.

Ainsi, malgré les affrontements politiques des membres du barreau, tous se retrouvent dans des valeurs communes qu'incarne l'Ordre : une critique de l'arbitraire gouvernemental ; la revendication des libertés ; et la lutte contre le désir matériel avec le principe éthique de désintéressement (même si l'Ordre semble en revanche échouer dans sa lutte contre le désir de gloire, comme le montre l'affaire Linguet)<sup>201</sup>. Ces valeurs ne sont pas écrites, elles ne sont pas codifiées et se résument plutôt à l'énoncé de grands principes, dont la transgression est sanctionnée par l'exclusion<sup>202</sup>.

**85. Unité de la profession.** L'unité de la profession a son importance dans l'étude du militantisme. Elle permet de présenter avec force les intérêts de la profession d'abord contre les Parlements, puis au sein de la société dans son ensemble. Cette unité permet aux avocats de se présenter à la fois comme un intermédiaire – il s'agira de revenir sur ce point ultérieurement – et comme un rempart contre l'arbitraire des gouvernants. Néanmoins, au XVIII<sup>e</sup> siècle, cette apparente unité reste comportementale, c'est-à-dire de l'ordre de l'usage à travers des mécanismes organisationnels. Institutionnellement, la profession ne constitue pas une corporation<sup>203</sup>. Elle n'est pas dotée de statuts et sa pratique reste très différente dans le Royaume en fonction de l'importance de la compétence de la juridiction à laquelle le professionnel est rattaché. Une plus grande unité n'est envisageable qu'après la Révolution française de 1789. Il

---

<sup>199</sup> Pierre-Antoine Berryer, né en 1790 à Paris et mort en 1868 à Augerville-La-Rivière est un avocat et homme politique français. Célèbre, notamment, pour avoir défendu Chateaubriand.

<sup>200</sup> Plaidoirie retranscrite dans KARPIK, L. (1995). *Les avocats. Entre l'Etat, le public et le marché, XIII<sup>e</sup>-XX<sup>e</sup> siècle*. Paris : Bibliothèque des sciences humaines, Gallimard.

<sup>201</sup> KARPIK, L. (1995). *Les avocats. Entre l'Etat, le public et le marché, XIII<sup>e</sup>-XX<sup>e</sup> siècle*. Paris : Bibliothèque des sciences humaines, Gallimard.

<sup>202</sup> Sur l'adhésion progressive de la profession à ces grands principes lire : LAMAZE (de), E. et PUJALTE, C. (2009). *Les principes essentiels de la profession d'avocat et leurs applications pratiques*. In *L'Avocat, le Juge et la déontologie*. Paris : PUF. Chapitre VI.

<sup>203</sup> Le mot corporation est le terme utilisé, lors de leur suppression au XVIII<sup>e</sup> siècle puis sous la Révolution française, par les tenants du libéralisme pour désigner les communautés de métiers des différents ordres qui avaient été instituées dans les villes françaises depuis le Moyen Âge. Ces communautés étaient une association obligatoire et de droit public, dotée d'une personnalité juridique, d'une réglementation sociale et technique et d'un pouvoir disciplinaire, dont faisaient légalement partie toutes les personnes exerçant publiquement certaines activités professionnelles dans une circonscription territoriale définie autour d'une ville ayant un échevinage ou un consulat.



n'en reste pas moins que ces traditions initiées à cette époque – et toujours en vigueur – constituent des mécanismes organisationnels indispensables à l'émergence d'un militantisme.

Ces mécanismes collectifs permettent au niveau individuel – il s'agira de le développer dans le prochain chapitre – de forger des valeurs et une conception de la Justice propre à chaque avocat. Aujourd'hui ces mécanismes ne sont plus seulement coutumiers puisqu'ils sont codifiés et que l'Ordre s'est fait le garant des valeurs éthiques de la profession.

B) L'Ordre garant des valeurs éthiques de la profession.

**86. *Dichotomie Barreau d'affaire et Barreau judiciaire.*** Les mécanismes organisationnels des avocats se retrouvent dans les valeurs éthiques érigées par la profession et dont l'Ordre est le garant. Ce dernier n'est pas qu'un gestionnaire et plus qu'un simple régulateur. Il possède un pouvoir disciplinaire et peut sanctionner un membre qui ne respecte pas les règles déontologiques de la profession. Néanmoins, ce n'est pas pour autant une juridiction spéciale. Son rôle actif doit être nuancé puisque le principe de ce point de vue semble être l'autorégulation, ce qui prouve encore une fois la force des mécanismes organisationnels qui structurent la profession.

87. Dans la perception du rôle de l'Ordre dans la confrontation aux questions éthiques, il est nécessaire de distinguer les avocats judiciaires des avocats d'affaires<sup>204</sup>. Ces questions sont avant tout du ressort de la conscience puisque peu de procédures disciplinaires sont mises en place en pratique<sup>205</sup>.

88. En premier lieu, dans le domaine des *affaires*, les protagonistes se revendiquent des principes de la profession, qu'ils voient à la fois comme une prérogative et une ressource. Toutefois, l'Ordre n'est pas, pour eux, le gardien de ces derniers. Il faut également préciser que nombreux d'entre eux sont devenus des avocats par hasard, du fait de la fusion avec la profession de conseiller en entreprise<sup>206</sup>. Dans leur perception, une place plus importante est

---

<sup>204</sup> BASTARD. B. *Ethique et TIC. A quoi sert l'Ordre des avocats ?* Institut des Sciences sociales du Politique, Unité mixte de recherche 7220, CNRS, avril 2016.

<sup>205</sup> Bulletin du Barreau de Paris, avril 2016.

<sup>206</sup> MATTEOLI, F-X. (2003). La fusion des métiers d'avocat et de conseil juridique : un bilan après dix ans. *La revue des anciens élèves de l'ENA*, 329.

faite à l'autorégulation. Fréquentant moins les palais de Justice, l'organisation du barreau a moins d'impact sur leur travail. Il est vrai que le bâtonnier reste avant tout une autorité morale, il ne peut pas gouverner l'activité même des avocats et ses pouvoirs sont réduits.

89. En second lieu, dans le *barreau judiciaire*, le recours au bâtonnier est plus fréquent, mais il apparaît également comme le dernier envisagé. C'est-à-dire comme un recours en dernière intention. Comme dans le domaine des affaires, ce retour n'est envisagé que lorsque l'autorégulation par discussions entre confrères ou entre un professionnel et son client ne permet pas de trouver un compromis. L'appel au bâtonnier est souvent perçu comme étant chronophage, les délais devant les commissions disciplinaires s'étant considérablement allongés ces dernières années<sup>207</sup> et comme pouvant avoir des répercussions, notamment dans les petits barreaux, sur la réputation même de l'avocat qui le saisit.

90. En résumé, que ce soit dans le barreau d'affaire ou dans le barreau judiciaire, l'autorégulation est toujours privilégiée à la saisie de l'Ordre. Il s'agit d'une question d'organisation, mais également de réputation<sup>208</sup>.

**91. Dichotomie grands et petits barreaux.** Il existe également une différence entre les petits et les grands barreaux. Au sein des plus modestes, une certaine entraide est mise en place et les avocats élus de l'Ordre sont souvent sollicités dans leur domaine juridique de compétence par des confrères qui ont une affaire dans ce domaine mais dont ce n'est pas la spécialité. Dans les grands barreaux, en pratique, la grande majorité des sollicitations de l'Ordre concernent les taxations non payées, c'est-à-dire les hypothèses dans lesquelles le client n'a pas réglé les honoraires<sup>209</sup>. Les syndicats ne sont-ils pas plus à même de représenter les intérêts de la profession comme c'est le cas dans les pays de tradition anglo-saxonne, où face à eux se trouvent l'Etat et la magistrature qui posent les règles ? Il est certain que la place des ordres en France est singulière en Europe en raison de l'autonomie dont ils disposent.

---

<sup>207</sup> BASTARD, B. *Ethique et TIC. A quoi sert l'Ordre des avocats ?* Institut des Sciences sociales du Politique, Unité mixte de recherche 7220, CNRS, avril 2016.

<sup>208</sup> LAZEGA, E. (2001). *The collegial Phenomenon. The Social Mechanism of Cooperation among Peers in a Corporate Law Partnership*. Oxford : Oxford University Press.

<sup>209</sup> Bulletin des avocats de l'Ordre des avocats de Paris, 30 mars 2008.



92. *Rôle de l'Ordre*. Cependant, les changements importants dans la profession<sup>210</sup> renforcent les pouvoirs de l'Ordre au détriment de l'indépendance de ses membres<sup>211</sup>. Même les avocats d'affaires tiennent à être bien différenciés des juristes d'entreprise parce qu'ils respectent des principes essentiels, notamment celui de l'indépendance. L'autorégulation est certes le principe, mais elle a ses limites surtout dans un contexte d'augmentation exponentielle du nombre de membres en exercice et au vu de l'attractivité de la profession chez les jeunes diplômés. Il est nécessaire, pour qu'elle fonctionne, qu'existe une proximité au sein des barreaux qui disparaît du fait de cette augmentation du nombre de praticiens, mais également du fait de la dématérialisation des procédures et de l'émergence d'un barreau d'affaire. L'incapacité des avocats de gérer les déviances de certains des leurs risque de jeter le discrédit sur l'ensemble de la profession, notamment face aux magistrats. Il persiste donc une volonté de cohésion face à la mutation de l'exercice du métier<sup>212</sup>.

93. De ce point de vue, le rôle de l'Ordre est central dans l'accompagnement de la profession dans le processus de dématérialisation dont font l'objet les procédures judiciaires. Les avocats, en particulier les générations les plus anciennes, ont tendance à considérer qu'ils subissent ces évolutions technologiques. Ce qui explique, en pratique, qu'ils délèguent volontiers l'organisation nécessaire à cette transition aux instances représentatives de la profession<sup>213</sup>.

94. Par conséquent, c'est à travers les questions éthiques, principalement, que l'Ordre joue réellement son rôle d'unificateur de la profession, lui donnant une dimension collective. La déontologie va permettre, notamment, d'encadrer l'utilisation des nouvelles technologies. La tentation, dans un secteur de plus en plus concurrentiel, notamment au sein du barreau de Paris, peut être d'essayer de « se rendre visible » par tous moyens. Internet rend très difficile ces questions de déontologie parce qu'il demande des moyens très importants pour le cadrer. Du point de vue de ce contrôle éthique dans l'exercice de la profession, l'Ordre apparaît comme bienveillant. Se retrouve l'idée très forte de *famille* (encore une fois, en particulier dans les barreaux de taille modeste comme celui de Reims, mais également dans des barreaux plus importants comme ceux de Nantes et de Toulouse), l'Ordre étant en quelque sorte la figure

---

<sup>210</sup> Qui seront abordés dans le chapitre 2 du titre 2 de la présente partie consacré au barreau contemporain.

<sup>211</sup> KARPIK, L. (1995). *Les avocats. Entre l'Etat, le public et le marché, XIII<sup>e</sup>-XX<sup>e</sup> siècle*. Paris : Bibliothèque des sciences humaines, Gallimard.

<sup>212</sup> FAVEREAU, O. (2010). « Les avocats, entre ordre professionnel et ordre marchand », rapport du Conseil national des Barreaux. *Revue d'économie industrielle*. Numéro 131, pages 155 et 156.

<sup>213</sup> PANDELON, G. (2019). *Le métier d'avocat en France*. Que sais-je ? Presses Universitaires de France.

paternelle. Il est perçu comme recourant à une justice douce et compréhensive. Les sanctions se limitent souvent à des avertissements, les bâtonniers essayant d'adopter une logique de degrés : de la simple discussion à la radiation<sup>214</sup>. L'Ordre protège lors des conflits entre avocats, mais également et surtout lorsqu'un confrère est inquiété par la justice<sup>215</sup>. La présence du bâtonnier est par exemple obligatoire lors de la perquisition d'un cabinet depuis la loi du 15 juin 2000 renforçant la présomption d'innocence et les droits des victimes. Il est le garant de plusieurs principes dont se revendiquent les avocats qu'ils plaident dans le domaine judiciaire ou qu'ils conseillent dans celui des affaires. Les principes qui reviennent le plus souvent et qui sont présentés par les avocats eux-mêmes comme étant centraux dans la perception de leur métier sont l'indépendance, le secret professionnel, la confraternité et la loyauté. Au barreau de Paris, il existe plusieurs commissions qui sont spécialisées dans la protection et la promotion de ces principes. Ainsi, existe-t-il une commission de *Relations avec les juridictions*, qui gère les incidents déontologiques notamment à l'audience entre les magistrats et les avocats, une autre *Secret professionnel et respect du contradictoire* et il existe au sein de la commission déontologique une permanence déontologique<sup>216</sup>. Les principes de confidentialité et d'indépendance sont importants dans les échanges et les relations entre confrères, notamment vis-à-vis du juge. Seul l'Ordre semble pouvoir les garantir de façon effective. C'est à lui que revient la mission de préserver la relation privilégiée entre l'avocat et son client et le secret de leurs échanges est fondamental afin qu'ils ne soient pas utilisés à mauvais escient<sup>217</sup>, que ce soit dans les rapports de l'avocat avec ses clients qui peuvent avoir des objectifs malhonnêtes, ou dans ceux avec l'Etat, qui peut se servir de ces informations lors de ses investigations.

95. Concernant la confraternité et la loyauté, ce sont peut-être les principes les plus mis à mal par l'ouverture massive aux pratiques concurrentielles<sup>218</sup>. Les avocats sont par définition dans le conflit permanent, comment dès lors être confraternels ? La question se pose notamment pour les avocats d'affaires qui évoluent dans une sphère libérale. Au premier abord, le rôle de l'Ordre peut sembler moins important sur cette thématique. Les conflits entre avocats se résolvent directement devant les magistrats lors des audiences. Pourtant cette question est centrale, en particulier dans les grands barreaux où le poids social est moins pesant et où le turn-

---

<sup>214</sup> BASTARD. B. *Ethique et TIC. A quoi sert l'Ordre des avocats ?* Institut des Sciences sociales du Politique, Unité mixte de recherche 7220, CNRS, avril 2016.

<sup>215</sup> LAVAL, G. (2016). *Les Etelin avocats. Ne rien lâcher !* Editions Talaia.

<sup>216</sup> Site internet de l'Ordre du barreau de Paris [www.avocatparis.org](http://www.avocatparis.org), consulté le 22 novembre 2017.

<sup>217</sup> BASTARD. B. *Ethique et TIC. A quoi sert l'Ordre des avocats ?* Institut des Sciences sociales du Politique, Unité mixte de recherche 7220, CNRS, avril 2016.

<sup>218</sup> RUDE-ANTOINE, E. (2014). *L'éthique de l'avocat pénaliste*. L'Harmattan.

over des collaborateurs augmente le risque de voir partir un avocat avec la clientèle d'un autre. Dès lors l'éthique – contrôlée par l'Ordre – reste le dernier instrument de régulation et il s'agit d'un instrument puissant. La déontologie est perçue comme un état qui se perpétue même en dehors des heures de travail et en dehors du cabinet.

96. En résumé, l'institution accompagne les professionnels dans les grandes transformations qu'elle connaît ces dernières décennies, que ce soit d'un point de vue logistique ou déontologique. Elle favorise par ce biais la continuité de l'existence des mécanismes organisationnels qui unissent la profession et qui permettent le militantisme en son sein. Ces différentes prérogatives encore attachées à l'institution constituent la preuve que malgré les doutes nourris par certains avocats sur l'importance du rôle de cette institution, elle est encore capable de les encadrer et surtout de les mobiliser. Même si elle est fortement critiquée<sup>219</sup>, il semble qu'une majorité d'avocats ne désire pas pour autant sa suppression et reconnaît son importance dans la cohésion de la profession par un travail invisible mais indispensable<sup>220</sup>. Cette reconnaissance s'explique aussi parce que le nombre d'avocats étant en très forte augmentation, il est nécessaire pour les Ordres de devenir de véritables organisations structurées.

**97. Critiques à l'encontre de l'Ordre.** Les critiques les plus courantes à son égard sont que l'Ordre est une institution ancienne, corporatiste, coûteuse, dépensière et gangrenée par les jeux de pouvoir et de prestige<sup>221</sup>. La légitimité même de son autorité est remise en question, notamment quant à ses compétences disciplinaires et donc à son pouvoir de sanction, alors qu'elle ne peut être considérée comme une juridiction. Ces reproches ne sont pas dénués de fondements puisque la Cour européenne des droits de l'Homme, dans sa définition autonome de ce qu'est la matière pénale<sup>222</sup>, spécifie que les instances de poursuite, d'instruction et de jugement doivent être séparées au sein des commissions disciplinaires. Il reste, néanmoins, que l'Ordre est à la fois l'institution qui édicte les règles de fonctionnement et de déontologie de la profession, puis celle qui est en charge de les faire respecter et de sanctionner leur manquement par un membre. L'Ordre, dans ses fonctions d'accompagnement des transformations de la profession, de gardien des règles déontologiques qui en font sa spécificité et d'organe politique

---

<sup>219</sup> Lire par exemple : LA PALLIERE (de), A. (2019). *La face cachée de la robe*. Michalon Eds.

<sup>220</sup> BASTARD. B. *Ethique et TIC. A quoi sert l'Ordre des avocats ?* Institut des Sciences sociales du Politique, Unité mixte de recherche 7220, CNRS, avril 2016.

<sup>221</sup> FAVEREAU, O. (2010). « Les avocats, entre ordre professionnel et ordre marchand », rapport du Conseil national des Barreaux. *Revue d'économie industrielle*. Numéro 131, pages 155 et 156.

<sup>222</sup> CEDH, 8 juin 1976, *Engel et autres contre Pays-bas*.

qui en défend les intérêts, permet de donner à l'ensemble du groupe une dimension collective et assure la pérennité de son identité et ce malgré l'émergence d'un barreau d'affaire à la logique concurrentielle. Sa légitimité émanant d'une sorte de contrat social entre ses membres, parce que l'autorégulation qu'il contrôle fonctionne et parce qu'il permet à la profession de *chasser ses brebis galeuses* de façon honnête afin que toute la profession soit respectée<sup>223</sup>. L'indépendance de l'institution garantit en quelque sorte sa propre survie et permet d'en faire une structure munie de mécanismes organisationnels.

Les mécanismes organisationnels qui unissent les avocats ne sont pas les seuls qui permettent l'émergence d'une culture favorable à l'apparition d'une *vocation politique* dans la profession. De par son activité, l'avocat est un acteur légitime pour troubler l'ordre social.

## Paragraphe 2 : Troubles à l'ordre social et légitimité de l'avocat.

98. Les premières études sur le comportement collectif sont une réponse à une peur que l'on tente de comprendre pour l'appriivoiser : celle de la foule. L'image du comportement collectif comme étant quelque chose de potentiellement dangereux reste longtemps attachée aux mouvements sociaux et au militantisme (A). *A contrario*, l'avocat apparaît certes comme un fauteur de trouble, mais avec une légitimité due à son rôle de porte-parole du public (B).

### A) La perception négative du comportement collectif.

**99. Théorie de la contagion.** Principalement, trois auteurs français s'intéressent à la psychologie des foules et tentent de théoriser cette forme de comportement collectif : Taine<sup>224</sup>, Tarde<sup>225</sup> et Le Bon<sup>226</sup>. Ils développent une théorie dite de *la contagion* pour expliquer le

---

<sup>223</sup> TRIPIER, P. DUBAR, C. et BOUSSAR, V. (2011). *Sociologie des professions*. Paris : Armand Colin, Collection U.

<sup>224</sup> Hippolyte Adolphe Taine, né à Vouziers le 21 avril 1828 et mort à Paris le 5 mars 1893, est un philosophe et historien français.

<sup>225</sup> Jean-Gabriel Tarde, né le 12 mars 1843 à Sarlat-la-Canéda et mort le 12 mai 1904 à Paris, est un juriste, sociologue et philosophe français et l'un des premiers penseurs de la criminologie moderne.

<sup>226</sup> Gustave Le Bon, né le 7 mai 1841 à Nogent-le-Rotrou et mort le 13 décembre 1931 à Marnes-la-Coquette, est un médecin, anthropologue, psychologue social et sociologue français.

développement d'actions collectives. Ainsi, Taine défend-t-il l'idée selon laquelle l'Homme est un animal qui retombe dans son état de nature à chaque fois qu'il se retrouve en foule<sup>227</sup>. Il explique comment chaque individu est plus ou moins susceptible de retomber dans cet état en fonction de son niveau culturel et social, de sa race ou encore de son sexe.

**100. Contagion réciproque.** Tarde va plus loin, en expliquant que la contagion n'est pas ponctuelle lors d'un mouvement de foule, mais est la base de tout le système. Tout n'est qu'imitation inconsciente<sup>228</sup>. Une foule se forme donc par contagion d'idées et d'émotions entre des personnes qui ont un but commun à un moment donné. C'est par un phénomène de contagion réciproque que se diffusent les idées séditeuses. Il faut ensuite une étincelle pour que la foule puisse naître et un meneur pour qu'elle puisse perdurer. Il insiste sur l'importance de ce dernier, en distinguant le meneur primaire du meneur secondaire<sup>229</sup>. Dans la foule, chacun perd son individualité et tous poursuivent une même fin sous l'empire d'une émotion. Il donne une typologie de ces mouvements selon trois critères : la teneur de ce qui les anime (foule croyante ou foule désireuse), la nature de leur groupe de référence (économique, politique...) et leur manière d'être (expectante, attentive, manifestante ou agissante)<sup>230</sup>.

**101. Idée temporaire.** Enfin, Le Bon mène une étude plus approfondie que Tarde sur les meneurs. Ces derniers peuvent faire naître une idée temporaire tant qu'elle ne heurte pas une croyance durable difficile à détruire. Il explique que chaque société est régie à la fois par une conception générale d'elle-même – produit de la race, des traditions, des institutions politiques et sociales, de l'instruction et du temps – et par des idées temporaires. Pour qu'une mobilisation sociale puisse fonctionner, il faut que ces dernières ne se heurtent pas trop frontalement à la première<sup>231</sup>. Pour cela, Le Bon distingue trois étapes : affirmation, répétition et contagion<sup>232</sup>.

---

<sup>227</sup> TAINÉ, H. (1894). *Les origines de la France contemporaine. L'Ancien Régime*. Paris.

<sup>228</sup> FILLIEULE, O. et PECHU, C. (1993). *Lutter ensemble : les théories de l'action collective*. Paris : collection logiques politiques, l'Harmattan.

<sup>229</sup> Lorsqu'un grand mouvement de foule apparaît, il peut sembler qu'il n'y ait pas de meneur. Pourtant, cette foule n'est que le résultat d'une première manifestation dans laquelle on retrouvera toujours un meneur primaire, la foule se formant ensuite par contagion, et pouvant très bien dépasser et écraser ce premier foyer de contestation.

<sup>230</sup> FILLIEULE, O. et PECHU, C. (1993). *Lutter ensemble : les théories de l'action collective*. Paris : collection logiques politiques, l'Harmattan.

<sup>231</sup> LE BON, G. (2013). *La psychologie des foules*. Paris : PUF, Collection Quadrige, 9e édition.

<sup>232</sup> Certaines études s'appuient également sur des fondements empiriques longitudinaux et montrent que tous les comportements humains peuvent être contagieux. Sur cette question voir par exemple : <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC3830455/>

102. Ces premières études sont vivement critiquées, même si elles inspirent les suivantes. Le reproche qui leur est adressé est qu'elles sont jugées moralisatrices et données en réponse à une peur puissante en France à la fin du XIX<sup>e</sup> siècle : celle du socialisme naissant dans une société où se développe la démocratie libérale<sup>233</sup>. Elles sont alimentées par un fantasme dans lequel l'Homme en foule est perçu comme un individu dangereux ayant acquis du fait du nombre un sentiment d'invincibilité et d'impunité<sup>234</sup>. Ainsi, elles ont pour but de permettre de connaître ces mouvements afin que l'Etat ne soit pas gouverné par eux.

103. Aucun parallèle ne peut être directement fait avec la profession d'avocat qui est depuis longtemps institutionnalisée au XIX<sup>e</sup> siècle et qui peut difficilement être comparée avec une foule. Néanmoins, outre l'aspect *pionner* de ces études qui est intéressant pour la suite des développements présentés ici, ces premières recherches sont révélatrices de la méfiance générale à l'égard des comportements collectifs dans nos sociétés démocratiques, guidées par l'idée de consensus et par la théorie prescriptive classique de la démocratie représentative<sup>235</sup>. Dans ce contexte, la manifestation d'un mouvement social reste une *chose suspecte*. Les acteurs sociaux qui se mobilisent pour porter une revendication peuvent avoir des difficultés à se libérer de l'image de *fauteurs de troubles* qu'ils incarnent<sup>236</sup>. De ce point de vue, l'avocat est intéressant parce qu'il incarne un *fauteur de trouble légitime*.

---

<sup>233</sup> Ainsi pour Le Bon, la civilisation est le produit de l'action d'une élite éclairée, par contre la foule est barbare. L'influence croissante des foules résulte de l'effondrement de la tradition et des hiérarchies des sociétés d'Ancien Régime. C'est l'accession des catégories populaires à la vie politique qui donne aux foules une importance croissante dans la vie sociale : les syndicats, les bourses du travail résultent par exemple, selon lui, de l'action de foules.

<sup>234</sup> Sur le plan théorique, ces études posent la question complexe de savoir si un groupe se comporte comme un individu ou s'il est une entité distincte et propre. Elles soulèvent par ailleurs la question de savoir si l'individu est différent selon qu'il agit seul ou en groupe. Sur ces questions lire : BEGUE, L. (2015). *Traité de psychologie sociale : La science des interactions humaines*. De Boeck.

<sup>235</sup> Selon cette théorie, les demandes sociales ne sauraient s'exprimer directement et doivent passer par un ensemble de médiation dont le vote constitue l'élément clé, les minorités trouvant toujours à s'exprimer puisque les groupes politiques majoritaires auront toujours un intérêt à un moment ou à un autre à prendre en charge ces demandes pour augmenter leur crédit. A ce propos, lire DAHL, R. (1971) *Qui gouverne ?* Paris : Colin.

<sup>236</sup> Pendant longtemps, une théorie des foules destructrices a été avancée, les mouvements sociaux ne s'analysant qu'en termes de phénomènes irrationnels répondant à des frustrations. Sur ce point, lire FILLIEULE, O. et PECHU, C. (1993). *Lutter ensemble : les théories de l'action collective*. Paris : collection logiques politiques, l'Harmattan.

B) L'avocat comme fauteur de trouble légitime.

« Libre, sans être inutile à sa patrie, il se consacre au public, sans en être l'esclave »<sup>237</sup>.

**104. Rôle de porte-parole du public.** La naissance du Barreau français date – comme vu précédemment – du XIII<sup>e</sup> siècle, mais trouve sa source dans l'Antiquité grecque et surtout romaine<sup>238</sup>. Les écrits de cette époque influencent pendant longtemps les jeunes avocats qui se plongent dans la lecture des discours de Cicéron<sup>239</sup> ou de Quintilien<sup>240</sup>. Cette période nous lègue la figure d'orateur de l'avocat, il s'agit d'un homme de bien qui sait parler (*vir probus dicendi peritus*). Ce modèle participe à la construction de la profession, dominée par la parole et l'engagement de l'avocat dans la vie publique et politique de son temps. C'est avec la redécouverte du droit romain que la profession réapparaît et se réglemente au XIII<sup>e</sup> siècle. La première ordonnance royale date de 1274<sup>241</sup>. L'avocat a un rapport au monde et une indépendance qui favorisent son implantation dans la représentation de l'opinion publique. Il s'agit déjà sous l'Ancien Régime d'une nécessité pour le Barreau, que de se forger cette identité afin de pouvoir exister une fois émancipé de la protection des Parlements<sup>242</sup>. Cette image – si elle constitue nous l'avons dit des mécanismes organisationnels – lui permet également de devenir légitime auprès des justiciables dans son rôle de défense avec une double dimension, à la fois technique et morale. La position de porte-parole reste dans un premier temps enfermée dans la chose judiciaire, avant qu'elle atteigne la société civile dans son ensemble. Ce rôle transitoire, il le doit à sa capacité de mobilisation de l'opinion publique. L'exemple le plus ancien et qui marque un tournant important dans l'indépendance et l'influence de la profession est celui de l'engagement des avocats parisiens dans la crise politico-religieuse des années 1728-1732 concernant les jansénistes. La position de l'avocat comme porte-parole du public lui permet de transformer une affaire en cause. Ce rôle lui permet de se détacher de l'Etat et de son client en prétendant parler et agir au nom de cette figure impersonnelle qu'est le public. Cette

<sup>237</sup> d'AGUESSEAU. H-F. *L'indépendance de l'avocat* ; discours de rentrée, 1693.

<sup>238</sup> KARPIK, L. (1995). *Les avocats. Entre l'Etat, le public et le marché, XIII<sup>e</sup>-XX<sup>e</sup> siècle*. Paris : Bibliothèque des sciences humaines, Gallimard.

<sup>239</sup> Cicéron, né en 106 av JC à Arpinum et mort en 43 av JC à Gaète, est un homme d'Etat, avocat et auteur latin.

<sup>240</sup> Quintilien est un rhéteur et pédagogue latin du 1<sup>er</sup> siècle après JC. Il est l'auteur d'un important manuel de rhétorique l'*Institution oratoire*, dont l'influence sur l'art oratoire se prolonge durant des siècles.

<sup>241</sup> Ordonnance royale du 27 octobre 1274 promulguée par Philippe III le Hardi réglementant la profession d'avocat.

<sup>242</sup> Un Parlement est, sous l'Ancien Régime, dans le Royaume de France, une cour de justice de dernier ressort, dite aussi cour souveraine, puis cour supérieure à partir de 1661, qui rend la Justice au nom du Roi, dans un territoire délimité.



double dimension (technique et morale) et ce détachement sont d'autant plus vrais sous la III<sup>e</sup> République, lorsque l'avocat est un acteur politique privilégié. Lorsqu'il porte la parole devant le corps électoral, il n'intervient pas au nom de ses intérêts propres ou de ceux de ses clients.

105. Dès 1830, le pouvoir politique appelle les avocats à construire un véritable modèle professionnel. Les conseils de l'Ordre sont invités à définir ce que doit être un bon avocat<sup>243</sup>. Ainsi, ce dernier, qui est toujours *le vir probus peritus* de l'Antiquité, est également animé par un devoir d'assistance à l'égard de son prochain et par la conscience d'être un serviteur du droit, chargé de remplir une mission d'intérêt public<sup>244</sup>. Ce rôle n'est possible que parce que l'avocat est véritablement devenu indépendant.

**106. Légitimité de la légalité.** L'usage militant du droit peut prendre des formes très diverses et mobiliser plusieurs corps sociaux, plusieurs professions et catégories de personnes. Néanmoins, l'étude de la profession d'avocat sous cet angle semble particulièrement intéressante tant son identité s'est très tôt construite sur cette vocation de représentation d'intérêts collectifs. L'avocat est un professionnel de la contestation juste, légitimé par la détention d'un savoir, de la connaissance juridique. Il détient une forme de *légitimité de la légalité*. Les avocats en tant que corps, l'Ordre, le Barreau de Paris, ont incarné ou incarnent encore la voix de la Nation face à l'Etat<sup>245</sup>, légitimés par un rôle de représentation de l'opinion publique. Il s'agit d'une profession charnière parmi les acteurs sociaux en France. Charnière parce qu'elle se trouve entre la société civile porteuse de revendications sociales et la société judiciaire, qui représente la puissance étatique, le pouvoir (auquel les avocats ont longtemps eu un accès privilégié). L'atout de cette profession est sa capacité à devenir un porte-parole du public, lui permettant d'avoir un rôle et une influence politique conséquent, sortant victorieux de combats avec d'autres forces lui étant en principe bien supérieures.

---

<sup>243</sup> L'arrivée au pouvoir en 1830 de Louis-Philippe I<sup>er</sup> s'accompagne d'importantes réformes des institutions et de l'instruction ayant pour but d'ancrer une adhésion de l'opinion publique à la monarchie parlementaire et de placer aux fonctions importantes du pays des personnes en adéquation avec le nouveau régime.

Sur ce point lire par exemple : LECOMTE, C. (1990). La Faculté de droit de Paris dans la tourmente politique, 1830-1848. *Revue d'histoire des facultés de droit*. Pages 59 à 98.

<sup>244</sup> OZANAM, Y. (2016). *Histoire des avocats*. In BEIGNIER, B. et VILLACEQUE, J. (dir.). *Droit et déontologie de la profession d'avocat*. Gazette du Palais, Seconde édition.

<sup>245</sup> La Nation, en opposition ici à l'Etat est entendue comme le public, le peuple, face à ses dirigeants dépositaires du pouvoir public.



Au regard de cette démonstration, la profession d’avocat constitue une *organisation structurée*, unie et légitime à porter une revendication sociale. Toutefois, pour parler de militantisme, encore faut-il qu’elle se mobilise ou qu’elle soit mobilisée.

## **Sous-Section 2 : Organisation mobilisable.**

107. La mobilisation de la profession d’avocat est possible grâce au rôle d’intermédiaire que joue l’avocat dans la société entre les aspirations du corps social et les autorités publiques (Paragraphe 1) et plus généralement parce qu’il est un acteur extérieur d’importance dans le *répertoire d’action collective* de groupes déjà mobilisés (Paragraphe 2).

### **Paragraphe 1 : Rôle d’intermédiaire.**

108. L’identité de l’avocat comme fauteur de trouble légitime est renforcée en France parce que le pays a une tradition de l’usage de la violence propice à l’émergence de mouvements sociaux (A). Cette tradition fait du barreau un intermédiaire entre les aspirations du corps social et les autorités publiques (B).

#### **A) Tradition contestataire française.**

**109. Gurr.** Ted Robert Gurr<sup>246</sup> explique que l’émergence d’une action collective n’est pas question de contagion mais de convergence. Il développe une théorie dite de la *privation relative* qui part d’un schéma frustration-agression. L’individu se mobilise parce qu’il devient frustré du fait du décalage entre ce à quoi il aspire et ce qu’il est capable d’obtenir<sup>247</sup>. Gurr

---

<sup>246</sup> Ted Robert Gurr est un politologue américain né à Spokane en 1936, spécialiste de l’analyse des conflits sociaux et politiques. Il est notamment l’auteur de l’ouvrage « Why Men Rebel » (1970). Il développe dans cette œuvre les trois formes de frustrations qui peuvent conduire à l’action collective.

<sup>247</sup> GURR, T. (1976). *Rogues, rebels, and reformers : a political history of urban crime and conflict*. Royaume-Uni : Beverly Hills London : Sage publications.

remet donc en question la vision profondément populaire des mouvements sociaux, en expliquant que la mobilisation n'est pas de façon automatique l'objet de classes sociales inférieures, mais émerge plutôt d'une misère de position<sup>248</sup>. Il développe trois schémas : le niveau de satisfaction décline alors que le niveau d'exigence stagne. Le niveau de satisfaction stagne alors que le niveau d'exigence augmente. Le niveau de satisfaction décline et le niveau d'exigence augmente. Les trois peuvent déboucher sur une violence collective dans la mesure où le mécontentement se focalise sur une considération politique<sup>249</sup>. Ted Robert Gurr développe deux systèmes pour que ce soit le cas, qui sont fondés sur l'usage stratégique de la violence. La question est de savoir dans quelle mesure le recours à la violence est admis dans une société ? Existe-t-il des données culturelles, une mémoire collective ou une tradition de mobilisation pouvant légitimer le recours à la force ? Les avocats français sont – de par leur profession – légitimes à exercer une forme de *violence* – celle des prétoires – sachant que la légitimation de la violence dans une société donnée est d'autant plus probable que celle-ci a précédemment été employée avec succès<sup>250</sup>. La France issue de la Révolution française de 1789 ne serait-elle pas, dès lors, un terrain propice à ce type de manifestation de *violence légitime* ? Sur ce point, plusieurs études ont pu être menées sur l'usage de la violence en France dans les mouvements populaires et ce dès les révoltes paysannes du XVII<sup>e</sup> siècle<sup>251</sup>, soit bien avant la Révolution française de 1789<sup>252</sup>. Charles Tilly lui-même (auteur qui sera abordé plus en profondeur pour sa participation à la théorie de la mobilisation des ressources) consacre une partie de ses recherches à la France et à l'usage de la violence<sup>253</sup>, dans ce pays en particulier<sup>254</sup>. L'Hexagone a une tradition contestataire populaire forte qui perdure après la Révolution de 1789 (Révolutions de 1830 et de 1848, la Commune de Paris, mai 1968, les gilets jaunes...). Cette

---

<sup>248</sup> NEVEU, E. (1996). *Sociologie des mouvements sociaux*. Paris : La découverte, page 44.

<sup>249</sup> FILLIEULE, O. et PECHU, C. (1993). *Lutter ensemble : les théories de l'action collective*. Paris : collection logiques politiques, l'Harmattan.

<sup>250</sup> Sur ce point, voir également l'étude de Sidney G. Tarrow, né le 3 novembre 1931 est un professeur de science politique et de sociologie américain, connu pour ses recherches dans les domaines de politique comparée, mouvements sociaux, partis politiques, actions collectives et sociologie politique : TARROW, S. (1989). *Democracy and Disorder : Protest and Politics in Italy 1965-1975*. Oxford : Clarendon Press.

<sup>251</sup> Sur ce point, une étude complète a été faite par l'historien marxiste russe B. PORCHNEV, professeur à l'Université de Moscou dans les années 1950, résumée dans l'article de MANDROU, R. (1959). Les soulèvements populaires et la société française du XVII<sup>e</sup> siècle. *Annales. Economies, Sociétés, Civilisations*. Volume 14, 4, pages 756 à 765.

<sup>252</sup> Jean Jaurès a mené une étude très complète des mouvements populaires durant la Révolution française de 1789 retranscrite dans JAURES, J. (1973). *Histoire socialiste de la Révolution française*. Paris : Editions Sociales.

<sup>253</sup> TILLY, C. (2003). *The Politics of Collective Violence*. Cambridge University Press.

<sup>254</sup> TILLY, C. (1986). *La France conteste : de 1600 à nos jours*. Fayard, l'espace du politique.

tradition transcende le mouvement communiste en France à ses débuts<sup>255</sup> et existe encore sous la V<sup>e</sup> République<sup>256</sup>, au point que certains parlent d'un *mythe national*<sup>257</sup>. Depuis la Révolution française de 1789, la violence – et son évocation verbale – est devenue un référentiel politico-social et même institutionnel à certaines périodes de l'Histoire révolutionnaire et postrévolutionnaire, notamment durant la Terreur<sup>258</sup> où elle devient un instrument de pouvoir. Référentiel qui peut se développer parce que la France a une culture démocratique forte, elle-même favorable au développement de la contestation<sup>259</sup> et de la confrontation<sup>260</sup>, selon les critères donnés par Herbert Kitschelt<sup>261</sup>. Ce dernier explique que la France est un pays *fermé* et *fort*, c'est-à-dire avec peu d'ouverture du système politique mais avec une grande capacité de ce système à lancer des politiques publiques.

**110. Tradition culturelle.** Gurr parle de *tradition culturelle*. Ainsi, un double renvoi peut être fait par rapport à la société française et par rapport à la profession elle-même. A cette tradition culturelle s'ajoute une série d'autres facteurs matériels (efficacité des réseaux de communication) ou idéologiques (est-ce qu'il existe dans tel groupe mobilisable une idéologie contestataire puissante ?). Autant d'éléments qui sont transposables à l'exercice de la profession d'avocat, en particulier en France. En résumé, au regard de cette analyse de Gurr, les avocats français semblent être propices à se mobiliser afin de participer ou de donner naissance à un mouvement social, parce qu'ils évoluent dans une société où l'usage de la violence populaire est légitimé par une tradition de contestation et de confrontation, un *mythe national* – et est donc jugé efficace – mais également parce que les membres du barreau sont liés par une idéologie contestataire puissante et qu'ils forment un réseau de communication efficace. Cependant Gurr n'expose pas comment il est possible de passer de sentiments isolés à une

---

<sup>255</sup> BOULOUQUE, S. (2004). Usages, sens et fonction de la violence dans le mouvement communiste en France 1920-1936. *Violence, Guerre, Révolution : l'exemple communiste, Revue d'études pluridisciplinaires*, 78/79, pages 105-130.

<sup>256</sup> GARRIGUES, J. (2008). *La France de la V<sup>e</sup> République : 1958-2008*. Armand Collin, Collection AC. Grand Public.

<sup>257</sup> MARTIN, J-C. (2006). *Violence et Révolution. Essai sur la naissance d'un mythe national*. Ed du Seuil, Collection l'Univers historique.

<sup>258</sup> Ou République Jacobine « *Correspond à la phase radicale de la Révolution française et s'étendant de septembre 1792 à juillet 1794, cette période voit l'installation du régime républicain et la mise en œuvre du gouvernement révolutionnaire* ». GASPARI, E. et GOJOSSE, E. (2015). *Introduction historique au Droit et Histoire des Institutions*. Lextenso, 6ème édition, page 135.

<sup>259</sup> TARROW, S. (1989). *Democracy and Disorder : Protest and Politics in Italy 1965-1975*. Oxford : Clarendon Press.

<sup>260</sup> KITSCHOLT, H. (1988). Organization and Strategy in Belgian and West German Ecology Parties. *Comparative Politics*, 20, pages 127 à 154.

<sup>261</sup> Herbert Kitschelt, né en 1955 est un professeur de science politique américain spécialiste de l'Europe de l'Ouest.

volonté d'agir ensemble, ni comment une population en vient à partager une perception de l'illégitimité d'une situation. Toutefois, son étude reste primordiale pour l'analyse de la profession d'avocat comme acteur de mouvements sociaux puisqu'il devient – dans ce cas précis – plus aisé de démontrer comment la perception de l'illégitimité d'une situation peut en venir à être partagée par les membres d'un mouvement et comment des sentiments isolés conduisent à une volonté d'agir ensemble.

B) L'avocat porte-parole du public.

**111. Tensions structurelles.** La théorie du *collective behavior* explique la naissance d'un mouvement social comme la réponse collective à une tension structurelle, tant au niveau des valeurs que des normes ou des groupes<sup>262</sup>. Cette tension découle de modifications empiriques aux niveaux inférieurs du système, ne trouvant pas de traitement approprié dans le cadre des institutions et des ressources existantes<sup>263</sup>. Il existe ainsi une idée de niveau : des transformations au niveau inférieur apparaissent, entraînant une inadéquation entre cette nouvelle réalité et les structures et institutions existantes au niveau supérieur. Cette inadéquation a pour conséquence l'émergence de tensions pouvant entraîner une mobilisation des acteurs présents dans la couche inférieure pour modifier le fonctionnement de la couche supérieure. L'avocat, agent du système, acteur de la couche supérieure, peut servir d'instrument aux acteurs de la couche inférieure pour opérer des changements structurels et institutionnels du fait d'une certaine popularité au sein des couches inférieures – nous le verrons lorsqu'il s'agira d'identifier les formes de militantisme au sein de la profession – constatée notamment par le nombre d'avocats élus comme représentants du peuple. Ces derniers permettent de confronter la légitimité des revendications du niveau inférieur à la légalité instaurée par le niveau supérieur<sup>264</sup>. Il s'agit d'une forme de militantisme : se faire l'intermédiaire entre des aspirations populaires et les structures d'exercice du pouvoir. Les responsables des

---

<sup>262</sup> SMELSER, N-J. (1962). *Theory of collective behavior*. New-York : Free Press.

<sup>263</sup> LGDJ. (1993). *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*. Paris : LGDJ, deuxième édition corrigée et augmentée.

<sup>264</sup> Cette idée renvoie aux études de Max Weber sur le rapport en droit entre légalité et légitimité, idée exploitée pour les avocats par Liora Israël, dans le contexte très particulier de crise politique que représente la seconde guerre mondiale : ISRAËL, L. (2005). *Robes noires, années sombres. Avocats et magistrats en résistance pendant la Seconde Guerre mondiale*. Paris : Fayard.

mouvements sociaux ont intérêt à rechercher des connexions durables avec d'autres circuits de traitement des problèmes sociaux que Joseph R. Gusfield<sup>265</sup> nomme les *propriétaires des problèmes publics*, agents considérés comme habilités à gérer un type de dossier et pouvant durablement négocier avec les autorités administratives et gouvernementales<sup>266</sup>. Ainsi, la mobilisation ne dépend plus directement des individus susceptibles de se mobiliser à la base – dont Olson a montré qu'ils n'ont aucun intérêt individuellement à entrer dans l'action collective – mais d'*acteurs extérieurs*. Ces derniers travaillent sur deux points : les relations internes des mouvements et les relations externes avec d'autres mouvements, d'autres entrepreneurs, contre-mouvements, mais également avec le politique (contrôle social). Les avocats peuvent donc être considérés à la fois comme une organisation capable de se mobiliser et comme un *entrepreneur extérieur* nécessaire à la survie d'une action collective.

**112. Mouvement politique.** Ce positionnement de l'avocat comme intermédiaire s'inscrit également dans la notion de *mouvement politique*<sup>267</sup> développée par Lucien Karpik. Cette idée de *mouvement politique* renvoie à la notion développée de *mobilisation des ressources*. Les théoriciens de la *mobilisation des ressources* montrent que la mobilisation – comme action de rassembler et de dynamiser les énergies – ne va jamais de soi et surtout n'est pas une simple étape dans la défense d'intérêts collectifs. Il y a trois variantes à la mobilisation, qui ont pour point commun d'être envisagées comme un processus dynamique. La première dimension de cette mobilisation, dite *classique*, est formulée par Anthony Oberschall<sup>268</sup> qui fait un lien entre les aspects structuraux de la collectivité mobilisable et le recrutement des individus. Dans cette vision, la mobilisation est tournée contre les détenteurs du pouvoir et a un caractère foncièrement contestataire. La deuxième vision, qui se rapproche plus de la mobilisation des avocats, théorisée par John McCarthy et Mayer Zald<sup>269</sup> insiste sur les mouvements sociaux professionnels. Ce ne sont pas les bénéficiaires potentiels qui se mobilisent, mais des soutiens extérieurs : « *des membres et des sympathisants par*

---

<sup>265</sup> Joseph R. Gusfield, né le 6 septembre 1923 à Chicago et mort le 5 janvier 2015, est un sociologue américain.

<sup>266</sup> GUSFIELD, J. (1981). *The Culture of Public Problems: Drinking, Driving, and the Symbolic Order*. Chicago : University of Chicago Press.

<sup>267</sup> L'avocat – il s'agira de l'analyser – quand il n'est pas lui-même politique, développe des instruments pour tenter d'influencer le fonctionnement de l'Etat, notamment par des écrits : c'est l'émergence de l'avocat politique, porte-parole du public par le biais des mémoires qui permettent aux barreaux, d'après Lucien Karpik, de se faire mouvement politique. Ces mémoires sont en faveur des réformes et contre les iniquités.

<sup>268</sup> OBERSCHALL, A. (1973). *Social conflict and social movements*. USA : Prentice-Hall series in sociology.

<sup>269</sup> MAC CARTHY, J. et ZALD, M. (1973). *The Trend of Social Movements in America : Professionnalization and Resource Mobilization*. Morristown : General Learning Press.

*conscience* »<sup>270</sup>, chez lesquels émergent des entrepreneurs politiques – des intermédiaires – qui deviennent leaders de ces mouvements. Il s’agit de la variante dite *économistique* privilégiant la dimension instrumentale des ressources. Enfin, la troisième variante replace la mobilisation dans un contexte *politique*. L’accent est porté sur les coalitions possibles pour compenser des déséquilibres du pouvoir dans le but pour certains membres de rentrer dans le système politique. Ces jeux de coalition influencent le politique mais sont également influencés par lui. Le gouvernement peut laisser se développer les tentatives de mobilisation ou au contraire les réprimer. L’environnement politique, qui interfère avec la collectivité mobilisable, est au cœur de cette analyse. Ces trois dimensions de la mobilisation sont donc réunies dans la théorie de *mobilisation des ressources* qui nous intéresse : il ne faut pas oublier ces trois aspects dans l’analyse qui est la nôtre de la mobilisation de la profession des avocats puisque chaque dimension constitue un instrument militant à travers des acteurs intermédiaires distincts : media, magistrats, barreaux et politiques.

Ce rôle d’intermédiaire de l’avocat lui permet de devenir une *aide extérieure* dans le *répertoire d’action collective* d’un groupe mobilisé ou qui souhaite se mobiliser.

### Paragraphe 2 : Aide extérieure et répertoire d’action collective.

113. Obershall et Tilly, s’inscrivant dans la théorie de la *mobilisation des ressources*, tentent d’y intégrer un modèle politique. Pour étudier le processus de mobilisation, ils en apprécient la base en analysant les groupes préexistants<sup>271</sup>. Comme mentionné dans les développements qui précèdent, l’accent est ici porté sur les coalitions possibles pour compenser des déséquilibres du pouvoir dans le but pour certains membres de rentrer dans le système politique. L’interaction entre ces groupes coexistant est favorable à l’émergence d’une mobilisation. Dans ce cadre, la profession d’avocat est intéressante à double titre : elle peut représenter une *aide extérieure* (A) et faire partie du *répertoire d’action collective* d’un autre groupe (B), ce qui en fait une organisation mobilisable.

---

<sup>270</sup> FILLIEULE, O. MATHIEU, L. et PECHU, C. (2009). *Dictionnaire des mouvements sociaux*. SciencesPo les presses.

<sup>271</sup> FILLIEULE, O. et PECHU, C. (1993). *Lutter ensemble : les théories de l’action collective*. Paris : collection logiques politiques, l’Harmattan.

A) L'aide extérieure.

**114. Aide extérieure.** Obershall<sup>272</sup>, le premier, tout en restant fidèle au principe *olsonien* de la rationalité de l'action collective, met en évidence que les individus appartiennent à des communautés et ne peuvent donc pas être étudiés comme des acteurs rationnels isolés dans une situation de marché. Il explique que dans une situation problématique, il y a toujours au moins une personne qui a un intérêt à ce qu'une mobilisation voie le jour. Dès lors, une aide extérieure ou un groupe mobilisable est toujours à l'origine de la naissance du phénomène<sup>273</sup>. Obershall rejoint donc l'idée de ses prédécesseurs sur l'importance des *groupes* et *aides extérieurs* dans l'émergence d'un mouvement social. Cette aide peut être matérielle, mais également simplement un leadership. Dans le cas des avocats, ils peuvent apporter les deux. A savoir une aide matérielle composée d'un savoir-faire juridique et un leadership dans le prétoire et dans les media. Comme Olson, Obershall fait de l'organisation une ressource nécessaire et une condition essentielle de l'action collective, plus que l'idéologie ou la présence même d'un leader<sup>274</sup>. Il met en avant l'importance – au sein des organisations – des liens horizontaux qui unissent ses membres et créent un sentiment de solidarité, liens encore très forts dans la profession d'avocat. Il montre que le modèle communautaire dans lequel les liens au sein du groupe sont nombreux, favorise une intégration aux groupes supérieurs et de pouvoirs, garantissant une forme de relai aux revendications, le groupe disposant en général de porte-parole naturels<sup>275</sup>. Comme abordé précédemment, une *organisation* a plus de chance de voir le jour lorsqu'il existe déjà une solidarité traditionnelle comme au sein du barreau. Cette dimension horizontale permet à l'*organisation* de prospérer rapidement grâce à l'utilisation de réseaux préétablis, de ressources matérielles souvent déjà mobilisées, mais également pour le barreau de leaderships naturels et d'une tradition de participation aux revendications les plus diverses. Les avocats ont un capital de moyens et de ressources important. Ce poids est le fait à la fois de la masse du groupe (nombre, puissance économique, intensité des liens objectifs), de son fort sentiment identitaire. C'est également le fait de leur capacité d'actions stratégiques (connaissance du domaine juridique et judiciaire, capacité à produire un discours de

---

<sup>272</sup> Anthony Obershall, diplômé de l'Université d'Harvard et titulaire d'un doctorat en sociologie de l'Université de Columbia en 1962 est un sociologue américain, professeur émérite de l'Université de Caroline du nord.

<sup>273</sup> OBERSCHALL, A. (1973). *Social conflict and social movements*. USA : Prentice-Hall series in sociology.

<sup>274</sup> FILLIEULE, O. et PECHU, C. (1993). *Lutter ensemble : les théories de l'action collective*. Paris : collection logiques politiques, l'Harmattan.

<sup>275</sup> NEVEU, E. (1996). *Sociologie des mouvements sociaux*. Paris : La découverte, page 59.



légitimation socialement recevable et sens de la rhétorique). Autant d'éléments qu'Obershall estime primordiaux pour l'émergence d'une action collective.

B) Le répertoire d'action collective.

**115. Transformation de l'action collective.** Les travaux de Charles Tilly méritent maintenant d'être abordés dans la mesure où plus qu'Obershall, c'est lui qui va réellement intégrer des considérations politiques à la théorie de la *mobilisation des ressources*. Historiquement, il prouve que l'action collective se transforme entre le XVI<sup>e</sup> et le XX<sup>e</sup> siècle en même temps que les sociétés occidentales s'industrialisent et modifient leur structure<sup>276</sup>. Les formes organisationnelles à la base des actions collectives se transforment avec l'émergence de nouveaux lieux de pouvoir et la centralisation de ce dernier dans les sociétés capitalistes états-nations. Les solidarités traditionnelles sont détruites au profit d'associations volontaires. Un parallèle peut être fait avec l'appropriation par les avocats durant cette période d'un statut de porte-parole du public dont l'apothéose sera la III<sup>e</sup> République, dite *République des avocats*<sup>277</sup>. Les changements structurels de la société moderne ont donc détruit les solidarités traditionnelles (villages...), à une époque de forte migration de la population vers les villes<sup>278</sup> et d'un développement considérable des media. Cette destruction se fait au profit de nouvelles associations volontaires et de nouveaux leaders renouvelant profondément le déroulement des actions collectives en France. Ces changements (urbanisation et développement des media) ont permis – il s'agira de l'étudier – de faire de la profession un acteur privilégié de ces actions, en favorisant une réduction des coûts de la mobilisation par l'impact qu'ils ont sur la vie quotidienne de la population. Enfin, l'institutionnalisation de la démocratie libérale et la participation électorale de masse créent un environnement favorable aux associations volontaires.

---

<sup>276</sup> TILLY, C. (1986). *La France conteste : de 1600 à nos jours*. Fayard, l'espace du politique.

<sup>277</sup> Sur ce point lire par exemple LE BEGUEC, G. (2003). *La république des avocats*. Paris : Armand Collin, L'histoire au présent ; ou GAUDEMET, Y-H. (1970). *Les juristes et la vie politique sous la III<sup>e</sup> République*. Paris : PUF. Ce point sera développé plus précisément lors de l'historique de la profession au sein du Titre 2 de la présente Partie, Chapitre 1 *Militantisme des causes politiques*.

<sup>278</sup> Sur ce point, voir par exemple GUERY, G. (1895). *Mouvements et diminution de la population agricole en France : Histoire et démographie*. Paris : Librairie nouvelle de droit et de jurisprudence Arthur Rousseau.



**116. Notion de répertoire d'action collective.** L'autre grand apport de l'étude de Tilly sur les mouvements sociaux est sa notion de *répertoire d'action collective*. Elle permet de souligner l'existence de registres de moyens d'action connus et utilisables par les individus dans le cadre de leur mobilisation. Ces différentes formes d'action collective constituent donc un répertoire de *standards* déjà disponibles (comme la pétition par exemple) que les individus réutilisent tels quels ou avec des variations. Le *répertoire d'action collective* évolue avec le temps et il est le résultat de la confrontation entre l'expérience accumulée des acteurs et les stratégies d'autorité du pouvoir en place<sup>279</sup>. C'est cette idée de répertoire qui permet de replacer Tilly dans la continuité de la théorie sur la mobilisation des ressources puisqu'il répond avant tout à des considérations stratégiques de la part des acteurs. Pour lui, les mouvements sociaux se cristallisent autour d'un affrontement pour l'accès aux ressources<sup>280</sup>. Il insiste également sur le rôle central des organisations dans le développement d'une action collective. Tilly place la sociabilité au cœur de la définition du groupe organisé<sup>281</sup>. Avec cette notion de *répertoire d'action collective*, un nouveau parallèle peut être envisagé quant à la double dimension de la profession d'avocat, déjà abordé dans l'étude de l'organisation selon Obershall, Mac Carthy et Zald. Ainsi, comme nous l'avons remarqué, la profession d'avocat peut être perçue à la fois comme une *organisation* en elle-même, capable de se mobiliser pour défendre ses intérêts, mais elle peut être également perçue comme une *aide extérieure* permettant l'accomplissement ou la survie d'une mobilisation entamée par une organisation préliminaire. Le même raisonnement s'applique à la notion de *répertoire d'action collective* puisque l'avocat – il s'agira de l'étudier dans la seconde partie de cette thèse – possède son propre *répertoire d'action collective*, mais peut être également envisagé comme étant lui-même un répertoire, un instrument (un standard), pour un groupe déjà mobilisé, qui estime qu'il est utile de recourir à lui pour faire avancer la cause qu'il défend. L'avocat semble même être un instrument particulièrement important puisque Tilly démontre la place centrale du rapport que la partie en lutte entretient avec le politique notamment, ou avec les autres parties en conflit. C'est ce rapport qui va déterminer le calcul coûts/avantages décisif pour l'émergence et la survie d'une action collective. Or, le canal judiciaire permet de légitimer dans une certaine mesure la cause défendue, ou du moins, d'essayer d'en contrôler la répression, ce qui peut entraîner une baisse du coût.

---

<sup>279</sup> DOLLO, C. (2017). *Lexique de sociologie*. Toulouse : Dalloz, 5e édition.

<sup>280</sup> TILLY, C. (1978). *From mobilization to revolution*. Reading Mass. Menlo Park Californie London Amsterdam : Addison-Wesley.

<sup>281</sup> *Ibid.*

## **Conclusion de chapitre :**

117. Ce premier chapitre sur le militantisme collectif se clôt par deux conclusions. La première est que la profession d'avocat est une *organisation* à la fois capable de se mobiliser selon la définition et les études sur les mouvements sociaux du *collective behavior* et de la *mobilisation des ressources*<sup>282</sup>, mais est également un instrument important au sein du *répertoire d'action collective* de groupes déjà mobilisés. Ces études ont en commun d'être fortement influencées par l'idéologie marxiste de lutte des classes. De fait, elles sont représentatives des enjeux d'une époque. Avec Smelser et sa théorie de la confrontation entre plusieurs couches de la société, Gurr et son schéma d'agression en réponse à une frustration de position, ou encore Mac Carthy et Zald et leur thèse sur l'agrégation des ressources, il est visible que les combats qui sont menés et dans lesquels l'avocat peut avoir un rôle direct ou être un instrument mobilisable (un *acteur extérieur*) ayant ou faisant partie d'un *répertoire d'action collective*, sont des combats d'accès au pouvoir politique ou des combats idéologiques pour une autre forme de politique. Ce sont donc des formes de militances qu'il s'agira d'identifier dans le cas spécifique de la profession d'avocat. De fait, un parallèle peut être entrepris entre ces deux définitions du militantisme issues des études du *collective behavior* et de la *mobilisation des ressources* et l'évolution du rôle des avocats comme *porte-parole du public* dans le temps.

118. La seconde conclusion, qui s'inscrit toujours dans la définition d'un militantisme collectif au sein de la profession, change de prisme pour s'attarder sur l'organisation de celle-ci. L'analyse n'est plus celle des études sur les mouvements sociaux en montrant qu'elles sont applicables à la profession d'avocat, mais celle de la profession elle-même comme organe capable de s'organiser de manière collective pour favoriser l'émergence de mouvements sociaux. De ce point de vue, plusieurs institutions permettent cet exercice collectif d'un militantisme : l'Ordre, le Conseil National des barreaux et surtout les syndicats, au premier rang desquels le Syndicat des Avocats de France. Si les deux premiers ont pour l'essentiel un rôle de gestionnaire, ils peuvent néanmoins représenter les intérêts de la profession dans certains cas précis, notamment à travers les liens qu'ils entretiennent avec les instances politiques qui font de la profession un intermédiaire, mais également dans des situations spécifiques où la cause défendue intéresse directement le fonctionnement de la profession, à l'image de la garde à vue.

---

<sup>282</sup> Il est important néanmoins de mentionner à ce stade que les différentes sources mobilisées n'ont pas exactement la même qualité : les études historiques et sociologiques sont davantage essayistes quand les études empiriques ont pour but de construire une démonstration.

En revanche, le Syndicat des Avocats de France est un acteur engagé non seulement dans la représentation et la protection des intérêts de la profession, mais également sur des questions sociétales s'inscrivant dans une idéologie plus globale de protection des droits fondamentaux et se voulant progressiste.

119. La profession d'avocat – dans sa dimension collective – est donc une *organisation structurée*, unie par des *mécanismes organisationnels*, intermédiaire entre les acteurs de la société civile et les instances politiques, mobilisable ou capable de se mobiliser afin de porter une revendication politique. Autrement dit, il s'agit d'une *organisation à vocation politique* et donc capable d'être le réceptacle d'un militantisme.

Toutefois, les actions ne sont pas toujours portées par les instances représentatives de la profession. Elles sont souvent le fruit de l'action individuelle d'un avocat en particulier. La question qui se pose est donc de savoir s'il existe une dimension individuelle au militantisme de la profession d'avocat ?

## **Chapitre 2 : Une vocation politique au sein d'un militantisme individuel.**

120. Peut-on militer seul ? Les études sur le comportement collectif ou sur la mobilisation des ressources au sein d'un groupe afin d'aboutir à une action collective ne peuvent pas suffire à donner une définition du militantisme dans la mesure où celui-ci, intrinsèque à la personne même évoluant dans un groupe, peut être individuel. Dès lors, l'action collective n'est qu'une forme d'un militantisme à l'origine inhérente à l'individu qui y participe<sup>283</sup>. Le militantisme est une question de conscience (Section 1). Néanmoins, concernant l'avocat, cette conscience individuelle est favorisée par l'identité de la profession elle-même, fondée sur des valeurs et une idéologie de représentation de la justice (Section 2).

---

<sup>283</sup> Sur la théorie de l'action de groupe comme sommes d'actions individuelles, voir : BEGUE, L. (2015). *Traité de psychologie sociale : La science des interactions humaines*. De Boeck.

## **Section 1 : Conscience militante.**

*« L'affection ou la haine change la justice de face. Et combien un avocat bien payé par avance trouve-t-il plus juste la cause qu'il plaide ! Combien son geste hardi la fait-il paraître meilleure aux juges, dupés par cette apparence ! Plaisante raison qu'un vent manie, et à tout sens ! »<sup>284</sup>.*

121. L'étude du caractère collectif du militantisme dans la profession d'avocat est facilitée par l'analyse de l'action des groupes qui la représentent. Celle du caractère individuel – c'est-à-dire la réponse à la question de savoir à partir de quel moment il est possible de considérer un professionnel comme étant militant d'une cause – est beaucoup plus compliquée dans la mesure où il s'agit d'une question de conscience<sup>285</sup>. Toutefois, plusieurs critères objectifs peuvent donner des indices sur cette conscience (Paragraphe 1) et une étude plus subjective a été menée à travers des entretiens et des observations sur le terrain qui d'un point de vue théorique travaille à déterminer s'il existe un militantisme individuel au sein de la profession (Paragraphe 2).

### **Sous-Section 1 : Les signes objectifs d'une conscience militante.**

122. Il existe des critères objectifs qui permettent d'avoir des indices sur l'engagement militant – d'un point de vue individuel – d'un avocat. Notamment à travers son appartenance à un organe extérieur à l'organisation de la profession, comme une association de défense d'une cause ou un parti politique (Paragraphe 1), ou au sein de la profession, comme son adhésion à un syndicat, ses fonctions dans l'Ordre, où encore à travers la structure dans laquelle est exercé le métier (Paragraphe 2).

---

<sup>284</sup> PASCAL, B. (1669). *Pensées*. Edition Librairie Générale Française, réédition de 1972, collection Le livre de Poche, page 43.

<sup>285</sup> Sur la question de la conscience, lire : FENOUILLET, D. (1993). *La conscience*. LGDJ.

Paragraphe 1 : L'appartenance à un organe militant extérieur à la profession.

*« Le point de départ c'est soit le monde associatif, soit le monde syndical. Vous retrouverez ceux que vous appelez les avocats militants, qui ont soit avant d'entrer dans la profession d'avocat, eu un engagement dans des associations, des ONG ou des syndicats, soit après coup, dans des organisations syndicales professionnelles ou dans le monde associatif. La chance que l'on peut avoir c'est de conjuguer à la fois un engagement social et en même temps une activité professionnelle. C'est peut-être ça les avocats militants »*  
Avocat numéro 40, Barreau de Paris.

123. Deux organes militants extérieurs peuvent donner des indices sur l'adhésion d'un avocat à une cause : une association (A) et un parti politique (B).

A) Une association.

**124. Association de défense de droits.** Les associations dites « loi 1901 » militantes sont nombreuses et semblent même être de plus en plus sollicitées par les pouvoirs publics, avec une réelle volonté politique de leur permettre de jouer un rôle déterminant dans l'évolution des débats d'opinion sur des questions sociétales<sup>286</sup>. Les associations sont – à titre d'exemple – au cœur des actions de groupe créées par la loi du 17 mars 2014<sup>287</sup> ou de celles qui sont à l'origine de la reconnaissance d'un préjudice écologique<sup>288</sup>. Les associations de défense d'une cause sont des instruments juridique et politique à double titre puisqu'elles peuvent, si elles sont dotées d'un agrément, se constituer partie civile dans certains cas et parce qu'elles peuvent également participer de manière plus globale à la communication et à la réflexion autour d'une évolution législative en cours ou souhaitée<sup>289</sup>. Pour cela, il peut être nécessaire pour elles de faire appel à des juristes et plus spécifiquement à des avocats pour répondre à leurs questions, ou pour les représenter. L'avocat peut donc avoir un rôle auprès de ces associations à plusieurs titres : il

---

<sup>286</sup> Ce point sera par ailleurs explicité dans la seconde partie de cette thèse.

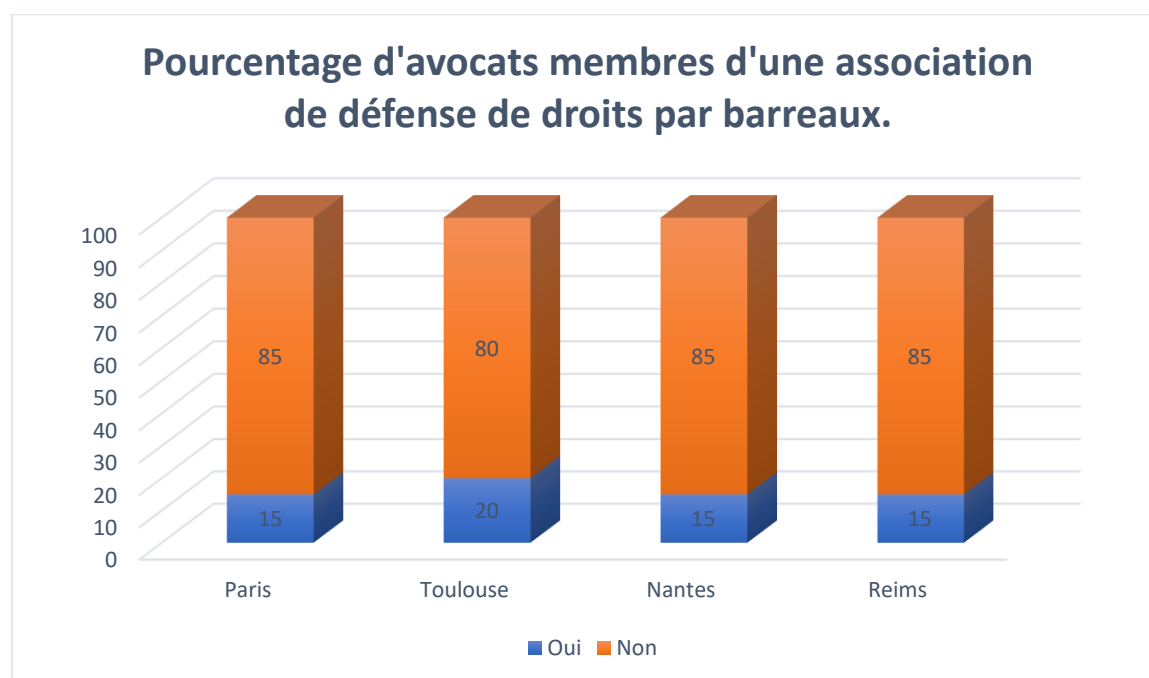
<sup>287</sup> DELPECH, X. (2013). Action de groupe : Les associations de consommateurs en première ligne. *Juris Associations*, n°484, page 38.

<sup>288</sup> NEYRET, L. (2017). La consécration du préjudice écologique dans le code civil. *Recueil Dalloz 2017*, page 924.

<sup>289</sup> Sur cette question, se référer à la seconde partie.

peut en être membre, il peut bénévolement les conseiller, ou il peut les représenter dans le cadre de son activité.

125. Ces différentes hypothèses ne sont pas révélatrices d'un même degré d'investissement au sein de l'association et posent en pratique plusieurs problèmes déontologiques qui ont fait l'objet de réflexions et de débats dans la profession. L'étude menée sur le terrain à travers les quatre barreaux français déterminés relève d'ailleurs que cette question n'est pas du tout perçue de la même manière d'un barreau à l'autre ou d'un domaine de spécialisation à l'autre<sup>290</sup>. Globalement, le premier constat qui peut être établi est que peu d'avocats sont membres d'associations de défense de droits : environ 15%, exception faite pour le barreau de Toulouse où ce chiffre monte à 20%<sup>291</sup>.

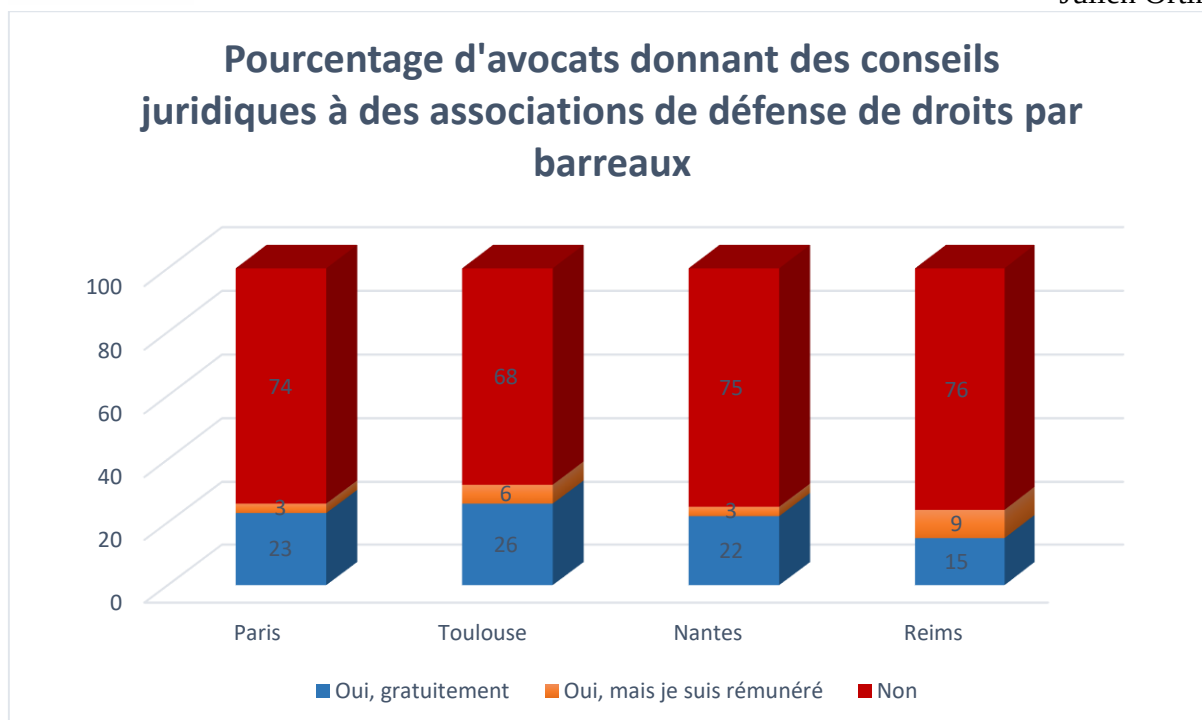


Peu d'avocats également disent donner des conseils juridiques à des associations de défense de droits<sup>292</sup>, que ce soit gratuitement ou en étant rémunérés.

<sup>290</sup> Etude menée entre 2015 et 2016 au sein des Barreaux de Paris, Toulouse, Nantes et Reims.

<sup>291</sup> Résultats sur 100 avocats interrogés aléatoirement pour chaque barreau.

<sup>292</sup> Question numéro 4 du sondage : *Etes-vous membre d'associations de défenses de droits ? (Réponses possibles : oui et non).*

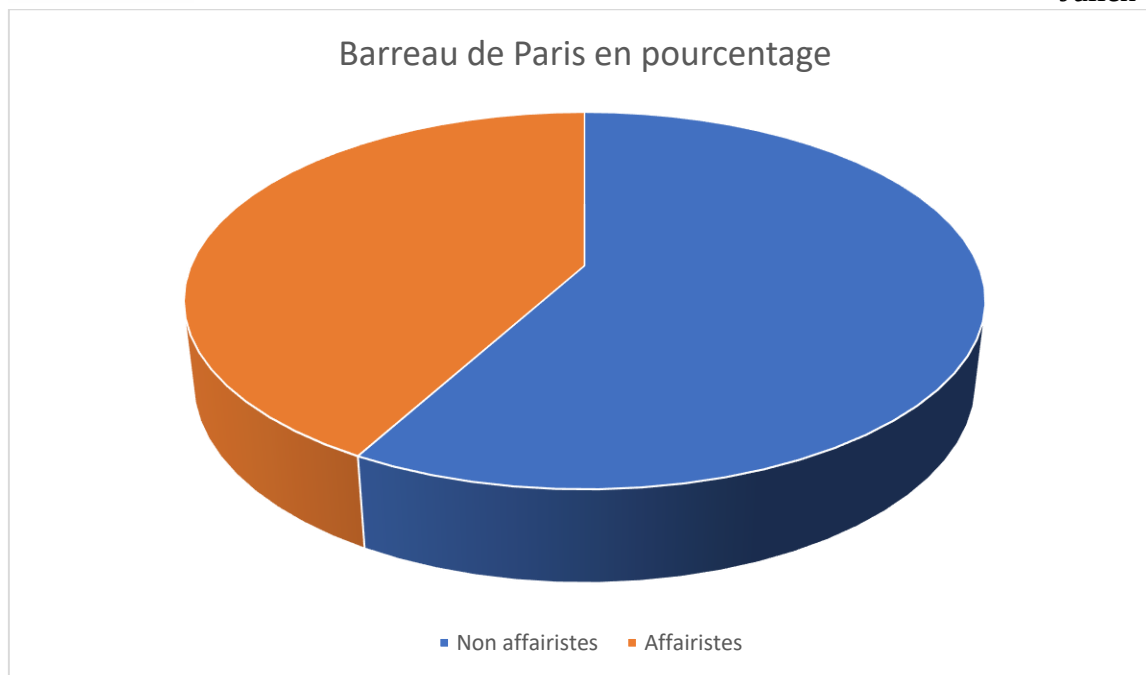


La diversité du barreau contemporain et notamment l'émergence d'un barreau dit *des affaires* en forte progression ces dernières années, notamment dans les grands barreaux<sup>293</sup> (comme cela est visible pour le Barreau de Paris dans le graphique présenté ci-dessous<sup>294</sup>), doit être mise en corrélation avec ces résultats et analyses.

<sup>293</sup> KARPIK, L. (1995). *Les avocats. Entre l'Etat, le public et le marché, XIII<sup>e</sup>-XX<sup>e</sup> siècle*. Paris : Bibliothèque des sciences humaines, Gallimard.

<sup>294</sup> Résultats pour 100 avocats inscrits au barreau de Paris en 2016 qui affirment plaider de manière récurrente dans un domaine spécialisé.





126. Parmi les avocats interrogés, ceux qui disent travailler avec des associations sont systématiquement non affairistes. Ainsi, les premiers résultats présentés ici, concernant le faible nombre de membres du barreau qui sont en relation avec une association doivent être relativisés, dans la mesure où une grande partie des avocats sont aujourd’hui des affairistes dont la mission principale est de conseiller des entreprises et qui ont de par la nature même de leur domaine d’action peu de relations avec les associations de défense de droits particuliers. Les résultats qui suivent concernent plus spécifiquement les avocats déclarant travailler majoritairement dans une branche du droit considérée comme non affairiste. Ce constat se confirme avec une étude menée au sein du Syndicat des Avocats de France – qui sera abordée dans ce chapitre – au sein duquel 90% des avocats se définissent comme étant militants, dont la spécialisation est majoritairement non affairiste et dont 59% expliquent être membres d’une association de défense de droits<sup>295</sup>.

**127. Vie associative et indépendance.** Plus généralement, lorsque les membres de la profession sont interrogés sur leur engagement éventuel auprès d’une association, un malaise quasi-systématique s’installe. Ce malaise est le signe que de manière générale cette question pose un problème déontologique. Pour près de la moitié, être membre d’une association est le

<sup>295</sup> Etude réalisée auprès de 91 avocats membres du Syndicat des Avocats de France en septembre 2019.

signe d'un manque d'indépendance. Cette problématique du rapport entre militantisme et indépendance est un thème récurrent chez l'ensemble des avocats interrogés<sup>296</sup>.

*« Ce sont des avocats engagés, mais quand ils défendent des gens, ils sont dans la défense. C'est-à-dire qu'ils font leur métier d'avocat. Sinon, si vous voulez être militant, vous allez dans une association. Ce n'est pas du tout la même chose, vous allez à la ligue des droits de l'Homme<sup>297</sup>, vous allez à SOS homophobie<sup>298</sup>, vous allez à la CIMADE<sup>299</sup> ou au GISTI<sup>300</sup>, mais si vous êtes avocat, vous êtes avocat ».* Avocate numéro 16, Barreau de Paris.

128. La question du rapport entre indépendance et appartenance à une association rejoint plus généralement celle de la définition du militantisme dans la profession et plus spécifiquement celle de savoir si un avocat peut être militant sans manquer aux règles déontologiques, notamment dans ses relations avec son client. Néanmoins, de manière globale, les avocats se définissant comme étant militants, comme ceux qui au contraire rejettent cet adjectif, considèrent que les liens entre un avocat et une association de défense de droits constituent un élément déterminant de leur engagement politique et juridique.

*« Il y a de mon côté, un militantisme marqué. D'ailleurs, c'est un combat que nous menons avec l'Observatoire International des Prisons<sup>301</sup>, qui est une association, donc qui par nature est militante puisque son objet même est de se battre pour la reconnaissance du droit des prisonniers. Elle le fait, elle, de manière classique à travers un militantisme politique, et je dirais de mon côté, que je m'occupe de la branche*

---

<sup>296</sup> Il sera développé plus en détail dans la prochaine Sous-Section.

<sup>297</sup> Fondée en 1898 par le sénateur de la Gironde Ludovic Trarieux, la Ligue française pour la défense des droits de l'Homme et du citoyen, plus communément appelée Ligue des droits de l'Homme ou LDH, est une association (loi de 1901) visant à l'observation, la défense et la promulgation des droits de l'Homme au sein de la République française, dans tous les domaines de la vie publique.

<sup>298</sup> SOS homophobie est une association française à but non lucratif qui lutte contre les infractions à caractère homophobe ou transphobe (discriminations, violences, ...), et pour les droits civiques et la reconnaissance des personnes LGBTI (lesbiennes, gays, bisexuelles, trans et intersexes). Créée le 11 avril 1994, elle se compose essentiellement de membres bénévoles dans toute la France.

<sup>299</sup> La Cimade (Comité inter mouvements auprès des évacués), est une association loi de 1901 de solidarité active et de soutien politique aux migrants, aux réfugiés et aux déplacés, aux demandeurs d'asile et à tous les individus en situation irrégulière créée en 1939.

<sup>300</sup> Le GISTI est le Groupe d'Information et de Soutien des Immigrés, une association créée en 1972 et composée de travailleurs sociaux, de militants associatifs en contact régulier avec des populations étrangères et de juristes.

<sup>301</sup> L'Observatoire international des prisons (OIP) est né en 1990 à Lyon avec pour but de promouvoir, partout dans le monde, le respect des personnes incarcérées au regard des instruments internationaux relatifs aux droits humains. Il a obtenu un statut consultatif à l'ONU en 1995.

*judiciaire, je porte des recours pour pouvoir obtenir des avancées du droit par le biais du jugement* ». Avocat au Conseil numéro 44, Paris.

Un compromis semble possible selon la place de l'avocat dans l'association. L'idée qu'un avocat conseille que ce soit gratuitement ou de manière rémunérée une association de défense de droits pose moins de problèmes déontologiques qu'un avocat qui est membre d'une association ou qui en prend la présidence.

*« C'est intéressant ces avocats militants qui lancent une association à la tête de laquelle ils sont. C'est une manière de voir les choses qui est quand même très particulière. Eux ils sont le maître de leurs clients : ils manipulent, il n'y a pas d'intérieur/extérieur, de dedans/dehors, ils sont à la fois l'avocat et le patron de l'association. (...) Il n'y a même pas besoin d'être membre de l'association, vous discutez avec une association, qui certes est votre partenaire et vous apporte des clients, vous ne vous attendez pas à être dedans. »* Avocat honoraire numéro 18, Barreau de Nantes.

L'avocat qui serait à l'origine de la création d'une association et en prendrait la tête deviendrait donc le maître de ses clients. Son rôle doit être d'aider sur le droit mais seulement sur le droit et d'un point de vue moral essayer de ne pas prendre des affaires qui apparaissent comme contradictoires avec les valeurs défendues par l'association conseillée.

**129. Importance des associations.** L'importance de ces associations diffère selon le domaine du droit concerné. Globalement, il est intéressant de remarquer que plus le droit est « récent » – c'est-à-dire plus la construction juridique et la réflexion autour de cette cause sont intervenues tard – plus les associations deviennent centrales. C'est le cas pour le GENEPI en droit pénitentiaire. C'est le cas également pour le GISTI et la CIMADE en droit des étrangers, qui sont devenus pour ce domaine le centre de gravité de toutes les mobilisations juridiques et donc de celle des avocats.

*« Le GISTI, a été et est toujours une sorte d'institution mère qui fait que beaucoup d'étudiants y mettent un premier pied, des jeunes avocats aussi, et puis on se pique au jeu. Puis c'est vrai que le GISTI a formé des générations d'avocats en droit des libertés : c'est vrai que ça commence par le droit des étrangers, mais ça va très vite sur d'autres secteurs ».* Avocat numéro 31, Barreau de Paris.

Il est indéniable qu'une association peut tout de même servir de relai à un avocat. Par exemple, les professionnels qui sont en relation avec l'OIP sont nécessairement étiquetés comme des avocats favorables à la cause des personnes détenues et sont nécessairement sollicités en premier pour les affaires portant sur la défense de leurs droits.

130. En conclusion, si les liens entre les avocats et le monde associatif peuvent s'analyser comme un critère objectif permettant d'identifier une conscience militante chez ces professionnels, ces liens sont complexes et s'inscrivent dans la problématique générale et récurrente de la corrélation entre engagement idéologique et indépendance. Ils sont donc insuffisants puisque des avocats avec une conscience militante peuvent être opposés à ces liens pour une question éthique.

Cette question déontologique et identitaire se retrouve avec une plus grande force encore dans le rapport entre les avocats et les partis politiques.

## B) Un parti politique.

**131. Appartenance à un parti politique.** Ce point est intrinsèquement lié à l'histoire de la profession et à l'identification du militantisme en son sein à travers le temps<sup>302</sup>. Les avocats ont pendant longtemps un accès privilégié aux fonctions gouvernementales et législatives, puis après la seconde guerre mondiale, pour un pan de la profession, ont travaillé avec le Parti Communiste Français (PCF).

132. Sans anticiper sur les développements propres à l'identification du militantisme dans la profession, pour la définition de celui-ci, qui nous intéresse à ce stade, il y a un constat qui doit être présenté. Lorsque les avocats interrogés refusent l'adjectif de *militant*, ils l'associent généralement à la mouvance communiste. Autrement dit, pour un nombre important de ces membres du barreau, un avocat militant est un avocat communiste ou d'obédience marxiste<sup>303</sup>. L'exemple le plus récurrent étant celui de Vergès et de la *défense de rupture*, dont la stratégie sera également développée dans le prochain titre. L'affiliation à un parti politique – et plus spécifiquement au Parti Communiste Français – comme critère de définition d'un avocat

---

<sup>302</sup> Abordées dans le prochain titre de cette présente thèse.

<sup>303</sup> C'est-à-dire un avocat qui soit appartient au PCF, soit se rapproche idéologiquement de la doctrine marxiste.

militant semble déterminante pour eux dans une certaine conception du militantisme qui a pu exister à une époque. Cette affiliation apparaît comme négative puisque contraire au principe d'indépendance qui régit la profession. Ainsi donc, lorsqu'un avocat est ostentatoirement proche d'un parti politique et qu'on le qualifie donc de militant, c'est dans une perception négative de son action vis-à-vis de son indépendance.

133. Autrement dit, ces protagonistes voient derrière le terme *d'avocat militant* une forme d'exercice de la profession qui a pu exister contre le système – de mouvance marxiste – et qui n'a plus lieu d'être aujourd'hui dans un contexte de paix civile.

*« L'avocat aujourd'hui est caution du système, mais il faut le revendiquer ou changer de métier. Si on n'est pas à l'aise avec ça il faut changer de métier. Il faut être journaliste par exemple pour critiquer ça, mais là on est clairement dans le système, c'est très clair ».* Avocat numéro 2, Barreau de Paris.

Cette vision n'est pas partagée par l'ensemble de la profession et notamment par des avocats spécialistes du droit social qui, sans être nécessairement rattachés au PCF sont souvent dominés par une idée de lutte des classes.

*« On relève quand même assez souvent que dans des secteurs qui restent marqués par des formes d'oppositions, si ce n'est idéologiques, au caractère politique comme la défense sociale aux prud'hommes, il y a quand même un certain nombre d'avocats qui sont très engagés dans les syndicats salariés ou ouvriers, qui ont des convictions personnelles et qui agissent peut-être avec une dimension militante tout en restant des avocats ».* Avocat numéro 14, ancien bâtonnier, Barreau de Toulouse.

**134. Méfiance à l'égard des avocats politisés.** D'un point de vue institutionnel, cette méfiance à l'égard de l'avocat engagé politiquement est partagée par le législateur, également pour des questions déontologiques. A titre d'exemple, le décret numéro 91-1197 du 27 novembre 1991 prévoit qu'un avocat ne peut accomplir aucun acte de la profession, directement ou indirectement, contre la commune ou des établissements publics de la commune au sein de laquelle il exerce un mandat de conseiller municipal<sup>304</sup>.

---

<sup>304</sup> TAISNE, J.-J. (1999). De l'impossibilité pour un avocat conseiller municipal d'agir contre sa commune : domaine et sanction d'une incompatibilité. *Recueil Dalloz* 1999, page 596.

En fin de compte, dans l'une comme dans l'autre approche, au sein de la profession et à l'extérieur de celle-ci, l'affiliation d'un avocat à un parti politique et plus spécifiquement au PCF semble être, encore aujourd'hui, un élément caractérisant un militantisme. Cependant, cette vision est centrée sur une forme de militance bien précise, fortement politique et souvent contre le système qu'il s'agira d'identifier. Dans une définition plus contemporaine de ce qu'est l'engagement de la profession, cette affiliation disparaît et est même rejetée. Ce constat pose une question à laquelle il faudra répondre : l'avocat militant a-t-il disparu en même temps que l'influence du PCF dans le paysage politique français s'est amenuisée, sans qu'aucun autre parti ne prenne vraiment cette place ; ou cette approche ne permet-elle finalement pas de définir et d'identifier une forme de militance passée ayant laissé place à une nouvelle conception que les professionnels contemporains appellent l'*avocat engagé* ?

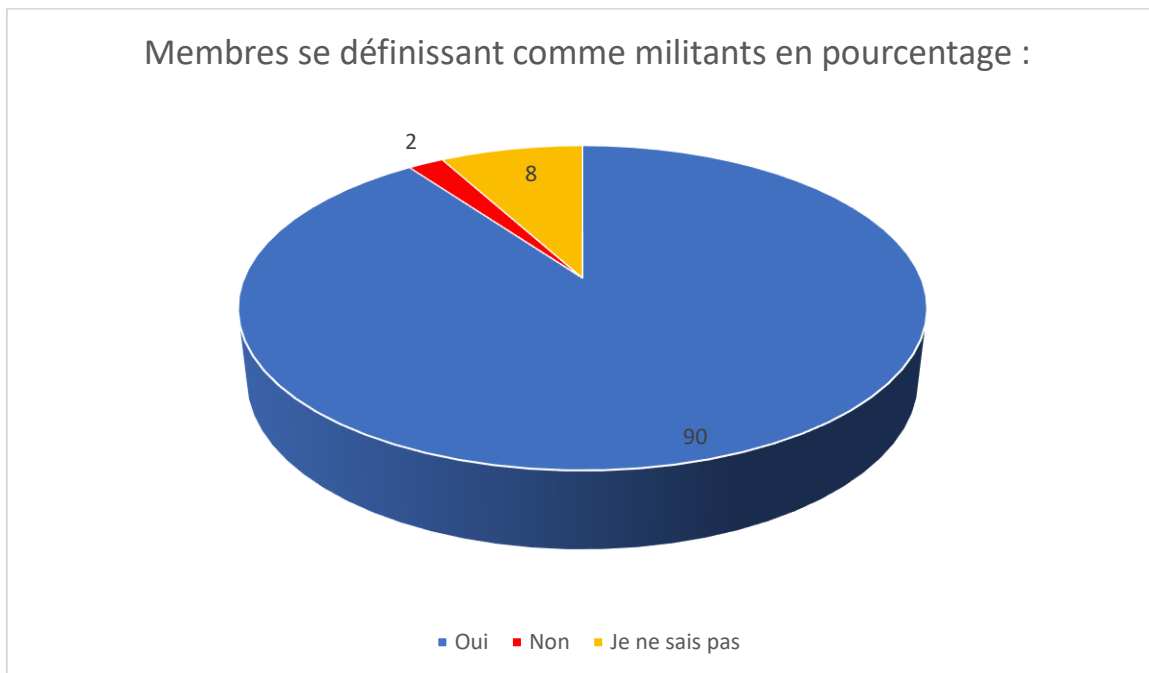
L'engagement d'un avocat dans une association ou dans un parti politique ne semble pas seul pouvoir caractériser une conscience militante chez lui à cause de réticences propres à la profession. Qu'en est-il lorsque l'engagement n'est plus auprès d'institutions extérieures à la profession mais au sein de structures militantes collectives représentatives des intérêts de l'avocat ?

Paragraphe 2 : L'engagement auprès de structures militantes collectives au sein de la profession.

135. La réticence déontologique pour une majorité d'avocats d'être affiliés à une association de défense de droits ou à un parti politique – qui ne permet pas de faire de ces caractéristiques des éléments probants de la conscience militante de ces professionnels – disparaît lorsque l'affiliation à un organe qui peut être le moteur d'une mobilisation collective n'est plus extérieur à la profession. Ainsi, deux autres critères objectifs qui peuvent être le signe d'une conscience militante, intrinsèque à la profession, doivent-ils être relevés : la présence de l'avocat dans un organe de représentation des intérêts de celle-ci (A) et l'organisation du cabinet dans lequel elle s'exerce (B).

A) La participation à un organe de représentation des intérêts de la profession.

**136. Etude des membres du SAF.** Sur la question de la conscience individuelle militante d'un avocat, l'appartenance à un syndicat est plus probante que celle à l'Ordre, qui, s'il peut participer à l'organisation d'un militantisme collectif, a surtout un rôle de gestionnaire. Son intégration par un membre du barreau peut être motivée par une volonté d'avancer dans sa carrière. Le syndicat quant à lui, est par nature militant. Lors des enquêtes de terrain effectuées, les avocats syndiqués rencontrés sont tous membres du Syndicat des Avocats de France et une enquête en particulier est menée au sein du Syndicat dont une centaine de membres acceptent de répondre à un sondage sur leur situation et leur perception du métier. Parmi ces derniers, la très grande majorité des membres se définissent comme militants<sup>305</sup> :



Ils expliquent avoir parfaitement conscience du rôle militant du Syndicat des Avocats de France :

*« Le SAF n'est pas un syndicat ordinaire, il n'a pas vocation à uniquement défendre les intérêts de la profession, il revendique une particularité : le SAF est politique, il s'engage non seulement à défendre les intérêts des avocats dans leurs difficultés mais aussi la défense des droits de l'homme, l'accès au droit, l'égalité de tous »*

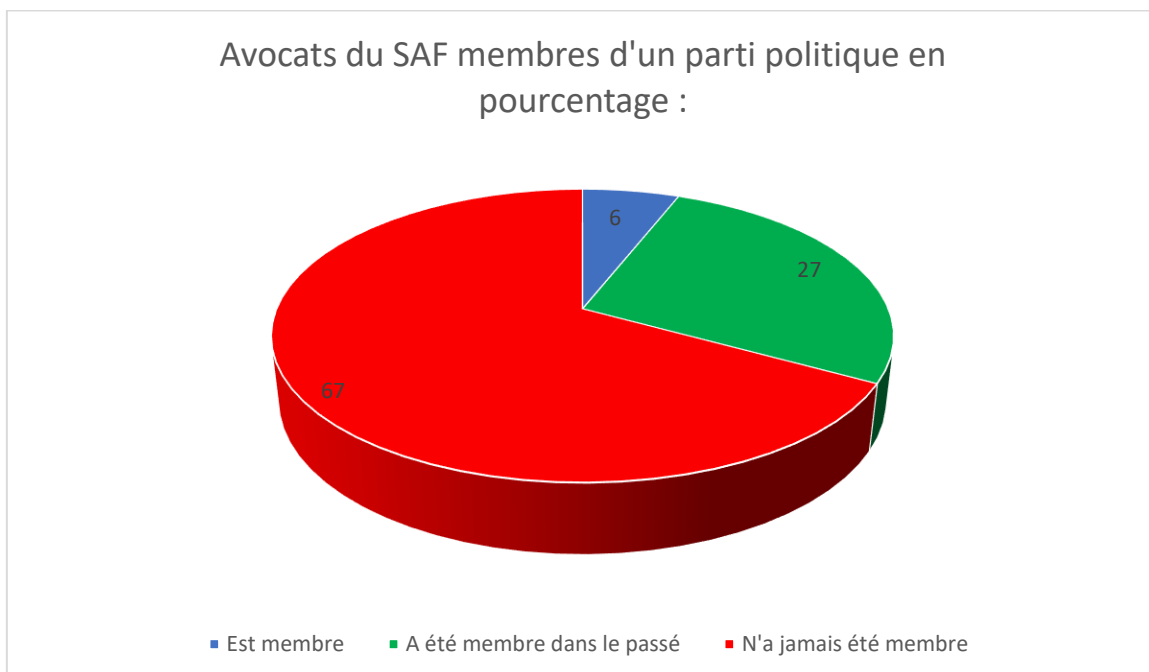
<sup>305</sup> Etude réalisée auprès de 94 avocats membres du Syndicat des Avocats de France en septembre 2019.

*face au juge, la défense des opprimés... ».* Avocate numéro 19, membre du SAF, Barreau de Paris.

Ce sentiment semble partagé même lorsque les avocats membres expliquent n'être personnellement encartés dans aucun groupe politique :

*« Les militants sont très attachés aux syndicats, au SAF. Ils peuvent avoir, ou pas, des engagements politiques, parce qu'au SAF on a eu des gens qui étaient au PC, on en a eu qui étaient au PS, et certainement de la ligue communiste, puis des comme moi qui n'ont jamais été encartés dans un groupe. (...) Vous voyez, en tout cas, la militance par l'exercice collectif, par l'engagement syndical, par la réflexion collective et avec comme dénominateur commun, la lutte pour l'accès au droit des plus défavorisés. ».* Avocat honoraire, ancien président du SAF numéro 34, Barreau de Nantes.

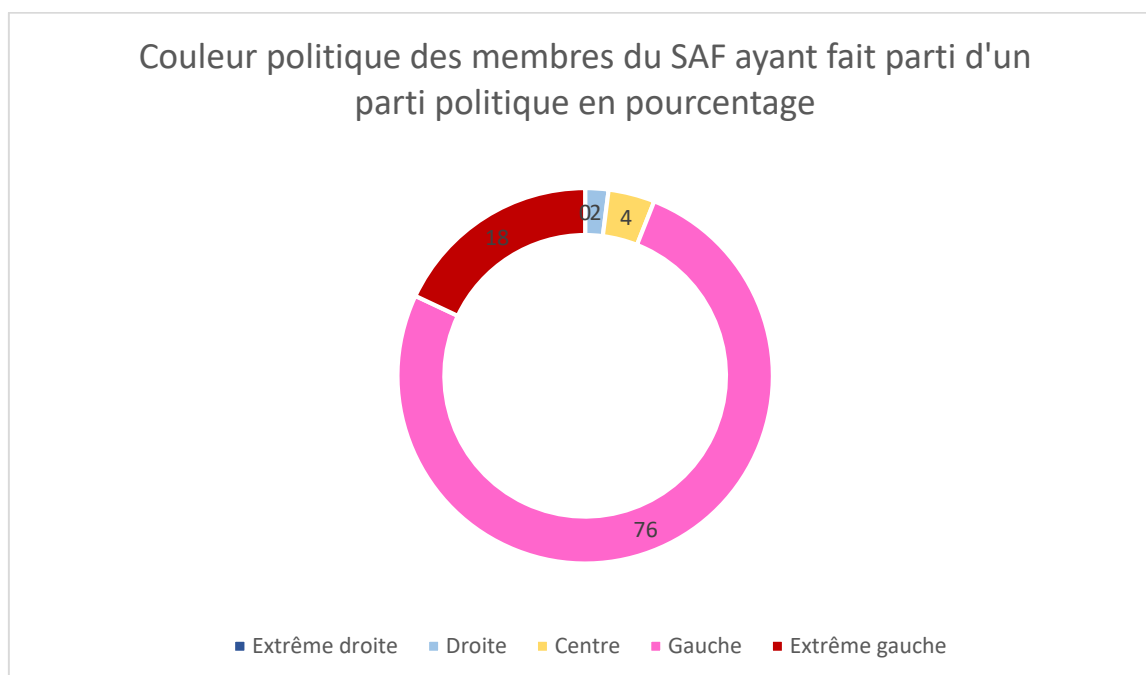
137. Si la majorité des membres du Syndicat ont répondu n'avoir jamais adhéré à un parti politique, le nombre de ceux qui évoluent au sein d'un parti ou qui ont par le passé eu une action militante au sein d'un parti est plus important que dans le reste de la profession :



Pour le tiers des avocats membres du Syndicat des Avocats de France qui sont ou ont été encartés dans un parti politique, la coloration idéologique de ce dernier se situe très clairement à gauche, ce qui permet de faire un parallèle avec les développements abordés précédemment



sur la perception militante du métier et l'histoire de la gauche française, notamment communiste :

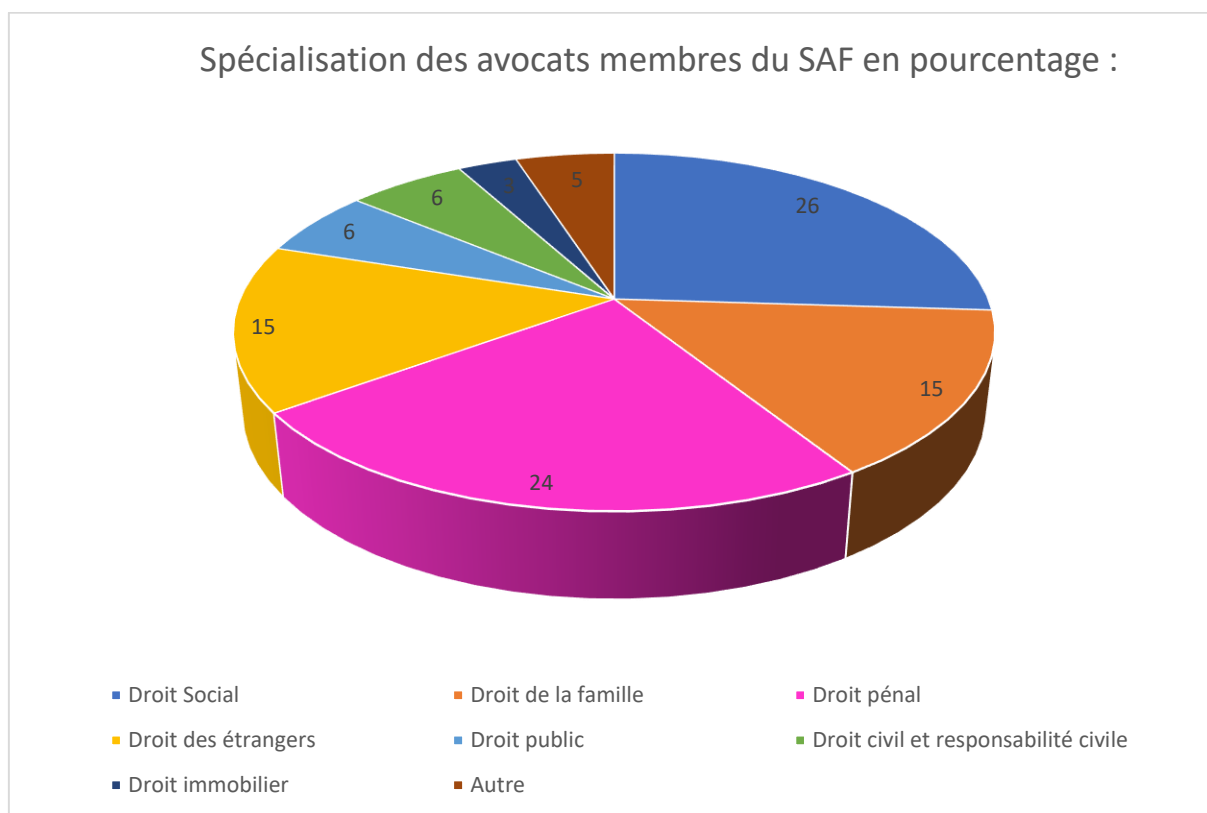


138. S'il est certain qu'adhérer au Syndicat des Avocats de France permet d'intégrer ou d'entretenir un réseau – favorable d'ailleurs au militantisme – le syndicat n'est en rien un accélérateur de carrière. De ce point de vue il constitue un élément plutôt probant sur l'existence d'une conscience militante de l'avocat qui y adhère.

*« C'est incontestablement un réseau, mais je n'ai pas le sentiment qu'il s'agisse d'un accélérateur de carrière. D'abord parce qu'il me semble que le terme de « carrière » est impropre à la profession d'avocat, qui est une profession libérale où il n'est pas vraiment question d'avancement ou de promotion. C'est un réseau de solidarité en tout cas et d'entraide ». Avocate numéro 15, membre du SAF, Barreau de Paris.*

**139. Profil des membres.** Dans la mesure où l'appartenance d'un avocat au Syndicat des Avocats de France semble être un élément probant sur sa conscience militante, il est intéressant d'analyser quel est le profil des avocats membres du syndicat afin d'avoir des indices sur le profil des avocats militants. Les commissions les mieux représentées sont celle du droit des étrangers, puis celles de droit pénal et du droit social. A l'inverse, les fiscalistes et les

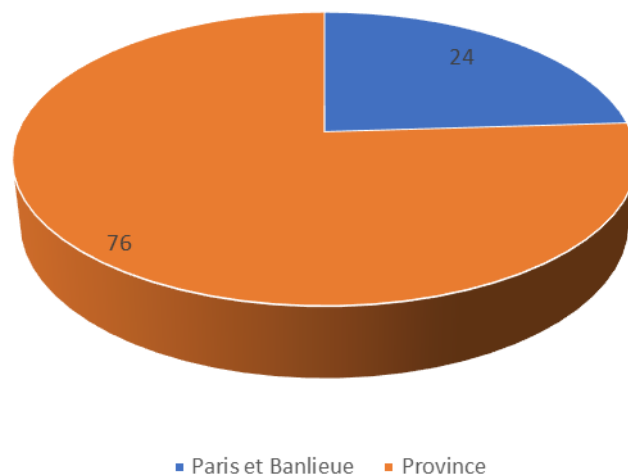
affairistes sont les moins représentés. Le constat est le même parmi les avocats membres interrogés :



Le profil type d'un membre du syndicat est un avocat d'un barreau de province, spécialiste de droit du travail ou de droit des personnes et à mi carrière puisque l'âge moyen des avocats interrogés est de quarante-six ans et avec une moyenne de dix-huit ans d'années de barre<sup>306</sup> :

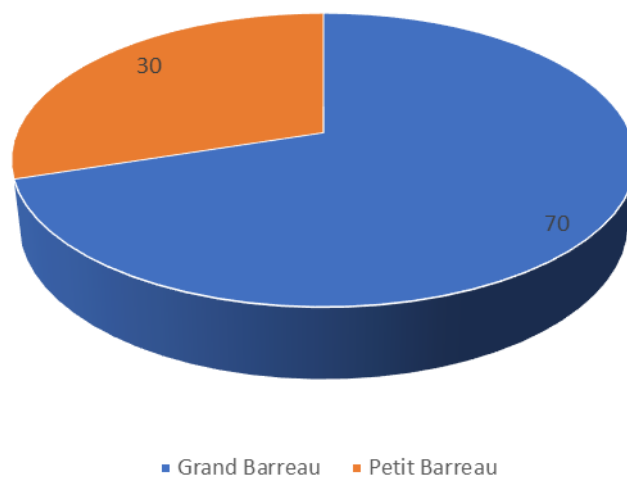
<sup>306</sup> Etude réalisée auprès de 94 avocats membres du Syndicat des Avocats de France en septembre 2019.

Lieu d'exercice des avocats membres du SAF en pourcentage :



140. Aussi, il est possible de conclure qu'un avocat militant se retrouve majoritairement dans les domaines du droit non affairistes et est plus présent dans les grands barreaux que dans les petits<sup>307</sup> :

Taille du barreau dans lesquels sont inscrits les membres du SAF en pourcentage :



<sup>307</sup> Un grand barreau est un barreau qui compte au moins un millier d'avocats.

141. Cette conclusion semble assez logique du fait même de la différence d'activité concrètement exercée entre un avocat affairiste et un avocat pénaliste par exemple. De fait, un spécialiste de droit des affaires a peu l'occasion de rencontrer des personnes vulnérables et malmenées par le système ou esquinées par la violence étatique. *A contrario*, les études sur le *vicarious trauma*<sup>308</sup> des avocats pénalistes ne manquent pas<sup>309</sup>. Ces derniers sont dès lors plus susceptibles de se révolter.

Cependant, un autre critère qui n'est pas sans poser des problèmes aujourd'hui doit être pris en compte dans cette analyse : la structure dans laquelle exerce l'avocat militant.

B) L'organisation structurelle de l'exercice de la profession au sein d'un cabinet.

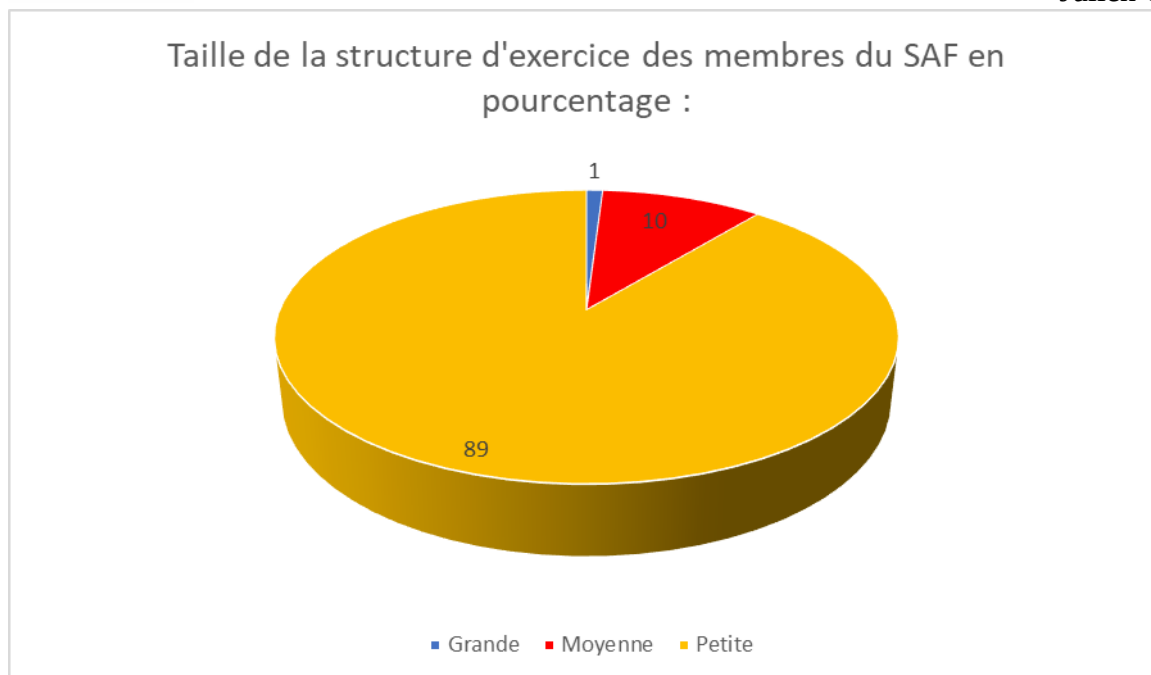
**142. Organisation structurelle.** Comme il vient de l'être démontré, l'appartenance à un syndicat est un critère probant sur la conscience militante d'un avocat. Or, majoritairement, les avocats syndiqués sont des provinciaux exerçant dans de petites structures<sup>310</sup> :

---

<sup>308</sup> Le *vicarious trauma* est un traumatisme qui résulte d'un engagement empathique avec des clients eux-mêmes traumatisés. Lire par exemple : COURTOIS, C. (1993). Vicarious traumatization of the therapist. *NCP Clinical Newsletter*. Numéro 3.

<sup>309</sup> Lire par exemple : LEVIN, A. et GREISBERG, S. (2003). Vicarious Trauma in Attorneys. *Pace Law Review*. Numéro 245.

<sup>310</sup> Etude réalisée auprès de 94 avocats membres du Syndicat des Avocats de France en septembre 2019. Chiffre calculé par rapport au nombre d'avocats inscrits dans le barreau de l'avocat interrogé, un barreau composé de plus de 1000 avocats étant considéré comme un grand barreau.



Finalement, se retrouve ici l'image classique du métier, c'est-à-dire un avocat accessible, exerçant seul et plutôt généraliste. Ce constat n'est pas surprenant, dans la mesure où les avocats généralistes ou les avocats spécialistes des domaines où le militantisme est le plus présent, sont généralement ceux qui exercent leur métier de manière individuelle. Cette forme leur garantit une indépendance totale et un choix complètement libre dans les affaires traitées, sans avoir de compte à rendre à un consœur ou un confrère. Or les enjeux actuels de la profession rendent difficile cet exercice traditionnel du métier et le nombre de structures collectives ne cesse d'augmenter. Dès lors, la question qui se pose est celle de savoir si aujourd'hui un militantisme est possible au sein d'une structure collective ?

**143. Taille de la structure et militantisme.** Tout d'abord, si effectivement, de façon strictement empirique, les avocats s'estimant militants sont majoritairement des avocats qui exercent dans de petites structures, d'autres expliquent qu'au contraire, un militantisme réellement efficace n'est possible que dans des structures collectives :

*« Je crois qu'il y a vraiment une forme de militantisme qui apparaît en gros à la fin des années 1960, une fois la question de la décolonisation de l'Algérie terminée. Un petit peu concomitante, quand même, avec la création du SAF, qui marque cette présence-là, et avec la constitution d'un certain nombre de cabinets qui vont avoir pratiquement tous les mêmes caractères : des cabinets en exercice collectif. On n'est*

***pas militant tout seul.*** Des militants qui sont en exercice collectif, qui sont très attachés aux syndicats, au SAF ». Avocat honoraire numéro 18, Barreau de Nantes.

Pour ces avocats, rencontrés à Nantes comme à Toulouse, une structure collective permet d'un point de vue économique de mutualiser les risques que sont pour un cabinet les affaires peu rentables, notamment celles des justiciables ayant le moins de moyens. Ce ne sont jamais de très grandes structures, elles sont souvent composées de trois ou quatre associés, qui certes doivent se rendre des comptes les uns les autres mais ont une même conception du métier.

*« Quand vous êtes un avocat militant individuel, vous n'avez pas forcément la possibilité d'avoir dans votre cabinet des très gros dossiers de droit des affaires qui vous permettent de créer une aisance matérielle suffisante. A l'inverse : quand vous êtes dans des gros cabinets de droit des affaires et que vous avez une fibre militante, vous allez pouvoir effectivement prendre certains dossiers au titre de l'AJ<sup>311</sup>, mais c'est compliqué, parce qu'en général vous avez des comptes à rendre, même en qualité d'associé à l'ensemble de votre cabinet. Il se trouve qu'avant j'étais seul, aujourd'hui je suis associé avec un avocat qui partage très exactement la même vision que moi, qui de la même manière est un avocat qui a une très forte fibre des libertés fondamentales, il est le président d'une école qu'il a créée pour recueillir et former des réfugiés, il a de la même manière cette idée selon laquelle ce que nous faisons doit permettre aussi aux plus démunis d'accéder aux droits et accéder à une défense et d'être soutenu jusqu'au plus haut niveau pour obtenir des avancées juridiques. Donc nous partageons exactement cet esprit-là, et en tout cas, je trouve que c'est un système qui marche : ce que l'on a obtenu, les avancées que l'on a pu obtenir, ont été aussi possibles parce que nous avons cet équilibre-là ». Avocat au Conseil numéro 41, Paris.*

Parmi les avocats membres du Syndicat des Avocats de France<sup>312</sup> interrogés, 63% répondent exercer au sein d'une structure collective.

**144. Equilibre entre activités lucratives et non lucratives.** La structure collective permet donc d'associer des affaires lucratives et des affaires qui ne le sont pas afin de maintenir une rentabilité économique tout en prenant des dossiers qui rapportent peu d'argent mais que l'avocat veut défendre par convictions. Le fait qu'ici, le professionnel interrogé soit un avocat

---

<sup>311</sup> Aide juridictionnelle.

<sup>312</sup> Il est probant de se référer à cette étude puisque 90% des membres interrogés se définissent comme militants.

au Conseil est intéressant dans la mesure où il peut sembler de prime abord que cette forme de militantisme soit plus difficile pour un avocat au Conseil qui arrive en bout de chaîne et qui est donc moins susceptible de pouvoir « choisir » ses affaires. Cependant, c'est justement parce que les cabinets d'avocat au Conseil sont des structures plus imposantes et moins soumises à la concurrence et aux problématiques que rencontre actuellement le reste de la profession, que cet équilibre est possible entre affaires lucratives et affaires non lucratives et que donc une forme de militance peut voir le jour :

*« Moi j'ai cette chance justement d'être avocat aux Conseil d'Etat et à la Cour de cassation. Pourquoi ? (...) Le militantisme, il s'exerce par nature à l'égard de personnes qui sont en général dans des situations extrêmement précaires. On n'a pas tellement d'avocats militants de personnes qui exercent la défense des chefs d'entreprises, en disant « Ah, moi mon militantisme c'est le respect que l'on doit aux chefs d'entreprise, c'est inacceptable la délinquance en col blanc ». Si vous voulez, il y a dans cette notion de militantisme, une notion de cause, et dans la notion de cause il y a en général l'idée selon laquelle il faut pour que l'avocat soit militant, qu'il donne de sa personne, et donc que nécessairement, il s'implique par son travail et d'une façon qui n'est pas économiquement productive. Or, si vous voulez, l'avantage quand on est avocat aux Conseil d'Etat et à la Cour de cassation, c'est qu'on a d'une façon assez générale, une structure de clientèle qui est extrêmement diverse. Aujourd'hui, moi, dans ma clientèle, j'ai beaucoup de dossiers qui sont totalement impécunieux, soit parce que je les ai choisis, justement par rapport à la nature de la question qui était posée, mais qui me semble mériter d'être défendue même si de toute façon je ne serais pas réglé. J'ai aussi, de la même manière, énormément de dossiers à l'AJ : entre 15 et 20% de l'ensemble de mes dossiers à l'AJ. Mais j'ai la possibilité, du fait d'être avocat aux Conseil d'Etat et à la Cour de cassation, et donc d'avoir une structure qui est une structure relativement élargie de défendre, à l'inverse, des dossiers qui sont extrêmement pécunieux : avec des sociétés du CAC40, avec des institutions internationales, avec des dossiers de droit des affaires ou de droit financier. Du coup, cela me permet de mettre au service de dossiers qui sont totalement impécunieux, des équipes et des compétences qui sont normalement dédiées à des dossiers qui sont extrêmement pécunieux, où les gens sont susceptibles de dépenser beaucoup d'argent pour atteindre ce type de niveau de travail. Si vous voulez, c'est vraiment la manière dont j'estime devoir exercer mon métier, avec cette notion de vases communicants, avec*

*cette idée selon laquelle il y a, effectivement, un certain nombre de clients qui sont des clients qui payent de forts honoraires, et qui font marcher la structure du cabinet, et qui me permettent à moi, d'avoir la liberté de m'appauvrir, en prenant des dossiers qui coûtent de l'argent au cabinet ».* Avocat au Conseil numéro 41, Paris.

**145. Rentabilité.** Cependant, tous les cabinets n'ont pas la possibilité de jongler entre des clients du CAC40 et des clients à l'aide juridictionnelle. Cette question a d'ailleurs fait l'objet d'une réflexion au sein du Syndicat des Avocats de France<sup>313</sup> face aux problématiques que rencontre la profession aujourd'hui. A savoir des difficultés de rentabilité et donc de survie dans le fonctionnement des cabinets amenant à une nécessité d'adopter une approche entrepreneuriale de l'exercice du métier. Cette approche favorise les structures collectives où une concentration des moyens est possible et donc une baisse des coûts. Ces structures plus grandes permettent également de favoriser l'injection de capitaux extérieurs dans les cabinets. Ce dispositif est notamment permis par la loi numéro 2015-990 du 6 août 2015 « *pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques* ». C'est ici que la césure entre les deux barreaux est la plus visible. La possibilité d'adopter une logique entrepreneuriale, l'ouverture à la concurrence, l'opportunité par des capitaux extérieurs de dynamiser une structure et de la rendre plus compétitive dépendent fortement de l'attrait du domaine exercé. Or, pour un investisseur extérieur, la nécessité de rentabilité le conduira à investir dans des cabinets affairistes. La problématique est grande : il existe une réalité, qui est celle de la numérisation de la profession, de l'augmentation de la demande et de la concurrence, de l'apparition de sites de consultations juridiques par des sociétés commerciales, de la standardisation d'actes types, ou encore de la multiplication d'annuaires d'avocats au sein desquels les clients sont susceptibles de noter et de divulguer leur avis sur un professionnel. Ces changements touchent l'ensemble de la profession. Seulement, les solutions apportées pour maintenir une certaine rentabilité, elles, ne semblent concerner que le barreau affairiste. Aussi, le Syndicat des Avocats de France propose-t-il une autre forme de structures collectives plus adaptée aux avocats intervenant en droit des personnes, après avoir soulevé ces problématiques :

*« Nous artisans du droit, qui considérons que l'avocat joue un rôle social dans un état de droit, nous qui sommes comme des contre-pouvoirs aussi bien politique*

---

<sup>313</sup> SAF. (2017). *Structures solidaires plutôt que capitaux extérieurs* in *Avocats : Uburn'out*. Congrès du SAF à Strasbourg.



*qu'économique, comment nous structurer pour répondre aux besoins de droit non satisfaits ? Nous notre but ce n'est pas de trouver de nouvelles parts de marché mais de répondre aux besoins de droit, comment répondre à ces besoins non ou mal satisfaits dans les conditions actuelles du marché ? Comment mettre fin au scandale que constitue la renonciation par de nombreux justiciables à l'exercice de leurs droits faute de pouvoir s'offrir les services d'un avocat ? Nous avons sans doute besoin nous aussi de faire des investissements en communication, en documentation juridique, en outil informatique, en formation. Nous devons être capable d'être rentables, de travailler dans de meilleures conditions, et produire des prestations de qualité à un coût abordable »<sup>314</sup>.*

146. Par cette formulation, les enjeux sont visibles : le but est la survie d'un exercice de la profession au sein duquel un militantisme est possible. L'idée est de créer des cabinets d'avocat solidaires. Ces structures partagent un projet économique au service de l'utilité sociale, une mise en œuvre éthique et une gouvernance démocratique : « *Elles se définissent comme des groupements de personnes et non de capitaux, porteuses d'un projet collectif* »<sup>315</sup>. Ce sont des sociétés anonymes, des sociétés par actions simplifiées ou des sociétés à responsabilité limitée à capital variable. Ces structures permettent aux cabinets d'être éligibles aux financements solidaires<sup>316</sup> et leur donnent une sorte de label distinctif aux yeux du public des autres cabinets. Cette forme de structure peut être une solution à la problématique de conciliation entre militantisme et rentabilité.

147. En résumé, même si aujourd'hui encore beaucoup des avocats qui se disent militants ou qui sont membres d'un syndicat, sont des avocats qui exercent de manière individuelle, l'exercice de la profession de manière collective semble devenir une nécessité pour leur survie. Cependant, loin d'être un risque pour le militantisme, cette forme d'exercice collectif pourrait être au contraire une opportunité dans la mesure où les cabinets peuvent mutualiser leurs risques et trouver un équilibre entre les activités lucratives et celles qui sont impécunieuses, ou à défaut, par la mise en place de cabinets d'avocat dit *solidaires*.

---

<sup>314</sup> *Ibid*

<sup>315</sup> *Ibid*

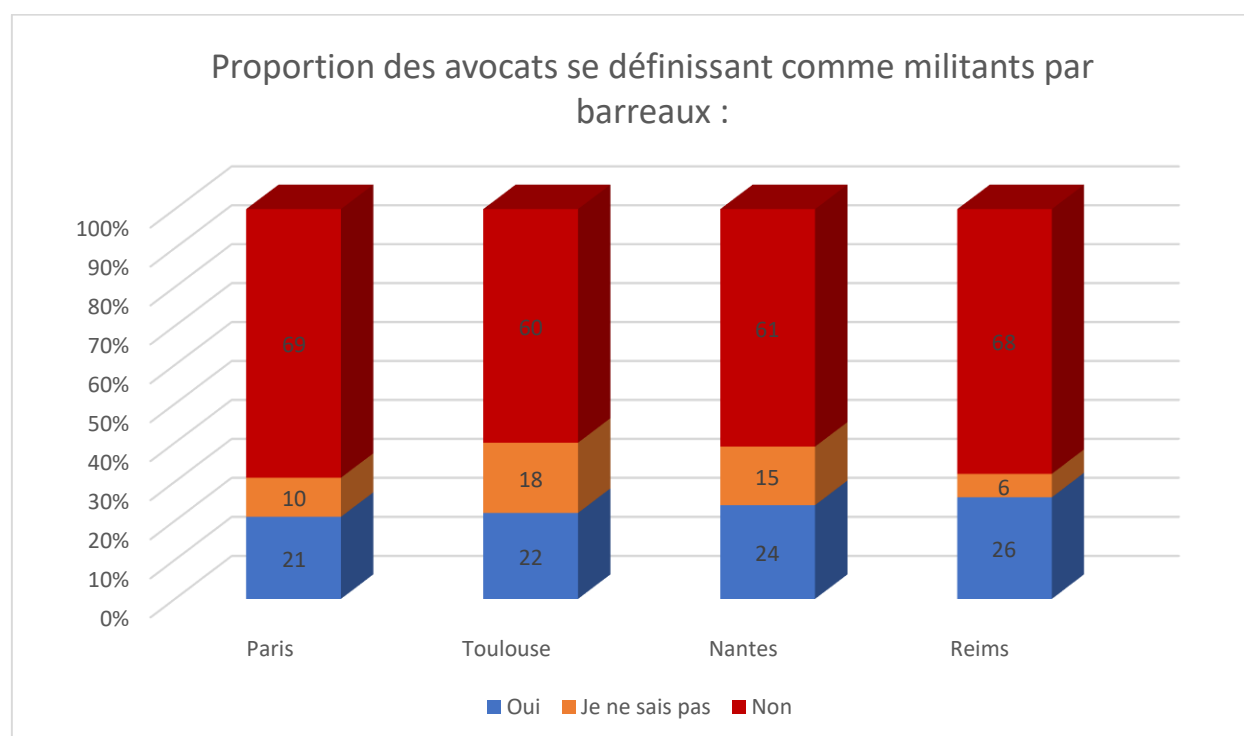
<sup>316</sup> La finance solidaire repose sur une épargne placée sur des produits financiers solidaires. L'épargne sert des porteurs de projets développant des activités à forte utilité sociale et environnementale.

Il existe donc des signes extérieurs dans le comportement d'un avocat qui peuvent dans une certaine mesure donner des éléments indiquant une conscience militante. Néanmoins, il n'est pas acquis que les avocats répondant à ces signes extérieurs se définissent pour autant comme des militants

## **Sous-Section 2 : La perception des avocats sur le militantisme dans leur profession.**

*« Le jeune avocat sans causes, le jeune médecin sans clients, sont les deux plus grandes expressions du désespoir décent, particulier à la ville de Paris »<sup>317</sup>.*

148. Parmi les avocats interrogés, beaucoup sont indifférents au terme de militant parce qu'ils estiment qu'il ne concerne pas leur domaine d'activité (se retrouve ici la dichotomie entre les avocats affairistes et les autres) et une majorité ne se définissent pas comme militants :



Parmi les avocats interrogés, les réactions vis-à-vis du militantisme sont souvent extrêmes dans un sens ou dans l'autre. A savoir, certains se revendiquent comme militants :

<sup>317</sup> BALZAC (De), H. (1848). *Le Cousin Pons*. Scènes de la vie parisienne, page 166.

*« Je ne conçois pas l'exercice de ma profession sans engagement militant ».*

Avocate numéro 8, Présidente d'une association de défense de droits, Barreau de Paris.

Lorsque d'autres au contraire s'estiment insultés lorsqu'ils sont qualifiés de militant :

*« Le terme de militant est une façon de décrédibiliser le travail professionnel du droit que nous faisons. Lorsque l'on qualifie quelqu'un de militant, c'est vraiment une manière de le décrédibiliser, de sous-entendre qu'il n'est pas impartial, qu'il n'est pas objectif. Or, je ne me positionne absolument pas comme ça. C'est une terminologie que je récusé totalement ».* Avocate numéro 6, Barreau de Paris.

Aucune différence significative ne peut être établie en fonction du sexe des personnes interrogées, des barreaux concernés, ou des années d'exercice dans le métier.

149. Au regard de ces premiers constats il apparaît donc que le militantisme dans la profession ne peut pas être défini de manière générale et qu'il existe plusieurs formes de militances et plusieurs perceptions de son exercice. C'est ce qu'il s'agira d'identifier dans le prochain chapitre. Dans un premier temps, cette double perception doit être analysée séparément afin de tenter de donner une définition plus globale de ce qu'est le militantisme dans la profession d'avocat, en envisageant d'abord le rejet de la qualification *d'avocat militant* (Paragraphe 1), puis les hypothèses où elle est au contraire revendiquée (Paragraphe 2).

Paragraphe 1 : La perception négative de la qualification *d'avocat militant*.

150. Dans cette perception, les avocats font une différence entre le militantisme (A), qu'ils rejettent et l'engagement contre l'injustice (B), qu'ils défendent.

A) Le rejet du terme de militant.

**151. Perte d'indépendance.** Une partie des avocats interrogés rejettent le terme de militant :

*« Lorsque vous n'êtes pas élu, lorsque votre travail en tant que membre d'un parti politique consiste à aller tracter, vous êtes le militant de base, avec le petit mépris qui est associé à cette terminologie. En revanche, dès lors que vous êtes élu, conseiller de Paris, député, sénateur, ou que vous devenez ministre, jamais personne ne vous qualifie de militant. Donc on voit bien que la dénomination de militant est une façon de déprécier celui qui est affublé de ce qualificatif ».* Avocate numéro 10, Barreau de Paris.

Une majorité des membres du barreau estime que le militantisme dans leur profession est une réalité qui a existé mais qui n'est plus en adéquation avec l'exercice contemporain du métier :

*« D'abord aujourd'hui, qui se revendique comme avocat militant ? Il n'y en a pas beaucoup. (...) Dans les vraies guerres civiles politiques, l'avocat ne compte pas, parce qu'on est un obstacle contre le système judiciaire. Alors ça, c'était l'époque d'autrefois, tout change, tout évolue et nous sommes en situation de paix civile. Donc la question est quelle est la fonction d'un avocat aujourd'hui ? Alors déjà, la première remarque qui me vient à l'esprit c'est que les avocats ne sont pas des héros, ce ne sont pas des guerriers. Vous voyez ? Vous pouvez avoir Monsieur Dupond-Moretti<sup>318</sup> ou King-Kong, sauf que c'est une bête de foire, ça n'a aucun intérêt, c'est un avocat de foire. Clairement, et les avocats ont une toute autre fonction, et c'est toute la différence ».* Avocat numéro 52, Barreau de Paris.

152. Ce discours revient très régulièrement chez les avocats interrogés : l'avocat militant est un avocat avant tout politisé et contre l'Etat. Or l'avocat, par définition, est celui qui défend ses clients et non pas une idéologie.

*« De la même manière que pour mes clients dont j'assure la défense en droit de la famille, je vais jusqu'au bout des procédures lorsque les clients sont prêts à aller jusqu'au bout, parce qu'il ne faut jamais oublier qu'un avocat n'est que le porte-parole de ses clients. Sans client il ne peut rien faire, il ne peut rien décider ».* Avocate numéro 16, Barreau de Paris.

De ce point de vue, l'avocat qui fait primer l'idéologie avant le client devient le maître de ce dernier. Or, un avocat ne doit être ni le maître ni le valet de son client. Être un *avocat militant*

---

<sup>318</sup> Éric Dupond-Moretti, né le 20 avril 1961 à Maubeuge, est un avocat pénaliste français, réputé pour le nombre d'acquittements qu'il a obtenus sur le territoire français.

est perçu comme une double perte d'indépendance : à l'égard de son client d'abord, dans l'hypothèse où l'avocat épouse la cause de ce dernier, ou au profit de la cause elle-même. Dans cette dernière hypothèse, ce qui est reproché à l'avocat c'est d'organiser sa défense non plus au profit de son client, mais au profit d'une idéologie, perdant alors tout sens critique et toute objectivité sur celle-ci. Dans le prolongement de cette définition, certains vont encore plus loin en expliquant que derrière la cause, se trouve le plus souvent une institution, une association, ou du moins un organe qui cherche à étendre sa sphère d'influence. Ce qui est intéressant sur cette dernière remarque c'est que les avocats ou plus largement les juristes qui ont ce raisonnement, le tiennent souvent à l'encontre d'autres avocats ou juristes, en se qualifiant de militants réciproquement. Là où les versions diffèrent c'est sur la question de la rémunération. Les avocats interrogés qui rejettent cet adjectif font justement de la rémunération le signe qu'ils sont indépendants :

*« Je suis, avant toute chose, à la base, une femme, qui a choisi la vocation d'avocat, qui a une passion pour ce métier, qui a une détestation de ce qui est l'arbitraire et l'injustice, et qui met au service des femmes et des hommes qui la payent -parce qu'il ne faut jamais oublier qu'un avocat n'intervient pas gratuitement- et qui met au service des personnes qui sont des justiciables lambda, qui me payent une rémunération, mon savoir-faire et mon savoir pour essayer de trouver une solution aux problèmes qu'ils viennent me soumettre ». Avocate numéro 10, Barreau de Paris.*

153. Leurs détracteurs, qui ont finalement la même définition de *l'avocat militant* qu'eux, expliquent que le fait que ces avocats soient rémunérés et non bénévoles, prouve au contraire qu'ils sont vendus à une cause ou à l'organe qui est leur client et donc qu'ils ont perdu leur indépendance :

*« Il y a une avocate qui vraiment a été très militante et qui a été extrêmement importante pour les évolutions en cours<sup>319</sup>, (...) qui a défendu le lobby LGBT. C'est du militantisme, elle a été rémunérée. Il ne s'agit pas là de bénévolat. (...) Il y a le militantisme [de cette avocate], un militantisme des lobbies LGBT depuis vingt-cinq ans, et extrêmement poussé et extrêmement organisé, qui fait qu'il y a un militant LGBT dans pratiquement tous les organes décisionnaires dans le monde ». Universitaire, Reims.*

---

<sup>319</sup> Universitaire interrogée sur la thématique de la gestation pour autrui.

Le militantisme serait organisé dans une stratégie politique plus grande avec donc une perte d'indépendance de *l'avocat militant* puisqu'au service de la cause et surtout des institutions qui sont derrière. Malgré cette différence sur la question de la rémunération, les deux visions se rejoignent dans une même définition du militantisme dans la profession d'avocat : c'est se mettre au service d'une cause et donc perdre son indépendance et son objectivité. La défense du client devient secondaire au profit de celle de la cause qui peut et doit se faire par tous moyens :

*« Comment on peut définir un militant ? Un militant c'est quelqu'un qui éventuellement va intellectuellement mettre de côté, écarter, tous les arguments qui le dérangent. C'est-à-dire qu'il ne va pas avoir une démarche intellectuelle honnête. Alors que moi je ne mets pas de côté les arguments qui me dérangent, je les démolis, je montre leur inanité, mais je ne les élude jamais. C'est pour ça que je gagne, sinon je ne gagnerais rien du tout. Voilà, la grande différence entre un militant et moi, c'est que moi je ne mets rien de côté, moi je ne fais pas un escamotage intellectuel pour supprimer une partie de l'argumentaire qui peut être invoqué. Les militants ont des espèces de mantras qui sont d'ailleurs extrêmement dogmatiques, très loin de la réalité ». Avocate numéro 24, Barreau de Paris.*

Qualifier un avocat de militant est l'associer à sa clientèle et par là essayer de « lui coller une étiquette » :

*« Parmi ma clientèle il y a des couples de gens qui ont la particularité d'être homosexuels, c'est-à-dire des lesbiennes et des gays, qui sont encore frappés d'opprobre. Donc on m'a collé à une partie de ma clientèle, parce que je ne cache pas que je vis avec une femme, mais on ne fait pas la même chose avec un avocat en droit de la famille, qui est hétérosexuel et qui défend ses clients. Il y a vraiment une volonté, sans doute inconsciente, mais en tout cas, moi je la perçois très clairement, de décrédibiliser le travail d'avocat que je fais, que je peux faire dans n'importe quel domaine juridique ». Avocate numéro 10, Barreau de Paris.*

**154. Association du militantisme à la défense de rupture.** Pour se défendre d'être militants, ces avocats ont toujours la même référence : *la rupture*. C'est-à-dire – il s'agira de la

définir<sup>320</sup> – la stratégie défensive qui consiste pour un avocat à dénier au juge sa légitimité à traiter de l’affaire de son client. Il y a donc une coloration politique très importante dans cette définition du militantisme. Être un *avocat militant*, c’est rejeter le système en place, c’est combattre le droit, instrument de domination de l’Etat. Cet argument revient systématiquement chez les avocats interrogés qui rejettent cet adjectif : ils ne sont pas militants parce qu’ils œuvrent par le droit et non pas contre celui-ci.

*« Vous savez, il y a une très belle phrase d’Henri Leclerc<sup>321</sup> qui dit qu’un bon procès politique c’est d’abord un procès en droit. Ce n’est pas avec des effets de manche que dans une salle judiciaire, vous obtiendrez des grands progrès. Là où vous obtenez des progrès, c’est quand vous faites la démonstration que la règle qui est appliquée, ou la loi qui est appliquée, est contraire à la CSDH ou à des normes internationales ».*  
Avocat numéro 29, Barreau de Paris.

Se retrouve l’idée également que l’avocat militant, puisqu’il ne plaide pas vraiment le droit, va être obligé de faire des effets de manche et de tout miser sur la rhétorique en cultivant une image de « super-héros ».

*« Maintenant, je ne suis pas un chevalier blanc, je ne suis pas Zorro, et donc, comme vous le savez, mais je le répète, un avocat défend des gens qui le sollicitent ».*  
Avocate numéro 10, Barreau de Paris.

155. En résumé, pour ces membres du barreau, le terme *d’avocat militant* représente encore un mythe dans la profession, il fait partie de son histoire, mais il est associé à une époque révolue. Aujourd’hui, il est rejeté car les avocats refusent de substituer sa définition telle que conçue lors des grands procès de rupture à l’exercice contemporain de leur métier. A juste titre, cette substitution revient à les accuser de manquer d’indépendance et d’objectivité, de servir une cause plutôt que leurs clients. De devenir les maîtres de ces derniers et les valets d’organes ou d’institutions idéologiques. Néanmoins, dans leurs discours apparaissent de nombreux paradoxes, car s’ils refusent le terme de militant, ces avocats qui ont une réaction violente face à celui-ci, s’estiment pourtant majoritairement engagés contre l’arbitraire et l’injustice. Quelle différence alors entre leur vision du militantisme et leur vision de l’engagement ?

---

<sup>320</sup> Voir la Sous-section *La défense de rupture* de la présente thèse.

<sup>321</sup> Henri Leclerc, né le 8 juin 1934, est un avocat pénaliste français.

« Ce qui est intéressant, c'est effectivement la réaction qui est générée par le terme de militant, je crois qu'on peut la lire dans une dimension qui est que militant est souvent assimilé dans l'esprit de ceux qui l'écoutent à une perte d'indépendance. C'est une démarche dans laquelle on est dominé par la cause que l'on sert et c'est peu compatible avec l'image que l'on se fait de l'avocat qui reste avant toute autre chose une voie totalement libre, qui même s'il épouse une cause ne va pas être une cause à caractère politique. **Sauf que la réalité montre que ce n'est pas si évident que ça** ». Avocat numéro 14, ancien bâtonnier, Barreau de Toulouse.

B) L'engagement contre l'injustice.

**156. L'avocat engagé.** La conviction de faire ce qui est juste et au contraire de lutter contre ce qui ne l'est pas est bien plus conciliable dans l'esprit d'un avocat avec la vocation de la profession et l'image qu'elle doit renvoyer, que la défense d'une cause politique. Pourtant, la lutte contre l'injustice, pour l'accès à tous au juge, ou encore pour garantir les droits de la défense et un procès équitable est elle-même une cause. Les avocats qui réfutent le terme d'avocat militant (pas parce qu'ils estiment que ça ne les concerne pas, mais parce qu'ils trouvent ce terme peu conciliable avec leur indépendance), estiment majoritairement qu'ils sont en revanche engagés contre l'injustice et l'arbitraire.

« Vous savez, j'ai été l'avocate de crapules. Avocat, c'est, comment vous dire, c'est un certain rapport, intime je crois, à la question de la justice, à la question de l'arbitraire et de la justice. Je pense qu'un mec comme Dupond-Moretti, ou quelqu'un comme moi, nous avons, entre guillemets, sans doute, quelque chose de l'ordre d'une blessure très très grande, comme Vergès<sup>322</sup> d'ailleurs, sur le rapport à la justice et à l'arbitraire. C'est quelque chose qui nous insupporte. Donc nous défendons des gens dont nous pensons, même si ce sont des salopards, dont nous pensons que le système est en train de les broyer, dont nous pensons que leur voix mérite d'être portée ». Avocate numéro 24, Barreau de Paris.

---

<sup>322</sup> Jacques Vergès, né le 20 avril 1924 au Laos, officiellement le 5 mars 1925 à Ubon Ratchathani au Siam (actuelle Thaïlande) et mort le 15 août 2013 à Paris, est un avocat franco-algérien.



Être militant, ce n'est pas être un bon avocat. En revanche, être un bon avocat c'est être engagé pour la défense de ce qui est juste.

*« Moi, personnellement, je ne me définis pas comme avocat militant : j'exerce mon métier de manière engagée, ce qui est différent, mais comme bien d'autres avocats ». Avocat numéro 28, Barreau de Paris.*

157. La différence tient en quelque sorte dans ce qui est nommé et ce qui ne l'est pas. La défense d'une cause est précise et connue. La lutte contre l'Injustice, avec un grand « i », est générale, subjective et nécessairement louable. Ce qui peut sembler au premier abord être une vaste hypocrisie est en fait une volonté, encore une fois, de rejeter l'argument selon lequel ces avocats qui s'estiment engagés (mais pas militants) ne seraient pas objectifs. Un avocat militant dans cette perception est en quelque sorte aveuglé par l'idéologie qu'il défend, avec une vision très dogmatique de ce qui doit être soutenu. L'avocat engagé ne porte pas ce masque dogmatique : il est libre et indépendant. Il ne fait qu'exercer son métier au nom des valeurs de la profession et peut prendre la défense de n'importe qui dans n'importe quel contexte dans la mesure où il estime que cette personne est en train de se faire broyer par le système.

*« Non mais peut-être qu'au fond de nous-même on se considère comme militant, mais je trouve que la qualification, la décoration d'avocat militant est gênante, parce qu'à certains moments on peut nous qualifier aussi d'avocat phénomène ou autre. Non, on fait notre métier et on doit essayer de le faire dans de bonnes conditions, avec un droit des personnes qui pose de véritables problèmes, que ce soit dans l'accès au droit, enfin, dans toutes les problématiques qu'il peut y avoir pour des gens qui viennent frapper à la porte d'un cabinet d'avocat ». Avocat numéro 51, Barreau de Paris.*

158. Cette conception de défense contre l'injustice et l'arbitraire est acceptable parce qu'elle correspond exactement – il s'agira de le développer<sup>323</sup> – aux valeurs qui forgent l'identité de la profession, ainsi qu'au rôle de porte-parole du public revendiqué par les avocats. Personne ne peut reprocher à un avocat d'être engagé puisqu'il ne fait qu'exercer son métier. En revanche, ils refusent d'être qualifiés de militant parce qu'ils estiment que c'est contraire à leur devoir d'indépendance.

---

<sup>323</sup> Ces questions seront abordées au titre 2 de la présente partie.

159. En conclusion, les avocats brandissent chiffon rouge pour un mot et ce rejet – s’il est compréhensif – n’est pas justifié. La vision de ce qu’est un *avocat militant* ne doit pas rester enfermée dans la définition d’une forme de militance qui a pu exister un temps et qui transposée à l’exercice actuel de la profession reviendrait à remettre en question l’indépendance de celui qui est affublé du terme. L’engagement actuel de ces professionnels au quotidien est une forme de militance qu’il s’agira d’identifier. Ce qui explique sans doute que certains de leurs confrères, au contraire, revendiquent être des *avocats militants*.

Paragraphe 2 : La perception valorisante de la qualification d’*avocat militant*.

« Victor Hugo a écrit « ceux qui vivent, ce sont ceux qui luttent ». *C’est la meilleure définition de ce qu’est le militantisme, une nécessité plus qu’un choix* ». Avocate numéro 38, Barreau de Paris.

160. Le mythe de l’*avocat militant* est encore bien ancré dans la profession, à tel point que certains membres du barreau ne peuvent pas concevoir que l’on soit avocat sans être militant, comme si le terme n’était qu’un pléonasme. L’idée selon laquelle la profession est une vocation qui ne peut être embrassée que par conviction est importante dans les domaines du droit qui peuvent être qualifiés de *sociaux* (droit pénal, droit de la famille, droit du travail...) <sup>324</sup>. Cependant, cette perception, même chez les avocats qui se revendiquent comme étant militants, n’est pas toujours la même (A), mais unanimement possible aujourd’hui grâce au développement de sources supra-législatives (B).

A) Les revendications militantes.

« L’*avocat idéal historique*, si je puis dire, était quelque part un *avocat aussi un peu militant*. Je veux dire, dans notre société ce n’était pas la règle du bénévolat ou de la mission désintéressée, peut être réservée à l’Eglise. Ce qui d’ailleurs n’est pas innocent puisque notre robe a pour origine la robe ecclésiastique. Ce qui prouve aussi

---

<sup>324</sup> Enquête réalisée entre 2015 et 2016 dans les barreaux de Paris, Toulouse, Nantes et Reims.

*qu'il y a des relations entre les deux. Donc, le militantisme quelque part, fait partie un peu de notre ADN ». Avocat numéro 1, Barreau de Toulouse.*

**161. Avocat d'une cause.** Au vu des recherches menées sur le terrain, il est possible de relever deux cas dans lesquels des avocats se définissent comme étant militants. Le premier, est celui qui vient le plus naturellement à l'esprit : il s'agit de l'avocat militant d'une cause spécifique.

*« Quelqu'un se passionne pour un segment du droit, pense qu'il va pouvoir le faire évoluer, il adhère quelque part à la cause d'un certain nombre de gens qui ont à dire sur ce droit et il bosse avec eux. Ça c'est pour moi la forme, sans doute, la plus répandue aujourd'hui d'avocats militants ». Avocat honoraire numéro 18, Barreau de Nantes.*

**162. Accès de tous à la Justice.** Le second, rejoint les développements fournis concernant les avocats qui rejettent le terme de *militant* mais estiment qu'ils sont engagés contre l'arbitraire : il s'agit de l'avocat militant pour l'accès de tous à une justice équitable.

*« Ce sont des avocats militants qui militent à la fois peut-être pour une cause dont ils pensent qu'elle peut avancer par le droit, mais qui militent aussi pour l'accès au droit et la défense d'égale qualité pour les plus défavorisés, c'est-à-dire une approche très proche de l'analyse marxiste ». Avocat honoraire numéro 18, Barreau de Nantes.*

La différence est notable : dans le premier cas, le militant essaie de faire avancer un point de droit, que ce soit la reconnaissance d'une nouvelle liberté ou au contraire la protection d'une cause en péril.

*« S'agissant du droit pénitentiaire, comme pour la garde à vue, il y a effectivement une démarche militante dans le sens où on se bat pour une cause et une cause pour le droit pénitentiaire, c'est évidemment la reconnaissance de plus en plus de droits aux détenus. Qu'ils puissent être des sujets de droit à part entière et en règle générale le détenu doit bénéficier de l'ensemble de ses libertés, à part celle d'aller et de venir. Essayer de faire que cette idée puisse se matérialiser en pratique. Ça, il y a de mon côté, un militantisme marqué ». Avocat numéro 17, Barreau de Paris.*

163. Dans le second cas, la démarche est de protéger une personne en situation de faiblesse et pour laquelle le système ne garantit pas ses droits les plus fondamentaux.

*« Être militant, c'est s'engager à se battre pour défendre une cause ou des valeurs, dans mon cas défendre le droit de chacun à être défendu, défendre le droit de chacun à faire respecter ses droits et défendre l'idée que l'égalité de tous devant la loi est une composante de la Démocratie ».* Avocate numéro 43, Barreau de Paris.

Pour ces avocats, il n'y a aucun problème entre indépendance et exercice du métier de façon militante. L'argument est de dire que l'indépendance ne signifie pas l'impartialité et la neutralité.

*« Mon indépendance, c'est précisément ma liberté de choisir mes causes et mes clients, lorsque je ne suis pas désignée par le Bâtonnier dans le cadre de la commission d'office. Mon indépendance, c'est de ne pas avoir un seul client dont je dépendrais économiquement. (...) Je n'ai pas à me cacher de mes opinions, de mes valeurs et de mes engagements. Ils ne m'empêchent pas de défendre. Je ne suis pas magistrat ou fonctionnaire, je n'ai aucun devoir de réserve. Mes clients me choisissent en connaissance de cause ».* Avocate numéro 7, Barreau de Paris.

Dans cette perception, considérer qu'être militant serait contraire au principe d'indépendance est une perversion de ce principe garantie par la prévention des conflits d'intérêt.

*« Je ne plaiderai pas contre le Syndicat [des Avocats de France]. Jamais. Règle de base. Mais a priori je ne serai jamais désignée pour plaider contre le Syndicat, auquel cas je refuserai. (...) Mon indépendance, c'est de choisir de défendre parfois celui qu'on désigne comme un monstre et parfois sa victime. Mais compte tenu de mes activités associatives et syndicales, de ne jamais défendre un syndicat de personnels pénitentiaires par exemple. Ce n'est pas que j'estime leurs actions illégitimes, loin de moi, vraiment et sincèrement, mais que je me trouverais dans une situation de conflit d'intérêt. ».* Avocate numéro 15, membre du SAF, Barreau de Paris.

L'avocat ne doit pas être que le représentant d'un client, il incarne beaucoup plus de choses justement parce qu'il est indépendant : la défense des libertés fondamentales ou des causes qu'il estime être justes.

*« Il y a un espèce d'effet miroir je trouve, entre cette idée d'abandonner ce qui est pour nous fondamental : c'est-à-dire la liberté de défendre et en réalité aussi toujours ce débat que l'avocat représente un client. (...) C'est vrai que notre fondement c'est d'être l'avocat d'un client, alors si on est avocat militant, on pense plutôt que l'on va être l'avocat d'une cause. C'est un rapport qui à ce moment-là devient un peu biaisé. Et c'est vrai que je constate que c'est une formule qui choque souvent les confrères. Moi, elle ne me choque pas parce que je pense qu'elle correspond à une réalité. (...) On parle beaucoup du moteur économique, mais il y a aussi un certain nombre de confrères qui se lancent dans ce domaine pour des questions de convictions : des convictions personnelles, des convictions aussi professionnelles ». Avocat numéro 23, Barreau de Toulouse.*

Dévaloriser un avocat qui se revendique comme étant militant en remettant en cause son indépendance serait même hypocrite :

*« Moi ça me choque un peu que parce qu'un avocat se présente comme engagé dans une cause, on veuille tout de suite dévaloriser la robe qu'il porte ou dire que ce serait un avocat un peu différent des autres. C'est d'ailleurs d'autant plus paradoxal qu'aujourd'hui nous sommes les premiers nous à dire que l'avocat peut être mandataire d'agents sportifs, qu'il peut être fiduciaire, qu'il peut donc s'éloigner d'un certain cœur du métier, qu'il peut avoir d'autres activités. Faire une différence sémantique entre de nouveaux pans de la profession et des engagements spécifiques, je trouve que c'est un peu hypocrite quelque part ». Avocat numéro 12, Barreau de Toulouse.*

**164. Equilibre engagements militants et valeurs déontologiques.** Tout serait en fait une question d'équilibre entre les engagements militants et les valeurs déontologiques de la profession, mais le principe en lui-même n'est pas en soi contraire à ces valeurs et notamment à celle de l'indépendance.

*« Ce qu'on ne supporte pas, c'est l'idée de se dire, il y a des avocats qui en fait détournent en profitant du privilège que leur confère leur robe et en servant des causes à caractère politique ou syndical. Moi, ça ne me heurte pas, à une condition effectivement : que les limites soient respectées. On peut servir une cause qui est militante en exerçant la profession, en servant cette cause, mais en respectant les règles*

*de la profession dans ce qu'elles ont de fondamental* ». Avocat numéro 14, ancien Bâtonnier, Barreau de Toulouse.

Il s'agit ici pour l'Ordre et pour les institutions représentatives des intérêts de la profession de réguler son exercice afin que ces valeurs soient respectées. La vraie difficulté qui apparaît dans cette conception du militantisme n'est plus relative à l'indépendance mais plutôt au désintéressement. Comment distinguer l'*avocat militant*, d'un avocat qu'il serait possible de qualifier de *mercenaire*<sup>325</sup> ?

*« Je ne vous dis pas qu'il n'y a pas des avocats qui font leur métier comme des commerçants, qui se lèvent le matin et qui tirent le rideau le soir et qui le samedi et le dimanche rentrent chez eux avec comme seule préoccupation le tiroir-caisse. Je pense aussi qu'à l'inverse vous avez des avocats qui rentrent chez eux le soir et qui ont quelques soucis qui les réveillent et qui pensent à des dossiers qu'ils ont en cours et qui font leur métier. On n'est pas indifférent à gagner notre vie, mais il y a aussi un positionnement social et des engagements que l'on peut avoir ».* Avocat numéro 2, Barreau de Paris.

165. Il s'agit d'un discours qui revient souvent, lorsqu'une affaire est médiatique, il peut être intéressant pour un avocat de se consacrer corps et âme à la défense de cette cause sans réelles convictions, dans le seul but de servir ses propres intérêts. Ce « risque » apparaît dans les deux formes de militances relevées : celle de la défense d'une cause, comme celle de la lutte contre l'arbitraire et l'injustice. Ce qui est dénoncé dans cette seconde conception, c'est l'avocat qui devient le valet de son client, qui n'est plus attaché à la recherche de la vérité (ce qui par définition n'est d'ailleurs pas le rôle de l'avocat).

*« Ceux qui disent « Moi je ne demande pas de comptes au client, je plaide ce qu'il veut », j'appelle ça une vision mercenaire. Pas au sens péjoratif mais au sens historique : je fais la guerre pour quelqu'un, il me paye, point barre et alors ? Ce qui est quand même au XV<sup>e</sup> siècle la chose la plus évidente du monde et personne ne traite l'autre de traître si jamais il va se vendre ».* Avocat numéro 11, Barreau de Nantes.

---

<sup>325</sup> DANET, J. (2004). *Défendre. Pour une défense pénale critique*. Etats de droit. Dalloz-Sirey. 2ème édition.

La conception mercenaire de l'exercice du métier, n'est pas du militantisme. Dans ce dernier, la logique est celle de l'allié.

*« Vous ne pouvez pas être un bon avocat si vous n'avez pas de distance avec votre client, c'est impossible. Vous devez nécessairement avoir une distance avec votre client, parce qu'il est capable de vous dire « moi je veux ci », alors que c'est impossible. Vous, votre job c'est de lui dire « Non, ça ce n'est pas possible ». Votre client, il va vouloir le beurre, l'argent du beurre et comme on dit vulgairement, le cul de la crémère. Or, en droit, on a la plupart du temps soit le beurre, soit l'argent du beurre, soit le cul de la crémère. Mais on n'a pas les trois ensembles. Donc votre job, c'est de lui expliquer ça, vous n'épousez pas la cause de vos clients. Jamais. Faire ça, ben vous n'êtes pas avocat ». Avocate numéro 13, Barreau de Paris.*

Cette logique de l'allié, qui permet à l'avocat de demander des comptes à son client, lui garantit d'être indépendant.

*« Ce n'est pas parce que j'adhère à une lutte globale par le droit, que je suis prêt à dire n'importe quoi dans n'importe quel dossier, hors de question, je ne suis ni l'otage d'un syndicat, ni l'otage d'un client en particulier ». Avocat numéro 47, Barreau de Nantes.*

166. En résumé, il existe deux formes d'exercice du métier qui sont considérées comme militantes par une partie de ceux les pratiquant : le militantisme d'une cause ou le militantisme pour l'accès de tous à une justice équitable. Ces formes ne sont pas contraires au principe déontologique de la profession d'indépendance dans la mesure où l'avocat n'a aucun devoir de réserve et n'a pas à être neutre. Être indépendant ne signifie pas qu'un avocat ne puisse pas être convaincu par une cause et la servir. Tout est une question d'équilibre. Il ne doit ni devenir le maître de son client en étant valet d'une cause, ni devenir le valet de ce client et il doit exercer son métier, même de manière militante, en respectant les valeurs déontologiques de la profession que ce soit le principe d'indépendance ou le principe de désintéressement. La problématique liée au respect de ces valeurs se cristallise d'ailleurs bien plus autour du désintéressement que de l'indépendance. C'est autour du désintéressement que les réelles difficultés afin d'identifier un avocat militant apparaissent dans un contexte où l'exercice de la profession a tendance à devenir entrepreneurial. De ce point de vue, l'avocat s'il veut rester indépendant et désintéressé, doit privilégier une position d'allié qui demande des comptes.

Néanmoins, outre les débats autour de la notion clivante *d'avocat militant*, il existe une réelle conscience, au sein de la profession, de la possibilité, grâce à l'émergence de droits supra-législatifs, de participer à la modification de la législation ou de peser dans l'application de ces principes fondamentaux lors d'un procès.

## B) La conscience de la possibilité de faire évoluer le droit.

**167. Emergence des droits fondamentaux.** L'émergence des droits fondamentaux permet aujourd'hui la conscience de la possibilité de faire évoluer le droit<sup>326</sup>. Cette émergence des droits fondamentaux ou *droits de l'Homme* en tant qu'outil juridique mobilisable est récente et locale<sup>327</sup>. De fait, il faut attendre la seconde moitié du XX<sup>e</sup> siècle pour que les droits de l'Homme deviennent plus que de simples déclarations solennelles. Il n'est pas opportun ici de reprendre l'historique complet de la pensée droit de l'hommiste qui s'inscrit en théorie du droit dans les débats sur le *jusnaturalisme*<sup>328</sup>. D'un point de vue plus pragmatique, il est nécessaire pour comprendre l'importance prise par les droits de l'Homme dans le droit actuel de revenir sur leur développement en *trois générations* en France et en Europe depuis la Révolution française de 1789.

**168. Première génération.** La *première génération* correspond traditionnellement aux libertés et droits politiques. Elle se retrouve notamment dans la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789 en France et dans la Constitution de l'Etat de Virginie aux Etats-Unis d'Amérique. Les citoyens se voient accorder des possibilités de choix, d'action et d'appréciation. L'idée est de protéger les individus face à d'éventuelles dérives de l'Etat. Dès leur commencement, les libertés et droits de l'Homme s'inscrivent donc contre l'Etat, mettant même dans le cas des droits une obligation à la charge de celui-ci<sup>329</sup>. Néanmoins cette première génération, sans doute la plus célèbre historiquement parlant, a une efficacité relative à la fin

---

<sup>326</sup> Sur l'émergence des droits fondamentaux lire par exemple : CARPENTIER, J. HINKE, H. et MINNERATH, R. (2001). *L'émergence des droits de l'homme en Europe : anthologie de textes : démocratie, droits de l'homme, minorités : les aspects éducatifs et culturels*. Strasbourg : Ed. du Conseil de l'Europe ; DUVERGER, E. (2003). *Les droits de l'homme*. Toulouse : Éd. Milan ; PELLEGRINI, B. (2005). La portée structurante des droits fondamentaux. *VST - Vie sociale et traitements*. Numéro 86, pages 137 à 156.

<sup>327</sup> Locale dans le sens où elle n'a jamais été aussi poussée qu'aujourd'hui en Europe.

<sup>328</sup> Sur cette question lire par exemple : RIALS, S. (1986). Des droits de l'Homme aux lois de l'Homme. Aux origines de la pensée juridique moderne. *Revue Commentaire*. Numéro 34, pages 281 à 289.

<sup>329</sup> LOCHAK, D. (2009). *Les droits de l'homme*. La Découverte.



du XVIII<sup>e</sup> siècle et au XIX<sup>e</sup> siècle dans la mesure où sa proclamation reste bien souvent déclaratoire et fait peu l'objet d'un contrôle réel en pratique. En France, en même temps que sont déclarés les Droits de l'Homme et du Citoyen, est instauré un légicentrisme ne permettant pas toujours de garantir ces droits contre les fluctuations de pensée du législateur. La garantie du respect de ces droits fondamentaux n'est pratiquement possible qu'avec la consécration d'une valeur normative supra-législative à ces textes.

**169. Deuxième génération.** La *deuxième génération* apparaît à la fin du XIX<sup>e</sup> siècle et au début du XX<sup>e</sup> siècle avec l'avènement des droits économiques et sociaux dans une société qui vient de s'industrialiser. Désormais, à la différence des libertés, il est demandé à l'État d'intervenir pour répondre aux besoins ressentis par les hommes bénéficiaires du progrès et d'en voir garantir les avantages. Ils dépendent exclusivement de l'État qui seul peut en assurer la réalisation par son action positive. Ainsi il ne s'agit plus véritablement de droits contre l'Etat mais de droits sur l'Etat. En France cette génération est consacrée dans plusieurs grands textes législatifs (les principes issus de ces lois sont majoritairement devenus par la suite des Principes Fondamentaux Reconnus par les Lois de la République<sup>330</sup>) puis dans le préambule de la Constitution de 1946.

**170. Troisième génération.** Enfin la *troisième génération* émerge dans les années qui ont suivi la seconde guerre mondiale. Les droits de l'Homme sont plus personnels aux individus : droit à la paix, au développement, à un environnement sain, au patrimoine commun de l'humanité, à l'information, au respect de son identité et de sa différence, de son orientation sexuelle, droit des minorités... La grande nouveauté de cette nouvelle vague de libertés publiques est leur caractère supranational<sup>331</sup>.

**171. Parallèle évolution des droits fondamentaux et des mouvements sociaux.** L'analyse de ces trois générations de droits fondamentaux correspond à l'évolution des mouvements sociaux déjà abordée précédemment et développée dans le prochain titre de la présente thèse. De mouvements sociaux politiques, nous sommes passés à des mouvements sociaux pour des droits économiques et sociaux et depuis les années 1960-1970 nous nous

---

<sup>330</sup> Les Principes Fondamentaux Reconnus par les Lois de la République (PFRLR) sont des principes généraux qui, bien que n'étant pas explicitement énoncés dans les textes de valeur constitutionnelle, sont reconnus par le Conseil constitutionnel comme s'imposant au législateur avec la même force qu'eux. Pour être reconnu comme un PFRLR, un principe doit être issu d'une loi de nature républicaine antérieure à 1946, être général, et avoir fait l'objet d'une application continue.

<sup>331</sup> MORANGE, J. (2007). *Les libertés publiques*. Collection Que sais-je ? PUF. Huitième édition.

inscrivons dans les *Nouveaux Mouvements Sociaux* centrés sur l'individu. Ces trois périodes de l'histoire des mouvements sociaux correspondent finalement aux trois générations de droits de l'Homme. Il existe donc un parallèle entre l'évolution des mouvements sociaux, l'évolution du militantisme dans la profession d'avocat et l'émergence de nouveaux droits fondamentaux sur lequel il s'agira de revenir.

172. Pour l'étude qui nous intéresse à ce stade, l'évolution majeure qu'il s'agit de développer parallèlement à l'émergence de la troisième génération est la constitutionnalisation et l'internationalisation de ces droits, c'est-à-dire leur consécration dans des textes supralégislatifs qui font, particulièrement en Europe, l'objet d'un contrôle par une juridiction indépendante. En France et de façon similaire dans la grande majorité des pays européens, le traumatisme de la seconde guerre mondiale a permis qu'émerge l'idée d'une nécessité de placer les droits fondamentaux au sommet de la hiérarchie des normes et de créer des garde-fous afin que le législateur ne puisse pas à sa guise revenir sur ces principes. L'idéal démocratique est atteint par cette garantie que représentent les droits de l'Homme. Deux processus de protection se développent parallèlement : la constitutionnalisation et la conventionnalisation avec réciproquement un juge constitutionnel et un juge conventionnel. Chronologiquement, un large panel de droits est proclamé que ce soit dans les nouvelles Constitutions des pays européens au sortir de la guerre ou dans des déclarations et conventions internationales. Ainsi en France le Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 rappelle dans son premier paragraphe l'attachement de la France aux droits et libertés proclamés dans la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789<sup>332</sup> (première génération de droits de l'Homme), puis dans les paragraphes suivants proclame de nouveaux principes économiques et sociaux (deuxième génération de droits de l'Homme). L'attachement de la France aux principes proclamés par ce préambule est de nouveau proclamé dans le préambule de la Constitution du 4 octobre 1958. A l'échelle internationale, la Déclaration universelle des droits de l'homme (DUDH) est adoptée par l'Assemblée générale des Nations unies le 10 décembre 1948 à Paris et rappelle l'interdépendance de la paix et de la sécurité internationale. Plus localement, le Conseil de l'Europe est institué le 5 mai 1949 par le traité de Londres, il réunit la grande majorité des pays ayant une partie au moins de leur territoire sur le continent européen et permet la signature le 4

---

<sup>332</sup> « Au lendemain de la victoire remportée par les peuples libres sur les régimes qui ont tenté d'asservir et de dégrader la personne humaine, le peuple français proclame à nouveau que tout être humain, sans distinction de race, de religion ni de croyance, possède des droits inaliénables et sacrés. Il réaffirme solennellement les droits et libertés de l'homme et du citoyen consacrés par la Déclaration des droits de 1789 et les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République ».

novembre 1950 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, entrée en vigueur le 3 septembre 1953. Cette création est motivée par un idéal démocratique et par la volonté d'une union toujours plus étroite entre les membres du Conseil<sup>333</sup>. La Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales permet l'investigation d'un ordre public européen ayant une valeur supra législative. La création de cet ordre public européen permet d'abolir la distinction radicale entre l'ordre interne et l'ordre international sur laquelle est fondé le droit international classique.

173. Il convient également de mentionner la construction des communautés européennes, devenue l'Union Européenne, à partir de 1959 qui est également aujourd'hui le socle de textes garantissant des droits fondamentaux sur son territoire.

**174. Possibilités nouvelles pour la profession d'avocat. Constitutionnalisation.**

Néanmoins, à ce stade il est encore question que de textes. Or ce qui intéresse directement la profession d'avocat dans l'exercice d'un militantisme nouveau – outre les droits et garantis que lui accordent ces textes pour l'exercice du métier à proprement parler<sup>334</sup> – c'est l'essor de juridictions garantissant et contrôlant qu'aucune entrave à ces principes ne puisse être adoptée par le législateur. Au niveau constitutionnel, les dispositions propres à la Cinquième République française prévoit la création d'un Conseil constitutionnel. A l'origine il a un rôle limité. Il ne peut se fonder pour ses contrôles que sur le texte même de la Constitution « brute », c'est-à-dire les articles de la Constitution de 1958 qui organisent la structure de l'Etat. Pratiquement, il a principalement un rôle de régulateur des consultations électorales dont il proclame les résultats<sup>335</sup>. En 1971 le Conseil constitutionnel change son destin par la décision *Liberté d'association*<sup>336</sup> dans laquelle il reconnaît une valeur constitutionnelle au préambule de la Constitution de 1958 qui renvoie lui-même au préambule de la Constitution de 1946 et à la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789 qui acquièrent donc également une valeur constitutionnelle. Par-là le juge constitutionnel étend considérablement ses possibilités de contrôle de conformité des lois à la Constitution. En 2005, la charte de l'environnement vient se rajouter à ce *bloc de constitutionnalité*. Concernant les avocats, cette évolution

---

<sup>333</sup> SUDRE, F. (2010). *La Convention Européenne des Droits de l'Homme*. Collection Que sais-je ? PUF. Huitième édition.

<sup>334</sup> Sur ce point, lire notamment : RUDLOFF, S. (1995). *Droits et libertés de l'avocat dans la Convention européenne des droits de l'Homme*. Bruxelles : Bruylant.

<sup>335</sup> Sur ce rôle premier, lire par exemple : BEAUVOIS, Y. (2006). Le Conseil constitutionnel à ses débuts (1959-1962). *Commentaire*. Numéro 116, pages 943 à 954.

<sup>336</sup> Conseil constitutionnel. 16 juillet 1971 *Liberté d'association*. N°71-44 DC.

constitutionnelle ne les concerne pas directement dans un premier temps puisque la saisine du Conseil constitutionnel reste une initiative politique. Cependant, l'instauration de la procédure de Question prioritaire de constitutionnalité (QPC) par la réforme constitutionnelle du 23 juillet 2008 qui permet un contrôle *a posteriori* de constitutionnalité est un instrument absolument remarquable qui fait du bloc de constitutionnalité un rempart mobilisable par la profession contre un texte législatif qui leur semble abusif. La conscience de l'importance de ce nouvel instrument a été immédiatement relevée par la profession, comme le prouve ce communiqué de la Conférence du Barreau de Paris du 25 février 2010 :

*« La Conférence invite l'ensemble des confrères à se saisir de cette nouvelle opportunité et considère nécessaire d'agir dès les premiers jours de l'entrée en vigueur de cette nouvelle disposition, afin que les justiciables puissent bénéficier le plus rapidement possible de ses éventuelles retombées positives. Si cette question est, comme l'espère la Conférence, transmise à la Cour de cassation puis au Conseil constitutionnel pour examen, il pourrait en résulter une avancée majeure des droits de la défense dans la procédure pénale française »<sup>337</sup>.*

Le premier sujet sur lequel la profession va se mobiliser avec ce nouvel instrument est – il s'agira d'y revenir – la garde à vue<sup>338</sup>.

**175. Possibilités nouvelles pour la profession d'avocat. Conventionnalisation.** C'est surtout au niveau conventionnel que l'émergence de droits fondamentaux permet aux avocats d'avoir la conscience de la possibilité de faire évoluer le droit. En Europe deux juridictions doivent être mentionnées : la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) et la Cour européenne des droits de l'Homme (CEDH). Ces deux juridictions ont la compétence pour condamner la France si sa législation ou si un juge national ne respecte pas les principes garantis dans les textes qu'ils contrôlent. A savoir les traités de l'Union Européenne pour la Cour de Justice de l'Union Européenne et la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales pour la Cour européenne des droits de l'Homme. Les avocats peuvent saisir ces juridictions pour agir contre l'Etat. Surtout, avant même d'arriver devant ces juridictions supranationales, un contrôle de conventionnalité peut et doit être assuré

---

<sup>337</sup> Communiqué consultable sur le site de la Conférence du Barreau de Paris, onglet Actualité, Défense Pénale, Garde à vue : <https://laconference.typepad.fr> [consulté le 31 mai 2019].

<sup>338</sup> Allocution de Jean-Louis DEBRÉ - « La question prioritaire de constitutionnalité : premiers bilans », colloque organisé par l'ILF-GERJC, le CJSE et la Communauté du Pays d'Aix, 26 novembre 2010.

par les tous les juges ordinaires depuis deux décisions importantes de la Cour de cassation et du Conseil d'Etat<sup>339</sup>. Dans les décisions *Jacques Vabre* et *Nicolo*, la Cour de cassation puis le Conseil d'Etat ont reconnu les juges judiciaires et administratifs compétents pour opérer un contrôle de conventionnalité des lois et procédures. Depuis 1975 pour le juge judiciaire et 1989 pour le juge administratif, les avocats peuvent demander à ce qu'une loi contraire aux principes fondamentaux garantis par les conventions internationales signées par la France soit inapplicable à leur litige. Ils peuvent également s'assurer que les toutes les règles du procès équitable garanties par l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales soient respectées.

**176. *L'arme du droit contre l'Etat.*** Ces nouveaux instruments à disposition de la profession renversent complètement la perspective marxiste du droit instrument de domination de l'Etat. Les avocats prennent conscience que grâce aux droits fondamentaux ils peuvent désormais mobiliser le droit contre l'Etat. Notamment en matière pénale, cette question du procès équitable et des droits de la défense devient centrale dans la stratégie de l'avocat. La défense pénale ne peut plus se satisfaire d'argumentation, d'éloquence et de conviction. Elle devient véritablement active, c'est-à-dire qu'elle se traduit par l'exercice des droits de la défense. En pratique les avocats ont bien compris quelle arme remarquable constituent aujourd'hui ces recours. En 2018, 43 100 requêtes sont attribuées à une formation judiciaire de la Cour européenne des droits de l'Homme, dont 871 émanent de la France et 42 761 requêtes sont clôturées par une décision judiciaire, avec 37 requêtes françaises ayant donné lieu à 16 arrêts<sup>340</sup> dont 8 condamnent l'Etat. Ce qui place la France en deuxième position des pays d'Europe occidentale dont le nombre de requêtes attribuées à une formation judiciaire est le plus important et dont le nombre de condamnation de l'Etat est le plus haut, derrière l'Italie<sup>341</sup>. Au niveau de la Cour de cassation, au 31 mars 2017, 62 arrêts font application d'un contrôle de conventionnalité. Neuf articles de la Convention européenne des droits de l'homme (les articles 2, 5, 6, 7,8,9,10,14 et l'article 1<sup>er</sup> du Protocole additionnel) ont été invoqués, avec une

---

<sup>339</sup> Cass. Mixte, 24 mai 1975, *Jacques Vabre*, pourvoi n°73-13.556.

Conseil d'Etat. 20 octobre 1989, *Nicolo*, numéro 108243.

<sup>340</sup> Chiffres de l'Analyse statistique 2018 de la Cour Européenne des Droits de l'Homme ; <https://www.echr.coe.int> [consulté le 11 septembre 2019].

<sup>341</sup> La France reste néanmoins loin derrière une série de pays d'Europe de l'Est : Russie, Turquie, Roumanie, Ukraine, Pologne, Serbie et Hongrie qui cumulent à eux seuls 71% de ces requêtes et 68% des condamnations de l'Etat.

surreprésentation des articles 6 (20 fois – procès équitable), 8 (24 fois – respect de la vie privée) et de l'article 1<sup>er</sup> du Protocole additionnel (13 fois – respect du droit de propriété)<sup>342</sup>.

177. Concernant la QPC, au 31 décembre 2018 et depuis son entrée en vigueur en 2010, le Conseil constitutionnel a été saisi 775 fois et n'a conclu à la conformité de la loi à la Constitution qu'une fois sur deux<sup>343</sup>.

178. En résumé, la conscience individuelle militante d'un avocat peut être devinée à travers plusieurs indices objectifs et subjectifs qui permettent d'identifier plusieurs formes de militantismes. Objectivement, l'appartenance du professionnel à un organe militant extérieur ou intrinsèque au barreau est un premier indice. Subjectivement, l'émergence des droits fondamentaux permet de faire du droit une arme mobilisable par les avocats qu'ils se définissent comme militants ou comme engagés. Surtout – nous l'avons vu dans sa dimension collective – la profession d'avocat est régie par toute une série de mécanismes organisationnels qui se retrouvent dans la conception militante individuelle du professionnel à travers ses valeurs et sa conception de la Justice.

---

<sup>342</sup> COUR DE CASSATION. (2017). *Rapport de la commission de réflexion sur la réforme de la Cour de cassation*. [www.courdecassation.fr](http://www.courdecassation.fr)

<sup>343</sup> Chiffres du Conseil constitutionnel dans son bilan 2018 : <https://www.conseil-constitutionnel.fr/bilan-statistique> [consulté le 11 septembre 2019].

## **Section 2 : Valeurs et conception de la Justice de l'avocat.**

179. L'idée ici n'est pas de confondre l'exercice de la profession avec son potentiel militantisme, mais bien de démontrer l'existence d'une *culture de l'avocat* qui, elle, participe à favoriser l'émergence d'un militantisme dans la profession. Valeurs, déontologie et militantisme sont trois notions différentes. L'adhésion collective à des valeurs via la déontologie d'une profession n'est pas automatiquement synonyme de militantisme. Néanmoins, au niveau individuel ces valeurs regroupées au sein des règles déontologiques de la profession restent un terreau favorable à l'émergence d'un militantisme. C'est pourquoi il est opportun de les analyser ici. De fait, la conscience militante – même lorsqu'elle est individuelle – répond pour l'avocat à une culture propre à la profession et – nous l'avons vu dans sa dimension collective – à des *mécanismes organisationnels*. Le simple fait d'être avocat forge une identité favorable au militantisme fondée sur des valeurs communes (Sous-Section 1) et plus généralement à une conception de représentation et de légitimité de la Justice (Sous-Section 2).

### **Sous-Section 1 : Valeurs de l'avocat.**

« *Ce que les autres hommes appellent des qualités extraordinaires, les avocats les considèrent comme des devoirs indispensables* »<sup>344</sup>.

180. Le Barreau est concrètement créé à partir du moment où le Parlement de Paris précise la réglementation pour l'intégrer (il est notamment interdit à tous ceux qui sont qualifiés d'incapables : mineurs, sourds, aveugles, fous, femmes...)<sup>345</sup>. En plus des conditions de compétence (la licence en droit est obligatoire à partir de 1519), des conditions de moralité sont exigées, reposant sur des valeurs qui façonnent encore aujourd'hui l'identité de la profession. L'avocat doit être ponctuel, plaider de manière concise et ne pas avoir recours à des moyens déloyaux ni à des manœuvres dilatoires.

---

<sup>344</sup> Citation du Président Charles-Alexandre Dupuy, source FAVARD DE LANGLADE, G-J. (1830). *Répertoire de la législation du notariat*. Paris.

<sup>345</sup> OZANAM, Y. (2016). *Histoire des avocats*. In B. BEIGNIER et J. VILLACEQUE (dir.), *Droit et déontologie de la profession d'avocat*, Gazette du Palais, Seconde édition.



181. Aujourd'hui, la question de la moralité renvoie directement à celle de l'éthique<sup>346</sup> et donc aux règles déontologiques qui constituent à la fois une épreuve pour l'obtention du CAPA<sup>347</sup> et la base des règles sur laquelle un avocat peut ensuite faire l'objet de sanctions disciplinaires. La déontologie est considérée comme étant « *le ciment fédérateur des avocats, la garantie première du justiciable, l'âme véritable de la profession ou encore son fer de lance* »<sup>348</sup>. Dans son sens général, la déontologie englobe toutes les autres valeurs qui sont développées ici et qui permettent de susciter un sentiment de solidarité capable de créer une cohésion au sein de l'avocature, tant à l'égard des avocats entre eux qu'à l'égard des justiciables. De manière plus stricte la déontologie renvoie aux règles qui régissent l'exercice de la profession qui ont transcendé la simple morale pour devenir du droit positif de la responsabilité ou disciplinaire. Cette transformation de la déontologie de règle morale à règle de droit est progressive au cours du XX<sup>e</sup> siècle et concomitante à l'organisation institutionnelle des Ordres puis du Conseil National des Barreaux à travers l'élaboration de la politique de formation des avocats et l'harmonisation des règles et usages de la profession au sein d'un règlement intérieur national (RIN) pour l'ensemble des barreaux français<sup>349</sup>. Une harmonisation semblable s'opère à l'échelle de l'Union Européenne avec plusieurs directives en ce sens<sup>350</sup>.

182. Le règlement de la profession constitue donc un code de la déontologie pour la profession d'avocat qui référence seize principes essentiels. La sociologue Edwige Rude-Antoine a mené en 2014 une intéressante étude portant sur l'éthique de l'avocat pénaliste qui tend à prouver l'importance de ces valeurs déontologiques dans la culture de l'avocat et dans son positionnement comme porte-parole du public<sup>351</sup>. Deux formes de valeurs doivent être distinguées ici : celles qui dépendent de la morale comme la courtoisie, la conscience, l'honneur, l'humanité, la dignité, le désintéressement, la probité, l'éloquence/compétence et le

---

<sup>346</sup> Sur ces questions lire les ouvrages : RUDE-ANTOINE, E. (2014). *L'éthique de l'avocat pénaliste*. L'Harmattan ; REVET, T. (2018). *Déontologie de la profession d'Avocat*. LGDJ. 2e édition.

<sup>347</sup> Certificat d'Aptitude à la Profession d'Avocat.

<sup>348</sup> LAMAZE (de), E. et PUJALTE, C. (2009). *L'Avocat, le Juge et la déontologie*. Paris : PUF. Page 25.

<sup>349</sup> Sur cette évolution progressive, lire par exemple : RUDE-ANTOINE, E. (2014). *L'éthique de l'avocat pénaliste*. L'Harmattan. Pages 63-64.

<sup>350</sup> Par exemple :

Directive 77/249/CEE du Conseil, du 22 mars 1977, tendant à faciliter l'exercice effectif de la libre prestation de services par les avocats.

Directive 89/48/CEE du Conseil, du 21 décembre 1988 relative à un système général de reconnaissance des diplômes d'enseignement supérieur qui sanctionnent les formations professionnelles d'une durée minimale de trois ans.

Directive 98/5/CE du Parlement européen et du Conseil, du 16 février 1998 visant à faciliter l'exercice permanent de la profession d'avocat dans un Etat membre autre que celui où la qualification a été acquise.

<sup>351</sup> RUDE-ANTOINE, E. (2014). *L'éthique de l'avocat pénaliste*. L'Harmattan.



dévouement (Paragraphe 1) et celles qui sont structurelles, inhérentes à l'exercice de la profession comme la prudence, la confraternité, la délicatesse, la loyauté, la diligence, la modération et l'indépendance. (Paragraphe 2). De fait, ces principes se recoupent les uns les autres et sont d'importance pratique inégale, c'est pourquoi tous ne sont pas traités dans les développements qui suivent.

### Paragraphe 1 : Valeurs morales de l'avocat.

*« Je jure, comme avocat, d'exercer mes fonctions avec dignité, conscience, indépendance, probité et humanisme »<sup>352</sup>.*

183. En théorie, pour être avocat il faut maîtriser certaines compétences au-delà de celles qui sont juridiques. Ces compétences ou aptitudes façonnent l'identité de la profession qui permet aux avocats de constituer un corps tout à fait unique favorisant à la fois son rôle de porte-parole du public et surtout au niveau individuel sa vocation militante. Ainsi, plusieurs valeurs morales sont traditionnellement inhérentes à la profession : l'éloquence, la compétence et la probité (A), puis le désintéressement et le travail (B).

#### A) Eloquence, compétence et probité.

**184. Eloquence.** De façon générale, il est question d'une *culture de l'avocat* fondée – il s'agira de l'étudier – sur son histoire, mais surtout sur un socle de valeurs telles que l'éloquence, la compétence et la probité.

185. L'éloquence se définit comme l'art de la rhétorique, c'est-à-dire le talent du bien parler, la capacité à convaincre par la parole. Elle nous vient de l'antiquité grecque et romaine où liées aux grands intérêts de la cité, les discussions judiciaires s'élèvent à la hauteur des grands débats politiques. N'importe quel tribun peut alors devenir un orateur capable de prendre la défense d'un accusé. Les principes de l'art oratoire sont donnés par Aristote, Cicéron ou

---

<sup>352</sup> Prestation de serment des avocats fixée par l'article 3 de la loi du 31 décembre 1971.

encore Quintilien<sup>353</sup>. Ce n'est qu'avec l'Empire romain que l'activité d'avocat se professionnalise et que l'éloquence devient un métier<sup>354</sup>. L'autonomisation du barreau aux XVII<sup>e</sup> et XVIII<sup>e</sup> siècles – abordée précédemment – conjuguée aux changements structurels de la société d'alors dans un siècle des Lumières prompt à l'émancipation intellectuelle qui fait de l'avocat un porte-parole privilégié du public à cette époque, replace l'éloquence au cœur du métier. L'avocat devient pour la première fois un potentiel contre-pouvoir au roi, il se doit donc de convaincre. Au XVII<sup>e</sup> siècle, apparaissent des textes écrits par des avocats qui traitent de la rhétorique et qui tentent de la replacer parmi les arts et les sciences de l'époque :

« *Parce que la multitude ne connoift pas cette Science pource qu'elle eft ; Qu'elle l'a fait marcher apres les autres Sciences humaines, elle qui a droit de les preceder, comme leur Reine ; & que l'Idée qu'elle s'en forme, eftant indigne du merite de cet Art, & au deffous de fa grandeur, porte vn prejudice notable aux Jeunes gens, qui méprifent cet Art excellent de la Parole* »<sup>355</sup>.

Aux XVIII<sup>e</sup> et XIX<sup>e</sup> siècles, l'éloquence devient un enseignement à part entière dans l'apprentissage des jeunes avocats et des concours sont organisés régulièrement<sup>356</sup>.

186. Enfin, l'éloquence doit être courtoise, il s'agit d'une condition importante au bon déroulement du fonctionnement des juridictions<sup>357</sup> et des rapports – qui ont tendance aujourd'hui à se détériorer<sup>358</sup> – entre l'avocat et les autres agents judiciaires au premier rang desquels le magistrat.

**187. Compétence.** De l'étude du droit de l'antiquité émerge une seconde vision de la profession parallèlement à l'orateur : *l'avocat sachant*, le *savant*. Autrement dit l'éloquence doit être associée avec le savoir juridique, la science de l'avocat, la compétence, sans quoi celui-ci ne serait bon qu'à faire des *effets de manche* ou *effets de toge*, c'est-à-dire une action

---

<sup>353</sup> Sur cette question lire par exemple : BRETON. (1728). *De la Rhétorique selon les préceptes d'Aristote de Cicéron et de Quintilien*. Paris : Dupuis ; ou encore : MARTINEAU, F. (1994). *Le discours polémique. Essai sur l'ordre du discours judiciaire*. Paris : Quai Voltaire.

<sup>354</sup> BOINVILLIERS, E. (1826). *Principes et morceaux choisis d'éloquence judiciaire ; études et devoirs de l'avocat*. Paris : G. Gastebois et Cie. Page 2.

<sup>355</sup> LE GRAS. (1674). *La rethorique françoise ou les preceptes de la vraye eloquence*. Paris : chez Antoine de Raffle et Theodore Girard. Préface.

<sup>356</sup> Sur cette question, lire par exemple : CLAIR. et CLAPIER. (1823). *Barreau français, collection des chefs-d'œuvre de l'éloquence judiciaire en France*. Paris : Panckoucke.

<sup>357</sup> RUDE-ANTOINE, E. (2014). *L'éthique de l'avocat pénaliste*. L'Harmattan.

<sup>358</sup> Sur cette question lire : MORINEAU, A. (2020). L'avocat dans ses rapports avec les autres professions judiciaires. *Les cahiers de la justice*. Numéro 3, pages 459 à 467.

exagérée, factice, destinée à impressionner un public par un discours grandiloquent ou des gestes emphatiques inutiles. L'expression renvoie directement à la robe de l'avocat. Cette distinction va s'inscrire dans le temps :

*« La science a ses couronnes aussi bien que l'éloquence. Si elles sont moins brillantes, elles n'en sont pas moins solides ; le temps, qui diminue l'éclat des unes, augmente le prix des autres. Ces talents, stériles pendant les premières années rendent avec usure, dans un âge plus avancé, les avantages qu'ils refusent dans la jeunesse, et votre Ordre ne se vante pas moins des grands hommes, qui l'ont enrichi par leur érudition, que de ceux qui l'ont orné par leur éloquence. C'est ainsi que, par des routes différentes, mais toujours également assurées, vous arrivez à la même grandeur, et ceux, que les moyens ont séparés, se réunissent dans la fin »<sup>359</sup>.*

Cette citation qui oppose autant qu'elle concilie éloquence et science juridique permet de faire la distinction entre l'avocat-conseil et l'avocat-plaideur. Cette distinction, ancienne, est immédiatement relativisée par le constat d'une unité fondée sur des aspirations communes. Ce sont les premiers mérites de la profession : éloquence et compétence, l'un pouvant compenser l'autre.

**188. Probité.** La probité quant à elle, est une vertu qui consiste à observer scrupuleusement les règles de la morale sociale, les devoirs imposés par l'honnêteté et la justice<sup>360</sup> :

*« Il ne s'agit pas ici de cette honnêteté vulgaire qui restituant avec fidélité ce qu'on lui a confié, rend exactement poids pour poids et mesure pour mesure. Il s'agit de cette délicatesse de sentiment, point d'honneur de la probité, qui, craignant toujours de rester en deçà du devoir, va toujours au-delà. Que d'autres qualifient cette délicatesse d'excessive et se plaignent de ses exigences ! L'avocat trouve qu'elle est aussi naturelle et aussi nécessaire à sa profession que la parole elle-même »<sup>361</sup>.*

Un avocat ne doit pas plaider sa propre cause, il s'agit d'une règle ancienne dans la profession qui remonte à l'antiquité. Il y a l'idée du respect permanent de la consœur ou du confrère, du

---

<sup>359</sup> LIOUVILLE, A. (1883). *Abrégé des règles de la profession d'avocat*. Extrait des ouvrages de Félix Liouville et de Mollot. Paris.

<sup>360</sup> ROBERT, P. (2017). *Le petit Robert de la langue française*. Texte remanié et amplifié sous la direction de REY-DEBOVE, J. et REY, A.

<sup>361</sup> LIOUVILLE, A. (1883). *Abrégé des règles de la profession d'avocat*. Extrait des ouvrages de Félix Liouville et de Mollot. Paris.

respect du juge et des autres agents du système judiciaire<sup>362</sup>. Le code pénal contient une section relative aux manquements au devoir de probité<sup>363</sup>, mais cette liste n'est pas exhaustive.

Ces premières valeurs participent à créer un environnement favorable à l'apparition d'un militantisme dans la profession d'avocat. De fait, ce sont elles qui permettent à l'avocat de se positionner comme porte-parole du public.

## B) Désintéressement et travail.

**189. Définition du désintéressement.** Le désintéressement se définit comme le détachement de tout intérêt propre. C'est-à-dire l'attitude d'une personne qui néglige ses propres intérêts pour servir les intérêts d'autrui, matériels ou personnels<sup>364</sup>. Pratiquement, le désintéressement concerne les honoraires et certaines incompatibilités. Concernant les premiers, il fonde différents principes de la rémunération de l'avocat. Notamment, ils ne doivent pas être excessifs et la situation personnelle du client doit être prise en considération dans leur fixation. Ce dernier point est d'autant plus important dans le rapport de l'avocat à l'Aide Juridictionnelle (AJ). Concernant les incompatibilités, le principe de désintéressement empêche par exemple l'avocat d'exercer une activité commerciale.

190. La notion devient centrale dans la profession et surtout dans les missions de l'Ordre pour imposer sa propre discipline. Armand-Gaston Camus<sup>365</sup> va même jusqu'à dire qu'un avocat ne doit pas pouvoir réclamer en justice le montant de plusieurs honoraires impayés, dans la mesure où ces honoraires sont des présents par lesquels un client reconnaît les peines prises par le professionnel. Félix Liouville<sup>366</sup>, dans son ouvrage « Profession d'avocat » déclare :

---

<sup>362</sup> Sur le rapport de l'avocat à la probité, lire par exemple : MILLET, A. (1875). *Droit et probité. Causeries familières sur nos droits et nos devoirs privés, sociaux et politiques*. Paris : A. Cotillon ; ou encore : DESCLAUX. (1823). *Des Devoirs de l'avocat, particulièrement de la droiture et de la probité. Discours pour la rentrée de la cour royale de Colmar*. Colmar : J.-H. Decker.

<sup>363</sup> Code pénal, livre IV, titre III, chapitre II, section III.

<sup>364</sup> REVET, T. (2018). *Déontologie de la profession d'Avocat*. LGDJ. 2e édition. Page 106.

<sup>365</sup> Armand-Gaston Camus, né à Paris en 1740 et mort à Montmorency en 1804, est un avocat, juriconsulte et homme politique français qui joua un rôle important dans le déclenchement de la Révolution de 1789.

<sup>366</sup> Félix Liouville est un avocat français qui fût Bâtonnier de l'Ordre des avocats de Paris au début du XIX<sup>ème</sup> siècle, qui ne doit pas être confondu avec son homonyme, avocat également au début du XX<sup>ème</sup> siècle et député de la Seine.

*« C'est dans les sentiments de délicatesse, que doit inspirer la profession, et dans sa dignité même que l'avocat trouvera d'ordinaire la source de son désintéressement. Ainsi, il n'acceptera jamais une part dans le procès, dont il sera chargé, et sa robe de défense ne cachera jamais aux yeux du juge un plaideur secret, aussi intéressé au succès que le plaideur apparent. Ainsi, il n'imposera pas des honoraires excessifs à la peur et aux embarras de ses clients ; et, si leur frayeur les lui apporte, il en modérera spontanément l'exagération. Ainsi, la rémunération, qu'on lui offrira, ne sera pas, pour lui l'occasion d'humiliantes discussions et de honteux marchandages, fût-elle cent fois au-dessous du service rendu ou du travail accompli ; - et jamais il ne demandera à la justice la rémunération, qu'on ne lui offrira pas, l'eût-il cent fois méritée. C'est en apportant cette délicatesse dans l'exercice de notre profession que nos anciens l'ont entouré de cette auréole d'honneur qui lui attire, de toutes parts, le respect dont nous profitons aujourd'hui et dont nous devons à notre tour, faire profiter ceux qui viendront après nous. Ce désintéressement négatif ne doit pas suffire et l'avocat doit donner gratuitement l'appui de ses conseils, de sa parole et de son dévouement à l'indigent dont la cause lui semble juste »<sup>367</sup>.*

**191. Problématique contemporaine du désintéressement.** La problématique du désintéressement est au cœur des réflexions qui intéressent le barreau contemporain face aux mutations que connaît la profession. L'émergence du barreau des affaires et l'économie de marché ainsi que l'ouverture à la concurrence qui s'imposent à l'exercice de la profession, contraignent les cabinets à adopter une vision entrepreneuriale pour subsister dans une logique de prestation de service pour laquelle l'avocat peut être qualifié de professionnel et le mandant de consommateur. Or, cette vision entrepreneuriale peut sur bien des aspects s'opposer à la valeur éthique de désintéressement qui doit traditionnellement animer tout avocat et qui est centrale pour qu'un militantisme individuel puisse apparaître. Beaucoup de tensions se cristallisent autour de cette question entre les avocats traditionnels exerçant majoritairement dans des domaines d'activités non affairistes et les autres, qui ont un exercice de la profession tourné vers le conseil, avec une majorité de clients qui sont des entreprises.

*« Être avocat c'est placer au-dessus du reste le respect de certains principes et faire des choix en fonction. Cela veut aussi dire que c'est souvent une activité bénévole*

---

<sup>367</sup> LIOUVILLE, A. (1883). *Abrégé des règles de la profession d'avocat*. Extrait des ouvrages de Félix Liouville et de Molloy. Paris.

*et donc à perte dans une profession où être économiquement viable est difficile* ». Avocate numéro 8, Présidente d'une association de défense de droits des personnes détenues, Barreau de Paris.

192. Les instances représentatives de la profession essaient de trouver des solutions pour que le désintéressement puisse être concilié avec les nouvelles exigences d'exercice du métier, à l'image des études du Syndicat des Avocats de France sur la promotion de structures dites *solidaires*<sup>368</sup> et des colloques organisés sur le sujet :

*« Vous avez toute une partie du SAF qui a été très attachée à la question de l'accès du droit. A la réflexion sur : un avocat ce n'est pas fait pour faire fortune, c'est fait pour défendre les gens, certes, il faut les défendre avec de la qualité, donc une réflexion sur l'équilibre d'un cabinet : à quelles conditions l'équilibre d'un cabinet et avec quelle qualité, quelle politique salariale ? Parce qu'il ne s'agit pas non plus de défendre bien et pas cher les gens et de faire trimer les salariés »*. Avocat numéro 34, ancien président du SAF, Barreau de Nantes.

Cet ensemble de réflexions prouve l'attachement identitaire des avocats à cette valeur et s'inscrit dans la problématique plus générale de l'indépendance qu'il s'agira de traiter : il faut être désintéressé pour être complètement indépendant.

*« L'avocat, historiquement est le défenseur de la veuve et de l'orphelin. C'est quelqu'un qui est là pour assumer une mission qui est avant tout une mission désintéressée, qui n'est pas une mission commerciale, qui n'est pas une mission lucrative. Evidemment, les années et les siècles sont passés et le visage de la profession a évolué, c'est comme ça, est-ce bien, est-ce mal ? Mais dans nos racines déontologiques, ces notions restent, elles demeurent »*. Avocat numéro 1, Barreau de Toulouse.

193. Concernant le désintéressement, des difficultés apparaissent également sur la rémunération des avocats : peuvent-ils refuser des dossiers soumis à l'Aide Juridictionnelle ? Ou sur le recouvrement d'une indemnisation des avocats par l'administration lorsqu'ils ont rendu certains services. Pour les avocats pénalistes, c'est finalement sur la question de l'Aide Juridictionnelle que le principe de désintéressement retrouve aujourd'hui à s'appliquer, lorsqu'un avocat privilégie – dans le cadre des commissions d'office – la volonté d'aider les

---

<sup>368</sup> SAF. (2017). *Structures solidaires plutôt que capitaux extérieurs* in *Avocats : Uburn'out*, Congrès du SAF à Strasbourg.

autres et l'intérêt du dossier sur l'intéressement financier<sup>369</sup>. Le désintéressement facilite le militantisme dans la mesure où il permet de répondre au paradoxe d'Olson abordé précédemment. Il fait du rationnel calcul coûts/avantages un élément secondaire dans la vocation militante de l'avocat.

**194. Travail.** Enfin, l'idée du travail rejoint celle de l'indépendance et du désintéressement. Dans l'idéologie qui anime la profession dès son commencement dans sa conception moderne, c'est parce que l'avocat n'a pas peur de « travailler dur » et avec probité, qu'il sera à l'abri du besoin tout en étant indépendant et désintéressé. Ce travail est même considéré comme la jouissance première de la profession, le plaisir de concilier :

*« Quoi de plus doux que d'appeler et d'obtenir une transaction sur un procès grave, obscur, difficile, dont la perte peut ruiner un honnête homme ? Quoi de plus doux que d'étouffer dans son germe le scandale qui menace une famille entière et d'éloigner d'elle le déshonneur ? Quoi de plus doux que de ramener la concorde entre amis, entre parents, entre époux ? Concilier ! C'est le plus grand service que nous puissions rendre. Il dépasse souvent celui du succès même, car il éteint la haine en éteignant le procès ».*

Le plaisir de plaider :

*« Cette création de l'esprit et de la parole procure à l'avocat la triple jouissance qu'éprouvent l'homme de lettres, l'improvisateur et l'acteur, - avec la réalité et la lutte, par surcroît, - sans parler de la satisfaction, qui résulte d'une tâche terminée, d'un devoir accompli, d'un service rendu »*

Enfin, le plaisir de gagner un procès<sup>370</sup>. Toutes ces valeurs – parfois mises à mal par l'évolution que prend la profession – sont pourtant au niveau individuel primordiales pour l'apparition d'un militantisme. De fait elles créent un terreau favorable à son émergence et leur respect reste un indice sur la conscience militante d'un professionnel puisqu'elles permettent l'apparition de *mécanismes organisationnels* au niveau individuel.

---

<sup>369</sup> Sur cette question, lire les témoignages d'avocats retranscrits dans : RUDE-ANTOINE, E. (2014). *L'éthique de l'avocat pénaliste*. L'Harmattan. Pages 70 à 76.

<sup>370</sup> LIOUVILLE, A. (1883). *Abrégé des règles de la profession d'avocat*. Extrait des ouvrages de Félix Liouville et de Mollot. Paris.



Paragraphe 2 : Valeurs inhérentes à l'exercice de la profession.

195. Deux valeurs inhérentes à l'exercice de la profession doivent être abordées ici parce que fédératrices de leur identité et parce qu'elles permettent la création de *mécanismes organisationnels* favorables au militantisme : la loyauté (A) et peut-être la valeur la plus importante aux yeux des avocats : l'indépendance (B).

A) Loyauté.

**196. Loyauté.** Le principe de loyauté, vital à l'exercice de la profession, est sans doute celui qui est le plus difficile à assumer pour l'avocat. Son but reste de gagner face à un adversaire. C'est pourquoi plusieurs règles viennent encadrer les relations de l'avocat à la fois à l'égard de ses consœurs et confrères, mais également à l'égard des justiciables, des institutions et du public. Le sens commun de la notion de loyauté renvoie à la fidélité de tenir ses engagements ainsi qu'à obéir aux règles de l'honneur et de la probité. D'un point de vue plus juridique, le principe de loyauté englobe ceux de confraternité, du contradictoire, de secret professionnel et de l'instruction. Plusieurs règles découlant de ces principes favorisent la cohésion du groupe professionnel. De fait, l'avocat n'étant pas un prestataire de service ordinaire et sa relation avec sa clientèle étant *intuitu personae*, la confraternité, qui se définit comme l'établissement et le maintien de rapports étroits fondés sur une similitude de conditions ou de situations<sup>371</sup>, impose le respect d'une certaine procédure lorsqu'un client décide pour une raison diverse de changer d'avocat sur un dossier<sup>372</sup>. Le principe du contradictoire, qui se retrouve à l'article 15 du code de procédure civile implique que « *Les parties doivent faire connaître mutuellement en temps utile les moyens de fait sur lesquels elles fondent leurs prétentions, les éléments de preuve qu'elles produisent et les moyens de droit qu'elles invoquent, afin que chacune soit à même d'organiser sa défense* ». Ce principe s'applique autant à l'égard des consœurs et confrères qu'à l'égard du juge. La loyauté impose également la confidentialité des échanges entre avocats.

---

<sup>371</sup> REVET, T. (2018). *Déontologie de la profession d'Avocat*. LGDJ. 2e édition. Page 108.

<sup>372</sup> Article 9 du Règlement Intérieur National.



Dans ses rapports à l'Ordre, l'avocat doit s'abstenir de tout mensonge et fournir une information complète et juste, il doit remplir des conditions strictes pour être autorisé à s'inscrire au tableau<sup>373</sup>.

197. Vis-à-vis des justiciables et plus précisément de son client, loyauté signifie droiture et absence de duplicité qui pourrait tromper la confiance de son client. Pratiquement, l'avocat ne peut être le défenseur de plus d'un client dans une même affaire et cette règle s'étend à son cabinet. Il doit respecter les termes du mandat qu'il a reçu de son client. Il est également soumis au secret professionnel et devient donc le garant des informations fournies par ce dernier. Enfin, dans ses rapports au public et notamment aux media, l'avocat est soumis au secret de l'instruction. Ces éléments favorisent également la posture de représentant des intérêts du public de l'avocat.

## B) Indépendance.

**198. Définition de l'indépendance.** Les avocats ont un rôle transitoire, de lien, entre d'un côté les aspirations du peuple et de l'autre l'institution de la Justice incarnée par le juge. Ils garantissent leur indépendance et peuvent échapper à l'Etat et au marché grâce à leur alliance avec le public. Néanmoins le désintéressement leur permet de ne pas devenir esclaves de ce dernier :

*« Son but est le but même où tend la justice : faire rendre à chacun le sien. De sorte que celui qui est injustement menacé dans son bien, dans sa liberté, dans sa vie, dans son honneur, trouve, par elle, protection et sécurité. De sorte que le petit, le faible, l'opprimé, le spolié, couverts par le dévouement, qu'elle inspire à l'avocat, grandi par le courage, qu'elle lui donne, trouvent, par elle force, appui, restitution. Elle repose sur la probité, le travail et le désintéressement »<sup>374</sup>.*

---

<sup>373</sup> REVET, T. (2018). *Déontologie de la profession d'Avocat*. LGDJ. 2e édition. Page 104.

<sup>374</sup> LIOUVILLE, A. (1883). *Abrégé des règles de la profession d'avocat*. Extrait des ouvrages de Félix Liouville et de Mollot. Paris.

Il s'agit très certainement de la valeur la plus importante pour la profession et de celle qui nourrit le plus de débat – après le désintéressement – dans sa conception moderne. La Charte des principes essentiels de l'avocat européen la met d'ailleurs au premier rang :

*« L'avocat doit être libre, politiquement, économiquement et intellectuellement, dans l'exercice de sa mission de conseil et de représentant du client. Ceci signifie que l'avocat doit être indépendant de l'État et des sources de pouvoir comme des puissances économiques »<sup>375</sup>.*

199. L'indépendance, appliquée à l'avocat, signifie qu'il doit en toute hypothèse rester maître de sa réflexion et de l'argumentation qu'il développe devant les tribunaux<sup>376</sup>. Cette valeur dépasse la personne de l'avocat : de manière plus globale c'est le barreau dans son entier qui est indépendant puisqu'il ne peut pas être placé sous le joug d'une quelconque autorité.

200. Pratiquement, l'indépendance signifie que l'avocat n'a aucun compte à rendre à son client sur la manière dont il propose son argumentation, ce qui sous-entend bien évidemment qu'il ne peut pas être salarié de son client. Techniquement, l'avocat ne doit donc pas avoir de liens personnels ou professionnels trop étroits avec son client et *a fortiori* il ne peut pas représenter ses propres intérêts dans une affaire le concernant. Ensuite, se retrouvent ici les incompatibilités de la profession avec certaines activités qui peuvent le placer en position de conflit d'intérêt. Matériellement, l'indépendance suppose pour être effective que les honoraires ne soient pas entièrement dépendants de la réussite du dossier.

**201. Problématiques contemporaines de l'indépendance.** Comme le désintéressement, l'indépendance se confronte aujourd'hui aux changements structurels que connaît la profession. Plusieurs problématiques peuvent apparaître : quid de l'avocat qui n'a qu'un seul client duquel il dépend exclusivement pécuniairement ? Quid de l'indépendance des avocats qui épousent de nouvelles formes du métier (mandataire sportif, fiduciaire...) ? Enfin, c'est sur la notion d'indépendance que s'écharpent les avocats qui refusent la qualification de *militants*. Là encore, l'indépendance de l'avocat est particulièrement importante dans la perception du public à son égard comme un porte-parole. C'est parce qu'il est indépendant que l'avocat peut devenir un entrepreneur dans une action collective.

---

<sup>375</sup> CONSEIL DES BARREAUX EUROPEENS. (2006). *Charte des principes essentiels de l'avocat européen et Code de déontologie des avocats européens*. [www.ccbe.eu](http://www.ccbe.eu).

<sup>376</sup> REVET, T. (2018). *Déontologie de la profession d'Avocat*. LGDJ. 2e édition. Page 91.

Plus globalement, ces valeurs inhérentes à l'avocat favorisent individuellement le militantisme puisqu'elles répondent à la conception que se fait celui-ci de la Justice<sup>377</sup>. Conception, il s'agit maintenant de le démontrer, elle-même favorable à l'apparition d'un militantisme.

### **Sous-Section 2 : La conception de la Justice de l'avocat.**

202. Au-delà des valeurs et de la déontologie qui structurent l'activité d'avocat, c'est toute une conception de la Justice qui favorise une culture militante de la profession. Encore une fois, il ne faut pas confondre ici *culture militante* et *militantisme* en tant que tel. La démonstration qui va être faite dans les développements qui vont suivre tend à prouver qu'il existe une culture militante dans la profession qui favorise l'émergence potentielle d'une forme de militantisme. Ce dernier n'est pas automatique pour autant.

203. Quelles que soient leurs convictions les avocats défendent toujours une liberté, collective parfois, souvent individuelle, ou tout du moins un droit, celui dont ils estiment que leur client a été privé. Même lorsque les avocats ne se définissent pas comme étant des militants, au sein du barreau non affairiste, la grande majorité des membres expliquent qu'ils défendent une certaine conception de la Justice, que ce soit la lutte contre l'injustice ou le droit à tous d'accéder à l'institution. Le développement du droit constitutionnel et du droit européen (qu'il soit issu de l'Union européenne ou du Conseil de l'Europe) place les juges judiciaire et administratif comme garants des libertés. Au préalable, l'avocat en devient dès lors le porte-parole. Pour la gestation pour autrui, l'avocat peut se revendiquer de la défense du droit à la vie, ou du droit au respect de sa vie privée et familiale. Pour le droit pénitentiaire, la liberté d'aller et de venir, mais également le respect de sa vie privée et familiale, de sa correspondance... Pour la garde à vue et la défense des libertés individuelles pendant l'état d'urgence, le respect des droits de la défense et du procès équitable plus généralement. Au-delà des causes spécifiques, il existe avec les droits de l'Homme un ensemble de principes qui apparaissent comme étant universels et dont les avocats se font les garants. Être avocat, c'est donc quelque part adhérer à cette première conception générale, de gardien du respect des droits de l'Homme.

---

<sup>377</sup> RUDE-ANTOINE, E. (2014). *L'éthique de l'avocat pénaliste*. L'Harmattan.

204. A un niveau moins spirituel et souvent sans qu'il en ait conscience, l'avocat a également un rôle qui est déterminant dans le fonctionnement de l'institution judiciaire de manière globale et surtout pratique. Ce rôle participe à la construction d'une conception forte de ce que doit être la « bonne justice » pour l'avocat, de ce qui est juste et de ce qui ne l'est pas. Cette conception consciente du juste favorise l'émergence d'un militantisme. De fait, il participe au bon déroulement de la Justice et plus encore à sa légitimité et son équité (Paragraphe 2). Or, l'importance de l'avocat est ici primordiale et trop souvent sous-estimée. D'un point de vue criminologique, il a été démontré qu'additionner éthique procédurale et comportementale produit des effets favorables<sup>378</sup>. Cette place qui est donnée à l'avocat et qui participe à maintenir dans la profession une conception de la Justice favorable au militantisme a probablement vocation à devenir de plus en plus importante avec l'apparition de nouveaux principes qui viennent animer les dernières réformes judiciaires, notamment celui de *Justice thérapeutique*, qui avec celui de *Justice restaurative* promet de nouvelles pratiques judiciaires souhaitables (Paragraphe 1).

#### Paragraphe 1 : Les Justices *thérapeutique* et *restaurative*.

205. Une partie de la doctrine promeut depuis une vingtaine d'années deux conceptions modernes de ce que devrait être la Justice, qui commencent à trouver des applications pratiques dans les dernières réformes judiciaires et pénales : les Justices dites *thérapeutique* (A) et *restaurative* (B). Ces nouvelles approches renforcent le rôle d'intermédiaire de l'avocat entre les parties et le juge, rôle qui – démonstration en sera faite – participe d'une conception de la Justice propre à la profession et favorable à l'émergence d'un militantisme en son sein. Dès lors il semble opportun d'en expliquer le fonctionnement.

##### A) La Justice *thérapeutique*.

**206. Définition de la Justice *thérapeutique*.** La *Justice thérapeutique* sous-entend l'idée que la décision d'une instance de jugement peut favoriser la « guérison » de la personne

---

<sup>378</sup> Sur ce point, lire les travaux HERZOG-EVANS, M. (2016). Les vertus criminologiques de l'équité processuelle : le modèle « LJ-PJ-TJ ». *AJ Pénal*, mars 2016.

détenue. De fait, les participants doivent avoir le sentiment que le processus judiciaire a été équitable et pertinent<sup>379</sup>. Cela peut vouloir dire bon nombre de choses : traiter les intervenants avec respect et dignité, leur donner le sentiment d'avoir voix au chapitre et la chance d'exposer leur point de vue, traiter les intervenants comme des personnes et non comme des numéros sur un rôle, leur accorder un traitement équitable et cohérent en leur permettant de comprendre et de jouer un rôle actif dans la procédure<sup>380</sup>. Les résultats de ces enquêtes sont intéressants notamment dans la lutte contre la récidive<sup>381</sup>. Un contact positif avec les agents judiciaires (du policier jusqu'au juge du siège) participe d'une diminution du taux de récidive des personnes inculpées.

207. Ces recommandations qui peuvent sembler découler du bon sens ou être empreintes d'une certaine naïveté demandent en réalité en pratique une petite révolution des usages dans les instances judiciaires. Sans qu'il soit question d'entamer un quelconque procès contre la magistrature ici, la logique de traitement de flux dans laquelle la profession a été contrainte d'entrer<sup>382</sup> empêche souvent l'empathie, le respect et l'écoute active nécessaire. Au pénal en particulier, la différence de classe sociale entre la majorité des personnes concernées par la délinquance qui conduit au contentieux le plus important et le magistrat entraîne trop souvent une forme de paternalisme et une absence de clarté dans le comportement de ce dernier à l'égard du justiciable. Au-delà de l'audience et de la procédure, ce défaut de clarté pour le justiciable va prolonger son incompréhension globale à l'exécution de sa condamnation, ce qui risque d'atténuer considérablement les effets psychologiques attendus d'une peine pénale et/ou d'une réparation civile.

208. Dans ce contexte, la Justice thérapeutique propose des solutions simples à l'attention notamment des magistrats pour qu'ils changent leur comportement dans l'exercice de leur activité en se concentrant sur les notions d'empathie, de respect, d'écoute active, d'orientation positive, d'absence de contrainte, d'absence de paternalisme et de clarté<sup>383</sup>. Il ne

---

<sup>379</sup> WINICK, B. et WEXLER, D. (2003). *Judging in a the therapeutic Key : Therapeutic Jurisprudence and the Courts*. Durham. Carolina Academic Press.

<sup>380</sup> GOLDBERG, S. (2005). *Juger au XXI<sup>e</sup> siècle : Une approche axée sur la résolution de problèmes*. Ottawa : Institut national de la magistrature.

<sup>381</sup> EISNER, M. et NIVETTE, A. (2013). Does low legitimacy cause crime ? A review of the evidence. in (dir.) TANKEBE, J. et LIEBLING, A. *Legitimacy and Criminal Justice. An international exploration*, Oxford University Press, pages 308 à 325. Retranscription HERZOG-EVANS, M. (2016). Les vertus criminologiques de l'équité processuelle : le modèle « LJ-PJ-TJ ». AJ Pénal, mars 2016.

<sup>382</sup> Sur cette question lire par exemple : BASTARD. B. et MOUHANNA. C. (2007). *Une justice dans l'urgence. Le traitement en temps réel des affaires pénales*. Paris : PUF.

<sup>383</sup> Sur cette question : GOLDBERG, S. (2005). *Juger au XXI<sup>e</sup> siècle : Une approche axée sur la résolution de problèmes*. Ottawa : Institut national de la magistrature. Page 15.

s'agit d'ailleurs plus aujourd'hui de simples recommandations mais de véritables variables démontrées empiriquement comme améliorant satisfaction, adhésion, réduction de la violence institutionnelle et de la récidive générale<sup>384</sup>. Globalement, ces pratiques peuvent être validées au travers de l'efficacité des juridictions les ayant mises en œuvre<sup>385</sup>.

**209. Clarté.** Sur la notion de clarté et sur la prise en considération de son importance, ces dernières années ont permis une amélioration à l'initiative – encore une fois – du droit européen. Deux aspects doivent ainsi être abordés : l'obligation d'un traducteur lorsque le justiciable ne parle pas la langue française et l'obligation de motiver les décisions de justice. Ces deux obligations s'inscrivent dans le droit à un procès équitable garanti par l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales<sup>386</sup>. Au-delà du texte qui prévoit expressément que « *Tout accusé a droit notamment [d'être] informé, dans le plus court délai, dans une langue qu'il comprend et d'une manière détaillée,*

---

<sup>384</sup> BERMAN, G. et FEINBLATT, J. (2005). *Good Courts*. New York : New Press.

BHATI, A. ROMAN, J. CHALFIN, A. (2008). *To Treat or not to Treat : Evidence on the Prospects of Expanding Treatment to Drug-Involved Offenders, Final report*. U.S. Department of Justice.

NOLAN, J. (2009). *Legal Accents, Legal Borrowing. The International ProblemSolving Court Movement*. Princeton : Princeton University Press.

MARLOWE, D. (2011). The Verdict on Drug Courts and Other Problem-Solving Courts. *Chapman Journal of Scientific Justice*. Numéro 2, pages 57 à 96.

MITCHELL, O. WILSON, D. EGGERS, A. et MCKENSIE, D. (2012). Assessing the effectiveness of drug courts on recidivism : A meta-analytic review of traditional and non-traditional drug courts. *Journal of Criminal Justice*. Numéro 40, pages 60 à 71.

<sup>385</sup> Mediapart. *Juger autrement ceux qui ont besoin de soins : l'exemple de la Drug Court de Glasgow*. 4 octobre 2017.

FranceInter. *Le tribunal de Bobigny propose un programme pilote pour les toxicomanes qui veulent sortir de la dépendance*. 7 janvier 2019.

<sup>386</sup> Article 6 CSDH : « Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle. Le jugement doit être rendu publiquement, mais l'accès de la salle d'audience peut être interdit à la presse et au public pendant la totalité ou une partie du procès dans l'intérêt de la moralité, de l'ordre public ou de la sécurité nationale dans une société démocratique, lorsque les intérêts des mineurs ou la protection de la vie privée des parties au procès l'exigent, ou dans la mesure jugée strictement nécessaire par le tribunal, lorsque dans des circonstances spéciales la publicité serait de nature à porter atteinte aux intérêts de la justice. Toute personne accusée d'une infraction est présumée innocente jusqu'à ce que sa culpabilité ait été légalement établie.

Tout accusé a droit notamment à :

- Être informé, dans le plus court délai, dans une langue qu'il comprend et d'une manière détaillée, de la nature et de la cause de l'accusation portée contre lui ;
- Disposer du temps et des facilités nécessaires à la préparation de sa défense ;
- Se défendre lui-même ou avoir l'assistance d'un défenseur de son choix et, s'il n'a pas les moyens de rémunérer un défenseur, pouvoir être assisté gratuitement par un avocat d'office, lorsque les intérêts de la justice l'exigent ;
- Interroger ou faire interroger les témoins à charge et obtenir la convocation et l'interrogation des témoins à décharge dans les mêmes conditions que les témoins à charge ;
- Se faire assister gratuitement d'un interprète, s'il ne comprend pas ou ne parle pas la langue employée à l'audience. »

*de la nature et de la cause de l'accusation portée contre lui* » ainsi que de « *se faire assister gratuitement d'un interprète, s'il ne comprend pas ou ne parle pas la langue employée à l'audience* », la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme est venu préciser que s'il est démontré ou s'il y a des raisons de croire que l'accusé ne connaît pas assez la langue dans laquelle l'information est communiquée, les autorités doivent lui fournir une traduction<sup>387</sup> et ce aux frais de l'Etat<sup>388</sup>. De fait, en France la Cour de cassation et chaque cour d'appel ont établi une liste de traducteurs assermentés qui peuvent intervenir dans le cadre de missions judiciaires à la demande des magistrats, officiers de police judiciaire, avocats, ou justiciables.

**210. Obligation de motivation.** Concernant l'obligation de motivation, les décisions judiciaires doivent indiquer de manière suffisante les motifs sur lesquels elles se fondent<sup>389</sup>. La motivation a pour finalité de démontrer aux parties qu'elles sont entendues et, ainsi, de contribuer à une meilleure acceptation par elles de la décision. En outre, elle oblige le juge à fonder son raisonnement sur des arguments objectifs et préserve les droits de la défense. De manière à ce que l'accusé puisse exercer effectivement le droit de recours dont il dispose, les juridictions internes doivent exposer avec une clarté suffisante les motifs sur lesquels elles se fondent<sup>390</sup>. Si un tribunal n'est pas tenu d'apporter une réponse détaillée à chaque moyen soulevé<sup>391</sup>, il doit ressortir clairement de la décision que les questions essentielles soulevées en l'espèce sont abordées<sup>392</sup> et qu'une réponse spécifique et explicite est donnée aux moyens décisifs pour l'issue de la procédure en cause<sup>393</sup>.

211. De ce point de vue, l'avocat est un rouage plus que nécessaire à la mise en place de cette forme de justice dite *thérapeutique*. C'est à lui que revient le rôle de s'assurer que ces garanties, dont démonstration est faite de leur importance dans l'acceptation pour le justiciable de la procédure et de la décision qui en découle, soient effectives. Ce rôle participe à la conception de la Justice de la profession, celle-là même qui favorise l'émergence d'un militantisme « bouclier » pour reprendre l'image développée en introduction. Les avocats ne

---

<sup>387</sup> CEDH. 19 décembre 1989, *Brozicek contre Italie*. Requête numéro 10964/84.

CEDH. 17 février 2004, *Tabaï contre France*. Requête numéro 73805/01.

<sup>388</sup> CEDH. 28 novembre 1978, *Luedicke, Belkacem et Koç contre Allemagne*. Requêtes numéros 6210/73 ; 6977/75 et 7132/75.

<sup>389</sup> CEDH. 25 juillet 2002, *Papon contre France*. Requête numéro 54210/00.

<sup>390</sup> CEDH. 16 décembre 1992, *Hadjianastassiou contre Grèce*. Requête numéro 12945/87.

<sup>391</sup> CEDH. 19 avril 1994, *Van de Hurk contre Pays-Bas*. Requête numéro 16034/90.

<sup>392</sup> CEDH. 15 février 2007, *Boldea contre Roumanie*. Requête numéro 19997/02.

<sup>393</sup> CEDH. 11 juillet 2017, *Moreira Ferreira contre Portugal*. Requête numéro 19867/12.



sont pas dans ce cas de figure les acteurs d'une action militante, mais se positionnent dans une posture de défense contre certains comportements adoptés par l'institution judiciaire qui participent à l'émergence d'un sentiment de justice déshumanisée. Un raisonnement similaire peut être tenu concernant la Justice dite *restaurative*.

B) La Justice restaurative.

**212. Notion de Justice restaurative.** Dans la même volonté d'une meilleure prise en compte des intérêts du justiciable qu'il soit poursuivi ou victime, les avocats – notamment pénalistes – s'investissent dans un autre projet de la Justice de demain : celle dite *restaurative*. Le procès pénal est une épreuve. Pas seulement pour le prévenu ou l'accusé, également et peut-être surtout pour la partie civile victime de l'infraction. L'idée est donc de restaurer cette dernière et l'auteur de l'infraction dans leur humanité par leur participation à des rencontres ou à d'autres démarches restauratives afin de rechercher l'apaisement social et de juger plus efficacement<sup>394</sup>. Il s'agit d'un processus qui vise à impliquer, dans la mesure du possible, toutes les parties concernées par une infraction spécifique et qui cherche à identifier et à traiter de manière collective les souffrances, les besoins et les obligations, de façon à guérir et réparer autant que faire se peut<sup>395</sup>. Cette forme de justice présente assurément un intérêt fondamental : permettre à l'auteur d'une infraction de prendre conscience du préjudice causé à la victime qui se sent alors reconnue, restaurée dans son humanité<sup>396</sup>.

**213. Histoire de la Justice restaurative.** Les prémices d'une telle Justice sont apparues en France dans les années 1980 pour la justice des mineurs. C'est en 1981 qu'un rapport est rendu<sup>397</sup> à la demande du Premier Ministre Pierre Mauroy afin de prendre en considération l'intérêt matériel et moral des victimes d'infractions pénales dans le cadre de la justice des mineurs. Toutefois, cette initiative ne peut pas véritablement se concrétiser dans la mesure où elle est instrumentalisée par deux autres modèles de justice : la justice néo-utilitariste (que d'autres appellent néolibérale) et la *Justice thérapeutique*<sup>398</sup>. Plus récemment, une seconde

---

<sup>394</sup> BEAL, C. (2018). Justice restaurative et justice pénale. *Rue Descartes*. Numéro 93, pages 58 à 71.

<sup>395</sup> ZEHR, H. (2002). *Little Book of Restorative Justice*. Good Books.

<sup>396</sup> LECOMTE, J. (2012). La justice restauratrice. *Revue du MAUSS*. Numéro 40, pages 223 à 235.

<sup>397</sup> MENGA, J. (1981). *Rapport Menga : sur l'adaptation des structures et des méthodes éducatives à l'évolution de la Protection judiciaire de la jeunesse*.

<sup>398</sup> Sur ce point lire : YOUNG, D. (2014). Justice restaurative à la PJJ. Le destin de la mesure de réparation. *Les cahiers dynamiques*. Numéro 59, pages 51 à 60.



expérience est menée, à l'initiative d'avocats<sup>399</sup>, au sein du Tribunal de Grande Instance de Lyon<sup>400</sup>. De fait, dans le temps de l'instruction judiciaire, des médiations restauratives sont organisées en présence des avocats respectifs des parties et sous le contrôle d'un tiers indépendant : des avocats honoraires du Barreau. Les résultats sont encourageants même si des limites sont rapidement apparues notamment parce que la procédure suppose une reconnaissance préalable de sa culpabilité par le prévenu ou l'accusé et donc de lever l'obstacle de la présomption d'innocence. Globalement les audiences qui suivent sont davantage axées sur la reconstruction et la réinsertion et les victimes ont le sentiment d'avoir été reconnues.

**214. Avenir de la Justice restaurative.** La question de la justice restaurative s'inscrit dans l'agenda de la Justice de demain, notamment parce qu'elle fait l'objet d'une recommandation du Conseil de l'Europe<sup>401</sup> dans laquelle ce dernier invite les 47 Etats membres à l'intégrer dans leur législation interne. Au préalable, une directive de l'Union Européenne du 25 octobre 2012 a déjà imposé aux Etats membres la transposition dans leur système de justice pénale des mesures de *Justice restaurative*. La France s'exécute à l'occasion de la loi du 15 août 2014<sup>402</sup> qui permet de faire officiellement entrer la justice restaurative dans le code de procédure pénale à l'article 10-1 disposant qu' « *à l'occasion de toute procédure pénale et à tous les stades de la procédure, y compris lors de l'exécution de la peine, la victime et l'auteur d'une infraction, sous réserve que les faits aient été reconnus, peuvent se voir proposer une mesure de justice restaurative* ».

215. Cette initiative est une véritable innovation puisqu'elle propose de considérer la mesure mise en œuvre comme partie intégrante de la sanction infligée<sup>403</sup>, notamment en invitant le magistrat à tenir compte de l'éventuel accord conclu entre les parties dans l'application de la peine. De fait, pour que cette Justice fonctionne, les instances européennes appellent les Etats à créer des services spécifiques de *Justice restaurative* à tous les stades du procès pénal.

216. Afin que cette mesure puisse être instaurée, plusieurs conditions doivent être réunies. Il est nécessaire que la personne ait au préalable reconnu les faits. Tous les participants

---

<sup>399</sup> La rencontre déterminante des porteurs initiaux du projet s'est produite à Caluire, le 14 octobre 2014, au séminaire organisé par le Barreau de Lyon sur la place de la victime dans la justice restaurative.

<sup>400</sup> MAZAUD, N. RABEYRIN-PUECH, P. et PORCHY, M-P. (2018). Une expérience de justice restaurative au tribunal de grande instance de Lyon. *Les cahiers de la justice*. Pages 753 à 766.

<sup>401</sup> Recommandation du Conseil de l'Europe du 5 octobre 2018 relative à la justice restaurative en matière pénale.

<sup>402</sup> Loi n° 2014-896 du 15 août 2014 relative à l'individualisation des peines et renforçant l'efficacité des sanctions pénales.

<sup>403</sup> Sur ce point lire : CARIO, R. (2019). Les apports de la recommandation (18) du Conseil de l'Europe dans la consolidation de la justice restaurative en France. *AJ Pénal*. Page 87.

doivent ensuite être informés et consentir à la mise en place de cette procédure. Enfin, la présence d'un tiers indépendant et formé à la mesure est impérative. En 2013, un institut français pour la *justice restaurative* est créé afin de guider les associations partenaires qui développent les dispositifs à l'échelle locale. En 2017, il existe déjà cinquante-six programmes sur une trentaine de cours d'appel et mille trois cent professionnels sont formés à la procédure<sup>404</sup>.

217. Ces deux formes de Justices (*thérapeutique et restaurative*) participent donc à faire de l'avocat un intermédiaire privilégié et nécessaire entre le justiciable et le juge et constituent une certaine conception de la Justice commune à de très nombreux praticiens définissant ce qu'est la culture militante de l'avocat. Ici une culture qu'il est possible de qualifier de passive, de défensive. Pour véritablement comprendre cette culture militante, la place d'intermédiaire de l'avocat doit encore être analysée.

## Paragraphe 2 : Le rôle d'intermédiaire des avocats entre le justiciable et le juge.

*« Le légiste appartient au peuple par son intérêt et par sa naissance, et à l'aristocratie par ses habitudes et par ses goûts ; il est comme la liaison naturelle entre ces deux choses, comme l'anneau qui les unit »*<sup>405</sup>.

218. Les avocats ont un rôle prédominant dans la représentation populaire de la Justice. La rendant plus accessible aux justiciables, ils permettent de la rendre acceptable. La Cour européenne des droits de l'Homme allant même jusqu'à affirmer que les intérêts de la Justice exigent l'assistance d'un avocat<sup>406</sup>. Les travaux entrepris sur cette question montrent que la justice processuelle, c'est-à-dire l'équité dans la procédure, est l'un des éléments centraux de la soumission des personnes aux décisions prises sur le fondement de la loi<sup>407</sup>. La notion de procès équitable, qui couvre toutes les procédures européennes semble favoriser la place de l'avocat

---

<sup>404</sup> COIGNAC, A. (2018). Justice restaurative : la réparation les yeux dans les yeux. *Dalloz Actualité*.

<sup>405</sup> DE TOCQUEVILLE, A. (1951). De la démocratie en Amérique. Paris : Gallimard, page 162.

<sup>406</sup> CEDH. 28 mars 1990, *Granger contre Royaume-Uni*. Requête numéro 11932/86.

Plus récemment : CEDH. 4 novembre 2010, *Katritsch contre France*. Requête numéro 22575/08.

<sup>407</sup> KING, M. (2003). Applying Therapeutic Jurisprudence From the Bench: Challenges and Opportunities. *Alternative Law Journal*. Numéro 172, pages 3 à 15.

dans toutes les étapes de la procédure : dès la première heure de garde à vue, dans l'instruction, et surtout lors de l'audience. Son rôle d'intermédiaire devient donc de plus en plus important.

219. Dans certains secteurs, comme le droit pénitentiaire, les avocats rencontrés ont, majoritairement, le sentiment de « ne servir à rien ». Pourtant leur présence peut changer beaucoup de choses, si ce n'est sur le fond, au moins sur la forme. Or c'est la forme qui va permettre d'accepter le fond, c'est-à-dire la sentence, surtout dans la matière pénale où les parties, naturellement, ne sont pas à égalité. Plus concrètement, le rôle de l'avocat, son but, est double : procédural (A) et comportemental (B).

#### A) Le rôle procédural de l'avocat.

**220. Rôle procédural.** Lors de la phase d'enquête – qui intéresse principalement la garde à vue – depuis 2011, la présence de l'avocat est obligatoire dès la première heure de la mesure. La légitimité de ce qui peut être retiré de l'interrogatoire grandit de la présence du représentant qui peut modérer l'influence de l'agent des forces de l'ordre qui y procède sur la personne entendue qui n'est pas en position de défendre ses intérêts correctement. Dès 1988, la Cour européenne des droits de l'Homme a étendu les garanties de l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales à la phase antérieure au jugement et émis des réserves lorsque des aveux sont obtenus par la police lors d'une garde à vue, sans l'assistance d'un avocat<sup>408</sup>. En vingt ans, la Cour de Strasbourg réitère cette solution avec de plus en plus d'insistance (en 1996<sup>409</sup>, 2008<sup>410</sup>, 2009<sup>411</sup> et 2010<sup>412</sup>).

221. De façon plus générale, durant l'instruction, toute personne a le droit d'être assistée d'un défenseur<sup>413</sup> qu'elle peut choisir librement, ce qui suppose un barreau indépendant de l'Etat. En revanche, ce dernier doit garantir ce droit pour tous et donc même pour ceux qui n'ont

---

<sup>408</sup> CEDH. 6 décembre 1988, *Barbera, Messegue et Jabardo contre Espagne*. Requêtes numéros 10588/83 ; 10589/83 et 10590/83.

<sup>409</sup> CEDH. 8 février 1996, *John Murray contre Royaume-Uni*. Requête numéro 18731/91.

« La notion d'équité, consacrée par l'article 6, exige que l'accusé ait le bénéfice de l'assistance d'un avocat dès les premiers stades de l'interrogatoire de police ».

<sup>410</sup> CEDH. 27 novembre 2008, *Salduz contre Turquie*. Requête numéro 36391/02.

L'accès à un avocat doit être effectif dès le premier interrogatoire et seules des raisons impérieuses justifient des restrictions à ce droit.

<sup>411</sup> CEDH. 13 octobre 2009, *Dayanan contre Turquie*. Requête numéro 7377/03.

<sup>412</sup> CEDH. 2 mars 2010 *Andamkiewicz contre Pologne*. Requête numéro 54729/00.

Et CEDH. 14 oct 2010, *Brusco contre France*. Requête numéro 1466/07.

<sup>413</sup> Cass. Crim., 12 avr 2012, pourvoi n°11-87667.

pas les ressources suffisantes pour rémunérer leur représentant (aide juridictionnelle pour un avocat commis d'office)<sup>414</sup>.

222. Pendant longtemps, l'avocat est même l'intermédiaire obligé entre le dossier de procédure et le mis en examen puisqu'il est le seul à pouvoir accéder au dossier d'instruction<sup>415</sup> (solution qui est validée par la Cour de cassation<sup>416</sup> et par la Cour européenne des droits de l'Homme<sup>417</sup>), avant une loi de transposition de la directive n° 2012-2012/13/UE qui permet aux parties de demander la délivrance de copies de chaque pièce ou acte du dossier et cela gratuitement<sup>418</sup>. Tout au long de l'instruction, l'avocat peut obtenir communication du dossier pendant les jours ouvrables, sous réserve des exigences du bon fonctionnement du cabinet d'instruction<sup>419</sup>. Le contenu du dossier doit correspondre à l'état de la procédure.

223. C'est surtout durant la phase de jugement que le rôle de l'avocat dans le développement de l'équité et de la légitimité de la justice, d'un point de vue procédural, est important. Il est *la voix* durant le procès. Au sens propre du terme : il peut servir, le cas échéant, de traducteur. Au sens figuré : il discute les preuves, garantit les principes d'oralité des débats et du contradictoire. Néanmoins, le rôle de l'avocat n'est pas seulement procédural, il est également comportemental.

#### B) Un rôle comportemental.

**224. Rôle comportemental.** L'avocat a un rôle comportemental qui participe à cette conception de légitimité et d'équité de la justice. Le rôle comportemental de l'avocat est intrinsèquement lié à la notion de respect<sup>420</sup>. De fait, les études sur le modèle dit *LJ-PJ* (légitimité et équité de la justice), montrent que cette notion de respect est primordiale pour les parties « profanes », celles qui ne sont pas des juristes. L'expérience montre que la solennité – notamment lors du déroulement des audiences – qui est celle du procès, à plus forte raison du procès pénal, est particulièrement intimidante pour toutes les parties, que ce soit la défense ou

---

<sup>414</sup> CEDH. 25 avril 1993, *Pakelli contre Allemagne*. Requête numéro 8398/78.

<sup>415</sup> Ancien article 114 alinéa 3 du code de procédure pénale.

<sup>416</sup> Cass. Crim., 16 décembre 2009, pourvoi n°09-86.298.

<sup>417</sup> CEDH. 21 septembre 1993, *Kremzow contre Autriche*. Requête numéro 12350/86.

<sup>418</sup> Article 114 alinéa 4 du code de procédure pénale.

<sup>419</sup> Article 114 alinéa 3 du code de procédure pénale.

<sup>420</sup> Sur ce point, lire les travaux de HERZOG-EVANS, M. (2016). Les vertus criminologiques de l'équité processuelle : le modèle « LJ-PJ-TJ ». *AJ Pénal*, mars 2016.

la partie civile. Il est important pour la légitimité de la justice que cette solennité de la fonction judiciaire n'écrase pas les parties afin de les intimider mais serve à leur donner une marque de respect et de considération pour leur affaire. L'avocat est le guide de son client dans ce monde qui peut lui apparaître hostile et écrasant. C'est à lui de l'accompagner et de lui présenter les différents protagonistes avec lesquels il doit interagir. L'avocat est un intermédiaire, notamment entre son client et le juge. Dans une conception et avec une compétence socio-culturelle et psychologique propre à chaque cas, l'avocat prépare son client à se présenter devant les magistrats en l'orientant par un jeu de questions-réponses quant à l'attitude à adopter, la manière de présenter sa personnalité et pour donner sa version des faits dans une posture générale la plus conforme à ses intérêts<sup>421</sup>. Si le juge judiciaire est le garant des libertés individuelles, dans le procès, l'avocat est le garant du procès équitable, du moins d'un point de vue comportemental, seulement par sa présence qui rappelle au magistrat – trop souvent dans une logique de traitement de flux – qu'il ne peut pas dire ou faire n'importe quoi. Par sa simple présence, l'avocat favorise l'écoute attentive, réelle et bienveillante des parties par le magistrat. Or les auteurs ayant travaillé sur le modèle *LJ-PJ* montrent que ces éléments sont indispensables pour la tenue du « bon procès », du procès légitime<sup>422</sup>, qui participe à une baisse des chances de récidive<sup>423</sup>.

225. Si le rôle d'intermédiaire de l'avocat ne peut pas être considéré comme du militantisme pour lui-même, il est important dans la conception de la Justice que va avoir ce professionnel du droit. Il participe en fait à lui donner une culture de défense (d'intermédiaire et de bouclier) qui, elle, est favorable à l'émergence d'un militantisme.

---

<sup>421</sup> MILBURN, P. (2002). La compétence relationnelle : maîtrise de l'interaction et légitimité professionnelle. *Avocats et médiateurs. Revue française de sociologie*. Volume 43. Numéro 1, pages 47 à 72.

<sup>422</sup> Sur ce point, lire les travaux de HERZOG-EVANS, M. (2016). Les vertus criminologiques de l'équité processuelle : le modèle « LJ-PJ-TJ ». *AJ Pénal*, mars 2016.

<sup>423</sup> HERZOG-EVANS, M. (2016). Release and supervision: relationships and support from classic and holistic attorneys. *International Journal of Therapeutic Jurisprudence*. Numéro 1, pages 23 à 58.

## **Conclusion de chapitre :**

226. D'un point de vue individuel, l'étude du militantisme dans la profession est plus compliquée parce qu'elle devient une question de conscience. Néanmoins, à travers des indices objectifs et une étude de terrain, il est possible de dégager des critères qui permettent de donner une définition du militantisme individuel. Premièrement, comme tend à le prouver l'étude produite par Edwige Rude-Antoine, l'histoire de la profession, sa culture, ses valeurs et ses règles déontologiques font que chaque avocat est animé par une conception puissante de lutte contre les injustices :

« La déontologie peut apparaître comme un facteur de cohésion de la profession et de son unité. (...) Les mêmes règles s'appliquent à tous et peuvent susciter un sentiment de solidarité »<sup>424</sup>.

227. D'une manière moins notoire, souvent à leur insu, les avocats ont également un rôle important dans le bon fonctionnement de la Justice et dans son accessibilité pour tous. Ce rôle semble même devoir devenir de plus en plus important avec le développement de nouvelles conceptions de la Justice à travers les notions de justice *thérapeutique* et *restaurative*. Si ces critères objectifs ne peuvent pas être identifiés en eux-mêmes comme des formes de militantisme, ils participent donc à la construction d'une *culture militante* dans la profession, qui elle va favoriser l'émergence d'un militantisme qu'il s'agira alors d'identifier.

228. Secondement, il existe un critère objectif qui permet de donner des indices sur la conscience militante d'un avocat : son implication dans des organes collectifs. De ce point de vue, se retrouve la même distinction entre un engagement auprès d'institutions de gestion comme l'Ordre ou le Conseil National des Barreaux et un engagement auprès de syndicats ou d'associations qui est un élément plus probant de l'existence d'une forme de militantisme. Néanmoins, ces critères doivent être nuancés dans la mesure où ils sont parfois mal perçus par les membres de la profession, notamment parce qu'ils sont difficilement conciliables avec certaines règles déontologiques. Cette critique rejoint une méfiance plus globale autour du terme d'*avocat militant* lui-même. L'étude de terrain menée entre 2015 et 2019 auprès d'avocats des quatre barreaux étudiés permet de mettre en évidence un malaise autour de ce

---

<sup>424</sup> RUDE-ANTOINE, E. (2014). *L'éthique de l'avocat pénaliste*. L'Harmattan, page 59.

terme pour une partie de la profession. De manière générale, pour ces avocats, le terme de *militant* est un moyen de décrédibiliser le travail intellectuel et l'indépendance de celui qui en est affublé. Néanmoins, si cette méfiance semble justifiée puisque l'étude a permis de constater qu'effectivement ce terme peut être utilisé dans ce but par certaines personnes s'opposant au travail effectué par ces avocats, cette perception du militantisme apparaît comme anachronique. Pour justifier que ces avocats – qui se définissent comme *engagés contre l'injustice* et non pas comme des *militants* – ne contreviennent pas aux règles déontologiques et notamment à celle de l'indépendance, l'argument avancé est un respect des règles de droit et une participation au système. Le rejet du militant qui ne respecte pas les règles de droit et refuse de reconnaître la légitimité du système est un renvoi à une forme de militance qui – il s'agira de l'analyser – a existé : la *défense de rupture*. Néanmoins, cette définition du militantisme n'est plus celle de l'*avocat militant* contemporain. En rejetant ce terme, cette partie de la profession reste enfermée dans une identification du militantisme qui a existé et que nous allons étudier, alors qu'une nouvelle conception de l'engagement militant d'un avocat peut être identifiée. La définition de cette nouvelle conception est possible grâce à une autre partie de la profession qui, elle, se définit volontiers comme étant militante. Cette nouvelle forme plus contemporaine est individuelle et défend des causes qui sont moins politiques, relevant de l'individu. L'évolution des études sur les mouvements sociaux semble avoir suivi le même schéma. Il s'agira par conséquent d'identifier cette nouvelle forme de militance dans le titre qui va suivre.

## **Titre 2 : Identifier l'action militante dans la** **profession d'avocat.**

229. Au sein du Titre I<sup>er</sup>, démonstration est faite que la profession d'avocat peut être considérée sous bien des aspects comme une *organisation* – capable d'avoir une *vocation politique* – structurée par une culture favorisant l'émergence d'un militantisme. Encore faut-il l'identifier.

230. Turner et Killian<sup>425</sup> démontrent qu'il existe différentes formes de mouvements sociaux pouvant coexister<sup>426</sup> : les mouvements orientés vers l'accès au pouvoir, les mouvements orientés vers la participation et les mouvements orientés vers les valeurs. Ces formes se retrouvent dans le militantisme de la profession d'avocat. Ainsi, plusieurs actions militantes coexistent, que ce soit dans la société ou au sein du barreau. Néanmoins il existe une chronologie concernant la forme majoritaire. Les avocats militent d'abord pour des causes politiques (Chapitre 1), avant de militer pour des causes individuelles (Chapitre 2).

---

<sup>425</sup> Auteurs abordés précédemment, voir le Paragraphe *De l'importance des mécanismes organisationnels* de la présente thèse.

<sup>426</sup> TURNER, R. et KILLIAN, L. (1957). *Collective Behavior*. Englewood Cliffs, Prentice-Hall.



## **Chapitre 1 : Militantisme des causes politiques.**

231. Successivement dans le temps, sont majoritaires deux formes de militantismes de causes politiques dans la profession d’avocat. Au XIX<sup>e</sup> siècle et au début du XX<sup>e</sup>, les avocats agissent pour accéder aux fonctions législatives et gouvernementales (Section 1). La profession connaît ensuite une forme de déclin et doit réinventer son rôle de porte-parole du public en militant pour transformer le système politique, majoritairement par le biais des avocats communistes (Section 2).

## **Section 1 : Militer pour accéder au pouvoir politique.**

232. A partir de 1830 et jusqu'en 1920, la profession d'avocat connaît son apogée, passant de la principale force d'opposition au pouvoir en place (Sous-Section 1), à un rôle privilégié dans l'exercice même du pouvoir (Sous-Section 2).

### **Sous-Section 1 : Le contre-pouvoir des avocats de 1830 à 1870.**

233. Le XIX<sup>e</sup> siècle est central dans la construction identitaire de la profession comme dans sa vocation militante. Pourtant, au lendemain de la Révolution française, les avocats – associés à l'Ancien Régime – sont mal perçus au sein de la société. Leur combat est dès lors de transformer cette perception (Paragraphe 1). Ce changement n'est possible que dans la mesure où le contexte politique et culturel est favorable à l'émergence d'un militantisme à cette époque, qu'il s'agit d'identifier (Paragraphe 2).

#### **Paragraphe 1 : Le changement de la perception de la profession.**

234. Cette perception change au cours du XIX<sup>e</sup> siècle et si l'Ordre s'est affirmé sous l'*Ancien Régime* contre les Parlements, son émancipation n'est possible après la Révolution de 1789 que grâce à celle de tout l'appareil judiciaire. Deux périodes doivent être distinguées : pendant la Révolution française (A) et suite au Premier Empire<sup>427</sup> (B). Les développements qui suivent ne sont donc pas toujours propres à la profession d'avocat puisque cette perception changeante concerne plus globalement l'ensemble des juristes.

---

<sup>427</sup> L'*Empire français*, appelé a posteriori le *Premier Empire*, est le régime impérial de la France du 18 mai 1804, date de la proclamation de Napoléon Bonaparte Empereur des Français par *senatus consulte*, jusqu'à sa première abdication le 14 avril 1814, puis de son retour à Paris le 20 mars 1815 jusqu'à la séparation de la Commission Napoléon II le 7 juillet 1815. Il fait suite au *Consulat* sous la *Première République*, est entrecoupé par la *Première Restauration* avant le rétablissement de son autorité lors des *Cent-Jours*, et est suivi par la *Seconde Restauration*.

A) La perception des avocats pendant la Révolution Française.

235. *L'avocat agent du système.* Comme indiqué précédemment, la profession s'organise officiellement autour de l'Ordre dès le XIII<sup>e</sup> siècle en France. Au préalable dépendant des Parlements et donc des magistrats, les avocats s'émancipent de cette tutelle pour devenir un contre-pouvoir d'abord à l'influence des magistrats, puis après la Révolution française aux politiques de manière globale. L'Ordre, déjà affaibli avant la chute de l'Ancien Régime par les dissensions qui font suite à la Réforme du chancelier Maupeou<sup>428</sup> – entre les membres qui restent solidaires aux anciens magistrats et refusent de plaider devant les nouveaux et ceux qui acceptent la nouvelle donne – est supprimé pendant la Révolution par un décret de l'Assemblée Nationale du 2 septembre 1790 disposant que « *Les hommes de loi ci-devant appelés avocats, ne devant former ni ordre ni corporation, n'auront aucun costume particulier dans leur fonction* »<sup>429</sup>. Cette suppression est la preuve de la perception qui peut être celle du monde politique en 1790 à l'égard des avocats. Même s'ils se sont émancipés des Parlements sous l'Ancien Régime, ils sont perçus comme des membres privilégiés du système monarchique.

236. Déjà, les avocats se présentent comme les défenseurs du public et tentent de sauvegarder leur ordre, en vain, à l'image de François Denis Tronchet<sup>430</sup>, qui en décembre 1790 dit devant l'Assemblée nationale :

*« L'intérêt du public est l'intérêt du justiciable ; car c'est pour lui que les tribunaux sont établis. Cet intérêt est composé et de celui du plaideur qui fait le choix de*

---

<sup>428</sup> René-Nicolas-Charles-Augustin de Maupeou, seigneur du marquisat de Morangles, marquis de La Mothe-Chandeniers et de Bully, vicomte de Bruyères, est un magistrat et homme d'État français né à Montpellier le 25 février 1714 et mort au Thuit (Eure) le 29 juillet 1792. Pour mettre un terme à la guerre ouverte menée par les Parlements au pouvoir royal, Maupeou réalise, en 1771, un spectaculaire coup de force pour reprendre en main le pouvoir judiciaire. Les parlementaires parisiens furent arrêtés et exilés (arrêt du Conseil du 20 janvier 1771), leurs charges confisquées puis rachetées par l'État (édit d'avril 1771). L'immense ressort du Parlement de Paris fut divisé en six circonscriptions avec au sein de chacune un Conseil supérieur, nouvelle juridiction souveraine, le Parlement de Paris subsistant mais à la tête d'une circonscription plus réduite (édit du 23 février 1771). Pour ces nouvelles juridictions, la vénalité des offices est abolie et la justice rendue gratuite, les magistrats étant désignés par le Roi et rétribués par l'État.

<sup>429</sup> OZANAM, Y. (2001). *Les avocats parisiens dans le premier tiers du XIX<sup>e</sup> siècle : Entre passé et présent, la recherche d'une identité collective*. In LEUWERS, H. *Elites et sociabilité au XIX<sup>e</sup> siècle*. Institut de recherches historiques du Septentrion, pages 153 à 179.

<sup>430</sup> François Denis Tronchet, né le 23 mars 1726 à Paris, mort le 10 mars 1806 à Paris, était fils d'un procureur du Parlement de Paris. Après de longues études, il devient avocat au Parlement de Paris en 1745, jurisconsulte et homme politique français.

*son défenseur, et de celui de la partie adverse. Comme le principal but de l'organisation judiciaire est de favoriser le peuple et le pauvre, prenant des exemples dans ces classes, je dis qu'accorder au pauvre le droit de confier ses intérêts à un défenseur officieux, c'est le plus grand mal que vous puissiez lui faire. Vous frémiriez si je vous développais toutes les ruses de ces charlatans qui, sous titre de défenseurs officieux, entoureraient les tribunaux, abuseraient de la confiance du pauvre et du faible, s'empareraient de leurs pièces, les accablent de frais ».*

237. Cependant, l'organisation de la profession, le corps que représente l'Ordre, heurte les valeurs de la Révolution. L'image de l'avocat *agent du système*, est une image qui reste ancrée à n'importe quelle époque par les opposants politiques au régime en place. Le juge – dans sa conception postrévolutionnaire – est finalement même davantage défendable que l'avocat, même si la magistrature fait également l'objet de nombreuses épurations de la Révolution de 1789 à la fin du XIX<sup>e</sup> siècle<sup>431</sup>. Le juge ne doit être selon Montesquieu que « *la bouche de la loi* », mais par-là devient un instrument puissant pour faire respecter cette nouvelle loi placée en valeur suprême. L'histoire française des rapports entre le pouvoir exécutif et la fonction judiciaire prouve que cette dernière n'est pas conçue pour être un vrai pouvoir indépendant et doit dépendre dans une grande mesure du premier<sup>432</sup>. Ce qui explique la différence de perception entre le magistrat et l'avocat. L'institution judiciaire ne peut fonctionner que parce qu'il existe ce couple par essence contraire et antinomique que forment l'avocat et le magistrat. Cependant, contrairement au second, la mission du premier est perçue comme faisant prévaloir les intérêts de son client. Or ces intérêts sont par nature privés. L'avocat défend l'innocent comme le coupable, il apparaît par conséquent difficile de considérer pour l'opinion que celui-ci participe à l'intérêt public, contrairement au magistrat<sup>433</sup>.

**238. Fonction judiciaire.** A la Révolution française, le choix est fait de créer une *autorité judiciaire* ou *fonction judiciaire* dépendante du pouvoir politique<sup>434</sup>. La différence terminologique est centrale ici : dans la conception des révolutionnaires, il s'agit d'une *autorité judiciaire* lorsqu'au contraire il est question de *pouvoir exécutif* et de *pouvoir législatif*<sup>435</sup>. Par

---

<sup>431</sup> FARCY, J.-C. (2009). *Les carrières des magistrats (XIX<sup>e</sup>-XX<sup>e</sup> siècles)*. Université de Bourgogne : Centre Georges Chevrier, UMR 5605.

<sup>432</sup> ROYER, J.-P. (1979). *La société judiciaire depuis le XVIII<sup>e</sup> siècle*. PUF.

<sup>433</sup> THOUZELLIER, B. (2012). *Avocats et magistrats. Pouvoir*, 2012/1, Editions le Seuil, numéro 140, pages 91 à 97.

<sup>434</sup> LEUWERS, H et ROUSSEAU, X. (2007). *Justice, nation et ordre public. Annales historiques de la Révolution française*. 2007/4, numéro 350, pages 3 à 7.

<sup>435</sup> *La séparation des pouvoirs*, Vie-Publique.fr, 7 juillet 2018 [consulté le 19 septembre 2020].

ce choix, apparaît une volonté de placer l'appareil judiciaire hiérarchiquement en dessous de l'appareil politique. La *Justice de la Révolution*<sup>436</sup> se méfie des juges, des avocats et des procureurs. Les avocats bénéficient d'une autonomie réduite par rapport à l'Ancien Régime<sup>437</sup>. Il s'agit d'une grande époque de bouleversements dans la pratique des tribunaux qui influence considérablement le système judiciaire encore en vigueur en France. C'est durant cette période que sont testés les jurys criminels, les bureaux de paix et de conciliation...<sup>438</sup>. Dans ce contexte, les juristes doivent réinventer leur rôle et s'émanciper de leur nouvelle tutelle. Juste après la Révolution, cet affranchissement est possible notamment grâce aux juges privés qui sont mieux considérés par la Constituante<sup>439</sup> qui encourage l'arbitrage, réduit les fonctions judiciaires à un mandat électif de courte durée, institue des jurys et refuse le développement d'une jurisprudence de la Cour de cassation<sup>440</sup>. La renaissance de l'idéologie de la magistrature<sup>441</sup> et la réhabilitation de l'interprétation judiciaire se fait étape par étape. Cette première idéologie est dite *voilée* et a servi de support à un *pouvoir caché*<sup>442</sup> ayant permis avant même la codification et la réhabilitation officielle de la jurisprudence par Portalis dans son discours préliminaire au projet de code civil<sup>443</sup>, de compléter les lois par des interprétations prétoriennes.

239. Cette renaissance est paradoxalement facilitée par le fait que la fonction judiciaire – telle que conçue après la Révolution – est agrémentée d'une légitimité nouvelle, dans la mesure où le juge incarne une délégation de pouvoir donnée par le peuple pour exécuter la justice au nom de celui-ci<sup>444</sup>. Ce dernier point est important, parce que cette légitimité est rarement aussi forte qu'au XIX<sup>e</sup> siècle. Ce n'est pas le cas sous l'Ancien Régime où les juges sont accusés de faire partie d'une caste ne protégeant que ses propres intérêts et ce n'est plus vraiment le cas non plus au XX<sup>e</sup> siècle, quand ils sont remis en question, notamment par les

---

<sup>436</sup> *Ibid.*

<sup>437</sup> OZANAM, Y. (2001). *Les avocats parisiens dans le premier tiers du XIX<sup>e</sup> siècle : Entre passé et présent, la recherche d'une identité collective*. In LEUWERS, H. *Elites et sociabilité au XIX<sup>e</sup> siècle*. Institut de recherches historiques du Septentrion, pages 153 à 179.

<sup>438</sup> LASCOUMES, P ; PONCELA, P et LENOEL, P. (1990). Au nom de l'ordre. Une histoire politique du code pénal. *Droit et Société*, numéro 14, page 119.

<sup>439</sup> L'Assemblée constituante de 1789 ou Assemblée nationale constituante est la première assemblée constituante française, instituée par les députés des états généraux lorsqu'ils s'érigèrent eux-mêmes en une Assemblée nationale le 17 juin 1789.

<sup>440</sup> KRYNEN, J. (2012). *L'emprise contemporaine des juges*. Paris : Gallimard.

<sup>441</sup> HENRION DE PANSEY, P. (1810). *De l'autorité judiciaire en France*. Paris : Théophile Barrois Père.

<sup>442</sup> KRYNEN, J. (2012). *L'emprise contemporaine des juges*. Paris : Gallimard.

<sup>443</sup> PORTALIS, J-E-M. (2004). *Discours préliminaire du premier projet de code civil*. Les classiques des sciences sociales.

<sup>444</sup> SUR, B. et SUR, P-O. (2013). *Une histoire des avocats en France*. Dalloz. 2<sup>nd</sup> édition.

avocats communistes. Ce n'est plus complètement le cas non plus aujourd'hui, où de nombreux questionnements sociétaux se posent sur leur recrutement et leur formation<sup>445</sup>.

240. Le constat est donc celui d'une méfiance généralisée à l'égard des juristes de la part des politiques, mais parallèlement d'une nouvelle légitimité de l'institution aux yeux du public. Cette légitimité ne peut réellement s'exprimer que lorsque leurs lettres de noblesse sont rendues aux juristes – au premier rang desquels les avocats – avec le Premier Empire.

B) La perception des avocats suite au Premier Empire.

*« Il faut que le législateur veille sur la jurisprudence ; il peut être éclairé par elle, et il peut, de son côté, la corriger ; mais il faut qu'il y en ait une. Dans cette immensité d'objets divers, qui composent les matières civiles, et dont le jugement, dans le plus grand nombre des cas, est moins l'application d'un texte précis, que la combinaison de plusieurs textes qui conduisent à la décision bien plus qu'ils ne la renferment, on ne peut pas plus se passer de jurisprudence que de lois »<sup>446</sup>.*

**241. Rétablissement de l'Ordre des avocats.** Le XIX<sup>e</sup> siècle est marqué par une forte étatisation des relations particulières et l'institutionnalisation de la Justice coïncide avec un recul des formes d'autorité traditionnelle permettant un recours accru aux tribunaux. Le Premier Empire, s'il n'est pas moins méfiant à l'égard des juristes que la Première République, a néanmoins besoin d'institutions fortes pour fonctionner. Le code civil de 1804, s'il maintient que le juge est placé sous la loi, redonne à la jurisprudence une place déterminante dans l'œuvre de justice<sup>447</sup>. En 1810, l'Ordre des avocats est rétabli. Napoléon Bonaparte s'entoure de juristes, issus de l'aristocratie de l'Ancien Régime pour créer des institutions serviles mais puissantes. Ce sont ces institutions qui tout au long du XIX<sup>e</sup> siècle et surtout après le Premier Empire permettent un essor de la fonction judiciaire. Cet essor est particulièrement flagrant en matière administrative où le Conseil d'Etat contrôle progressivement les actes d'administration y

---

<sup>445</sup> THOUZELLIER, B. (2012). Avocats et magistrats. *Pouvoir*, 2012/1, Editions le Seuil, numéro 140, pages 91 à 97.

<sup>446</sup> PORTALIS, J-E-M. (2004). *Discours préliminaire du premier projet de code civil*. Les classiques des sciences sociales.

<sup>447</sup> REMY, P. (2003). La part faite au juge. *Pouvoirs*. Numéro 107, pages 22 à 36.

compris ceux qui ont une nature gouvernementale<sup>448</sup>. Surtout, dès le Consulat, Napoléon souhaite une professionnalisation la fonction judiciaire. Il pose le problème de la formation des juristes, notamment à travers la création de l'Académie de législation qui favorise l'émergence d'une nouvelle génération de juristes mais également de l'unir au sein d'un enseignement pédagogique commun, ce qui permet à l'ancien barreau d'affirmer son autorité sur la collectivité des défenseurs<sup>449</sup>.

242. C'est à cette époque que l'image du *fauteur de trouble légitime* de l'avocat s'ancre dans l'opinion publique. Même sous le Second Empire, période moins libérale que celle qui précède et beaucoup moins que celle qui suit, c'est du barreau – alors que la presse est censurée – que s'élève majoritairement la critique du pouvoir<sup>450</sup>. Cette critique est possible parce que le barreau devient national et permet une harmonisation des discours<sup>451</sup>. Ce processus, déjà amorcé au XVIII<sup>e</sup> siècle, métamorphose un ensemble d'individus ayant un titre en commun mais des activités diverses en un Ordre d'abord organisé au niveau local, puis au niveau national. Cette uniformisation est possible grâce à la fois à une professionnalisation accrue de l'activité de défense – alors que le nombre d'avocat a fortement diminué pendant la Révolution Française – et grâce à l'adaptation d'un discours social<sup>452</sup>.

243. *L'avocat instrument de contestation*. Mobiliser l'opinion publique devient alors un art pour la profession et surtout un instrument de contestation (et, il est vrai, un très bon moyen d'acquérir une certaine notoriété). Le public devient un juge suprême capable d'arbitrer, de trancher entre des thèses contraires, capable de concurrencer la magistrature. Lucien Karpik parle même de *stratégie narrative* visant à transformer des milieux populaires en acteurs politiques<sup>453</sup>. C'est cette stratégie, mise en place dès le XIX<sup>e</sup> siècle, qui trouve son paroxysme avec la *défense de rupture*. Ce cumul d'une mobilisation politique soutenue au sein de la profession et de l'existence d'un mécanisme de représentation crédible, permet de passer de l'engagement individuel de certains à une réelle action collective du Barreau à cette époque. La

---

<sup>448</sup> KRYNEN, J. (2012). *L'emprise contemporaine des juges*. Paris : Gallimard.

<sup>449</sup> OZANAM, Y. (2001). *Les avocats parisiens dans le premier tiers du XIX<sup>e</sup> siècle : Entre passé et présent, la recherche d'une identité collective*. In LEUWERS, H. *Elites et sociabilité au XIX<sup>e</sup> siècle*. Institut de recherches historiques du Septentrion, pages 153 à 179.

<sup>450</sup> KARPIK, L. (1995). *Les avocats. Entre l'Etat, le public et le marché, XIII<sup>e</sup>-XX<sup>e</sup> siècle*. Paris : Bibliothèque des sciences humaines, Gallimard, page 177.

<sup>451</sup> LEUWERS, H. (2006). *L'invention du barreau français. La construction nationale d'un groupe professionnel, 1660-1830*. Paris : EHESS.

<sup>452</sup> *Ibid.*

<sup>453</sup> KARPIK, L. (1995). *Les avocats. Entre l'Etat, le public et le marché, XIII<sup>e</sup>-XX<sup>e</sup> siècle*. Paris : Bibliothèque des sciences humaines, Gallimard, page 120.



perception que le juge défend l'intérêt public et l'avocat des intérêts privés change également au cours du siècle<sup>454</sup>. Le juge défend certes l'intérêt public, mais l'intérêt public tel que défini par l'Etat, ce qui justifie d'ailleurs des épurations dans la magistrature à chaque changement de régime politique<sup>455</sup>.

244. Dès cette époque, il existe plusieurs types d'avocats, dont certains se spécialisent exclusivement dans le conseil, dans l'arbitrage ou encore dans l'enseignement. Pour autant, aux yeux du public, l'avocat est avant tout un orateur. C'est à cette période que se forge l'image de l'avocat encore populaire aujourd'hui, du pénaliste défendant la veuve et l'orphelin. La matière pénale permet d'acquérir la notoriété et passionne les foules et la presse (journaux, recueils de plaidoiries et de causes célèbres, ou encore gravures...) <sup>456</sup>.

245. Les avocats ont progressivement un accès privilégié aux fonctions de gouvernement et surtout aux assemblées législatives et à la magistrature. Dès la Monarchie de Juillet<sup>457</sup>, nombreux des principaux avocats acteurs des contestations qui secouent la fin du régime précédent – la jeune génération libérale – deviennent ministres, députés ou magistrats, à l'image de l'ancien bâtonnier Dupin<sup>458</sup>, qui devient procureur général près la Cour de cassation<sup>459</sup>. Les anciens deviennent la branche conservatrice minoritaire du barreau, lorsqu'à l'opposé se développent des avocats réformateurs – en règle générale également députés – eux aussi opposés à la Monarchie de Juillet, mais défendant la république, comme Ledru-Rollin<sup>460</sup>. Ces avocats sont les premiers à mettre en place une stratégie de plaidoirie qui est réellement

---

<sup>454</sup> OZANAM, Y. (2001). *Les avocats parisiens dans le premier tiers du XIX<sup>e</sup> siècle : Entre passé et présent, la recherche d'une identité collective*. In LEUWERS, H. *Elites et sociabilité au XIX<sup>e</sup> siècle*. Institut de recherches historiques du Septentrion, pages 153 à 179.

<sup>455</sup> REMY, P. (2003). La part faite au juge. *Pouvoirs*. Numéro 107, pages 22 à 36.

<sup>456</sup> CHABRIER, A. (2013). *Les genres du prétoire : chronique judiciaire et littérature au XIX<sup>e</sup> siècle*. Thèse de doctorat, Université Paul Valéry Montpellier III.

<sup>457</sup> La Monarchie de Juillet est le nom donné au royaume de France entre 1830 et 1848. Proclamée le 9 août 1830 après les émeutes dites des *Trois Glorieuses*, elle succède à la *Restauration*. La branche cadette des Bourbons, la maison d'Orléans, accède alors au pouvoir. Louis-Philippe Ier n'est pas sacré roi de France mais intronisé roi des Français.

<sup>458</sup> André Marie Jean Jacques Dupin né en 1783 à Varzy et mort en 1865 à Paris fut bâtonnier du barreau de Paris avant de devenir procureur général près la Cour de cassation. Il fut également député à partir de 1815, président de la chambre des députés en 1832 et membre de l'Assemblée constituante en 1848. Il fut également membre de l'Académie française après son élection en 1832.

<sup>459</sup> BRAMI, F-J. (2011). *Une grande carrière au service de la loi : Dupin aîné (1783-1865)*. Thèse de doctorat, Université Paris II Panthéon-Assas.

<sup>460</sup> Alexandre Auguste Ledru-Rollin, né en 1807 à Paris et mort en 1874 à Fontenay-aux-roses, est un avocat et homme politique français, chef de file de la campagne des banquets qui aboutit à la révolution de 1848, puis Ministre de l'intérieur du gouvernement provisoire de la deuxième République. Il est connu, notamment, pour avoir fait adopter par décret le suffrage universel masculin.



politique, à l'image de celle de Michel de Bourges sur le peuple<sup>461</sup>. C'est cette nouvelle forme de défense, qui permet ensuite aux avocats d'accéder aux plus hautes fonctions de l'Etat et de devenir un véritable contre-pouvoir.

Paragraphe 2 : Le contre-pouvoir des avocats comme forme de militantisme.

246. Ce n'est que dans un contexte bien particulier que les avocats deviennent dans la première moitié du XIX<sup>e</sup> siècle un groupe capable de se mobiliser (A), afin de porter des revendications politiques (B).

A) La construction d'un groupe mobilisable.

**247. Le Barreau comme organisation.** Démonstration vient d'en être faite, c'est au début du XIX<sup>e</sup> siècle que la profession d'avocat s'organise vraiment comme un groupe professionnel modelé par la construction de l'Etat moderne. Hervé Leuwers<sup>462</sup>, à travers son étude des barreaux français du règne de Louis XIV à la Monarchie de Juillet<sup>463</sup>, montre que sous l'Ancien Régime, le groupe des avocats est un ensemble hétéroclite et que se retrouve derrière ce titre un nombre important de professionnels dont certains ne mettent jamais les pieds dans un prétoire. Le XIX<sup>e</sup> siècle, en revanche, voit la construction nationale d'un groupe professionnel. Plusieurs facteurs peuvent expliquer cette construction. En premier lieu, la profession d'avocat crée une sorte de mythe sur l'identité de ses membres comme le prouvent les discours de membres de la profession datant de la fin du XVIII<sup>e</sup> siècle :

*« Je remarquerai, que toutes les plus illustres familles de la Robe, tirent la gloire de leur origine de l'Ordre des Avocats. Ainsi l'on peut dire qu'en France, aussi bien*

---

<sup>461</sup> DE BOURGES, M. (1909). *Plaidoyers et Discours*. Paris : H. Dunod et E. Pinat.

<sup>462</sup> Hervé Leuwers, né le 14 février 1963, est un historien français. Il est spécialiste d'histoire de la Révolution française et d'histoire de la justice et des professions judiciaires.

<sup>463</sup> LEUWERS, H. (2006). *L'invention du barreau français. La construction nationale d'un groupe professionnel, 1660-1830*. Paris : EHESS.

*que dans l'Empire Romain, cet ordre est le Séminaire des dignités, de la science et de la vertu »*<sup>464</sup>.

248. Or, nous l'avons vu avec la théorie de la *réaction circulaire* de Herbert Blumer, la création du mythe est une étape dans la construction d'un groupe qui s'institutionnalise pour se mobiliser<sup>465</sup>. Ce mythe permet d'abord que se mette en place une organisation formelle qui va ensuite s'institutionnaliser. Dans ce processus, Herbert Blumer montre l'importance du sentiment d'appartenir à un même groupe, de l'influence de la culture et du système normatif sur la mobilisation.

249. Le fait que la profession s'institutionnalise, s'harmonise, autour d'un mythe permet à cette époque l'apparition d'une *norme émergente*<sup>466</sup> qui assure le développement d'une définition collective, encore une fois favorisée par un milieu qui est déjà homogène et qui a des interactions symboliques, ainsi que des *mécanismes organisationnels* qui permettent de consolider l'engagement autour du prestige de la profession, des postes et des rites d'adhésion. Or, avec le Consulat, les rites d'adhésion sont rétablis et la formation des jeunes recrues devient commune et encadrée. Plus qu'un *mécanisme organisationnel*, le mode d'adhésion au barreau représente une *incitation sélective*<sup>467</sup> et les valeurs communes inculquées lors de cette nouvelle formation institutionnalisée permettent une intégration dans un corps.

250. Enfin, l'uniformisation au niveau national de la profession au début du XIX<sup>e</sup> siècle favorise, grâce au maintien concomitant d'une construction locale, une fédération favorable à l'émergence d'une mobilisation sociale.

251. Autrement dit, au regard des théories sociologiques étudiées, de nombreuses conditions à l'émergence d'un groupe capable de se mobiliser sont réunies au sein de la profession d'avocat dans le premier tiers du XIX<sup>e</sup> siècle. L'émergence de ce groupe harmonisé participe à l'apparition d'un militantisme tourné vers le politique.

---

<sup>464</sup> BRETONNIER, J-B. (1738). *Œuvres de M. Claude Henrys*. Paris : Brunet. 5e édition revue, corrigée et augmentée. 4 volumes, tome 1, page 274.

<sup>465</sup> BLUMER, H. (1946). *Collective Behavior*. In LEE. *New Outline of the Principles of Sociology*. New York : Barnes et Nobles.

<sup>466</sup> TURNER, R. et KILLIAN, L. (1957). *Collective Behavior*. Englewood Cliffs, Prentice-Hall.

<sup>467</sup> OLSON, M. (1978). *Logique de l'action collective*. Paris : PUF.

B) Les premières revendications politiques de la profession.

**252. L'avocat intermédiaire politique.** Les liens horizontaux qui permettent l'apparition d'une *organisation* favorisent la création d'un sentiment de solidarité, indispensable à l'émergence d'un mouvement social. La profession d'avocat, dans la seconde moitié du XIX<sup>e</sup> siècle profite de ces liens horizontaux et de ces solidarités nouvelles. Or plus ces liens sont nombreux, plus il est possible d'intégrer les couches supérieures et de pouvoirs<sup>468</sup>.

253. Démonstration a été faite précédemment de l'importance des *organisations* dans la survenance d'un mouvement social pour les auteurs du *collective behavior* comme pour ceux de la *mobilisation des ressources*. Le fait que la profession d'avocat soit structurée et organisée au début du XIX<sup>e</sup> siècle, lui permet de devenir un relai aux revendications et d'en être un porte-parole naturel. Le mouvement qui est issu de cette mobilisation est un *mouvement de contrôle*<sup>469</sup>, c'est-à-dire porté sur l'accès au pouvoir. Aux yeux du public, cette organisation permet de faire de l'avocat – plus qu'un relai – un véritable intermédiaire entre les changements structurels de la couche inférieure et de la couche supérieure de la société<sup>470</sup>. Son statut d'opposant politique intégré dans le système, lui permet un militantisme de contrôle grâce à ce rôle d'intermédiaire entre une *misère de position*<sup>471</sup> et les structures de pouvoir<sup>472</sup>.

**254. Tradition culturelle.** Les changements structurels de la société issus de la Révolution française de 1789 favorisent la mobilisation de la profession qui a su faire un usage stratégique de la violence<sup>473</sup>. De fait, la tradition contestataire issue des événements de la fin du XVIII<sup>e</sup> siècle permet ce climat d'émergence de mobilisation<sup>474</sup> puisque – il s'agira de l'identifier – l'identité de la profession et le contexte historique construisent une *tradition culturelle*<sup>475</sup>, une idéologie de la contestation avec des réseaux de communication efficaces lorsque le barreau devient national.

---

<sup>468</sup> OBERSCHALL, A. (1973). *Social conflict and social movements*. USA : Prentice-Hall series in sociology.

<sup>469</sup> TURNER, R. et KILLIAN, L. (1957). *Collective Behavior*. Englewood Cliffs, Prentice-Hall.

<sup>470</sup> SMELSER, N-J. (1962). *Theory of collective behavior*. New-York : Free Press.

<sup>471</sup> NEVEU, E. (1996). *Sociologie des mouvements sociaux*. Paris : La découverte, page 44.

<sup>472</sup> GURR, T. (1976). *Rogues, rebels, and reformers : a political history of urban crime and conflict*. Royaume-Uni : Beverly Hills London : Sage publications.

<sup>473</sup> BARES, J. (1990). Le rouge et le noir [costume des avocats, 1790]. *Revue de la Société internationale d'histoire de la profession d'avocat*. Numéro 2, pages 135 à 142.

<sup>474</sup> TILLY, C. (1986). *La France conteste : de 1600 à nos jours*. Fayard, l'espace du politique.

<sup>475</sup> GURR, T. (1976). *Rogues, rebels, and reformers : a political history of urban crime and conflict*. Royaume-Uni : Beverly Hills London : Sage publications.

255. Autrement dit, le XIX<sup>e</sup> siècle permet de faire de l'avocat un entrepreneur capable de mobiliser suffisamment de ressources pour déclencher un mouvement social de contrôle, d'opposition politique<sup>476</sup>. Il s'agit d'une première forme de militantisme. Capable de se mobiliser seul, il devient surtout un *acteur extérieur*<sup>477</sup>, porte-parole du public, dans le *répertoire d'action collective*<sup>478</sup> d'autres groupes capables de se mobiliser, en particulier, à cette époque, dans le contexte politique. A la fin du siècle, la force et la légitimité acquises dans ce rôle d'intermédiaire et de porte-parole du public, permet au *mouvement de contrôle* initié d'aboutir et les avocats accèdent de manière privilégiée aux fonctions législatives et gouvernementales. Il s'agit de la *République des avocats*.

### **Sous-Section 2 : La République des avocats de 1870 à 1920.**

256. Comme tout cycle, l'accès privilégié des avocats aux fonctions gouvernementales et législatives a connu une période de progression (Paragraphe 1) puis de déclin (Paragraphe 2).

#### **Paragraphe 1 : L'accès privilégié des avocats aux fonctions gouvernementales et législatives.**

257. S'il est certain que le nombre d'avocats présents à l'Assemblée ou au gouvernement est conséquent durant la *III<sup>e</sup> République* (A), certains auteurs nuancent le terme de *République des avocats* expliquant qu'il est un mythe entretenu par ces professionnels eux-mêmes (B).

---

<sup>476</sup> MAC CARTHY, J. et ZALD, M. (1973). *The Trend of Social Movements in America : Professionnalization and Resource Mobilization*. Morristown : General Learning Press.

<sup>477</sup> OBERSCHALL, A. (1973). *Social conflict and social movements*. USA : Prentice-Hall series in sociology.

<sup>478</sup> TILLY, C. (1978). *From mobilization to revolution*. Reading Mass. Menlo Park Californie London Amsterdam : Addison-Wesley.

A) La surreprésentation des avocats dans les milieux politiques.

**258. Culture favorable à la représentation.** Dès le début du XIX<sup>e</sup> siècle, Alexis de Tocqueville<sup>479</sup> prédit que l'avènement du règne des juristes coïncidera avec celui de la démocratie en France<sup>480</sup>. Ceux qu'il appelle les *légistes* semblent peu propices au militantisme. Dans la réflexion de Tocqueville, qui se retrouve chez Georges Ripert<sup>481</sup>, un juriste est nécessairement un conservateur et un aristocrate :

*« Le corps des légistes forme le seul élément aristocratique qui puisse se mêler sans efforts aux éléments naturels de la démocratie, et se combiner d'une manière heureuse et durable avec eux. Je n'ignore pas quels sont les défauts inhérents à l'esprit légiste, (...) Ce caractère aristocratique que j'aperçois dans l'esprit légiste est bien plus prononcé encore aux États-Unis et en Angleterre que dans aucun autre pays »<sup>482</sup>.*

L'image du juriste membre du système politique qu'il sert est vivace. C'est peut-être ce qui explique cette première forme de militantisme dans la profession : celui pour l'accès au pouvoir. L'avocat, instrument du système en place, se sert de sa position privilégiée pour en atteindre le sommet.

259. Néanmoins, l'appellation *République des avocats* doit immédiatement être nuancée par l'hétérogénéité qui est celle du Barreau à cette époque. Si de nombreux avocats accèdent aux fonctions de gouvernement à la fin du XIX<sup>e</sup> siècle, faisant de la profession la mieux représentée au sein des institutions législatives et exécutives, le barreau reste durant cette période – comme lors de la précédente – le principal vivier des opposants au régime (bonapartistes ou royalistes). Il n'existe donc pas une réelle unité du Barreau sur les questions politiques et les différentes affaires ou réformes ponctuant cette période seront à chaque fois une nouvelle occasion d'afficher des divergences, notamment concernant l'affaire Dreyfus ou le désaveu d'une partie de la profession pour la politique anticléricale du gouvernement

---

<sup>479</sup> Alexis-Henri-Charles Clérel, comte de Tocqueville, généralement appelé par convenance Alexis de Tocqueville, né à Paris le 29 juillet 1805 et mort à Cannes le 16 avril 1859, est un philosophe politique, homme politique, historien, précurseur de la sociologie et écrivain français. Il est célèbre pour ses analyses de la Révolution française, de la démocratie américaine et de l'évolution des démocraties occidentales en général.

<sup>480</sup> DE TOCQUEVILLE, A. (1951). *De la démocratie en Amérique*. Paris : Gallimard.

<sup>481</sup> Lire sur cette conception de Georges Ripert : HERRERA, C-M. (2017). Georges Ripert en politique. *Droits*. Numéro 65, pages 181 à 199.

<sup>482</sup> DE TOCQUEVILLE, A. (1951). *De la démocratie en Amérique*. Paris : Gallimard, page 162.

républicain. Également, si le terme de *République des avocats* fait référence à la III<sup>e</sup> République (1870-1940), l'apogée dans la représentation politique de la profession n'est pas linéaire durant la période.

**260. Représentation politique de la profession.** Le paradoxe du barreau au XIX<sup>e</sup> siècle est de concilier en son sein des traditions semblant immuables, fondées sur les valeurs qui participent à construire son identité, avec l'émergence d'un fort esprit libéral. Le barreau reste profondément conservateur, comme le montre la très forte volonté de ses membres de garder la mainmise sur le tableau, c'est-à-dire sur le contrôle de la liste des personnes autorisées à exercer la profession. Les avocats n'hésitent pas à faire des valeurs de la profession comme le désintéressement un moyen de filtrer ceux qui pourront s'inscrire au barreau<sup>483</sup>, mais sont paradoxalement très libéraux.

261. La réputation de l'avocat comme porte-parole du public en fait un candidat légitime à la députation, les citoyens ont tendance à élire ceux qu'ils voient comme un représentant proche de leurs intérêts. Ainsi, dès les élections législatives de 1881, 41% des députés sont des juristes, c'est-à-dire une personne titulaire d'un doctorat en droit ou ayant exercé/exerçant une activité professionnelle juridique. Parmi les 560 députés recensés, 229 sont des juristes. Parmi ces 229 juristes 153 sont des avocats<sup>484</sup>. Ces élus sont majoritairement progressistes et républicains, de gauche plutôt que de droite. Une grande majorité d'entre eux appartenant aux groupes de Centre-gauche. Géographiquement, des juristes sont élus dans la quasi-totalité des départements, ce qui montre l'étendue de la réputation de la profession dans une France profondément rurale et dans une société qui se judiciarise fortement<sup>485</sup>. Les avocats incarnent cette judiciarisation et sont accessibles. L'activité de judiciarisation des campagnes accompagne le phénomène de politisation de cette dernière, avec néanmoins une influence flagrante des grands barreaux : Paris, Lyon, Bordeaux, puis au fil des législatures une bipolarisation de la représentation dans le sud-ouest de la France, particulièrement à Toulouse et dans la capitale où le barreau devient l'antichambre de la députation. Aux élections de 1906, le Parti radical est composé pour plus de 54% de ses membres de juristes et un peu moins d'un radical-socialiste sur deux est un professionnel du droit. En revanche leur nombre diminue dans

---

<sup>483</sup> Ainsi les avocats stagiaires étaient souvent mis à disposition de permanences juridiques gratuites, ce qui excluait de fait les prétendants n'ayant pas à l'origine une rente capable de leur permettre de vivre.

<sup>484</sup> GAUDEMET, Y.-H. (1970). *Les juristes et la vie politique sous la III<sup>ème</sup> république*. Paris : PUF.

<sup>485</sup> WILLEMEZ, L. (1999). *La république des avocats, 1848 : le mythe, le modèle et son endossement*. In OFFERLE, M. (dir), *La profession politique XIX<sup>e</sup>-XX<sup>e</sup> siècles*, Belin, pages 201 à 229.

les parties d'extrême gauche, signe d'un fort attachement des membres du barreau aux valeurs républicaines. Sur neuf présidents du Sénat entre 1876 et 1920, sept sont des juristes. Sur un total de quarante-cinq années, ces derniers détiennent la Présidence du Sénat plus de trente-sept ans. A la Chambre des Députés<sup>486</sup>, de 1871 à la fin de 1893, tous les présidents sont des juristes à l'exception de Louis Buffet<sup>487</sup>. De 1875 à 1920, deux députés sur cinq sont juristes et un député sur quatre a été avocat.

262. Même constat du côté de l'exécutif, une majorité de présidents de la République et surtout de présidents du Conseil sont des professionnels du droit. De 1873 à 1920, par exemple, trente-neuf gouvernements sur soixante-deux sont dirigés par des juristes. Quant aux ministres, sur la même période, 52% sont des hommes de loi. La proportion des juristes présents dans le gouvernement s'accroît durant cette période, allant de un sur trois durant la période 1873-1880, à deux sur trois entre 1900 et 1910<sup>488</sup>. Il est facile de déduire de ces chiffres une forme de solidarité, de corps, sans doute le fruit de la *culture de l'avocat*, d'une formation commune poussant les membres de la profession accédant aux fonctions exécutives à s'entourer de confrères et au sentiment d'appartenir à une même oligarchie.

**263. *Esprit juriste.*** Ce constat semble se confirmer puisque de façon paradoxale, alors que le nombre d'avocats-députés baisse au XX<sup>e</sup> siècle, le nombre d'avocats-membres du gouvernement, ne cesse, quant à lui, d'augmenter. Ces derniers s'infiltrèrent même dans des ministères moins « naturels » comme les ministères de la guerre et des colonies, des affaires étrangères ou du commerce (à l'origine, ils sont surtout présents dans des ministères plus proches de leur formation juridique, comme la justice ou l'instruction publique). Le phénomène a également comme origine une plus forte activité des juristes par rapport aux hommes politiques qui proviennent d'autres milieux professionnels, justement grâce à leur position sociale et à leur formation. Leur place charnière dans les rapports avec le pays réel, ce fonctionnement et ces possibilités d'actions qui leur sont propres, permettent à ces professionnels d'entrer plus facilement en politique et surtout de s'y maintenir. De façon générale, les contemporains parlent d'un *esprit juriste* qui permet aux avocats de synthétiser et

---

<sup>486</sup> En France, de 1875 à 1940, la Chambre des Députés est le nom porté par l'assemblée législative élue au suffrage universel. Celle-ci, réunie en Assemblée nationale à Versailles avec le Sénat, procédait à l'élection du Président de la République.

<sup>487</sup> Louis-Joseph Buffet, né en 1818 à Mirecourt et mort en 1898 à Paris, est un homme d'Etat français.

<sup>488</sup> GAUDEMET, Y-H. (1970). *Les juristes et la vie politique sous la III<sup>ème</sup> république*. Paris : PUF.



d'exprimer mieux que d'autres des intérêts parfois contradictoires<sup>489</sup>. Si leur représentation dans les fonctions politiques augmente autant durant cette période, c'est qu'ils répondent à un besoin social :

*« Si les juristes sont volontiers choisis par le pays réel comme mandataires privilégiés à même d'endosser et d'exprimer au mieux ses revendications, c'est principalement parce que le juriste, à l'époque le plus souvent un avocat, a l'expérience et la maîtrise de la parole ; la III<sup>e</sup> République, en rendant au suffrage universel une liberté complète, a offert à ceux qui détenaient le secret de l'éloquence de nouvelles chances de promotion sociale qu'ils n'ont pas manqué de saisir. Qui, mieux que ces techniciens de la parole, actifs, remuants, informés des problèmes de tous pouvaient solliciter et surtout obtenir du peuple le mandat de les représenter ? Par-delà la magie du verbe, les juristes jouent en effet, vis-à-vis de chacun, le rôle de conseiller et de mandataire privilégié »<sup>490</sup>.*

264. Techniciens de la parole, mais surtout techniciens du vocabulaire juridique, avec l'avantage non négligeable d'être une profession représentée et visible dans tout le pays. L'esprit juriste est défini par Albert Thibaudet comme une « *disposition à l'intelligence générale et à l'impartialité présidentielle* »<sup>491</sup>, qui permet aux juristes de cette époque comme Waldeck-Rousseau<sup>492</sup>, Millerand<sup>493</sup> ou Poincaré<sup>494</sup> de dominer les partis politiques grâce à leur esprit de synthèse (déduction, induction, analogie et distinction), d'assurer l'adéquation à des réalités multiples, d'apporter une solution de portée générale et de donner l'image populaire d'une personne pragmatique et solide dans une époque où l'exercice de la souveraineté est encore une expérience très nouvelle pour les citoyens qui considèrent que seuls les initiés peuvent se prêter à cette magie<sup>495</sup>. Enfin, cette surreprésentation trouve une dernière explication

---

<sup>489</sup> SCHAUER, F. (2009). *Thinking Like a Lawyer. A New Introduction to Legal Reasoning*. Harvard University Press.

<sup>490</sup> GAUDEMET, Y-H. (1970). *Les juristes et la vie politique sous la III<sup>ème</sup> république*. Paris : PUF.

<sup>491</sup> THIBAUDET, A. (1927). *La république des professeurs*. Paris : Bernard Grasset.

<sup>492</sup> Pierre Marie René Ernest Waldeck-Rousseau né en 1846 à Nantes et mort en 1904 à Corbeil-Essonnes est un homme d'Etat français, célèbre pour avoir participé à la légalisation des syndicats et à la loi de 1901 sur les associations.

<sup>493</sup> Alexandre Millerand, né en 1859 à Paris et mort en 1943 à Versailles est un homme d'Etat français, Président de la République française de 1920 à 1924.

<sup>494</sup> Raymond Poincaré, né en 1860 à Bar-Le-Duc et mort en 1934 à Paris, est un homme d'Etat français, Président de la République française de 1913 à 1920.

<sup>495</sup> Il est d'ailleurs intéressant de remarquer que cette légitimité passera du juriste à l'économiste après la crise de 1929.



dans l'attachement de ces professionnels à des groupes/partis de centre-gauche ayant une mainmise importante sur le pouvoir à la fin du XIX<sup>e</sup> siècle et au début du XX<sup>e</sup> siècle.

Certains auteurs remettent néanmoins en cause le terme de *République des avocats* et considèrent qu'il s'agit d'un mythe.

## B) Le mythe de la République des avocats ?

**265. Création d'un mythe.** Néanmoins, certains auteurs comme Laurent Willemez<sup>496</sup>, semblent considérer que cette position privilégiée n'a rien de naturelle et est en fait créée par les avocats eux-mêmes à l'époque afin de légitimer leur propre action. Selon lui, la *République des avocats* est un mythe favorisé par la promotion des qualités de l'avocat avec l'idée que cette promotion permet à court terme une forte représentation au sein du personnel politique. Ainsi, Willemez montre-t-il que la majorité des auteurs ayant écrit sur la question sont eux-mêmes avocats et mettent volontairement en avant l'homogénéité du groupe professionnel. Selon lui, ces auteurs relèguent le métier principalement à l'éloquence et font l'éloge du lien particulier entre ces professionnels et le public et entre ces professionnels et le politique. C'est l'existence de ces présuppositions qui permet à la situation d'exister véritablement, les avocats de l'époque endossant volontairement (ou faisant endosser à leurs aînés lors d'éloges funèbres, permettant la création d'une façade) les qualités prêtées à la catégorie. Le mythe est également le résultat d'opposants politiques d'avocats à la fin du XIX<sup>e</sup> siècle qui participent finalement à le rendre légitime. Dans ces éloges sont mis en avant des traits communs tenant aux études et à l'apprentissage de la profession. Les cabinets et les patrons sont honorés afin de montrer une solidarité dans la profession et l'existence d'un groupe :

*« La valorisation individuelle du collectif, indissociable de la valorisation collective de l'individuel, contribue à poser l'individu comme acteur collectif, se représentant lui-même comme homme doué de talent et représentant simultanément la catégorie de l'avocat et tous les talents présumés que celle-ci porte avec elle : c'est parce qu'en lui-même il possède des compétences jugées irréductibles et parce qu'en*

---

<sup>496</sup> WILLEMEZ, L. (1999). *La république des avocats, 1848 : le mythe, le modèle et son endossement*. In OFFERLE, M. (dir), *La profession politique XIX<sup>e</sup>-XX<sup>e</sup> siècles*, Belin, pages 201 à 229.

*même temps il appartient à un groupe constitué qui a la réputation de porter avec lui ses talents, que l'avocat possède une légitimité dans le processus de représentation »<sup>497</sup>.*

266. L'image du barreau libéral, tel que défini par Lucien Karpik est donc cultivée parce qu'elle permet de donner un modèle de référence offrant à l'ensemble des professionnels une légitimité. Willemez montre que de nombreux avocats élus n'exercent pas réellement la profession avant leur élection mais se sont inscrits au barreau surtout pour profiter du titre et de la légitimité de la représentation que leur offre l'appartenance à l'idéal type du barreau libéral.

**267. Image d'une vocation politique naturelle.** Mythe ou réalité, la construction de cette image du barreau libéral est intéressante puisqu'elle prouve une volonté de la profession de présenter celle-ci comme une *organisation* ayant une *vocation politique* naturelle d'accès au pouvoir. Sous bien des aspects, cette période permet d'identifier une première forme de militantisme dans laquelle la profession sert de tremplin à l'accès aux fonctions législatives et gouvernementales. Il ne s'agit pas d'un militantisme de cause comme il est possible – il s'agira de l'étudier – de le rencontrer aujourd'hui, mais d'un militantisme d'accès au pouvoir avec éventuellement une volonté de long terme de changement politique militant une fois cet accès effectif. De fait, cette époque reste une période de grandes avancées républicaines avec des lois aujourd'hui devenues des Principes fondamentaux reconnus par les lois de la République qui sont menées à terme par ces gouvernements et parlementaires issus majoritairement des rangs du barreau<sup>498</sup>.

268. Le fait que les avocats participent à la construction de cette image – ou mythe pour certain – de *l'esprit juriste* démontre bien une volonté stratégique et militante de faire de l'avocat un acteur politique naturel. En conclusion, si l'accès aux fonctions politiques ne peut pas être considéré en tant que tel comme du militantisme, la profession d'avocat en tant que corps ayant un accès privilégié à ces fonctions – fonctions qui elles permettent un militantisme – prend bien ici la forme d'une *organisation à vocation politique* qui met en place une stratégie de communication militante.

Néanmoins, l'accès privilégié des avocats à ces fonctions décline après la première guerre mondiale.

---

<sup>497</sup> Ibid.

<sup>498</sup> Ainsi par exemple la loi relative à la création des syndicats professionnels du 21 mars 1884 ou *loi Waldeck-Rousseau*, du nom du ministre de l'Intérieur, avocat de formation, Pierre Waldeck-Rousseau qui la fit voter.

Paragraphe 2 : La perte d'influence des avocats dans les milieux politiques.

269. Au début du XX<sup>e</sup> siècle, le nombre de juristes diminue d'abord dans les fonctions législatives puis dans les fonctions gouvernementales (A), au profit d'autres groupes professionnels (B).

A) Le recul du nombre de juristes aux fonctions législatives et gouvernementales.

**270. Majorité politique des français.** Une coupure très nette s'opère avec la *première guerre mondiale* lorsque les électeurs semblent réviser cette tendance naturelle qu'ils ont à considérer les juristes comme prédestinés à les représenter. La politique n'est plus un métier parmi tant d'autres, c'est devenu la chose de chacun. La première guerre mondiale a permis aux français d'atteindre leur *majorité politique*<sup>499</sup>. Ce changement est le plus significatif à l'est du pays, derrière une frontière imaginaire Lille-Perpignan, du côté de laquelle les barreaux n'envoient presque plus de leurs membres à la députation. Les avocats présents dans l'Assemblée du Front Populaire appartiennent par exemple très largement au Barreau de Paris. Les juristes députés ne sont plus, comme autrefois, représentants de l'ensemble du territoire. Si les avocats restent toujours la profession la mieux représentée à l'Assemblée, en 1936, il n'y a plus qu'un député sur cinq qui est juriste. Ce recul s'explique dans une certaine mesure par l'attachement de la profession aux partis de centre gauche, désormais largement concurrencés dans l'exercice du pouvoir par les partis socialiste et communiste. Les radicaux sont de plus en plus considérés comme des *petits-bourgeois* trop profondément centristes<sup>500</sup>. Cette réduction de la place des juristes est surtout significative dans la fonction législative. Au contraire, elle est plus tardive dans l'exécutif, où les gouvernants semblent toujours privilégier des hommes politiques expérimentés. Ce dernier constat s'explique peut-être par le fait que l'accès aux fonctions gouvernementales vient normalement plus tard dans une carrière que l'accès à la députation. Le recul du nombre de juristes aux fonctions législatives, entraîne par conséquent de manière plus tardive une diminution de ces professionnels au sein du gouvernement.

---

<sup>499</sup> Sur cette question lire : GAUDEMET, Y.-H. (1970). *Les juristes et la vie politique sous la III<sup>e</sup> république*. Paris : PUF.

<sup>500</sup> BERSTEIN, S. (1982). *Histoire du Parti Radical*. Presses de Sciences Po.

Autrement dit, ce déclin n'est pas dû à une diminution de l'influence du réseau et des solidarités au sein du groupe, mais à une perte de légitimité à la base auprès du public, souvent au profit d'autres groupes professionnels.

B) La concurrence de nouveaux groupements.

**271. Perte du statut d'aide extérieure mobilisable.** Les juristes sont concurrencés par l'émergence de nouveaux groupements, dont les syndicats, capables de formuler les revendications de la société en marge du mécanisme classique de délégation de la démocratie représentative. Plus spécifiquement, deux nouvelles professions semblent fleurir au parlement, sans pour autant devenir dominantes et prendre la place des premiers : les professeurs du secondaire et les économistes<sup>501</sup>. Surtout, ces professionnels se substituent aux avocats auprès du pays réel. L'esprit juriste si efficace dans la conduite politique du pays durant la fin du XIX<sup>e</sup> siècle et le début du XX<sup>e</sup> siècle, trouve ses limites au lendemain de la guerre de 1914-1918 lorsqu'il faut négocier la paix. Les juristes s'enferment dans une logique de toute puissance de la loi et des écrits. Ils sont sceptiques à l'égard de la Société des Nations, privilégiant une volonté de placer la France dans une position de créancière vis-à-vis de l'Allemagne, accompagnant cette créance de gages et de sûretés<sup>502</sup>.

272. Le fait que les avocats, qui semblent incapables de saisir les enjeux de leur époque, soient concurrencés par de nouveaux groupements est la preuve de la perte de leur rôle d'intermédiaire entre les aspirations des couches inférieures et des couches supérieures<sup>503</sup>, entre une misère de position et le pouvoir<sup>504</sup>. Dans ce contexte, peu importe que le groupe soit correctement établi, s'il n'apparaît plus comme une *aide extérieure* efficace<sup>505</sup>, sa mobilisation dans un *mouvement de contrôle*<sup>506</sup> est vouée à l'échec. Leurs procédés ne semblent plus adaptés

---

<sup>501</sup> FRAJERMAN, L. (2008). L'engagement des enseignants (1918-1968). *Histoire de l'éducation*. Numéro 117, pages 57 à 96.

<sup>502</sup> WEILL-RAYNAL, E. (1947). *Les réparations allemandes et la France*. Paris : Nouvelles Éditions latines.

<sup>503</sup> OBERSCHALL, A. (1973). *Social conflict and social movements*. USA : Prentice-Hall series in sociology.

<sup>504</sup> GURR, T. (1976). *Rogues, rebels, and reformers : a political history of urban crime and conflict*. Royaume-Uni : Beverly Hills London : Sage publications.

<sup>505</sup> OBERSCHALL, A. (1973). *Social conflict and social movements*. USA : Prentice-Hall series in sociology.

<sup>506</sup> TURNER, R. et KILLIAN, L. (1957). *Collective Behavior*. Englewood Cliffs, Prentice-Hall.

à l'époque dans laquelle ils évoluent désormais et la profession est contrainte de se réinventer, de se réformer.

273. En résumé, de la Révolution française au lendemain de la première guerre mondiale, la profession d'avocat s'est structurée afin de devenir une force d'opposition, puis avoir un accès privilégié aux fonctions politiques, avant de connaître une période de déclin dans son rôle de porte-parole du public.

274. Ces différentes étapes s'expliquent par les changements structurels importants connus à la fois par la société française et par la profession elle-même au lendemain de la Révolution de 1789. Si à la fin du XVIII<sup>e</sup> siècle, le nombre d'avocats diminue très fortement, la profession étant fragilisée à la fois par des événements d'organisation interne avant la Révolution et par la suppression de l'Ordre en 1790, le début du XIX<sup>e</sup> siècle voit le barreau français se structurer autour de codes et d'une culture commune, au niveau national. La renaissance de la profession grâce à cette culture, grâce à ses *mécanismes organisationnels* et à ses *incitations collectives*, comme une *organisation* au sens sociologique du terme, lui a permis de devenir un *acteur extérieur* dans le *répertoire d'action collective* d'autres groupes mobilisables, capable d'amorcer un *mouvement de contrôle* d'accès au pouvoir politique. Ce mouvement a d'abord été un mouvement d'opposition jusqu'à l'avènement de la III<sup>e</sup> République – surnommée la *République des avocats* – et pendant laquelle la représentation de la profession parmi les députés et les membres du gouvernement est très largement majoritaire.

275. Cependant, au lendemain de la première guerre mondiale, les avocats semblent incapables de comprendre les enjeux de leur époque et face à une transformation de la conscience politique de la population, perdent leur rôle de porte-parole du public, d'intermédiaire entre les aspirations de ce dernier et le pouvoir politique. Pour retrouver ce rôle, la profession va devoir se réinventer, notamment à travers les avocats communistes.

276. Il reste néanmoins que cette longue période est centrale dans l'identité de la profession, par sa construction au sein de la société et par les valeurs éthiques dégagées, mais surtout parce qu'elle favorise l'identification d'une première forme de militantisme au sein de la profession d'avocat : militer pour accéder au pouvoir. La période qui suit permet d'identifier une deuxième forme de militantisme qui a pour but la transformation du système politique.

## **Section 2 : Militer pour transformer le système politique.**

277. Cette forme de militantisme est indissociable – en France et au XX<sup>e</sup> siècle – de la mouvance communiste. De fait, à partir des années 1920, des membres de la profession épousent l'idéologie communiste et proposent une nouvelle forme de militantisme à travers des plaidoiries politiques appelées *défense de rupture* (Sous-Section 2). Cette forme de militantisme est surprenante dans la mesure où elle est le résultat d'un paradoxe identitaire propre au Parti Communiste Français (Sous-Section 1).

### **Sous-Section 1 : Un militantisme résultant de la construction identitaire de la mouvance communiste en France.**

278. Le militantisme est une notion familière pour l'idéologie communiste. Le terme de *mouvement social* est apparu pour la première fois dans la littérature avec cette idéologie. En revanche l'association *avocat communiste* est beaucoup moins naturelle. Comment peut-on être à la fois marxiste<sup>507</sup> et avocat lorsque le communisme appelle la destruction du système judiciaire – perçu comme un instrument de domination d'une classe sur l'autre – dont l'avocat est un acteur central ? L'étude de la mouvance communiste française est très intéressante pour répondre à cette question puisque se développe une conception autonome du communisme malgré le perpétuel rattachement du mouvement à un pays extérieur (à savoir l'URSS). L'idéologie se fonde dans ce que Serge Bernstein appelle *la culture politique* :

« *La culture politique est un système de représentations fondé sur une certaine vision du monde, sur une lecture signifiante, sinon exacte, du passé historique, sur le choix d'un système institutionnel et d'une société idéale, conformes aux modèles retenus, et qui s'expriment par un discours codé, des symboles, des rites qui l'évoquent sans qu'une autre médiation soit nécessaire* »<sup>508</sup>.

---

<sup>507</sup> Les termes de *marxisme* et de *communisme* sont ici indissociés, alors que dans cette perspective d'approche du droit, il serait plus exact de parler de marxisme que de communisme dans la mesure où c'est le marxisme qui conçoit le droit comme non-autonome, et comme résultant d'un mode de production et de rapports entre classes sociales.

<sup>508</sup> BERSTEIN, S. (1992). L'historien de la culture politique. *Vingtième siècle, revue d'histoire*, 35, pages 67 à 77.

279. Dans un même pays, plusieurs cultures politiques concurrentes peuvent se côtoyer et dans une certaine mesure s'acculturer. C'est ce qui se passe pour le Parti Communiste Français (PCF) à partir du moment où il accepte dans une certaine mesure le jeu politique dominant : républicain et démocrate, tout en gardant son identité. Cette acculturation se produit du point de vue politique, mais également juridique et permet à la profession d'avocat de se réinventer afin de retrouver une position de porte-parole du public dans le prolongement de sa culture.

280. Afin de transformer le système politique, les communistes passent d'une force extérieure en opposition à ce système (Paragraphe 1) à une force d'opposition en son sein (Paragraphe 2).

#### Paragraphe 1 : Une lutte en opposition.

281. De 1920 aux années 1930, le Parti se transforme progressivement, passant d'un postulat révolutionnaire (A), à un parti complètement intégré dans le système républicain et démocratique français, jusqu'à incarner et se revendiquer de la défense de ce système issu de la Révolution française. Comme représentants de cette institution, les avocats mettent à profit leur culture pour se placer en acteurs incontournables de la protection des valeurs idéologiques du mouvement et plus largement de ce système postrévolutionnaire (B).

#### A) La difficile conciliation entre communisme et militantisme juridique des avocats.

**282. *Le paradoxe de l'avocat communiste.*** Il existe un contraste, pour les avocats, entre vocation militante pour une autre société et prises avec la légalité de par leur profession qui participe à la légitimité de ce qui est légal. Ce contraste est d'autant plus saisissant que le Parti Communiste Français semble naître suite à des affaires judiciaires jugées comme injustes (le meilleur exemple étant l'acquittement de Raoul Villain, l'assassin du socialiste Jean Jaurès<sup>509</sup>) dans une époque particulièrement propice au développement de l'idéologie communiste. Le

---

<sup>509</sup> ANONYME. (1920). *Le procès de l'assassin de Jaurès (24-29 mars, 1919)*. Paris : L'Humanité.

discours marxiste est récurrent dans une société qui a terminé sa révolution industrielle et qui est l'une des plus grandes puissances industrielles du monde avec l'une des classes ouvrières la plus importante<sup>510</sup>, plus importante que celle de la Russie<sup>511</sup> qui termine sa révolution bolchévique<sup>512</sup>.

283. La première période du communisme français est marquée par sa forte vocation révolutionnaire. La création du Parti Communiste Français est le résultat d'une scission au sein de la SFIO<sup>513</sup>, c'est-à-dire du mouvement ouvrier de la gauche française. A la droite du parti, se retrouvent les *résistants* et les *reconstructeurs* comme Blum ou Longuet, lorsqu'à la gauche du parti, se réunissent les militants. Si tous décrient les injustices dans le verdict des grandes affaires judiciaires de l'époque, les derniers y voient l'expression d'une justice de classe qui doit être combattue<sup>514</sup>. Le Parti Communiste Français se construit donc avant tout contre la SFIO. Cette scission a lieu lors du Congrès de Tours à la fin de l'année 1920. Ceux qui quittent alors la SFIO rêvent pour la France d'une histoire similaire à celle de la Russie, à savoir une révolution prolétaire<sup>515</sup>. Dans une vision très marquée par le discours marxiste-léniniste, il n'y a pas de grande place faite pour les juristes dans ce nouveau parti, qui connaît dans ce début de décennie un réel mouvement de bolchévisation marqué par une logique de lutte des classes. Dans l'idéologie dominante lors de la scission, les juristes sont considérés comme les agents privilégiés et bourgeois d'un système judiciaire opprimant qui doit être détruit. D'ailleurs, une étude approfondie des délégués avocats au congrès fondateur du parti démontre que sur vingt-deux délégués ou députés présents ayant comme profession l'avocature, seuls six quittent la SFIO pour adhérer à la III<sup>e</sup> internationale<sup>516</sup>. Le procès qui a pu être fait aux juristes ayant accès à des fonctions de gouvernement à l'époque explique sans doute également cette réticence. La formation juridique des avocats socialistes semble les empêcher de saisir les enjeux de la question sociale et paralyse leur approche de la société. Les avocats communistes doivent

---

<sup>510</sup> « La classe ouvrière en Europe de 1919 à 1974 » ; Belisaire ; Philisto [consulté le 18 mai 2017] <http://www.philisto.fr>

<sup>511</sup> En 1880, les ouvriers représentent 41% de la population française active, lorsqu'en Russie, 75% de la population est active est composé de paysans.

<sup>512</sup> « La Russie, vaste prison des peuples » ; Histoire : 1900, l'Europe domine le monde ; L'encyclopédie BS [consulté le 18 mai 2017] <http://www.encyclopedia.bsditions.fr>

<sup>513</sup> La Section Française de l'Internationale Ouvrière est un parti politique socialiste français qui a existé sous ce nom de 1905 à 1969 avant de devenir le Parti Socialiste.

<sup>514</sup> DUCLOS, J. (1964). *Histoire du Parti communiste français*. Paris : Ed. Sociales.

<sup>515</sup> GIRAULT, J. et ROBERT, J.-L. (1990). *1920, le congrès de Tours : présentation, extraits, résolutions*. Paris : Messidor Éd. Sociale.

<sup>516</sup> GENEVEE, F. (2006). *Le PCF et la justice*. Les presses universitaires de la faculté de droit de Clermont-Ferrand.



concilier cette identité avec leur appartenance à un parti révolutionnaire. Ils ne semblent pas avoir de réelles convictions politiques anticapitalistes, mais dans une vision très professionnelle de leur métier, voient dans ce nouveau parti le prolongement de leurs plaidoiries et des causes qu'ils ont à défendre après la guerre. Ce sont d'ailleurs les représentants des prisonniers politiques communistes de l'époque. Peu d'entre eux ont de réelles fonctions politiques. Seuls trois avocats se retrouvent parmi les vingt-neuf députés communistes élus durant les élections de 1924 et un seul en 1936 (sur cette fois soixante-douze députés communistes). A l'inverse, les principaux chefs de file des motions restés à la SFIO semblent s'éloigner peu à peu des Palais pour s'engager réellement en politique.

**284. *Peur du rouge.*** Malgré nos observations sur la société industrialisée qu'est la France, avec une forte proportion de la classe ouvrière dans la population active potentiellement réceptive au discours communiste, ce dernier n'est pas bien accueilli dans l'opinion publique. Pour comprendre cette méfiance, il est nécessaire de rappeler le contexte de l'époque. La France sort victorieuse de la première guerre mondiale qui est pour tous les français un réel traumatisme. Après la révolution bolchévique en Russie, l'émergence d'un parti politique directement rattaché à la III<sup>e</sup> internationale active une *peur du rouge* – en particulier chez les autorités militaires – en France, mais également dans toute l'Europe occidentale<sup>517</sup>. Par son comportement méfiant, l'Etat va donner une légitimité au discours des communistes les plus radicaux, discours renforçant lui-même ce comportement méfiant. Le communisme est progressivement criminalisé et cette criminalisation va être instrumentalisée politiquement par le Parti Communiste Français. Dans les années 1920, il existe déjà un arsenal juridique permettant cette criminalisation. De fait, plusieurs lois sont votées après divers attentats anarchistes connus par la France à la fin du XIX<sup>e</sup> siècle. La Cour de cassation associe le communisme à l'anarchisme en ce qu'il remet en cause le système social<sup>518</sup>. Cette jurisprudence a pour effet de renforcer l'hostilité du mouvement à l'égard de l'Etat et de sa Justice. L'argument de la Cour de cassation pour rapprocher anarchisme et communisme est de dire que les lois des années 1890 ont pour but de lutter contre la désorganisation de l'armée, la suppression des partis politiques ou de toute autre autorité, buts défendus par les communistes et aboutissant à un état complet d'anarchie. Les juges usent également de la législation

---

<sup>517</sup> SWENNEN, M. (2010). Les mouvements anticomunistes dans les années 1920. *Courrier hebdomadaire du CRISP*, 2059.

<sup>518</sup> DREYFUS, M. (1996). *La part des militants*. Paris : Les éditions de l'atelier.

concernant les infractions d'entrave à la liberté du travail<sup>519</sup>. Il apparaît ici un paradoxe : si action militante communiste et profession juridique ne semblent pas théoriquement être conciliables, finalement le parti communiste et avec lui l'action militante communiste ne peut exister que parce qu'ils luttent dans le système judiciaire. Le parti communiste revendique la destruction d'un système par lequel il existe. Tous les dirigeants du Parti de l'époque sont poursuivis et ont donc un rapport conflictuel avec la Justice. Néanmoins ces conflits ne sont plus individuels mais collectifs, ils ne concernent plus l'Etat contre un individu, mais l'Etat contre tout le mouvement.

**285. Le rejet du système judiciaire par les communistes.** Le rapport du communisme au système judiciaire est une question qui se pose très tôt puisque les militants se retrouvent rapidement confrontés à la Justice. Faut-il rejeter tout le système, ou faut-il intégrer des juristes pour permettre une défense du mouvement ? Lénine préconise la première solution<sup>520</sup>, comme André Marty en France. C'est finalement la position de Maurice Thorez – favorable à la seconde solution – qui semble l'emporter, celui-ci acceptant mieux que son confrère le jeu institutionnel français. Il y a donc une évolution du mouvement communiste face à la Justice qui répond progressivement à la problématique de la conciliation entre militantisme communiste et profession d'avocat. En résumé, au début des années 1920, lorsque le Parti est créé, la vision de la justice dans le mouvement communiste est relativement simpliste, à l'image de l'action d'André Marty. Il s'agit d'un discours qui s'inscrit dans une dénonciation de la répression capitaliste. Dans cette conception les prisonniers communistes sont des martyrs de la bourgeoisie à qui il faut venir en aide. Une fois sortis de prison, ils sont érigés en héros dans le parti, victimes de l'absolutisme bourgeois. Le parti communiste trouve sa légitimité dans ce combat contre ce qu'il qualifie de *terreur blanche*<sup>521</sup>, terreur effectivement alimentée – comme analysée en amont – par une politique très sécuritaire des gouvernements d'après-guerre.

286. Ce premier âge de l'idéologie juridique communiste française est très marqué par la révolution bolchévique encore toute récente. Les idéologies marxistes et léninistes se mettent en place mais ne sont pas encore vérifiées. Il existe une sorte d'utopie communiste qui se

---

<sup>519</sup> GENEVEE, F. (2006). *Le PCF et la justice*. Les presses universitaires de la faculté de droit de Clermont-Ferrand.

<sup>520</sup> LENINE. (1924). Lettre à E. D. Stassova et aux camarades emprisonnés de Moscou. *Revue Proletarskaïa Révolutsia*, 7, Œuvres t. 8, pages 59 à 63, Paris-Moscou.

<sup>521</sup> A ne pas confondre avec l'expression *terreur blanche* employée durant la Terreur de la Convention montagnarde, et désignant les périodes de répression exercées généralement par des royalistes, dont la couleur emblématique est le blanc, contre leurs opposants. Ici, il faut comprendre le terme comme une opposition à la *peur du rouge*.

réaliserait en Russie. Malgré la référence au régime juridique de l'URSS qui va perdurer pendant longtemps au sein du Parti Communiste Français – et ce même lorsque de grands procès à l'Est vont ébranler la vitrine d'un système judiciaire socialiste parfait – la culture juridique française va rapidement aller à l'encontre de ces dernières idéologies les plus poussées. Le Parti commence alors sa mutation. Il se définit de plus en plus de manière autonome par rapport à la III<sup>e</sup> Internationale<sup>522</sup>, à l'image de Paul Vienney, jeune avocat, qui publie en 1927 dans *Clarté*<sup>523</sup> un article dans lequel il réfute la disparition totale du droit dans un Etat communiste, revenant à une solution plus marxiste<sup>524</sup>.

Progressivement, le Parti accepte les valeurs républicaines, permettant aux avocats communistes de s'affirmer.

B) L'acceptation des valeurs républicaine et l'affirmation des avocats communistes.

**287. Acceptation des valeurs républicaines.** Le comportement des communistes français vacille progressivement entre respect de la tradition républicaine française et esprit révolutionnaire. Rapidement, le constat est fait que pour qu'une mobilisation soit efficace, il est nécessaire de se conformer aux traditions de mobilisation classique de la gauche française. L'inefficacité des premières actions est notamment théorisée par Mancur Olson, dans une critique de l'analyse marxiste. Il n'existe pas, selon lui, d'incitation économique à la lutte des classes. Pris individuellement, un prolétaire n'a pas un intérêt direct à s'engager dans un processus révolutionnaire, même s'il profiterait d'un changement des rapports de classe durable<sup>525</sup>. Le Parti, à certaines occasions, prend donc des « pincettes » avec la gauche française

---

<sup>522</sup> En rejetant majoritairement les thèses développées en Russie à l'époque par le ministre de la justice Stutchka et son entourage consistant à affirmer que le droit sert les intérêts de la classe dominante et est protégé par la force. Tout dans le droit est au service de la bourgeoisie et du capitalisme, jusqu'à sa forme incarnée par le contrat. Il ne peut donc pas exister de droit qui soit purement socialiste, car un droit même socialiste renverrait à l'existence obligatoire d'un Etat de droit, ce qui serait un retour au capitalisme. Seules devraient être élaborées des normes justifiées par le contexte politique. Ces normes ayant pour seul but de parer aux menaces pesant sur le régime soviétique durant la période de transition vers le communisme. C'est une logique propre : ce n'est plus le comportement déviant qui est sanctionné, mais son résultat qui est l'atteinte à la nature même du régime. L'idée de certains dans le pays, à l'image de Nicolas Krylenko était de supprimer toute description positive des infractions.

<sup>523</sup> VIENNEY, P. (1927). La fonction sociale du droit privé en URSS. *Clarté*, 9.

<sup>524</sup> Le droit trouverait son fondement légitime dans le travail en tant qu'expression du prolétariat : la force du droit doit être subordonnée aux intérêts collectifs et à la défense du régime social. Il prône également un droit plus précis, plus rigide. Il faut comprendre ici un droit qui soit moins soumis à l'interprétation des juges.

<sup>525</sup> OLSON, M. (1978). *Logique de l'action collective*. Paris : PUF, page 134.

non révolutionnaire, c'est notamment le cas lors du meeting contre *Mussolini et sa justice* du 23 février 1927<sup>526</sup>. Ce comportement est très critiqué par l'Internationale. Cet assouplissement des positions communistes semble concorder avec les premières difficultés identitaires qui apparaissent pour le Parti Communiste Français à la fin des années 1920. A l'aube de la nouvelle décennie, de grands procès éclatent en URSS, procès qui sont très mal perçus à l'Ouest et qui sont difficilement justifiables pour les communistes français<sup>527</sup>. C'est la première fois que le PCF va réellement avoir besoin de juristes qui émettent des théories pour justifier ces grands procès aux yeux de tous. Ces derniers montrent que la procédure judiciaire à Moscou est légitime, en la comparant d'ailleurs à celle utilisée par la Convention après la Révolution française de 1789<sup>528</sup>. Cette référence à la Révolution française est très importante, puisqu'elle marque avec force l'inscription du Parti Communiste Français dans la tradition républicaine issue des événements de 1789. Ce rapprochement historique permet de légitimer les procès en URSS. Les juristes montrent que les principes qui ont conditionné la Révolution sont appliqués avec ferveur à l'Est. Paradoxalement, cette défense de la politique juridique de l'URSS – image d'un soutien de plus en plus radical d'un parti politique français pour une puissance étrangère – conduit à une autonomie plus importante du Parti Communiste Français par rapport à l'Internationale. Pour que la mobilisation des communistes fonctionne, ceux-ci intègrent les règles du jeu de la République. Ils retournent même – en quelque sorte – ces règles contre ceux qui les ont faites : en s'inscrivant comme défenseur des valeurs de la Révolution française pour légitimer le comportement de l'URSS. Une synthèse se fait progressivement entre solidarité prolétarienne et volonté de rassemblement autour de valeurs communes, notamment la défense des droits de l'Homme. Valeurs qui se rapprochent de celles revendiquées par la profession d'avocat. Au niveau international, une défense s'institutionnalise autour du Secours rouge international (SRI)<sup>529</sup>, mouvements de lutte contre la peur rouge et contre le fascisme naissant.

---

<sup>526</sup> GENEVEE, F. (2006). *Le PCF et la justice*. Les presses universitaires de la faculté de droit de Clermont-Ferrand.

<sup>527</sup> Principalement deux grands procès : celui dit *de Chakhty* et celui des deux partis : paysan du travail et industriel. En 1928, la police arrêta un groupe d'ingénieurs dans la ville de Chakhty, près de Rostov-sur-le-Don, dans le sud de la Russie, les accusant de conspirer avec les anciens propriétaires des mines de charbon – vivant alors à l'étranger – afin de saboter l'économie soviétique. Ce fut la première accusation de sabotage contre les *ennemis de classe* en Union soviétique. Cette accusation allait devenir la marque des Grandes Purges des années 1930. Le procès du Parti industriel vient d'une protestation issue des nombreux accidents du travail dû à la grande rapidité avec laquelle Staline exige de grands travaux. La répression se fait au travers d'un procès où les ingénieurs sont accusés d'être une organisation antisoviétique.

<sup>528</sup> DUCANGE, J-N et TCHOUDINOV, A. (2017). La Révolution française comme modèle et miroir (URSS, Chine, Japon). *Annales historiques de la Révolution française*, 387.

<sup>529</sup> Organisation ayant vocation première de lutter contre la terreur rouge en Europe. Dans un premier temps, cette organisation, qui n'est une émanation ni du PCF, ni de la ligue des droits de l'Homme, va être perçue comme une institution potentiellement concurrente.

Les rencontres internationales de type professionnelles se multiplient. Cependant les français y participent peu, préférant une défense traditionnelle par des avocats<sup>530</sup>, avec la mise en place d'une réelle politique volontariste de recrutement. Les rares avocats communistes acquièrent alors une place privilégiée dans le Parti, notamment du fait de leur compétence professionnelle au sein de la commission nationale des conflits.

**288. Affirmation des avocats communistes.** Plusieurs générations d'avocats communistes se succèdent. Leur engagement ne trouve d'ailleurs souvent pas la même origine. La première génération adhère au parti lors de sa formation au Congrès de Tours. Ces pionniers sont majoritairement des intellectuels pacifistes fascinés par la Révolution d'Octobre. Une autre génération importante rejoint le Parti Communiste Français par conviction anticolonialiste. Les avocats dont la présence n'est pas souhaitée au Parti lors de sa création – parce que considérés comme composante du système bourgeois – deviennent donc à l'aube des années 1930 des acteurs importants, justement parce qu'ils font partie de ce système dans lequel ils sont des porte-parole privilégiés :

*« Cette connaissance [de la loi] est, en effet, nécessaire pour obtenir du gouvernement bourgeois qu'il respecte sa propre légalité pour pouvoir dénoncer, le cas échéant, les illégalités que ce gouvernement n'hésite pas à commettre dans le but de maintenir les privilèges dont il a la garde et enfin, pour imposer une évolution plus libérale de la législation criminelle »<sup>531</sup>.*

289. Le but est de ne pas isoler le Parti communiste en rejetant en masse les institutions bourgeoises, mais plutôt de montrer l'intérêt d'exploiter les faiblesses et les contradictions de ce système. Le droit, outil privilégié des avocats, devient ici une arme militante de l'idéologie communiste. De par leur formation, ils sont sensibles au discours républicain, leur permettant d'en « percevoir ses contradictions »<sup>532</sup>. Cette nouvelle génération d'avocats communistes a deux particularités : elle est jeune et elle n'est pas issue des milieux prolétaires<sup>533</sup>. Ils participent à changer l'identité du Parti communiste puisqu'ils prouvent qu'une adhésion n'est pas forcément

---

<sup>530</sup> Ils seront d'ailleurs soupçonnés d'opportunisme de droite au sein des instances du communisme international.

<sup>531</sup> Extrait du discours du rapporteur lors de la conférence nationale des avocats du 17 juillet 1926, retranscription dans GENEVEE, F. (2006). *Le PCF et la justice*. Les presses universitaires de la faculté de droit de Clermont-Ferrand.

<sup>532</sup> GENEVEE, F. (2006). *Le PCF et la justice*. Les presses universitaires de la faculté de droit de Clermont-Ferrand, page 85.

<sup>533</sup> Majoritairement, ce sont des enfants de petits fonctionnaires qui ont pu suivre des études supérieures leur permettant d'acquérir leur licence de droit.

le fruit de l'expression d'une appartenance de classe. Des jeunes qui ne sont pas issus de la classe prolétaire trouvent dans l'idéologie communiste une façon de traduire leur volonté de changement politique tout en acquérant une notoriété professionnelle et politique.

290. Cette notoriété politique n'a rien à voir avec celle des avocats durant *l'âge d'or*. Les avocats communistes, dans un premier temps, comme le reste de leurs confrères, restent bercés par ce que Lucien Karpik a nommé *l'économie de la modération*<sup>534</sup>. Ils sont donc incapables de se doter d'une vision globale de l'évolution du monde. Le rôle de ces premières générations reste juridique<sup>535</sup>. Ce n'est que plus tard – sans pour autant permettre à la profession d'accéder de nouveau de façon privilégiée au pouvoir – que le communisme permet aux avocats d'avoir un véritable rôle politique (rôle qui s'exerce alors au sein des palais de justice). Dans cette première configuration, ils favorisent la légitimité d'un discours qui donne aux communistes dans leur ensemble un rôle de représentant du public, rôle lui-même exercé jusqu'alors par la profession<sup>536</sup>. Cette stratégie militante des juristes communistes dans cette fin des années 1920 est le prémisses de ce qui deviendra *la plaidoirie de rupture*. La défense ne doit pas seulement être juridique, elle doit également être politique. L'autonomie des avocats dans leur plaidoirie est amoindrie, la défense devant être centralisée. L'aboutissement de cette conception est l'ouvrage de Marcel Willard, qui a sans doute inspiré, quelques années plus tard, celui de Jacques Vergès, *La défense accuse* de 1938 :

« *Qu'ils soient assistés ou non de défenseurs choisis ou désignés d'office, ils doivent toujours être en mesure de corriger les manquements, les déviations, ou de combler les lacunes de la défense. Livré à lui-même ou non, fût-il loyalement défendu par un avocat honnête, chaque militant accusé doit assumer lui-même et lui seul sa*

---

<sup>534</sup> KARPIK, L. (1995). *Les avocats. Entre l'Etat, le public et le marché, XIII<sup>e</sup>-XX<sup>e</sup> siècle*. Paris : Bibliothèque des sciences humaines, Gallimard.

<sup>535</sup> Le SRI présentait des listes d'avocats devant être mobilisés en priorité lorsqu'un militant avait à faire à la justice. D'autres, à l'image de Maître Maurice Juncker vont diriger des revues juridiques sur le droit ouvrier, dans la perspective de permettre aux salariés et à leurs représentants syndicaux de mieux connaître leurs droits.

<sup>536</sup> Ce discours n'a pas toujours été bien reçu, certains communistes, mêmes juristes, craignant qu'un grand nombre d'avocats défendant les membres du parti entraîne une diminution de la qualité de la défense. Le parti prendrait alors le risque de voir un jeune avocat avec peu d'expérience entraîner le procès du communisme en voulant défendre un camarade. Le comité central du Parti restera méfiant à l'égard des avocats, refusant par exemple que ce soit eux qui gèrent des tâches d'organisation notamment pour la défense en province. En conclusion, la défense du parti et de ses militants s'organise dans les années 1920 autour d'une réelle stratégie de défense politique autour du SRI. Mais paradoxalement, la méfiance à l'égard des avocats grandit malgré leur place privilégiée dans la lutte militante.

*défense politique. C'est à la défense politique et à elle seule que tous les moyens techniques, juridiques, doivent être subordonnés »<sup>537</sup>.*

**291. Action politique.** L'action des communistes est politique et c'est comme telle que les militants veulent qu'elle soit qualifiée, notamment par les juridictions. C'est dans cette revendication que le couple action/répression va trouver sa cohérence. Le régime politique d'un acte permet un régime spécial d'incarcération. Ce régime spécial provient de l'idée en France que l'infraction politique est une infraction dont le mobile est dit *noble*<sup>538</sup>. A côté de cette première forme de lutte judiciaire pour l'application du régime politique, les avocats communistes ont aussi pour consigne de plaider l'amnistie, permettant à la fois de promouvoir la propagande, tout en participant à banaliser le discours dans le paysage politique en favorisant une réconciliation<sup>539</sup>. Les résultats concrets de la *défense de rupture* seront analysés dans la prochaine sous-section.

Les années 1930 marquent donc un tournant dans l'histoire des avocats communistes français, qui passent – à l'image du PCF – d'une lutte en opposition au système à une lutte d'opposition dans le système.

## Paragraphe 2 : Une lutte d'opposition.

292. Acceptant le jeu démocratique français, la mouvance communiste permet aux avocats de réinventer leur rôle de porte-parole du public (A), leur ouvrant l'opportunité de jouer un rôle majeur sur la scène politique au lendemain de la seconde guerre mondiale (B).

---

<sup>537</sup> WILLARD, M. (1951). La défense accuse. Editions sociales, nouvelle édition.

<sup>538</sup> GENEVEE, F. (2006). *Le PCF et la justice*. Les presses universitaires de la faculté de droit de Clermont-Ferrand, page 85.

<sup>539</sup> L'amnistie était également un moyen pour le PCF de se distinguer du reste de la gauche française plus frileuse sur cette question.



A) Le rôle de porte-parole du public des avocats communistes.

**293. Lutte contre le fascisme.** Ce n'est qu'à partir des années 1930 que le communisme permet aux avocats de retrouver le rôle privilégié de porte-parole du public. Ces derniers sont fortement sollicités par les instances du Parti Communiste Français qui après une dizaine d'années d'existence dressent un bilan incertain dans un contexte géopolitique qui est en train de profondément changer, notamment suite à la crise de 1929 et à la montée du fascisme en Europe. Les diverses institutions révolutionnaires, qu'elles soient nationales ou internationales ne semblent pas s'harmoniser. Au cœur même du nouveau Parti, des tensions apparaissent et s'enlissent. La virulence à l'égard des communistes et de la *peur du rouge* ne fait que grandir en France, renvoyant le Parti Communiste Français à véhiculer une vision simpliste de sa nature ainsi que du fonctionnement de la Justice. Cette vision du monde juridique change complètement dans les années 1930 et le rôle des avocats communistes devient prédominant dans ce changement.

294. Partant du constat d'un échec politique dans l'imposition des idées communistes en France et dans la stratégie menée ultérieurement à la victoire d'Hitler en Allemagne, le terrain judiciaire apparaît comme propice à une évolution, notamment à travers le droit social qui ouvre un champ d'action important<sup>540</sup>. A partir de 1936, l'avènement du Front populaire favorise l'expansion du droit du travail. La nouvelle position du Parti communiste permet aux avocats de trouver une articulation plus adéquate entre leur identité professionnelle et leur engagement.

**295. Nécessité de la transformation de la vision juridique communiste.** Le rapport du Parti Communiste Français à la Justice dans lequel il tire sa légitimité, se trouve mis à mal après les amnisties du début des années 1930<sup>541</sup> qui vident en grande partie les prisons des militants communistes. L'action des communistes en Europe se concentre désormais sur la lutte contre la répression en Allemagne nazie<sup>542</sup>. La Justice est au service de cette lutte, elle n'est plus l'ennemie du communisme. Les communistes incarnent la défense dans de grands procès

---

<sup>540</sup> GENEVEE, F. (2006). *Le PCF et la justice*. Les presses universitaires de la faculté de droit de Clermont-Ferrand.

<sup>541</sup> BARRET, J. *La Nouvelle Amnistie du 26 décembre 1931. Table par ordre alphabétique des infractions amnistées et loi annotée*. Evreux Paris, 1932.

<sup>542</sup> La mobilisation est internationale, et dès le 21 mars 1933, soit très peu de temps après la nomination d'Hitler comme Chancelier allemand, un comité international d'aide aux victimes du fascisme hitlérien est constitué. Il se dote d'une commission d'enquête particulièrement active en France et au Royaume-Uni.



internationaux comme ceux de Dimitrov<sup>543</sup> ou de Thälmann<sup>544</sup>. Il y a donc une rupture importante avec la pensée des années 1920. La défiance à l'égard des juristes disparaît et au contraire, ils sont sollicités dans de grands procès internationaux. Ils deviennent un atout majeur et non plus un instrument au service de la société bourgeoise qu'il faut détruire. Ainsi de grands juristes de l'époque sont-ils approchés par les communistes, à l'image de René Cassin<sup>545</sup>, qui est une dizaine d'années plus tard l'artisan de la reconnaissance juridique du Gouvernement du Général de Gaulle de Londres comme la continuité de l'Etat français<sup>546</sup>. Les avocats militants retrouvent leurs lettres de noblesse, les grandes déclarations d'antan sur le droit bourgeois qui les tiennent éloignés dans les années 1920 sont oubliées. A côté des grands procès, il s'agit d'une véritable doctrine juridique critique à l'égard du régime nazi qui émerge de ce mouvement. Cette étude doctrinale est complétée par la pratique d'avocats qui assistent aux grands procès en Allemagne<sup>547</sup>. Au sein de l'Association juridique internationale (AJI)<sup>548</sup>, se réunissent tous les juristes antifascistes (et pas seulement ceux convaincus par la théorie de la lutte des classes) pour constituer un milieu de coopération, avec une réelle volonté de s'étendre toujours plus largement à l'international.

**296. *L'avocat communiste défenseur des valeurs républicaines.*** Au niveau national, les avocats communistes se définissent comme les défenseurs des valeurs républicaines, notamment en 1935 lorsque le gouvernement Laval promulgue des décrets-lois défavorables au mouvement. Ils participent à changer le vocabulaire utilisé. La logique n'est plus celle de l'aide

---

<sup>543</sup> Georgi Mikhailov Dimitrov, né le 18 juin 1882 dans le village de Kovatchevtsi près de Pernik (région minière non loin de Sofia) et mort le 2 juillet 1949 au sanatorium de Barvikha près de Moscou, est un dirigeant communiste bulgare. Il est un des meneurs de l'insurrection communiste de 1923 contre Alexandre Tsankov, responsable du coup d'État militaire du 9 juin 1923. Après l'échec de l'insurrection, le Parti communiste bulgare est interdit et décimé par la répression. Dimitrov, condamné à mort par contumace, quitte la Bulgarie pour l'Union soviétique.

<sup>544</sup> Ernst Thälmann était un homme politique communiste allemand, né à Hambourg le 16 avril 1886 et tué au camp de concentration de Buchenwald le 18 août 1944. Secrétaire général du Parti communiste allemand, député au Reichstag, il est inquiété dans l'affaire de détournement de fonds «Wittorf ». Ses opposants reprochent à Thälmann non pas d'avoir été corrompu, mais de n'avoir pas dénoncé l'affaire avant qu'elle n'éclate, voire de l'avoir couverte. Staline intervient et fait pression avec le Komintern pour que Thälmann ne soit pas relevé de ses fonctions.

<sup>545</sup> René Cassin, né le 5 octobre 1887 à Bayonne et mort le 20 février 1976 à Paris, est un juriste, diplomate et homme politique français. Membre du gouvernement de la France libre pendant la seconde Guerre mondiale, il est l'un des auteurs de la déclaration universelle des droits de l'homme en 1948, vice-président du Conseil d'État de 1944 à 1959, et président de la Cour européenne des droits de l'homme de 1965 à 1968. En 1968, il reçoit à la fois le prix Nobel de la paix et le prix des droits de l'homme des Nations unies.

<sup>546</sup> Reconnaissance au détriment du régime de Vichy, ce qui placera la France dans le camp des vainqueurs de la seconde guerre mondiale.

<sup>547</sup> Avant d'être, d'ailleurs, chassés du pays, mais il est intéressant de constater la manière dont Hitler acceptera dans un premier temps que des observateurs étrangers assistent à ces procès, ce qui s'inscrit dans une réelle volonté, qu'il gardera pendant longtemps, de légitimer son action, de garder une vitrine de gouvernement démocratique.

<sup>548</sup> Pilotée en France par Marcel Willard.

à une classe mais de l'aide au peuple, notamment avec le terme de *justice sociale* qui peut séduire à la fois la gauche traditionnelle et la droite chrétienne<sup>549</sup>.

297. Le SRI devient en France le SPF (Secours populaire français). Le fait qu'il change de nom pour faire disparaître le mot « rouge » est significatif. Cette spécificité française se retrouve dans l'organisation décisionnelle du SPF, conçu comme un mouvement partant de la base, là où le SRI est l'émanation nationale d'un organisme mondial. Corrélativement, le Parti Communiste Français adopte également une nouvelle conception organisationnelle plus souple et s'encre de façon pérenne dans le paysage politique français<sup>550</sup>, il est moins isolé. Cette transformation a des répercussions sur le travail des avocats de la mouvance. De fait, il n'y a pas de volonté de centralisation de la défense des communistes par les communistes. Des avocats non adhérents interviennent plus volontiers dans des affaires impliquant des communistes, ce qui marque aussi la *dédiabolisation* de la mouvance. L'adhésion massive de la classe ouvrière allemande aux idées proposées par le parti nazi est un séisme pour tous les communistes européens. En France, les événements de 1934 font comprendre au Parti Communiste Français que le sort de l'Allemagne risque d'être celui de l'hexagone<sup>551</sup>. Un choix stratégique doit être pris : dénoncer la république bourgeoise en montrant qu'elle aboutit forcément à un régime fasciste, ou au contraire la défendre bec et ongles afin qu'elle n'y sombre pas. Face au danger, le Parti Communiste Français doit donc choisir entre la peste et le choléra : prendre le risque que la France cède au fascisme, ou accepter de combattre pour la sauvegarde de cette république bourgeoise qu'il a appelé à détruire. Le choix en France est net : les démocraties ne conduisent pas forcément au fascisme et doivent être défendues. Ce choix permet de trouver un dénominateur commun entre les juristes communistes et ceux qui défendent les droits de l'Homme.

298. En résumé donc, avec les années 1930, le rapport des communistes à la justice change et le rôle des juristes devient prédominant. La construction idéologique du parti n'est plus la même que dans les années 1920, où elle est grandement guidée par l'Internationale et par l'exemple bolchévique. En 1930, l'acculturation à la tradition politique républicaine

---

<sup>549</sup> Sur cette question, lire par exemple : LUBAC (de), H. (2011). *Proudhon et le christianisme*. Editions du Cerf.

<sup>550</sup> Apparaissent de nouvelles organisations qui s'ancrent à la gauche du PCF, organisations qui vont rester mineures mais qui ont l'intérêt de montrer que pour certains le PCF ne jouait plus son rôle premier, il n'était plus un mouvement révolutionnaire dans la ligne bolchévique.

<sup>551</sup> Le 6 février 1934 a lieu une manifestation antiparlementaire organisée à Paris devant la Chambre des députés par des groupes de droite, des associations d'anciens combattants et des ligues d'extrême droite pour protester contre le limogeage du préfet de police Jean Chiappe à la suite de l'affaire Stavisky.

française est en marche, accompagnée par une prise de conscience des dirigeants communistes qu'il est plus probable d'accéder au pouvoir par les urnes que par la révolution. Finalement, la victoire de la gauche unie dans le Front populaire lors des élections législatives de 1936 met fin à la politique de répression dans laquelle se définissait le Parti Communiste Français. Le système judiciaire français n'est plus rejeté, mais est utilisé dans la lutte pour la justice sociale. Le Parti devient un acteur clef de la politique française. Il rentre dans le système qu'il voulait détruire, armé d'une toute nouvelle génération d'avocats. L'action des organisations de défense se construit autour de la lutte contre les régimes fascistes. Sur le terrain par l'accueil des réfugiés allemands et espagnols, en politique par la défense de la tradition républicaine menacée par les ligues d'extrême droite. Il est intéressant de constater que plus que défendre les valeurs républicaines françaises, dans leur lutte contre le fascisme, les communistes français soutiennent l'émergence de la démocratie à travers l'Europe, notamment en Espagne avec le soutien aux républicains<sup>552</sup>.

**299. *Nouvel isolement des communistes à la fin des années 1930.*** Seule une courte période à la fin des années 1930 remet cette nouvelle position des communistes en question, notamment suite à la signature du pacte germano-soviétique entre Hitler et Staline. Ce pacte décrédibilise tout le mouvement qui a fait de la lutte contre le fascisme – particulièrement nazi – son principal engagement. Moscou procède à de grandes purges, en URSS<sup>553</sup>, mais également au sein même du Parti Communiste Français<sup>554</sup>. La dictature du prolétariat, dans l'idée marxiste, ne doit durer qu'un temps. Se prolongeant en URSS, elle devient difficile à défendre. Pourtant, le Parti Communiste Français continue de soutenir l'URSS et son système, qui malgré ses faiblesses apparaît toujours comme une alternative plus souhaitable que la société bourgeoise, même lorsque les cadres du Parti comprennent qu'ils sont surveillés. Ils l'acceptent au nom de

---

<sup>552</sup> LISTER, E. (2004). L'exil communiste espagnol en France et en U.R.S.S. (1939-1950). Contribution à l'histoire d'une émigration. *Revue des études slaves*, 75, pages 211 à 220.

<sup>553</sup> Au milieu des années 1930, de grandes vagues de procès s'ouvrent à Moscou, suite aux difficultés économiques et sociales que connaît l'URSS durant ces années. Le pays est sujet à contradictions, coincé entre collectivisation et industrialisation à outrance. Ces procès ont différents buts : rééquilibrer la lutte contre la bureaucratie locale, réaffirmer le contrôle total de Staline sur la société et arrêter l'émergence d'élites indigènes dans les républiques périphériques, notamment en Ouzbékistan. Ces procès vont fragiliser la gauche française en créant des divergences au sein du bloc de gauche qui vont venir se rajouter à celles qui commençaient déjà à se cristalliser sur un autre sujet international : celui d'une éventuelle intervention dans la guerre civile espagnole. La rupture est surtout idéologique, puisque aucune grande initiative internationale ne sera prise, la priorité pour toute la gauche restant la lutte interne contre le fascisme.

<sup>554</sup> Le meilleur exemple qui puisse être donné ici, est l'affaire dite *Barbé-Celor*, où Moscou a pu faire tomber des dirigeants du PCF.

l'idéal communiste<sup>555</sup>. Néanmoins cette position participe à un nouvel isolement des communistes en France<sup>556</sup>.

300. Le Parti Communiste Français s'organise véritablement pour répondre aux critiques qui émanent en France face à ces procès révélant l'aspect dictatorial du régime stalinien. Par exemple, le 24 août 1936, le comité central du Parti déclare :

*« Le peuple français a appris avec indignation les tentatives criminelles dont se sont rendus coupables les débris des groupes trotskistes – zinoviévistes qui ont cherché de concert avec les agents de la Gestapo à abattre les chefs aimés des travailleurs et des paysans russes et en premier lieu le camarade Staline. La vigilance des peuples de l'URSS unis autour du Parti bolchevik et son comité central a fait échouer ces tentatives criminelles et ce sont les accusés eux-mêmes qui, effondrés dans la honte, ont demandé que leur soit appliquée la peine de mort. Cela répond suffisamment à ceux qui, à l'occasion de ce procès, ont essayé de reprendre leurs vieilles calomnies contre la Démocratie de l'Union Soviétique »<sup>557</sup>.*

**301. Organisation de la défense des communistes.** Au fur et à mesure qu'ont lieu de nouveaux procès, les réactions de la gauche française deviennent de plus en plus nombreuses et le Parti Communiste Français doit organiser sa défense avec davantage de rigueur. Dans cette défense, le rôle des juristes devient primordial, notamment celui des avocats qui doivent répondre aux avocats socialistes qui critiquent de plus en plus ouvertement le régime soviétique. Les juristes ont pour rôle de légitimer – plus juridiquement que politiquement – les grands procès de Moscou en montrant que les garanties fondamentales qui doivent entourer un procès sont respectées (droits de la défense, loyauté des débats, question des aveux, logique des faits...). Marcel Willard est celui qui se prête le plus volontiers à cet exercice, à ce besoin de justification politique, juridique et historique, miroir de l'insertion communiste dans la société française. Un argument de choix est de comparer la Révolution russe à la Révolution française. Le besoin de justification a pour unique but de maîtriser l'impact des procès de Moscou sur la

---

<sup>555</sup> Il ne faut pas également négliger le fait que la République elle-même, durant ces années, opérera un contrôle accru de la population, fondé principalement sur la scission entre les citoyens et les non-citoyens, référençant les étrangers selon leur lieu d'origine. Ces listes seront récupérées par les Allemands, puis par les Russes à l'issue de la seconde guerre mondiale.

<sup>556</sup> GENEVEE, F. (2006). *Le PCF et la justice*. Les presses universitaires de la faculté de droit de Clermont-Ferrand.

<sup>557</sup> MAGNIEN, M. (1936). Le trotskisme-terroriste au service du fascisme. *Les Cahiers du bolchévisme*, 16-17, pages 1068 à 1083.

population et sur les sympathisants du Parti pour éviter que les communistes ne se retrouvent isolés. Le Parti Communiste Français met en place une réelle politique de communication et cultive son image<sup>558</sup>. Finalement, la coalition de la gauche française en Front populaire se fissure définitivement en 1938, suite à des désaccords trop importants sur la conduite à tenir face à Hitler. Le coup de grâce étant les accords de Munich, ainsi que la grève du 30 novembre 1938. Les contextes national et international sont compliqués : la France fait face à une crise économique et sociale qui s'enlise alors que l'Europe toute entière est sur le point de rentrer en guerre. Ce climat permet de rappeler que le Parti, intégré dans le paysage politique républicain français, n'est quand même pas un parti comme les autres. Lorsque la France de Daladier déclare la guerre à l'Allemagne pour avoir envahi conjointement avec l'URSS la Pologne, le pacte germano-soviétique est reproché au Parti Communiste Français et ses élus sont de nouveau sujets aux répressions.

**302. Contexte international.** Il est intéressant d'analyser ce lien qui est fait entre le Parti Communiste Français et l'URSS. Il est reproché à un parti politique français un pacte conclu entre deux puissances étrangères. Durant cette période, le Parti est en pleine crise identitaire. Il est très critiqué par le monde ouvrier (en l'occurrence en 1938 dans les usines d'automobiles Citroën et Renault). Les communistes ont quelque part perdu leur statut de porte-parole de la classe ouvrière. Il existe de nombreuses contradictions entre l'aspiration de la base et le malaise des dirigeants syndicaux. Le Parti Communiste Français ne sait plus quelle position adopter face au gouvernement Daladier. Durant l'année 1938, il change radicalement sa position face aux autres forces de gauche. Si lorsque les premières grèves éclatent en avril, il a tendance à minimiser leur importance, en novembre il appelle à la grève générale. Les communistes s'opposent dès lors directement au gouvernement de coalition, accusant les autres forces politiques de gauche de se servir de la menace de la guerre pour revenir sur les acquis sociaux de 1936 et réaffirmer la domination de la classe bourgeoise sur la classe prolétaire. Au début de l'année 1939, le Parti Communiste Français est donc marginalisé au sein de la coalition de la gauche. En participant à la réussite de la grève du 30 novembre 1938, il a directement remis en cause sa propre stratégie de front populaire. Ce rôle ambigu fragilise profondément et divise la gauche française<sup>559</sup>.

---

<sup>558</sup> FAUVET, J. (1965). *Histoire du parti communiste français*. Paris : Editions Unir.

<sup>559</sup> Avant le début de la seconde guerre mondiale, le PCF connaît une forte baisse du nombre de ses adhérents et doit faire face, nous venons de le voir, à une crise identitaire importante. Une partie de son manque de popularité peut sans doute s'expliquer par le climat pacifiste qui règne alors en France. L'invasion de la Tchécoslovaquie par

303. Corrélativement, les avocats communistes ne sont pas préparés à la très forte augmentation de la répression envers le milieu ouvrier et sont en quelque peu débordés par la situation. Leur défense est dès lors beaucoup moins politique et la stratégie idéologique juridique du Parti Communiste Français souvent abandonnée. La guerre emporte finalement toutes ces considérations et permet aux avocats communistes comme à tout le Parti de retrouver sa position de porte-parole du public.

B) La légitimité des communistes au lendemain de la seconde guerre mondiale.

**304. *L’embarras des avocats communistes au début de la guerre.*** En août 1939, alors que l’Europe est sur le point de sombrer dans une nouvelle guerre totale, les chancelleries de toutes les grandes puissances sont en effervescence. Le Royaume Uni et la France sont de vieux alliés de la Russie devenue l’URSS. Toutefois les négociations avec les soviétiques ne semblent pas aboutir. A la surprise générale de l’occident, Staline conclut un pacte de non-agression avec Hitler. Ce retournement de situation met le Parti Communiste Français dans une position très inconfortable en France. Ce dernier justifie ce rapprochement germano-soviétique, tout en soutenant paradoxalement le gouvernement français dans sa position de défense. Les communistes français sont dépassés par la situation, devant faire face à la fois à ce changement de cap de l’URSS, mais aussi aux conséquences internes de la déclaration de guerre en France, à savoir l’ordre de mobilisation et l’interdiction de leur parti politique<sup>560</sup>. Durant les premiers mois de la guerre, la méfiance du gouvernement à l’égard des communistes ne fait que s’accroître et l’état-major utilise ses listes de personnes présumées révolutionnaires pour les écarter des lieux stratégiques. Leur fidélité au gouvernement est constamment remise en cause. En ce mois de septembre 1939, le Parti Communiste Français est donc divisé, que ce soit matériellement ou idéologiquement. Matériellement entre Paris, Bruxelles et Moscou où les dirigeants, journalistes et élus agissent dans la clandestinité lorsqu’ils ne sont pas arrêtés ou mobilisés dans l’armée. Idéologiquement, certains condamnant la *guerre impérialiste* lorsque d’autres condamnent le Pacte germano-soviétique, ainsi que les invasions de la Pologne et de

---

l’Allemagne nazie rend plus que probable l’hypothèse d’une guerre outre-rhin, et le PCF apparaît comme le parti de la guerre. Or en France, il suffit de voir comment Daladier qui s’attendait à être hué après les accords de Munich fut au contraire ovationné, pour comprendre que l’opinion publique, encore traumatisée par la première guerre mondiale, est farouchement opposée à un nouveau conflit avec l’Allemagne.

<sup>560</sup> Prononcée le 26 septembre 1939.

la Finlande. Ces disparités idéologiques semblent surtout se dessiner selon la fonction du militant, notamment chez les élus, qui plus ils sont importants, plus ils prennent leurs distances avec le Parti, sans doute sous la pression des autorités publiques et afin de conserver leur poste. Également parce que justifier le pacte remet le protagoniste dans une position de critique de la démocratie, critique qui devient de plus en plus difficile au fur et à mesure que la personne est intégrée dans cette démocratie. Ainsi, 44% des maires communistes prennent leurs distances avec le Parti, contre seulement 15% des simples conseillers<sup>561</sup>.

**305. Procès des députés communistes.** Le 20 mars 1940, s'ouvre le *procès des députés communistes*. Au final, ce sont cinquante et un députés qui sont poursuivis, parmi lesquels dix prennent la fuite. Les principaux leaders communistes sont très fermement condamnés, notamment Marty : cinq ans de prison et déchéance des droits civils et politiques. Ainsi que Thorez qui déserte en URSS et voit sa nationalité française lui être retirée. Les députés communistes choisissent majoritairement leur conseil parmi les avocats de la mouvance, avec comme principal intervenant, nul autre que Marcel Willard. C'est lui qui coordonne la distribution de la clientèle et choisit les axes de défense. Seuls les députés qui se sont désolidarisés très tôt du Parti Communiste Français (et qui feront l'objet de non-lieu) choisissent des avocats non communistes. Il est intéressant de voir comment une stratégie de défense collective se met en place. La direction clandestine du Parti – par le relai de Willard – donne des instructions aux inculpés sur le comportement à adopter, notamment face aux juges d'instruction.

306. Il est également intéressant de noter que lors de ces premières poursuites, les députés adoptent une défense essentiellement juridique, sans doute marquée par l'influence de Willard, mais surtout par le contexte politique ambigu de la lutte contre le fascisme et de la défense du pacte germano-soviétique<sup>562</sup>.

**307. La résistance des avocats communistes.** Lorsque la France capitule face à l'Allemagne nazie et avant même que le pacte entre l'Allemagne et l'URSS ne soit dissout, une grande majorité des communistes français entre en résistance. Dans le contexte de l'occupation, les juristes communistes ont une position particulière et importante dans la légitimité qu'a le Parti Communiste Français à la sortie de la guerre. Ce sont eux qui sont les passeurs, de par

---

<sup>561</sup> GENEVEE, F. (2006). *Le PCF et la justice*. Les presses universitaires de la faculté de droit de Clermont-Ferrand.

<sup>562</sup> GARCON, M. (2015). *Journal (1939-1945)*. Fayard.



leurs fonctions, entre la légalité et l'illégalité de l'action communiste en France. Dans un premier temps, les avocats ont donc une position privilégiée dans la France occupée comme dans la France de Vichy. Ce sont les derniers militants légaux. Ils deviennent pourtant également les premières victimes. La relative neutralité de l'occupant envers les communistes dans les premiers mois de l'occupation permet aux avocats de devenir le lien entre les prisonniers et les dirigeants du Parti. Cependant, lorsque l'opération Barbarossa marque la rupture de l'accord entre l'Allemagne nazie et l'URSS, les avocats communistes les plus importants sont arrêtés. Le réseau fonctionne alors avec une rapidité surprenante, ce qui permet à certains confrères de s'échapper. Les dirigeants sont rapidement libérés dans un premier temps, la gestapo cherchant à les manipuler. Cependant, la Résistance commençant à s'organiser et les attentats se multipliant, les Allemands décident d'appliquer le code des otages et procèdent à des exécutions. Ainsi, trois avocats communistes (Georges Pitard, Antoine Hajje et Michel Rolnikas) sont exécutés<sup>563</sup>. Les autres, du moins les plus importants, sont obligés de passer à la clandestinité. Beaucoup d'entre eux quittent Paris pour la zone sud. La résistance par l'intervention légale dans les milieux judiciaires ne peut plus être que le fait d'avocats moins célèbres ou non communistes. Les communistes sont les principaux prisonniers politiques du pays et ils organisent une résistance au sein même des prisons, notamment par la rédaction de journaux clandestins, souvent appelés communément *Le patriote enchaîné*<sup>564</sup>. Les avocats jouent le rôle d'intermédiaire pour ces prisonniers, leur permettant d'avoir des renseignements sur le déroulement de la guerre et sur la vie en général à l'extérieur. La prison est également vue, dans la lignée des premiers prisonniers communistes des années 1920, comme l'occasion de poursuivre un travail intellectuel sur la doctrine marxiste-léniniste. Vers la fin de la guerre, ces journaux prennent une tournure véritablement politique, les communistes préparant déjà la place qu'ils auront après la paix. Le but est notamment de faire percevoir la libération comme une insurrection.

**308. Représentation des intérêts du public.** Cette période est révélatrice du rôle de la profession dans la représentation des intérêts du public. Contrairement aux magistrats, un nombre plus important d'avocats entre en Résistance. Sans doute parce qu'ils sont moins intégrés dans le système judiciaire que les premiers dont le mouvement se heurte à leurs valeurs

---

<sup>563</sup> Le 19 septembre 1941 à 20 heures, trois soldats allemands viennent chercher les trois avocats communistes, Michel Rolnikas, Antoine Hajje et Georges Pitard, au camp allemand de Royallieu à Compiègne. Les trois avocats sont fusillés le 20 septembre au Mont Valérien avec 9 autres militants, dont 7 communistes.

<sup>564</sup> GENEVEE, F. (2006). *Le PCF et la justice*. Les presses universitaires de la faculté de droit de Clermont-Ferrand.



professionnelles<sup>565</sup>. Les premiers opposants juristes sont des résistants comme les autres, engagés pour leurs idéaux politiques ou pour la protection de valeurs qui sont les leurs et qu'ils estiment bafouées<sup>566</sup>. Des avocats et plus rarement des magistrats entrent dans les réseaux de résistance, comme le médecin du village ou l'instituteur<sup>567</sup>. Il s'agit *d'action malgré le droit*<sup>568</sup> dans un contexte de changement politique important, touchant l'ensemble de la population française. La guerre, la défaite et l'armistice constituent autant de bouleversements successifs qui remettent en cause à la fois les modes de vie habituels et les représentations quotidiennes. Les habitudes des juristes sont elles aussi bouleversées : de nombreux tribunaux sont déplacés, l'exode des populations change la donne, certains tribunaux se vident, des avocats et des magistrats sont mobilisés en 1940, blessés, tués ou faits prisonniers. A côté de ces changements structurels, il y a de nombreux changements substantiels. De nouvelles lois applicables peuvent heurter les convictions de certains et viennent modifier la définition et les contours de la légalité. Enfin, il faut prendre en compte des changements plus organiques issus de lois d'exceptions, qui touchent l'ensemble de la population y compris les professionnels du droit : nouveau statut des juifs, lois antimaçonniques, ou la possibilité de limoger un magistrat par simple décision du ministre. Le renforcement des pouvoirs de la police est le miroir des considérations du nouveau régime pour les institutions judiciaires. Ces nombreux changements brutaux ne semblent pourtant pas avoir entraîné une vague de résistance immense. Au contraire, la majorité des avocats et des magistrats s'est plutôt bien acclimatée à ce nouveau régime politique qui prend d'ailleurs comme modèle le corporatisme de l'Ordre des avocats. Seuls certains avocats, majoritairement communistes, sont allés à contre-courant et sont entrés en résistance<sup>569</sup>.

**309. La légitimité des communistes en 1945.** En revanche, au lendemain de la seconde guerre mondiale, la participation active des communistes dans les réseaux de résistance donne au Parti Communiste Français une légitimité politique sans précédent permettant aux avocats de la mouvance d'asseoir leur statut de porte-parole. Néanmoins, les communistes sont loin d'être les seuls représentants de cette légitimité et sont mêmes minoritaires face aux gaullistes

---

<sup>565</sup> Des valeurs d'obéissance à la loi, ce sont des acteurs de la loi. Les magistrats sont la bouche du droit qu'ils appliquent, rentrer en résistance c'est contredire ce droit, le mettre à mal. C'est pourquoi ils ont, dans un premier temps, été frileux à rentrer en résistance.

<sup>566</sup> ISRAËL, L. (2009). *L'arme du droit*. Contester, SciencesPo les Presses.

<sup>567</sup> Ou comme certains professeurs de droit à l'image des frères Mazeaud ou de René Savatier.

<sup>568</sup> Liora Israël reprend ici la distinction faite par Sally Engle Merry, anthropologue américaine et professeur à l'Université de New York, entre résister malgré le droit, résister à l'ombre du droit et résister au nom du droit.

<sup>569</sup> ISRAËL, L. (2005). *Robes noires, années sombres. Avocats et magistrats en résistance pendant la Seconde Guerre mondiale*. Paris : Fayard.

qui incarnent la Résistance au niveau international<sup>570</sup>. Cependant, en comparaison avec l'influence du Parti Communiste Français avant le début de la guerre, les cartes en 1944 sont toutes autres et les communistes participent aux premiers gouvernements de la toute jeune IV<sup>e</sup> République. Il s'agit – jusqu'en 1947, date de sortie des communistes du gouvernement – d'une période d'unité sans précédent.

**310. Epuration.** Plusieurs combats sont portés par les avocats, au premier rang desquels se retrouve l'épuration des collaborationnistes<sup>571</sup>. Ainsi, sont-ils nombreux à siéger au sein de la commission de la Justice et de l'Épuration de l'Assemblée consultative, ou au sein de la commission de justice désignée par le Conseil National de la Résistance et adjointe au Secrétaire général provisoire de la justice<sup>572</sup>. Le Parti profite de cette place nouvelle pour reprendre son travail de militantisme entamé avant la guerre, en essayant de montrer les bénéfices que peut apporter un gouvernement communiste à la reconstruction de la France. Est donc mise en place une réelle campagne des avocats communistes basée sur l'épuration. Leur ligne est de demander une épuration judiciaire et administrative radicale, tout en respectant les valeurs républicaines. Pour y aboutir, ils demandent notamment la présence de jurys populaires dans les différentes cours de justice. Trois principes gouvernent alors l'idéologie d'épuration communiste : des sanctions proportionnelles aux responsabilités de chacun, un strict respect des procédures républicaines et une justice populaire<sup>573</sup>. Un autre combat est mené sur le terrain de l'épuration : les avocats contre les magistrats<sup>574</sup>. Une grande majorité des avocats réclame dès 1944 une épuration la plus large possible de la magistrature jugée collaborationniste. En mai

---

<sup>570</sup> Bien avant la libération, les enjeux politiques de l'après-guerre sont cernés par le gouvernement de Londres. Charles de Gaulle comprend très tôt que s'il veut que la France soit reconnue comme étant une des puissances vainqueurs de la guerre, il doit asseoir le gouvernement de Londres comme le prolongement de l'Etat français. Ce rétablissement de la légalité républicaine, qui se devait rapide, se fit donc au détriment des institutions nées de la Résistance, majoritairement communistes, et, bien entendu, au détriment de Vichy. Il crée donc, avec le soutien de Churchill qui souhaitait une France forte au cas où une guerre éclaterait avec l'URSS, des institutions capables de prendre place dans le camp des vainqueurs. Symboliquement, il demandera par exemple que ce soit des Français qui rentrent les premiers dans Paris lorsque la capitale fut libérée.

<sup>571</sup> ROUQUET, F. (1993). *L'épuration dans l'administration française : agents de l'État et collaboration ordinaire*. Paris : Collection Histoire du 20<sup>e</sup> siècle, ed. CNRS.

<sup>572</sup> A l'image d'Auguste Gillot, représentant des communistes au CNR, qui prendra la présidence de ces deux commissions.

<sup>573</sup> Derrière cette campagne, il faut voir une lutte plus importante qui oppose les communistes aux gaullistes. Les premiers, fort d'une légitimité acquise par leur rôle prédominant dans la Résistance souhaitaient inscrire la France d'après-guerre dans une nouvelle logique basée sur cette légitimité de résistant. Les seconds veulent asseoir au plus vite leur autorité, pour rétablir l'autorité de l'Etat et l'unité de la France dans une Europe détruite par une guerre finissante dans laquelle les futurs vainqueurs se livrent désormais à une concurrence muette mais féroce de contrôle de territoires.

<sup>574</sup> GENEVEE, F. (2006). *Le PCF et la justice*. Les presses universitaires de la faculté de droit de Clermont-Ferrand.

1945 les communistes demandent explicitement que tous les magistrats ayant requis pendant la guerre au sein des tribunaux d'exception soient épurés<sup>575</sup>. Ce n'est pas la volonté des gaullistes qui ne souhaitent pas procéder à une restructuration radicale de la magistrature. Ils estiment au contraire qu'il est appréciable pour le pouvoir en place que la magistrature garde toute sa légitimité afin de permettre de redonner à l'Etat toute son autorité pour encadrer l'épuration générale. La commission d'épuration de la magistrature ne peut réellement fonctionner que lorsque les communistes ont quitté le Secrétariat général provisoire. Néanmoins, ils gardent un rôle de défense politique important pendant la guerre froide et jusqu'à la fin des années 1980<sup>576</sup>.

311. En résumé, l'identité unique et paradoxale du Parti Communiste français, son acculturation au jeu démocratique permet aux avocats de se réinventer comme les porte-paroles du public alors que leur nombre au sein du parlement et du gouvernement ne cesse de diminuer. Cette nouvelle position, qui reste politique, n'a plus le même but. La représentation des intérêts de la société ne se fait plus par un accès privilégié aux fonctions législatives et exécutives. Ce n'est plus ici une forme de militance ayant pour but d'accéder au pouvoir politique, mais une militance idéologique d'opposition au système en place. Les avocats sont le meilleur exemple du paradoxe entre aspiration à la destruction du système et opposition en utilisant ses instruments et donc en faisant partie de ce système appelé à être détruit. L'avocat bourgeois, instrument, voire par son accès aux fonctions législatives et exécutives, initiateur de la politique française, devient l'un de ses farouches opposants tout en participant à écarter l'éventualité de la survenance d'une révolution.

L'incarnation la plus notoire de cette nouvelle forme d'opposition contre et dans le système, politique et marxiste, est la *défense de rupture*.

## **Sous-Section 2 : La défense de rupture.**

312. Théorisée et pratiquée par l'avocat Jacques Vergès, la *défense de rupture* – qui s'inscrit dans la logique d'un militantisme visant à transformer le système politique – représente

---

<sup>575</sup> BANCAUD, A. (1997). *La justice et le rétablissement de la légalité républicaine à la Libération en France*. In *Le pénal dans tous ses États. Justice, États et sociétés en Europe (XII<sup>e</sup>-XX<sup>e</sup> siècles)*. Bruxelles : Presses de l'Université Saint-Louis. Pages 371 à 383.

<sup>576</sup> VIGREUX, J. (2020). La guerre froide et comment le PCF l'a affrontée. *Cause commune*. Numéro 14.

aujourd'hui un mythe au sein de la profession. Le paradoxe de cette stratégie est de s'être profondément ancrée dans la culture de l'avocat alors qu'elle est massivement rejetée en pratique. Afin de comprendre ce paradoxe il est utile d'en donner une définition à travers son histoire originelle (Paragraphe 1) et ses réincarnations contemporaines (Paragraphe 2).

### Paragraphe 1 : La théorisation de la *défense de rupture*.

313. Avant d'être définie (B), la défense de rupture ne peut être théorisée que parce qu'elle est pratiquée à plusieurs reprises avec plus ou moins de succès (A).

#### A) La pratique de la *défense de rupture*.

« *L'accusé a intérêt, quand les circonstances le permettent, à renverser les rôles. Il se fait accusateur et maître des questions posées* »<sup>577</sup>.

**314. Remise en question de la légitimité du juge.** L'analyse de la *défense de rupture* est intrinsèquement liée à la personne de Jacques Vergès<sup>578</sup> qui est le premier à employer ce terme et surtout à la pratiquer tout le long de sa carrière. Néanmoins, s'il est à l'initiative de sa conceptualisation, cette stratégie n'est pas inédite lorsqu'il l'utilise pour la première fois. Elle est courante dès l'époque des Lumières<sup>579</sup> lors de l'*affaire Calas*<sup>580</sup>, après la Révolution

---

<sup>577</sup> VERGES, J. (1983). *Pour en finir avec Ponce Pilate*. Le pré aux clercs, page 223.

<sup>578</sup> Jacques Vergès, né le 20 avril 1924 au Laos, officiellement le 5 mars 1925 à Ubon Ratchathani au Siam (actuelle Thaïlande) et mort le 15 août 2013 à Paris, est un avocat franco-algérien.

<sup>579</sup> ISRAËL, L. (2009). *L'arme du droit*. Contester, SciencesPo les Presses.

<sup>580</sup> L'affaire Calas est une affaire judiciaire qui se déroule en 1761 et 1762 à Toulouse sur fond de conflit religieux entre protestants et catholiques, rendue célèbre par l'intervention de Voltaire.

française et plus spécifiquement pendant la Monarchie de Juillet, puis pendant le *procès Dreyfus*<sup>581</sup>. Ainsi, Pierre-Antoine Berryer dit lors du procès du maréchal Ney<sup>582</sup> :

« C'est surtout dans l'examen des crimes d'Etat qu'il faut se garder de s'arrêter à la seule existence des faits (...). Les magistrats doivent en ces occasions se demander si l'action qui leur est dénoncée serait jugée criminelle dans tous les temps, dans tous les lieux, et dans la conscience de tous les hommes sages »<sup>583</sup>.

315. Dans cette continuité, une approche léniniste s'est construite autour du procès de Gracchus Babeuf<sup>584</sup> et des références à l'ouvrage de Marcel Willard *La défense accusée*<sup>585</sup>. La problématique sous-jacente est encore moins récente puisqu'il s'agit de celle de l'articulation entre légalité et légitimité qui se retrouve classiquement dans l'œuvre *Antigone* de Sophocle<sup>586</sup>. C'est dans le prolongement de la mouvance léniniste que peut être placée la conceptualisation de la *défense de rupture* dans les mouvements de luttes de décolonisation. Vergès fait de cette stratégie un usage militant du droit dans le cadre de la cause politique anticoloniale.

316. D'un point de vue pratique, la *défense de rupture* est une stratégie choisie à l'occasion d'un procès politique – ou lorsqu'on souhaite qu'un procès devienne politique – à l'audience et autour de celle-ci. Il s'agit d'une stratégie défensive susceptible de contester la légitimité du tribunal. C'est là le premier élément de cette défense : elle est politique. Le contexte très particulier de la guerre d'Algérie est propice à l'exercice de cette stratégie dans la mesure où composant deux départements français, le territoire algérien est considéré comme faisant partie intégrante de celui de la France. Il s'agit donc pour les autorités françaises d'un conflit qui est national, lorsque pour les Algériens, il s'agit bien d'un conflit international entre

---

<sup>581</sup> L'affaire Dreyfus est un conflit social et politique majeur de la Troisième République survenu à la fin du XIX<sup>e</sup> siècle, autour de l'accusation de trahison faite au capitaine Alfred Dreyfus qui est finalement innocenté. Elle a bouleversé la société française pendant douze ans, de 1894 à 1906, la divisant profondément et durablement en deux camps opposés, les *dreyfusards* partisans de l'innocence de Dreyfus, et les *antidreyfusards* partisans de sa culpabilité.

<sup>582</sup> Michel Ney, duc d'Elchingen, prince de la Moskowa, maréchal d'Empire, né le 10 janvier 1769 à Sarrelouis en Lorraine et fusillé le 7 décembre 1815 place de l'Observatoire à Paris, est un général français de la Révolution, élevé à la dignité de maréchal d'Empire en 1804. Il lui est reproché en 1815 d'avoir rallié Napoléon Bonaparte lors des 100 jours, au lieu de rester fidèle à Louis XVIII.

<sup>583</sup> Retranscription dans OZANAM, Y. (2011). *Les grandes plaidoiries*. Paris : éditions de La Martinière, page 50.

<sup>584</sup> François Noël Babeuf, connu sous le nom de Gracchus Babeuf, né le 23 novembre 1760 à Saint-Quentin et mort guillotiné à Vendôme le 27 mai 1797 (8 prairial an V), est un révolutionnaire français. Il forma la *Conjuration des Égaux* contre le Directoire et fut exécuté. Ses idées inspirent un courant de pensée, le *babouvisme*, qui préfigure le communisme et l'anarchisme.

<sup>585</sup> WILLARD, M. (1951). *La défense accusée*. Editions sociales, nouvelle édition.

<sup>586</sup> ISRAËL, L. (2009). *L'arme du droit*. Contester, SciencesPo les Presses.

deux pays : la France colonisatrice et l'Algérie indépendantiste. De ce postulat découlent plusieurs conséquences, la première et la plus importante étant la différence de perception des intérêts en jeu entre les différents protagonistes qui se retrouvent face à face lors de procès de membres du Front de libération nationale (FLN) d'Algérie<sup>587</sup>.

**317. Théorie de Jacques Vergès.** Afin de comprendre pourquoi cette stratégie est pertinente dans ce contexte, il faut développer rapidement les grandes lignes de la théorie de Jacques Vergès sur ce sujet. Pour lui, il existe deux formes de procès : celui de *connivence* et celui de *rupture*. Il part du postulat que le procès pénal est par nature déséquilibré entre la défense et l'accusation. Dès lors le système judiciaire ne fonctionne que parce qu'il y a une connivence de l'accusé qui accepte le dialogue avec le juge parce qu'il ne heurte pas ses valeurs. Si cette connivence n'existe pas, nous sommes dans le *procès de rupture*. Rupture parce que le but est de contester la légitimité même du juge par une remise en cause brutale de l'Ordre public établi<sup>588</sup>. Il ne faut pas confondre *procès de rupture* et *défense de rupture*. Dans la seconde, l'avocat dénie au juge sa légitimité afin de faire du procès un *procès de rupture* dans lequel il risque alors à son tour d'être évincé (c'est le cas, particulièrement, pour le tribunal révolutionnaire)<sup>589</sup>. La *défense de rupture* est donc l'instrument qui permet de faire basculer un procès en *procès de rupture* dans lequel la légitimité de tout le système judiciaire (duquel fait paradoxalement partie l'avocat) est remis en question. La rupture a donc pour but de retourner le procès contre l'accusateur en remettant en cause sa légitimité. La différence de perception entre les protagonistes dans le cadre de la guerre d'Algérie est favorable à ce retournement de situation puisque le juge s'adresse à des ressortissants accusés de terrorisme lorsque les Algériens estiment être des résistants face à un oppresseur étranger. Devant les juridictions, les membres du FLN sont poursuivis pour des crimes de droit commun relevant d'une répression purement judiciaire. Les premiers défenseurs, avocats français, acceptent ces règles du jeu. Ce

---

<sup>587</sup> Le Front de libération nationale (FLN), est un parti politique algérien, aujourd'hui présidé par l'actuel président algérien Abdelaziz Bouteflika. Il a été créé en octobre 1954 pour obtenir de la France l'indépendance de l'Algérie, alors divisée en départements français d'Algérie. Le FLN et sa branche armée, l'Armée de libération nationale (ALN), commencent alors une lutte contre l'empire colonial français. Par la suite, le mouvement s'organise et, en 1958, le FLN forme un gouvernement provisoire, le GPRA. C'est avec le GPRA que la France négocie en 1962 les accords d'Évian.

<sup>588</sup> VERGES, J. (1968). *De la stratégie judiciaire*, Ed. de Minuit.

<sup>589</sup> SAINT-PIERRE, F (2015). *Le guide de la défense pénale 2015-2016*, Dalloz Collection, 8e édition.

n'est qu'à partir de 1957 que Jacques Vergès refuse ce débat judiciaire à travers la défense de Djamila Bouhired<sup>590</sup>.

318. La différence entre la stratégie de *défense de rupture* avec Jacques Vergès et les défenses politiques rencontrées par le passé et notamment lors des grands procès Calas ou Dreyfus<sup>591</sup> tient dans la remise en question de la légitimité des instances judiciaires. Ainsi, avec les procès de la guerre d'Algérie, il y a une négation de cette légitimité, là où au contraire, dans les affaires Calas ou Dreyfus, le but était d'obliger la justice à tenir ses promesses. Cette distinction est formalisée par Liora Israël qui sépare deux formes de procès politiques : le modèle *Dreyfusard* et le modèle *léniniste*<sup>592</sup>. Jacques Vergès a une position très paradoxale dans sa stratégie défensive et son rapport au PCF. Il rejoint l'idéologie communiste sur plusieurs points et plus spécifiquement, dans sa définition originelle, l'idéologie bolchévique de Lénine notamment sur la vision de la société<sup>593</sup>. En revanche, il estime que le Parti Communiste Français est beaucoup trop intégré dans le paysage politique français et beaucoup trop souple avec la IV<sup>e</sup> République dont il est un acteur majeur. Néanmoins, rapidement, Vergès abandonne l'idée d'une défense fondée sur le *modèle léniniste* pour épouser un compromis entre ce dernier et le *modèle dreyfusard* qui reste politique mais qui est moins en rupture<sup>594</sup>. Il dira à ses anciens collègues proches du Parti Communiste Français :

« Je travaillerai désormais directement avec le FLN, votre style de défense ne me convient pas, il est opportuniste, il n'est pas digne de cette révolution-là. Ces révolutionnaires ont besoin **d'avocats militants**<sup>595</sup> à leurs côtés, et tôt ou tard ils constitueront un collectif de défense nouveau »<sup>596</sup>.

319. Jacques Vergès se qualifie volontiers lui-même d'*avocat militant*. La défense dans le prétoire n'a pas d'intérêt en substance si elle n'est pas englobée dans la lutte d'une cause plus grande, à savoir ici celle de l'anticolonialisme<sup>597</sup>. L'arme du droit au sein de la stratégie

---

<sup>590</sup> Djamila Bouhired, née en 1935, est une femme militante du FLN, collaboratrice de Yacef Saadi chef de la Zone autonome d'Alger durant la guerre d'Algérie. Elle fait partie des six femmes condamnées à mort pour des actes « terroristes » pendant la guerre d'indépendance.

<sup>591</sup> Qui seront abordés dans la seconde partie de cette thèse.

<sup>592</sup> ISRAËL, L. (2009). *L'arme du droit*. Contester, SciencesPo les Presses.

<sup>593</sup> VERGES, J. (1968). *De la stratégie judiciaire*. Ed. de Minuit.

<sup>594</sup> DJEMA, M. (2012). *La défense de rupture*. Mémoire pour le Master II Justice et droit du procès. Direction VAUCHEZ, A. Université Paris II Panthéon-Assas.

<sup>595</sup> Souligné par nous.

<sup>596</sup> VERGES, J. (1990). *Le salaud lumineux*. Michel Lafon. Page 111.

<sup>597</sup> Il est malheureusement impossible de retranscrire des passages de la plaidoirie de Maître Vergès, notamment lorsqu'il a plaidé pour Jean-Claude Paupert et ses camarades algériens lors du procès du réseau Jeanson puisque



judiciaire est intégrée dans une stratégie globale d'indépendance de l'Algérie<sup>598</sup>. Dans la pratique, le premier critère de la *défense de rupture* s'inscrit donc dans une stratégie politique. Dans le cas de l'Algérie, il s'agit même d'une consigne de la Fédération de France du FLN à ses avocats : transformer systématiquement le procès en procès politique et permettre la reconnaissance du statut de combattant aux accusés. Se retrouve ici l'idée développée précédemment d'une différence de perception. Les accusés sont perçus par les autorités françaises comme des délinquants de droit commun, alors qu'ils sont perçus par le FLN comme des combattants politiques. La recherche de la vérité et la preuve des faits n'ont plus aucune importance.

**320. Transformation de l'affaire en arène politique.** Le second critère qui se retrouve en pratique dans la *défense de rupture* et qui rejoint le premier puisque c'est toujours dans l'idée de montrer le caractère politique du procès, est une tentative de la part de la défense de prendre le contrôle du déroulement de l'audience. La stratégie est alors de multiplier les incidents de procédure et surtout de relever ceux qui sont faits par le système judiciaire dont la légitimité est remise en question. L'idée est de dire que seule une justice irréprochable est légitime. Or la justice française ne l'est pas. Cet axe sera réellement le fil conducteur de toutes les plaidoiries de rupture de Vergès, avec toujours le même angle d'attaque : les crimes commis par la France durant la guerre d'Algérie. C'est sur le fondement de ce critère que Jacques Vergès accepte en 1983 de prendre la défense du criminel de guerre nazi Klaus Barbie<sup>599</sup>, alors que ce dernier semble représenter tout ce contre quoi Vergès a passé sa vie à lutter : d'abord comme résistant puis comme avocat du FLN. A l'occasion de ce procès très fortement médiatisé, la stratégie est de dénier la légitimité à la France de juger des crimes contre l'humanité commis par les Nazis durant la seconde guerre mondiale dans la mesure où elle a elle-même commis des crimes contre l'humanité en Algérie pendant la guerre d'indépendance, qui sont restés impunis :

*« J'ai accepté de défendre Barbie parce que ce procès me posait, à travers mon expérience d'ancien résistant et d'ancien avocat du FLN, une question que j'exprimais*

---

l'avocat a été interrompu par le Président qui lui a retiré la parole irrévocablement et sur réquisition du Commissaire du Gouvernement le Tribunal a interdit le compte rendu de sa plaidoirie sous quelque forme que ce soit.

<sup>598</sup> HAROUN, A. (1986). *La septième Wilaya : La Guerre du FLN en France, 1954-1962*. Paris, éd. du Seuil.

<sup>599</sup> Nikolaus Barbie dit Klaus Barbie, né à Bad Godesberg le 25 octobre 1913 et mort en prison à Lyon le 25 septembre 1991, est un criminel de guerre allemand, officier SS sous le régime nazi. Il a été le chef de la section IV (SIPO-SD) dans les services de la police de sûreté allemande basée à Lyon, durant l'occupation de la France par l'Allemagne nazie. Surnommé « le boucher de Lyon », en fuite durant plus de 40 ans, il a finalement été extradé de Bolivie vers la France où il a été condamné à perpétuité pour crime contre l'humanité à Lyon en 1987.



*ainsi : de quel droit les auteurs impunis du véritable génocide commis en Algérie, prétendaient-ils pouvoir juger un capitaine SS ? »<sup>600</sup>.*

321. Afin de donner cette dimension internationale et surtout africaine à ce procès, Vergès fait appel à deux confrères : Me Bouïta du Barreau d'Alger, et Me M'Bemba du Barreau de Brazzaville. La frontière entre la défense et l'idéologie est mince. Le but n'est pas de légitimer les actes commis par Klaus Barbie à Lyon durant la seconde guerre mondiale, mais de dénoncer l'ethnocentrisme de la définition française du crime contre l'humanité.

322. D'un point de vue juridique, il attaque également la procédure et la tenue même d'un procès qui apparaît comme étant contraire à la Constitution et à la loi, notamment sur les questions de l'extradition, de la prescription, de la non rétroactivité de la loi et de la légalité des peines<sup>601</sup>. Il s'agit d'une aubaine pour la défense que de faire apparaître que l'administration qui souhaite juger une personne pour des atteintes au droit ne le respecte pas elle-même<sup>602</sup>.

323. D'un point de vue politique, il y a quand même une différence dans la stratégie de rupture adoptée lors des procès du FLN et lors du procès de Klaus Barbie, dans la mesure où le combat mené dans le prétoire ne rejoint pas – pour le second – celui mené idéologiquement à l'extérieur. Vergès n'adhère pas ici à l'idéologie nazie, là où il adhère à la pensée anticolonialiste. Avant d'être politique, la défense du SS nazi est avant tout une défense de morale publique. De ce point de vue, le principal intéressé estime lui-même que le procès de Barbie n'est pas vraiment un *procès de rupture* dans la mesure où les valeurs, les perceptions, ne sont pas différentes. Le but n'est pas d'opposer les valeurs du christianisme avec les valeurs du nazisme, la défense se fait autour de la réalité du dossier et de la jurisprudence<sup>603</sup>. La défense reste politique mais fondée sur la morale, là où pour le FLN elle est fondée sur le droit international (notamment sur les conventions de Genève pour reconnaître aux accusés le statut de combattant). Ce point se retrouve dans sa plaidoirie :

*« Les massacres ne se justifient ni ne s'annulent réciproquement, les hécatombes des guerres coloniales n'effaçant en aucune façon celles d'Auschwitz. Mais pour organiser un procès comme celui-ci, au nom de la **conscience humaine**, pour punir des*

---

<sup>600</sup> VERGES, J. (1983). *Pour en finir avec Ponce Pilate*. Le pré aux clercs, page 223.

<sup>601</sup> *Ibid*

<sup>602</sup> FRIDMAN, W et LECLERC, H. (2002). *La défense*. Edp Sciences.

<sup>603</sup> DJEMA, M. (2012). *La défense de rupture*. Mémoire pour le Master II Justice et droit du procès. Direction VAUCHEZ, A. Université Paris II Panthéon-Assas, page 40.

*crimes dits contre l'humanité, il faut pouvoir parler soi-même au nom de l'humanité toute entière, du haut d'une **vertu** irréprochable qu'aucun soupçon ne saurait atteindre, avoir les mains pures et la mémoire à jour. Ce n'est pas notre cas. Je le déplore peut-être plus que d'autres »<sup>604</sup>.*

324. Durant l'audience, l'avocat qui choisit d'opter pour cette stratégie doit lui-même créer des incidents pour prendre le leadership de son déroulement. Plusieurs techniques pour cela. D'abord, lors des procès du FLN (celui de Djamila Bouhired ou encore celui du réseau Jeanson<sup>605</sup>) ou pendant le procès Barbie, Vergès multiplie le nombre de conclusions qu'il dépose au juge. Pendant l'audience, il devient provocateur et prolonge ses interventions volontairement, s'éloignant du sujet central pour aborder des questions périphériques :

*« Trois règles sont fixées : 1. Faire durer, l'audience n'a été prévue que pour une huitaine ; 2. Retourner le procès et terroriser le tribunal ; 3. Démontrer, par l'absurde, que l'Algérie n'est pas la France »<sup>606</sup>.*

**325. Stratégie de médiatisation.** Enfin, le troisième élément qui caractérise la *défense de rupture* – peut-être le plus important – est la stratégie de médiatisation. Les développements sur cette stratégie seront analysés en profondeur dans la seconde partie de cette thèse<sup>607</sup>. La presse joue un rôle central dans l'aboutissement de la défense. Le procès ne peut devenir politique que si l'opinion publique est alertée. A partir du moment où elle est mobilisée, il n'est plus question d'un *modèle léniniste* mais bien d'un *modèle dreyfusard*<sup>608</sup>. La stratégie médiatique dépasse le temps de l'audience. Elle doit être amorcée avant le procès (comme ce fut le cas notamment pour l'affaire Klaus Barbie) et peut-être prolongée une fois le verdict rendu, surtout lorsqu'il ne correspond pas aux attentes de la défense. Ce sera le cas pour l'affaire Djamila Bouhired, mais également pour l'affaire Omar Raddad<sup>609</sup> dans laquelle Jacques Vergès choisit une stratégie de *connivence* pendant l'audience, mais passe à la *rupture* une fois le

<sup>604</sup> VERGES, J. (1988). *Je défends Barbie*. Ed. Picollec.

<sup>605</sup> Le réseau Jeanson était un groupe de militants français, agissant sous les directives de Francis Jeanson, qui opéra en tant que groupe de soutien du FLN durant la guerre d'Algérie, principalement en collectant et en transportant fonds et faux papiers.

<sup>606</sup> DUMAS, R. (1996). *Le fil et la pelote*. Mémoires, Plon, page 462.

<sup>607</sup> Voir la section *Médiatisation* de la présente thèse.

<sup>608</sup> ISRAËL, L. (2009). *L'arme du droit*. Contester, SciencesPo les Presses.

<sup>609</sup> L'affaire Omar Raddad a commencé avec le meurtre de Ghislaine Marchal, tuée en 1991 dans sa villa *La Chamade*, sur les hauteurs de Mougins (Alpes-Maritimes). Deux inscriptions en lettres de sang « OMAR M'A TUER », trouvées sur la scène du crime, ont conduit la justice à inculper Omar Raddad, le jardinier de la victime, malgré ses protestations d'innocence.

verdict tombé. Dans l'affaire Djamila Bouhired, Vergès est épaulé par l'écrivain Georges Arnaud qui l'aide à faire de sa cliente le symbole de la lutte des Algériens pour leur indépendance. Devant l'ampleur médiatique que prend cette affaire, le Président Coty accepte le 13 mars 1958 de gracier Djamila Bouhired et de commuer sa condamnation à mort en une peine de réclusion criminelle à perpétuité. Lors des procès des membres du FLN, Vergès met en place un véritable *bureau de presse* chargé de centraliser les informations recueillies par les avocats pour les apporter à la connaissance du public<sup>610</sup>. Le procès n'a plus pour but de faire en sorte que la peine prononcée soit la plus douce, mais bien de mobiliser l'opinion publique française et internationale. Il devient la vitrine de la lutte d'une cause<sup>611</sup>. La médiatisation permet à la défense de faire du procès la chose du peuple et non plus du juge<sup>612</sup>. Vergès écrit de nombreux livres et articles et prend la parole sur la question de la décolonisation de l'Algérie. Les incidents de procédure abordées précédemment, l'insolence des avocats qui aboutit à une indignation du tribunal, permet d'alerter l'opinion sur l'existence du procès<sup>613</sup>. Pour les procès du FLN, Vergès explique la différence de perception entre *acte criminel* pour le juge et *acte de résistance* pour les accusés, en ayant recours à l'absurde.

326. Dans le cas de Klaus Barbie, la politique de médiatisation commence en amont du procès. L'idée est de dire qu'il faut au préalable avoir retourné ou du moins alerté l'opinion publique sur les contre-vérités des enjeux du procès. Il faut occuper la scène médiatique avant l'audience publique afin de convaincre que les juges s'apprêtent à rendre une parodie de justice et pour montrer qu'un autre procès peut être fait à cette occasion, celui qu'ils n'osent pas faire, dans le cas de Vergès encore et toujours celui du colonialisme. Le peuple doit être le bouclier contre le juge. Cette stratégie permet à Vergès de faire ensuite du chantage à la cour par la menace de porter le scandale devant le tribunal des opinions publiques<sup>614</sup>, comme si les juges savaient que cette opinion publique ne leur est pas favorable. Le public devient une arme de la défense contre l'appareil judiciaire.

327. Pour Omar Raddad, la stratégie de médiatisation a été mise en œuvre après le délibéré. Pendant l'audience, Jacques Vergès, certain que les éléments légaux ne sont pas

---

<sup>610</sup> DJEMA, M. (2012). *La défense de rupture*. Mémoire pour le Master II Justice et droit du procès. Direction VAUCHEZ, A. Université Paris II Panthéon-Assas, page 40.

<sup>611</sup> ISRAËL, L. (2009). *L'arme du droit*. Contester, SciencesPo les Presses.

<sup>612</sup> La stratégie de la médiatisation comme arme du droit sera développée plus en détail dans la seconde partie de cette thèse.

<sup>613</sup> DUMAS, R. (1996). *Le fil et la pelote*. Mémoires, Plon, page 462.

<sup>614</sup> DJEMA, M. (2012). *La défense de rupture*. Mémoire pour le Master II Justice et droit du procès. Direction VAUCHEZ, A. Université Paris II Panthéon-Assas, page 43.

Julien Ortin suffisamment à charge contre son client et qu'il sera innocenté, a choisi une *défense de connivence* afin d'éviter de braquer les jurés<sup>615</sup>. Finalement condamné à dix-huit ans de réclusion criminelle, son avocat décide – à travers les media – de jouer la carte de la *rupture*. Il compare le procès à celui du capitaine Dreyfus et dénonce un verdict empreint de racisme<sup>616</sup>. Il sera poursuivi pour avoir remis en cause le verdict d'une décision de justice<sup>617</sup>. Trois éléments semblent donc caractériser la pratique la *défense de rupture* : une défense politique, une prise de contrôle sur le déroulement de l'audience et une médiatisation accrue.

Ces éléments permettent de donner une définition de la notion, qui pose elle-même un certain nombre de questions quant au caractère militant de l'avocat qui la pratique.

#### B) La définition de la *défense de rupture*.

*« L'avocat qui accepte une cause doit défendre jusqu'au bout celui qui lui a confié cette mission. (...) Si, l'accusé récuse la notion d'ordre établi en vertu de laquelle il est poursuivi, l'avocat peut « rompre » l'unanimité morale qui régnait jusqu'alors et critiquer la loi ou le climat social de l'époque dans laquelle il plaide. Il doit pour cela avoir la certitude que le client accepte bien ce type de défense, peut-être dangereux pour son sort, l'assumer alors avec dignité, c'est-à-dire selon les règles de son Ordre mais également avec courage »<sup>618</sup>.*

**328. Rattachement de la notion à la personne de Vergès.** La *défense de rupture* peut se définir comme **une stratégie de défense dans un procès déniait sa légitimité de connaître d'une affaire au juge, par un renversement des rôles, l'accusé devenant l'accusateur, au sein de l'opinion publique.**

329. Cette définition n'est pas sans poser des problèmes du point de vue de sa conciliation avec la définition du militantisme (*organisation et vocation politique*). Elle est intrinsèquement liée à Jacques Vergès. Nous l'avons vu d'ailleurs, les avocats qui aujourd'hui

---

<sup>615</sup> DJEMA, M. (2012). *La défense de rupture*. Mémoire pour le Master II Justice et droit du procès. Direction VAUCHEZ, A. Université Paris II Panthéon-Assas, page 49.

<sup>616</sup> Reuteurs, Les actualités en français. Omar/M<sup>e</sup> Vergès persiste et signe. 24 mai 1994.

<sup>617</sup> Reuteurs, Les actualités en français. Omar- M<sup>e</sup> Vergès et ses 32 défenseurs chez le juge. 24 mai 1994.

<sup>618</sup> DAMIEN, A et HAMELIN, J (1977). *Les Règles de la nouvelle profession d'avocat*. Dalloz.

rejettent le terme de *militant* le font parce qu'ils estiment qu'il s'agit d'un moyen de décrédibiliser leur travail intellectuel et de remettre en cause leur objectivité et leur indépendance. Dans cette conception, ils ont en tête l'image de la *défense de rupture*. Il est certain que la frontière entre l'*avocat militant* et le *militant avocat* n'a jamais été aussi mince que dans le cadre de cette stratégie défensive. C'est le principal reproche qui lui est fait : la cause supplante ici le client, elle supplante même le procès dans sa globalité, seule compte l'idéologie. Ce qui n'est pas le cas – démonstration en sera faite dans cette thèse – du *cause lawyering*<sup>619</sup>.

*« Seul un défenseur plus militant lui-même qu'avocat peut mieux comprendre et seconder le dessein politique de ses camarades, en mettant à leur service les ressources de son talent et de son expérience juridique. Et encore cet avocat révolutionnaire, ou mieux, ce révolutionnaire avocat, ne doit jamais cesser de se défendre lui-même contre sa déformation professionnelle et sa formation bourgeoise »*<sup>620</sup>.

330. Dans le cas plus spécifique de Vergès, si la plaidoirie de rupture est perçue par la profession – avec le recul – comme étant une stratégie payante dans le cas de la défense des membres du FLN, l'adoption de cette ligne est fortement critiquée pour la défense de Klaus Barbie dans la mesure où les convictions personnelles de Vergès, à savoir la question de l'anticolonialisme, semblent inappropriées et prennent pourtant le pas sur le fond.

*« Il a contribué à ce que, dans le public désormais, l'avocat perde sa distance critique d'auxiliaire de la justice pour se confondre avec son client et sa défense et s'identifier avec le crime, alors que si l'avocat défend le criminel il ne défend jamais le crime (...). Je me refusais et je me suis toujours refusé à être un avocat militant. Quand je revêts ma robe, elle est pour moi comme une soutane de justice que je partage avec les autres desservants de son culte, et non le battle-dress d'un combat politique »*<sup>621</sup>.

331. L'histoire personnelle de l'homme ne joue pas en sa faveur de ce point de vue. Né en Indochine française d'une mère vietnamienne et d'un père réunionnais, Vergès est très tôt marqué par la question coloniale. C'est ce qui explique en partie qu'il se soit rapproché du Parti communiste qui est alors le seul parti ouvertement opposé au colonialisme à l'époque. En fin

---

<sup>619</sup> ISRAËL, L. (2009). *L'arme du droit*. Contester, SciencesPo les Presses.

<sup>620</sup> WILLARD, M. (1951). *La défense accuse*. Editions sociales, nouvelle édition.

<sup>621</sup> VARAUT, J.-M. (2007). *Un Avocat pour l'Histoire*. Flammarion.

de compte, avec Vergès, la *rupture* est enfermée dans la lutte anticoloniale à une époque où la peine encourue est la peine de mort. C'est dans ce contexte précis que la culpabilité du juge peut empêcher le prononcé de cette peine. Le processus de décolonisation étant terminé et la peine de mort étant abolie, la stratégie mise en place par Vergès perd en efficacité.

**332. Rejet de la notion de rupture.** Dans la pratique, la *rupture* étant associée à Vergès, elle va pâtir de la réputation de ce dernier. Il est, tout au long de sa carrière, un personnage clivant dans la profession. Il est perçu comme étant imprévisible, voire narcissique. En 1996 il se porte candidat au Conseil de l'Ordre des avocats de Paris. Il n'est pas élu<sup>622</sup>. *A contrario*, c'est grâce à sa réputation que la *défense de rupture* perdure quelques années, mais les jeunes avocats qui veulent adopter cette ligne de défense sont confrontés à un problème de notoriété. Vergès n'a jamais eu de difficultés à trouver des clients de par sa notoriété, il n'en est pas de même pour un jeune avocat qui souhaite pratiquer le métier de la même façon que lui. La *défense de rupture* est devenue un mythe en même temps qu'elle a arrêté d'être pratiquée dans les prétoires, faisant désormais partie de la *culture de l'avocat*<sup>623</sup>. Aujourd'hui cette défense apparaît comme exaspérante et a l'effet inverse à celui désiré.

« Cette méthode ne convient pas selon moi, aux affaires de droit commun. Elle ne convient plus aux dossiers de terrorisme, alors que Jacques Vergès n'avait pas d'autres choix quand il défendait les militants du FLN pendant la guerre d'Algérie, devant des tribunaux militaires »<sup>624</sup>.

333. Il semble difficile de déterminer si Vergès a voulu faire école de sa théorie. Il a toujours répondu que non, expliquant qu'il a écrit ses ouvrages pour le plaisir<sup>625</sup>. Le fait que la *défense de rupture* soit devenue un référentiel populaire peut poser problème aujourd'hui du fait de la polysémie de son expression. Sont qualifiées de *défenses de rupture* des plaidoiries qui sortent un peu des canons classiques sans pour autant entrer dans sa définition originelle. Les avocats eux-mêmes emploient ce terme pour qualifier ce qui est en fait une défense ferme ou impétueuse, mais sans refuser la légitimité des juges. L'expression est également devenue

---

<sup>622</sup> DJEMA, M. (2012). *La défense de rupture*. Mémoire pour le Master II Justice et droit du procès. Direction VAUCHEZ, A. Université Paris II Panthéon-Assas, page 58.

<sup>623</sup> En revanche la stratégie consistant à médiatiser le procès, à l'ouvrir sur l'extérieur pour y faire pénétrer l'opinion publique a largement prospéré. Notamment avec le développement d'agences de communication judiciaire qui travaillent avec les avocats, pour soigner l'image judiciaire de leurs clients pendant un procès. Voir sur cette question la Sous-section sur les *Procédés de médiatisation* dans la seconde partie de la présente thèse.

<sup>624</sup> DUPOND-MORETTI, E. (2012). *Bête noire*. Michel Lafon.

<sup>625</sup> VERGES, J. (1990). *Le salaud lumineux*. Michel Lafon.

un phénomène de communication de la part des journalistes. Il y a dans une *défense de rupture* un pendant politique important, le but est justement de faire un procès politique, ce n'est pas qu'une décision de retrait de la défense parfois nécessaire dans certaines affaires qui ne s'inscrivent pas pour autant dans une stratégie politique. Néanmoins, certaines réincarnations de la *défense de rupture* subsistent.

## Paragraphe 2 : Les réincarnations contemporaines de la *défense de rupture*.

334. Dans sa conception originelle, la défense de rupture est une stratégie défensive apparaissant comme étant trop risquée (A), mais qui perdure dans le temps grâce à des réincarnations plus tempérées (B).

### A) Une stratégie risquée.

**335. Risques pour le client.** La défense de rupture représente un risque, d'abord et surtout pour l'accusé, mais également pour l'avocat, même si aujourd'hui ce risque est atténué. A l'époque des procès du FLN, il y a dans le serment d'avocat la promesse de respecter les tribunaux et la loi. Vergès fait l'objet de deux sanctions disciplinaires, écopant d'un an de suspension après le procès Jeanson<sup>626</sup>. Une radiation de l'Ordre est envisagée par ses pairs avant le procès Barbie<sup>627</sup> et il fait l'objet de poursuites après le procès Omar Raddad sur le fondement de l'article 226 du Code pénal qui punit quiconque a cherché à jeter le discrédit sur une décision de justice. Le risque de la médiatisation est également d'être étiqueté de la défense d'un certain type d'affaires, au détriment des autres :

*« J'ai toujours essayé de mener de front ma spécialité, le droit des affaires et les dossiers politiques. Mais le problème c'est que l'on m'a médiatisé sur le seul secteur qui est médiatisé, les affaires politiques et moi ça a été ce qu'ils appellent les affaires de terrorisme, on ne médiatise pas le monde des affaires. Je n'ai pas perdu mes clients,*

---

<sup>626</sup> PEJU, M. (2002). *Le procès du réseau Jeanson*. Editions la Découverte. Page 211.

<sup>627</sup> LEDUC, P. (1983). Vergès rayé de l'ordre des avocats ? *L'unité*, 2 décembre.



*ceux que j'avais dans mon secteur traditionnel mais il faut renouveler les clients, les boîtes peuvent changer de main. Les gens ne pensent pas à moi pour mon secteur de compétence traditionnel »<sup>628</sup>.*

336. Plus grave, le risque n'est autre que la mort. Un attentat raté est tenté au cabinet de Jacques Vergès en 1960 et un de ses confrères du collectif FLN, Amokrane Ould Aoudia est assassiné en 1959<sup>629</sup>. Aujourd'hui les risques n'ont plus rien à voir, au pire des poursuites pour outrage à magistrat. Actuellement, c'est surtout pour l'accusé qu'un risque existe dans le choix d'une *défense de rupture*, expliquant peut-être qu'elle ne soit plus réellement pratiquée. Sur ce point, Henri Leclerc a une analyse intéressante :

*« Stibbe et Dechézelles<sup>630</sup> restaient fidèles à une défense classique et traditionnelle par laquelle ils essayaient avant tout de sauver les accusés, Stibbe disait toujours : « ce qu'il faut, c'est gagner ». Et Vergès répondait « Gagner n'a pas d'importance, ce qu'importe c'est la victoire politique »<sup>631</sup>.*

337. Ces propos doivent néanmoins être nuancés puisqu'en pratique peu des militants du FLN condamnés à mort sont exécutés<sup>632</sup>, en partie parce que l'opinion publique mondiale est alertée sur leur sort et qu'il devient dès lors difficile de procéder à leur exécution. La *défense de rupture* est peut-être la plus efficace lorsque justement elle permet une victoire qui est à la fois politique et individuelle.

**338. Difficultés du contexte favorable à une défense de rupture.** La *défense de rupture* ne fonctionne donc que lorsqu'elle fait face à un adversaire qu'il est encore possible de vaincre, lorsque ceux qui sont défendus ont un avenir politique. Pour le FLN cela fonctionne seulement parce que l'indépendance de l'Algérie devient inéluctable. Lorsque ce n'est pas le cas, la seule solution envisageable – sans être dans la *défense de connivence* – reste un certain dialogue avec celui qui juge. Pour que la défense soit efficace, il faut des points de contact entre ceux qui sont défendus et ceux qui les jugent.

---

<sup>628</sup> Maître Coutant-Peyre, retranscription dans DJEMA, M. (2012). *La défense de rupture*. Mémoire pour le Master II Justice et droit du procès. Direction VAUCHEZ, A. Université Paris II Panthéon-Assas, page 63.

<sup>629</sup> MUELLE, R. (2001). *Sept ans de guerre en France. Quand le FLN frappait en métropole*. Editions du patrimoine. Monaco.

<sup>630</sup> Ce sont les premiers avocats de membres du FLN, avant que Vergès n'intervienne.

<sup>631</sup> LECLERC, H. (1994). *Un combat pour la justice*. Editions La Découverte.

<sup>632</sup> Sur un peu plus de 1500 condamnations à mort prononcées contre des militants du FLN, 222 furent exécutées entre 1956 et 1962 d'après les chiffres consultables sur le Registre des Grâces.



339. La *défense de rupture* est pertinente dans des procès politiques devant le juge pénal. L'élément politique est central, sans lui l'avocat qui fait une *défense de rupture* pour un crime de droit commun devient lui-même un criminel en essayant de légitimer un acte qui ne doit pas l'être. Le but de cette défense est justement de permettre la qualification de politique à un procès que l'Etat tente de qualifier de droit commun parce qu'il défie son ordre. C'est le cas pendant la guerre d'Algérie. C'est là que la contestation de la légitimité du juge est pertinente et n'a pas pour seule conséquence l'exaspération. Ce travail de politisation doit donc être fait en amont du procès<sup>633</sup>.

340. Lorsque le choix est fait de recourir à une *défense de rupture*, le client doit être informé des conséquences qui peuvent lui être néfastes. Nous venons de le voir, plusieurs risques peuvent découler de cette stratégie. D'abord d'un point de vue idéologique, la défense va s'articuler autour d'une idée politique et non plus autour d'un particulier. L'avocat défend une cause à travers son client qui devient secondaire. D'un point de vue structurel ensuite, l'absence de *connivence* accentue les tensions entre les parties et particulièrement entre la défense et le juge dont dépend la sentence finale. Cette défiance à l'encontre de la *défense de rupture* est exprimée dans les mêmes termes que la défiance rencontrée à l'encontre du terme d'*avocat militant*. Preuve que la *défense de rupture* est donc une forme de militance qui existe avec Vergès et qui incarne encore pour certains le militantisme de façon globale dans la profession. Jacques Vergès étant décédé en 2013, faut-il en conclure que cette stratégie défensive a définitivement disparue avec lui ?

B) La postérité de la notion de *défense de rupture*.

**341. Bousculer les institutions.** L'émergence des droits de l'Homme permet aujourd'hui une nouvelle forme de militance et la référence à la *défense de rupture* est souvent perçue comme étant insultante par les avocats contemporains. Néanmoins, la conception selon laquelle l'avocat ne doit pas être totalement dans le système, qu'il doit bousculer les institutions et qu'il peut continuer de militer contre le droit est loin d'avoir disparue.

---

<sup>633</sup> La question de la politisation d'un procès sera analysée dans la seconde partie de cette thèse.

« Cette ambivalence propre aux avocats français du début du XXI<sup>e</sup> siècle s'explique par leur histoire et par leur culture. L'icône de l'orateur au verbe d'or, les retient de se lancer dans des pratiques de défense active, aux résultats incertains, dont le dynamisme les attire cependant. Lorsqu'ils s'apprêtent à franchir ce pas, le mythe de la rupture les retient encore. Un avocat n'a pas à collaborer au système, pensent-ils en leur for intérieur. Enquêter, expertiser, voilà des initiatives qui participent au processus judiciaire, dont l'avocat ne veut à aucun prix se reconnaître comptable ni solidaire. Finalement, s'opposer, protester, réfuter, ne seraient que les seules figures d'expressions viables pour un plaideur ! »<sup>634</sup>.

342. L'avocat doit être celui qui critique les pratiques judiciaires et policières, celui qui questionne, qui remet en cause l'application du droit, sans nécessairement avoir à choisir entre les extrêmes que sont la *connivence* et la *rupture*. Il est opportun de parler de *défense pénale critique*<sup>635</sup>.

**343. Présence offensive.** Deux autres pratiques plus ou moins théorisées peuvent être avancées : celle de M<sup>e</sup> Bernard Ripert de *présence offensive* et celle de M<sup>e</sup> Éric Dupond-Moretti dite d'*obligation d'insolence*. Elles sont souvent confondues aujourd'hui avec la *défense de rupture* et sont pourtant différentes. Bernard Ripert est l'avocat d'*Action directe*<sup>636</sup>. Sa stratégie repose sur les incidents pour décrédibiliser les magistrats. Elle fait l'objet de nombreuses critiques notamment à l'occasion du procès d'Antonio Ferrara<sup>637</sup> en 2008 qui s'est évadé de la prison de Fresnes et qui est condamné à douze ans de réclusion<sup>638</sup>. Cette technique est souvent perçue comme ayant pour seule finalité d'insulter la Cour, sans construction stratégique derrière et au détriment du client<sup>639</sup>. Elle n'est pas exactement de la *rupture* puisque ce qui est remis en cause ce n'est pas la légitimité du juge à proprement parler, mais plutôt la régularité de la procédure qu'elle soit menée par un magistrat ou par la police. Elle ne peut pas non plus être

<sup>634</sup> SAINT-PIERRE, F. (2015). *Le guide de la défense pénale 2015-2016*. Dalloz Collection, 8e édition.

<sup>635</sup> DANET, J. (2004). *Défendre. Pour une défense pénale critique*. Etats de droit. Dalloz-Sirey, 2ème édition.

<sup>636</sup> Action Directe est le nom d'un groupe terroriste anarcho-communiste, issu de la lutte antifranquiste et du mouvement autonome. Historiquement, il doit être replacé dans le cadre de ce que l'on a appelé les *années de plomb* qui ont vu l'apparition de mouvements comme la *Fraction armée rouge* en Allemagne ou les *Brigades rouges* en Italie. Il emprunte son nom à la théorie anarchiste de l'*action directe*. Ses membres ont revendiqué plus de 80 attentats ou assassinats sur le territoire français entre 1979 et 1987.

<sup>637</sup> Antonio Ferrara dit *Nino* ou *Succo*, surnommé *le roi de la belle*, né le 12 octobre 1973 à Cassino en Italie, est une figure du grand banditisme français.

<sup>638</sup> L'express. *Antonio Ferrara perd quelques années de prison en appel*. 23 octobre 2010.

<sup>639</sup> DJEMA, M. (2012). *La défense de rupture*. Mémoire pour le Master II Justice et droit du procès. Direction VAUCHEZ, A. Université Paris II Panthéon-Assas, page 74.

qualifiée à proprement parler de *militantisme* puisque la *vocation politique* semble ici disparaître.

**344. Obligation d'insolence.** Éric Dupont-Moretti estime que la délicatesse à l'égard des magistrats par les avocats est insupportable. Il théorise une *obligation d'insolence*. La pratique est la suivante : rien ne doit jamais être considéré comme acquis, tout doit être parfaitement précis dans des procès qui sont souvent fondés sur des témoignages. C'est ici que Dupont-Moretti excelle : lorsqu'il doit interroger des experts ou des témoins. S'il existe le moindre doute ou la moindre incertitude, il s'engouffre pour faire ressortir l'incertitude qui plane autour du dossier. Or le doute bénéficie au suspect. Dupont-Moretti utilise la notoriété qu'il a acquise du procès d'Outreau pour entretenir l'image d'un avocat invectif capable de terroriser les magistrats. Ce n'est pas de la *rupture* – ici encore ce n'est pas la légitimité du juge à rendre justice qui est remise en cause – mais sa certitude et par là la légitimité de sa sentence s'il fait le choix de condamner. Cette stratégie n'est pas toujours appréciée par ses confrères et consœurs, notamment parce qu'elle n'est réellement efficace que parce que c'est Dupont-Moretti qui l'emploie et surtout parce qu'elle participe à véhiculer une image exclusivement masculine, violente et voire machiste de l'avocat pénaliste :

*« Il y a 51% de femmes au barreau, vous en avez, je n'ai pas compté, mais 10% dans le monde des avocats pénalistes. Comment vous expliquez ça ? Alors, on dit c'est les gangsters qui sont machistes, mais ce n'est pas si vrai que ça. Le modèle d'avocat qui est proposé notamment par les media, c'est celui de Dupont-Moretti. Alors, lui-même, individuellement, tout le mérite lui revient, parce que ce n'est pas une création artificielle, c'est un mec qui se bat dans les cours d'assises depuis des années, mais lui c'est lui, on ne va pas l'ériger en standard. C'est absurde, sa pensée philosophique, judicairo-politique, elle est égale à 0. Une virulence ! Il pratique l'intimidation et les juges se sont laissé faire. Il est vraiment une caution à un système périmé. Il donne à croire que c'est un système qui donne ses chances à chacun, c'est faux. Et, je pense du coup que ça exclut des cours d'assises toutes les femmes, les jeunes avocates d'ici qui font un très très bon boulot, qui vont aux assises tant qu'elles sont par exemple secrétaire de la conférence, elles ont leur commis d'office, puis après, ben il n'y a plus d'affaires. Ce qui fait que nous avons une représentation des avocats d'assises typiquement masculine, puis machiste ». Avocat numéro 2, Barreau de Paris.*

345. La *présence offensive* et l'*obligation d'insolence* ne sont donc pas de la *rupture* à proprement parler mais perdure une remise en cause du système judiciaire. La différence tient dans le fait que cette remise en cause n'est pas celle de tout le système judiciaire mais seulement de pratiques qui ne respectent pas rigoureusement les règles les plus fondamentales de ce système. Ces pratiques sont souvent assimilées à de la *rupture* parce qu'elles en adoptent les codes : agressivité à l'égard des protagonistes du procès, sensibilisation de l'opinion publique... Il reste néanmoins que ce sont des formes de procès – plus ou moins efficaces – contre le droit, qui perdurent jusqu'à nos jours. Il n'est pas certain pour autant qu'il soit possible de parler ici de militantisme. De fait, l'*obligation d'insolence* comme la *présence offensive* ne sont motivées par aucune *vocation politique*.

346. *Réincarnation de la rupture dans la Justice pénale internationale.* Cependant, une nouvelle incarnation de la *défense de rupture* et d'un militantisme – cette fois – d'opposition au droit se retrouvent à une autre échelle : celle des procès internationaux, toujours en matière pénale. En réponse aux crimes commis pendant la seconde guerre mondiale, deux tribunaux internationaux militaires sont créés : Nuremberg « *pour juger et punir, de façon appropriée et sans délai, les grands criminels de guerre des pays européens de l'Axe* »<sup>640</sup> et Tokyo. Ces deux premiers tribunaux ouvrent la voie à la création d'autres juridictions qui perdent leur nature *militaire*, pour ne garder qu'une nature exclusivement pénale. Une série de tribunaux dit ad hoc, comme le *Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie*<sup>641</sup>, ou le *Tribunal pénal international pour le Rwanda*<sup>642</sup>, se voient dotés de compétences pour juger des crimes commis dans un contexte très particulier dans un espace et à une époque déterminés. Ces tribunaux, qui sont enfermés dans des règles de compétence strictes, ont permis la création de la *Cour Pénale Internationale* (CPI), en 1998, qui possède pour sa part, de manière

---

<sup>640</sup> Article 1<sup>er</sup> de l'accord quadripartite de Londres instituant le Tribunal de Nuremberg, signé le 8 août 1945.

<sup>641</sup> Le tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie (TPIY ou TPY) est une juridiction instituée le 25 mai 1993 par la résolution 827 du Conseil de sécurité de l'Organisation des Nations unies afin de poursuivre et de juger les personnes s'étant rendues coupables de violations graves du droit international humanitaire sur le territoire de l'ex-Yougoslavie à compter du 1<sup>er</sup> janvier 1991, c'est-à-dire durant les guerres de Yougoslavie (guerre de Croatie, guerre de Bosnie-Herzégovine et guerre du Kosovo), conformément aux dispositions de ses statuts. Il est dissout le 31 décembre 2017.

<sup>642</sup> Le Tribunal pénal international pour le Rwanda (TPIR) est une ancienne juridiction pénale internationale mise en place le 8 novembre 1994 par le Conseil de sécurité des Nations unies afin de juger les personnes responsables d'actes de génocide et d'autres violations graves du droit international humanitaire commis sur le territoire du Rwanda, ou par des citoyens rwandais sur le territoire d'États voisins, entre le 1<sup>er</sup> janvier et le 31 décembre 1994. Il est dissout le 31 décembre 2015.

permanente, une compétence générale et universelle pour juger les personnes accusées de génocide, de crime contre l'humanité, de crime d'agression et de crime de guerre<sup>643</sup>.

347. Le principal reproche qui est adressé à ces juridictions est de rendre la justice des vainqueurs. Le choix d'une *défense de rupture* devant les juridictions pénales internationales est tentant dans la mesure où l'essence même de ces juridictions est à la croisée du politique et du judiciaire. Ces juridictions sont toutes créées par un pouvoir exécutif, qui même une fois les principes constitutifs proclamés ne peuvent s'empêcher d'intervenir pour exercer directement ou indirectement une influence sur leur fonctionnement. La légitimité d'une décision judiciaire permet d'affirmer une vérité historique. Le danger d'un tel procès – intrinsèquement politique – est de dénier à la défense ses droits, parce qu'il est politiquement nécessaire qu'elle soit responsable du désastre de la guerre. Le *procès de Riom* en France au cours de l'année 1940 en est une illustration. Un procès organisé par les vainqueurs contre les vaincus devient encore plus déséquilibré que ne l'est déjà un procès pénal. Dans quelle mesure, dès lors, les droits de la défense peuvent-ils correctement s'organiser ? C'est dans ce contexte que la *rupture* devient intéressante, elle permet de démontrer les limites du procès pénal international. Tout devient une question de *contexte* : celui dans lequel le procès va pouvoir s'inscrire. C'est ce *contexte* que tente de retourner Jacques Vergès avec sa stratégie de *rupture* durant les procès de la guerre d'Algérie. Le *contexte*, à savoir celui du vainqueur, fait directement parti du procès. Ainsi, la légitimité des alliés à juger des crimes commis par les Nazis tient dans la conception selon laquelle c'est l'Allemagne qui a provoqué la guerre en 1939 et que donc c'est à elle d'en assumer les conséquences, quand bien même les alliés ont eux aussi commis des crimes de guerre, puisque ces crimes sont commis du fait des hostilités déclenchées par l'Allemagne<sup>644</sup>. La *défense de rupture* permet d'attaquer ce *contexte* et donc de retourner le procès qui devient une leçon d'histoire politique autour de la définition et de l'identification des crimes contre l'humanité et des crimes de guerre. C'est ce que dénonce déjà Jacques Vergès à l'occasion du procès de Klaus Barbie. La définition des crimes contre l'humanité est selon lui ethnocentrée et aucun procès n'a jamais été établi, par exemple, pour les actes commis par les puissances européennes dans le processus de décolonisation.

---

<sup>643</sup> LEMASSON, A-T. (2012). *Justice pénale internationale : institutions*. In MAYAUD, Y. *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*. Dalloz.

<sup>644</sup> A titre d'exemple, sont considérés comme des crimes de guerre les bombardement commis par les allemands sur les villes de Coventry et de Birmingham, mais pas celui commis par alliés sur la ville de Dresde, pourtant beaucoup plus meurtrier et aujourd'hui encore difficilement justifiable.

**348. Stratégie de la perversion.** Dès le procès de Nuremberg des critiques s'élèvent dans la mesure où seuls les Etats vaincus sont obligés de soumettre leurs citoyens à la juridiction d'une cour pénale alors que les alliés ont également pu commettre des crimes de guerre. La principale critique est celle de Kelsen<sup>645</sup>. Il dit que ce tribunal doit rester exceptionnel et ne doit pas être considéré comme un modèle à suivre. Pourtant dans les années 1990 est institué le *Tribunal pénal international pour l'Ex-Yougoslavie*, dont le principal procès est celui de Slobodan Milošević<sup>646</sup>. Lors de ce procès est mis en place une défense dite *de la perversion*. Slobodan Milošević commence par donner son propre acte d'accusation à l'égard de l'OTAN, accusé de génocide sur le peuple serbe en désignant son propre juge : l'opinion<sup>647</sup>. Se retrouve ici les ingrédients de la *rupture*. Sans rejeter entièrement la légitimité de la juridiction et sans refuser en bloc toutes ses règles, il en accepte certaines afin de pouvoir cibler de manière plus probante celles qu'il souhaite critiquer. Il ne cherche pas à ce que soit établie son innocence mais à recontextualiser le procès, le convertir en tribune politique en direction de son peuple. Il choisit d'assurer lui-même sa défense. Jacques Vergès conseille Slobodan Milošević en coulisse et utilise de nouveau la stratégie de la médiatisation pour alerter l'opinion publique sur le caractère impérialiste du tribunal<sup>648</sup>.

349. Cependant cette stratégie peine à s'imposer parce que l'opinion publique est beaucoup moins sensible aux procès internationaux. Dans le cas de Slobodan Milošević, la mort de ce dernier a mis fin au procès de manière anticipée sans que les effets de la stratégie adoptée puissent être analysés. Néanmoins, la *défense de rupture* dans le cadre des grands procès internationaux est aussi un moyen pour un ancien chef d'Etat jugé de sortir la tête haute, avec une certaine noblesse dans le fait de ne pas accepter la légitimité de la juridiction, de ne pas s'abandonner à une défense classique.

---

<sup>645</sup> KELSEN, H. (2008). *Peace though Law*. The lawbook Exchange.

<sup>646</sup> Slobodan Milošević né le 20 août 1941 à Požarevac (Yougoslavie, aujourd'hui en Serbie) et mort en prison le 11 mars 2006 à La Haye (Pays-Bas), est un homme d'État yougoslave. Fondateur du Parti socialiste de Serbie, il est président de la Serbie de mai 1989 à juillet 1997 et président de la République fédérale de Yougoslavie de juillet 1997 à octobre 2000. Durant ces périodes, ont lieu les guerres de Yougoslavie, qui mettent fin à la République fédérative socialiste de Yougoslavie. Slobodan Milošević et le Croate Franjo Tuđman sont les principaux artisans du renouveau du nationalisme. Il est accusé auprès du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie de La Haye pour crimes de guerre, crimes contre l'humanité et génocide. Il est mort pendant la cinquième année de son procès, d'un infarctus du myocarde sans qu'aucun jugement n'ait été rendu, sa mort entraînant l'arrêt du procès.

<sup>647</sup> GARAPON, A et HUBRECHT, J. (2002) La justice pénale internationale entre la balance et le sablier : Réflexions sur le procès Milosevic. *Revue esprit*, 07/2002.

<sup>648</sup> SALAS, D. (2010). L'avocat, les médias et son client. *Revue pénitentiaire et de droit pénal*, numéro spécial.

## Conclusion de chapitre :

350. De la fin du XVIII<sup>e</sup> siècle à la seconde moitié du XX<sup>e</sup> siècle, la profession d'avocat a connu une première forme de mobilisation autour d'un militantisme collectif et politique. Il s'agit d'abord d'un militantisme **d'accès au pouvoir** qui est possible à la fois grâce à l'identité unique de la profession et par les changements sociétaux qui s'opèrent en France au début du XIX<sup>e</sup> siècle. L'harmonisation de la profession autour de valeurs communes, de *mécanismes organisationnels* et d'*incitations sélectives* lui permette de devenir un porte-parole du public et un intermédiaire entre ce dernier et les structures de pouvoir. Cette position connaît son apogée entre 1870 et 1920, lorsque dans le contexte de la *III<sup>e</sup> République*, les avocats deviennent la profession la mieux représentée au sein des structures de pouvoir, qu'elles soient législatives ou gouvernementales. Cependant, après la *première guerre mondiale*, les avocats, incapables de comprendre les enjeux politiques de leur époque et face à une population qui s'émancipe et se dote d'une conscience politique propre, perdent leur rôle privilégié et sont obligés de se réinventer pour redevenir les porte-parole du public.

351. Une seconde forme de militantisme collectif et politique est alors possible autour de la mouvance communiste. Le but n'est plus l'accès au pouvoir, mais un **changement politique idéologique**. L'émergence d'avocats communistes survient dans le contexte très particulier de l'identité du Parti Communiste Français qui pour s'intégrer durablement dans le paysage politique fait une place de choix aux juristes. Cette situation paradoxale des avocats communistes, redevenant les porte-parole du public mais appartenant à une mouvance remettant en question le fonctionnement du système auquel ils participent directement, se rencontre particulièrement dans la stratégie défensive théorisée par Jacques Vergès de la *défense de rupture*. Aujourd'hui, si ce mode de militantisme idéologique est devenu une sorte de standard au sein de la profession, il est massivement rejeté parce que le contexte a changé. L'émergence de droits fondamentaux supra-étatiques est une nouvelle arme pour les avocats qui n'attaquent plus la légitimité du système judiciaire français et ne perçoivent plus le droit comme un instrument de domination de l'Etat. Le droit est au contraire devenu une arme contre l'Etat. Ce changement – conjugué avec une transformation des revendications sociétales qui ne portent plus sur des considérations politiques de lutte de classes, mais sur des considérations

individuelles et identitaires – altère profondément la vision du militantisme au sein de la profession et en permet une nouvelle incarnation qu’il s’agit d’identifier maintenant.



## **Chapitre 2 : Militantisme des causes individuelles.**

352. A partir des années 1960, les mouvements sociaux connaissent des changements structurels importants, permettant une analyse moderne de ces phénomènes en sociologie. De fait, la logique militante n'est plus celle de *lutte des classes*, mais d'émancipation de l'individu (Section 1). Parallèlement, l'exercice de la profession d'avocat et l'identité du barreau se transforme sur le même schéma, le militantisme des causes politiques laissant place progressivement à un militantisme des causes individuelles (Section 2).

353. La distinction *causes individuelles* et *causes politiques* faite entre les deux chapitres du présent titre ne signifie pas que les causes individuelles ne sont pas politiques. Simplement, elles n'ont plus pour objet l'accès au pouvoir politique ou un changement de régime politique.

## **Section 1 : Défense de l'individu au sein du militantisme contemporain.**

354. Pour comprendre l'évolution du militantisme dans la profession d'avocat, il est nécessaire d'étudier les changements structurels qui touchent la société dans sa globalité et qui conduisent à une nouvelle forme de militantisme. De fait, la transformation des mouvements sociaux (Sous-Section 1) nécessite que soit produite une analyse moderne de ces phénomènes (Sous-Section 2).

### **Sous-Section 1 : La transformation des mouvements sociaux.**

355. Les changements structurels importants connus par la société française dans la seconde moitié du XX<sup>e</sup> siècle (Paragraphe 1), favorisent l'émergence de nouveaux mouvements sociaux centrés sur des valeurs plus individuelles (Paragraphe 2), qui participent de l'apparition d'une nouvelle forme de militantisme au sein de la profession d'avocat.

#### **Paragraphe 1 : Changements structurels contemporains de la société française.**

356. La transformation des mouvements sociaux s'inscrit dans d'importants changements structurels d'une société qui devient *post-capitaliste* (A), dans un contexte de *Révolution informationnelle* (B).

A) Le passage d'une société capitaliste à une société post-capitaliste.

**357. Société post-capitaliste.** Le monde tel qu'il est conçu après la Révolution industrielle<sup>649</sup> n'est plus nécessairement perçu comme un schéma participant au progrès d'une société. Depuis les quatre dernières décennies, la *société capitaliste*<sup>650</sup> connaît une crise socio-économique sans précédent marquant une rupture et l'entrée dans une nouvelle configuration dite *post-capitaliste*. La crise est d'abord sociale – il s'agira de le démontrer ci-après – avec un changement des valeurs qui animent la société. Elle est également économique, avec la fin des Trente glorieuses<sup>651</sup> et des périodes de grande croissance économique, ainsi qu'avec le développement de l'idée selon laquelle l'humain doit être replacé au centre d'une activité économique à la fois sociale, solidaire<sup>652</sup> et respectueuse de l'environnement<sup>653</sup>.

358. Le terme de *société post-capitaliste* ne fait cependant pas l'unanimité et doit être relativisé. Cela ne veut pas dire que nous n'évoluons plus dans une société capitaliste tournée vers le profit, dans laquelle les luttes principales tournent autour de la question du partage de ce profit, mais de nouvelles données sont prises en considération et font l'objet de luttes inédites. Ainsi, l'exemple le plus flagrant est peut-être le développement conséquent de la prise en considération de données environnementales dans la croissance économique. Donc face au libéralisme et au productivisme apparaissent de nouveaux enjeux comme l'environnement<sup>654</sup>

---

<sup>649</sup> La *Révolution industrielle* est le processus historique du XIX<sup>e</sup> siècle qui fait basculer — de manière plus ou moins rapide selon les pays et les régions — une société à dominante agraire et artisanale vers une société commerciale et industrielle. Cette transformation, tirée par le boom ferroviaire des années 1840, affecte profondément l'agriculture, l'économie, le droit, la politique, la société et l'environnement.

<sup>650</sup> Le *capitalisme* désigne un système politique et économique reposant sur la propriété privée des moyens de production, du libre-échange sur des marchés et de la libre concurrence.

<sup>651</sup> Les Trente Glorieuses désignent la période de forte croissance économique et d'amélioration des conditions de vie qu'a connue la grande majorité des pays développés, membres pour la plupart de l'*Organisation de coopération et de développement économiques* (OCDE), entre 1945 et 1973.

<sup>652</sup> TOVAR, E. (2016). L'économie sociale et solidaire : le renouveau d'un idéal ? *Regards croisés sur l'économie*. Volume 19, numéro 2, pages 160 à 172.

<sup>653</sup> Lire par exemple les développements sur la notion de biens communs de : DELMAS-MARTY, M. (2000). *Droit et mondialisation*. Paris : Université de tous les savoirs.

<sup>654</sup> POSTONE, M. (2009). Temps, travail et domination sociale. *Revue française de socio-économie*. Editions Mille et une nuits. Paris. Pages 175 à 182.

qui permet à travers des notions comme le *bien commun*<sup>655</sup> de freiner le mouvement de marchandisation que connaissent nos sociétés aujourd'hui<sup>656</sup>.

**359. Méfiance généralisée.** Parallèlement, les critiques contre le système capitaliste ont tendance à entraîner une méfiance généralisée à l'égard des syndicats et surtout des politiques<sup>657</sup>, autrement dit à l'égard des instances traditionnelles de représentation du public.

360. En conclusion, les changements économiques intervenus après les Trente Glorieuses, ainsi que les critiques qui émergent à l'encontre de ce qui apparaît être les limites de la société capitaliste, entraînent une vision globale nouvelle de ce que doit être et surtout coûter la croissance économique. Cette nouvelle vision doit prendre en considération des valeurs environnementales et humaines entraînant l'apparition de nouveaux conflits sociaux et une perte de confiance en les instances traditionnelles de représentation du public.

L'émergence de ces nouveaux conflits est facilitée par cette rupture qui se caractérise même par une nouvelle révolution comparable à ce que fut la Révolution industrielle : il s'agit de la *Révolution informationnelle*.

#### B) La Révolution informationnelle.

**361. Révolution informationnelle.** La *Révolution informationnelle* ou *Révolution numérique* est le nom donné à une nouvelle révolution du monde capitaliste qui prend le revers de la Révolution industrielle. Le terme de *révolution* est employé dans la mesure où il s'agit d'un bouleversement important dans les sociétés industrialisées, provoqué par l'essor des techniques numériques, principalement l'informatique et l'internet, qui a des implications profondes sur les pratiques sociales, les normes, les politiques publiques et les rapports de force

---

<sup>655</sup> Le bien commun est une notion développée d'abord par la théologie et la philosophie, puis saisie par le droit, les sciences sociales et invoquée par de nombreux acteurs politiques. Elle désigne l'idée d'un bien patrimonial partagé par les membres d'une communauté, au sens spirituel et moral du mot « bien » aussi bien qu'au sens matériel et pratique (ce dont on dispose ou ce qu'on possède).

<sup>656</sup> Sur cette question lire par exemple : HUTIN, H. (2011). *Le triomphe de l'ordre marchand*. Paris : L'Harmattan. PRONE, A. (2015). *Pour une critique de la marchandisation*. Paris : L'Harmattan.

<sup>657</sup> LOJKINE, J. (2016). *La Révolution informelle et les nouveaux mouvements sociaux*. Lormont, édition Le Bord de l'eau, collection L'économie encastée.

internationaux<sup>658</sup>. Cette révolution est possible par l'usage sociaux des technologies de l'information et de la communication (TIC)<sup>659</sup>. Cette mutation se traduit par une mise en réseau planétaire des individus, de nouvelles formes de communication (courriels, réseaux sociaux) et une décentralisation dans la circulation des idées. Certains auteurs parlent même d'une nouvelle anthropologie issue d'une évolution de la normativité passant désormais pas des algorithmes pour tous les détails de la vie quotidienne<sup>660</sup>.

362. Cette nouvelle étape dans une société dite *post-capitaliste* n'est pas une évolution naturelle de la société capitaliste et se construit dans le conflit, d'où l'émergence de *Nouveaux Mouvements Sociaux*. Les technologies de l'information et de la communications, issues de la *Révolution informationnelle* sont des outils qui transforment profondément la nature des mouvements sociaux, dans une société elle-même en mutation et qui permettent de mettre en œuvre dans un très grand nombre de contextes différents des instruments pour servir des buts multiples qui peuvent apparaître comme étant plus ou moins contradictoires.

363. Concernant la profession d'avocat, le développement des nouvelles technologies transforme radicalement l'exercice de la profession qui doit s'adapter notamment à la concurrence d'autres acteurs et algorithmes qui se développent grâce à celui-ci<sup>661</sup>.

364. La *Révolution informationnelle* entraîne une véritable crise systémique parce qu'elle est difficilement conciliable avec les critères de gestion capitaliste, qui sont à bout de souffle. Dans ce contexte, nécessairement, se retrouve le schéma classique en sociologie de frustration-agression<sup>662</sup> et de décalage entre les couches de la société<sup>663</sup>, ce qui a pour conséquence de faire apparaître un conflit portant sur des nouvelles valeurs et soutenus par de nouveaux modes d'action. Ce sont les *Nouveaux Mouvements Sociaux*.

---

<sup>658</sup> BECKOUCHE, P. (2017). La révolution numérique est-elle un tournant anthropologique ? *Le Débat*. Numéro 193, pages 153 à 166.

<sup>659</sup> Sur cette question lire : LOJKINE, J. (2016). *La Révolution informelle et les nouveaux mouvements sociaux*. Lormont, édition Le Bord de l'eau, collection L'économie encastrée.

<sup>660</sup> SADIN, E. (2015). *La Vie algorithmique. Critique de la raison numérique*. L'Échappée.

<sup>661</sup> Sur cette question, voir les développements sur les nouvelles technologies et la perte d'influence des avocats dans la seconde partie de cette thèse.

<sup>662</sup> GURR, T. (1976). *Rogues, rebels, and reformers : a political history of urban crime and conflict*. Royaume-Uni : Beverly Hills London : Sage publications.

<sup>663</sup> OBERSCHALL, A. (1973). *Social conflict and social movements*. USA : Prentice-Hall series in sociology.

Paragraphe 2 : L'apparition des *Nouveaux Mouvements Sociaux*.

365. L'apparition des *Nouveaux Mouvements Sociaux* est la conséquence de changements structurels importants dans la civilisation occidentale d'après-guerre (A), entraînant des changements de valeurs (B). Ces transformations et ces nouvelles valeurs se retrouvent au sein de la profession d'avocat, ce qui permet d'identifier une nouvelle forme de militantisme au sein de celle-ci.

A) La définition des *Nouveaux Mouvements Sociaux*.

**366. *Insuffisance des études anciennes.*** Lorsque de nouveaux mouvements sociaux apparaissent dans les années 1960 et 1970, les premières études produites sur ces actions collectives sont un échec. Dans la lignée de la théorie de la *mobilisation des ressources*, elles restent exclusivement fondées sur la rationalité stratégique des auteurs<sup>664</sup>. Or, cette rationalité ne suffit plus à expliquer l'émergence de ces mouvements et il devient nécessaire de s'interroger sur les processus par lesquels les acteurs collectifs créent les solidarités et les identités communes. Les américains ont du mal à sortir de l'ancien modèle d'analyse et c'est en Europe que ce nouveau schéma se développe, en particulier en Allemagne, en France, en Italie et dans les pays scandinaves. Une nouvelle définition des mouvements sociaux est donnée dans laquelle est abandonnée la vision finalement assez marxiste qui anime les théoriciens de la *mobilisation des ressources* en réfléchissant avec une analyse en termes de structures de classe et de rapports de production. Ainsi Alberto Melucci<sup>665</sup> distingue-t-il un double niveau lorsqu'il définit les mouvements sociaux : il s'agit de « *l'ensemble des conduites conflictuelles dans un système social. Une action collective implique la lutte de deux acteurs, dont chacun se caractérise par une solidarité spécifique et s'oppose à l'autre pour l'appropriation et la destination de valeurs et ressources sociales* ». Se retrouve dans cette définition la vision marxiste préexistante. Dans un second niveau, les mouvements sociaux constituent « *toutes les conduites qui cassent les*

---

<sup>664</sup> C'est-à-dire le calcul purement rationnel coût/avantage, menant – nous l'avons vu – au paradoxe d'Olson.

<sup>665</sup> Alberto Melucci est un sociologue italien spécialiste de *l'identité collective*.

*normes institutionnalisées dans les rôles sociaux, qui débordent les règles du système politique et/ou qui attaquent la structure des rapports de classe d'une société »<sup>666</sup>.*

**367. Définition des Nouveaux Mouvements Sociaux.** Plus spécifiquement, le terme de *Nouveaux Mouvements Sociaux* désigne les mobilisations qui émergent dans les années 1960-1970, qui comportent plusieurs ruptures avec le mouvement ouvrier, mouvement social central de la société industrielle<sup>667</sup>. Ils sont porteurs de nouvelles valeurs plus qualitatives (mouvements écologistes) et de principes identitaires nouveaux (mouvements homosexuels, régionalistes). Ils valorisent les structures décentralisées, l'autonomie par rapport au pouvoir politique<sup>668</sup>, structures plus petites, anti-hiérarchiques et dans lesquelles la démocratie directe est possible<sup>669</sup>. Selon Ronald Inglehart<sup>670</sup>, ces nouveaux mouvements sont dus à un changement de valeurs<sup>671</sup>. Après la seconde guerre mondiale, des transformations structurelles conduisent progressivement à ces changements de valeurs : la paix, la croissance économique, la hausse du niveau d'instruction et le développement de la communication de masse. Ces modifications ont pour conséquences une compétence plus importante de la population en matière de politique et une accentuation des besoins d'appartenance, d'estime et de réalisation de soi. Emergent une volonté forte d'autonomie individuelle et d'identité, ainsi qu'une opposition ferme à la bureaucratisation de la société, à la régulation sociale jugée oppressive<sup>672</sup>. Dès lors, cette population demande un meilleur accès à la participation au processus de décision et nos sociétés développées post-capitalistes passent de besoins matériels à des besoins non-matériels de nature intellectuelle ou esthétique.

---

<sup>666</sup> FILLIEULE, O. et PECHU, C. (1993). *Lutter ensemble : les théories de l'action collective*. Paris : collection logiques politiques, l'Harmattan.

<sup>667</sup> Les principales études sur les *Nouveaux Mouvements Sociaux*, à l'initiative du français Alain Touraine, ont d'ailleurs eu longtemps pour but de trouver quel était le mouvement social central de la société postindustrielle. Touraine arrivera à la conclusion qu'il n'en existe pas, et parlera de ses travaux plutôt comme théorisant une *Sociologie de l'Action*.

<sup>668</sup> DOLLO, C. (2017). *Lexique de sociologie*. Toulouse : Dalloz, 5e édition.

<sup>669</sup> MELUCCI, A. (1983). Mouvements sociaux, mouvements post-politiques. *Revue internationale d'action communautaire*, 10, pages 11 à 44.

<sup>670</sup> Ronald F. Inglehart est un politologue américain né le 5 septembre 1934 à Milwaukee, dans le Wisconsin. Professeur à l'université du Michigan, il est le directeur de *World Values Survey*, un réseau de scientifiques qui conduit des sondages dans plus de quatre-vingts sociétés. Il s'intéresse particulièrement à la mesure du bien-être et des valeurs dans le monde.

<sup>671</sup> INGLEHART, R. (2016). *The Silent Revolution : Changing Values and Political Styles Among Western Publics*. Princeton Legacy Library.

<sup>672</sup> PIZZORNO, A. (1990). Considérations sur les théories des mouvements sociaux. *Politix*, Volume 3, 9, pages 74 à 80.

368. Notons tout de même que ce constat doit être relativisé. Dans le même temps, nous assistons à une *McDonaldisation*<sup>673</sup> de notre société qui devient de plus en plus bureaucratique et autoritariste. Or ce dernier phénomène a de très sérieuses conséquences sur la pratique de la profession d'avocat<sup>674</sup>.

## B) Un changement de valeurs.

**369. Individualité.** Dans ces mouvements, il y a un passage du collectif vers l'individu avec une importance croissante des enjeux de style de vie et une centralité du corps, c'est-à-dire une volonté de prendre possession de son corps entendu comme siège naturel des désirs<sup>675</sup>. Également un double déclin relatif, dans un premier temps celui des conflits de classe, ces mouvements étant d'ailleurs majoritairement portés par la classe dite *moyenne*, ce qui peut se comprendre dans la mesure où les enjeux sont par nature universalistes. L'idée de *classes* devient très secondaire dans ce contexte, puisque même lorsque le mouvement est commandé par une classe, les bénéfices obtenus par ce mouvement profiteront à tous<sup>676</sup>. Il ne faut donc pas y voir une rupture complète avec l'action collective et la lutte politique, dans la mesure où bon nombre des participants à ces *Nouveaux Mouvements Sociaux* ont une expérience historique avec ces dernières<sup>677</sup>. Dans un second temps un déclin de la légitimité de l'état-Nation par une croissance des solidarités nationales et *tribales*, une diminution des mobilisations menées par les élites et une croissance de groupes de contestation de ces dernières sur des sujets spécifiques. La population s'estimant mieux informée et l'Etat devenant plus accessible, elle se mobilise dans des mouvements sociaux qui deviennent plus politiques et pour lesquels sont désavoués les représentants traditionnels. Ce sentiment est accentué par la crise économique des années

---

<sup>673</sup> *McDonaldisation* est un terme employé par le sociologue américain George Ritzer dans son livre : RITZER, G. (1998). *Tous rationalisés !* Adaptation de l'américain *The McDonalization of society* (1991) et présenté par Xavier Walter. Roissy : Alban. pour désigner la prise d'une société des caractéristiques d'un restaurant rapide. En effet, on observe un glissement du traditionnel vers des modes dits raisonnables de pensée et de gestion scientifique. Là où Max Weber avait fait référence au modèle de bureaucratie pour représenter l'orientation de cette société changeante, Ritzer voit la restauration rapide comme devenu le paradigme de représentation contemporaine.

<sup>674</sup> La notion de McDonaldisation de la société sera abordée plus explicitement dans la seconde partie de cette thèse.

<sup>675</sup> MELUCCI, A. (1978). Société en changement et nouveaux mouvements sociaux. *Revue Sociologie et Sociétés*, Volume 10, 2, pages 37 à 54.

<sup>676</sup> OFFE, C. (1985). New Social Movements : Challenging the Boundaries of Institutional Politics. *Social Research*, Volume 52, 4, pages 817 à 868.

<sup>677</sup> LOJKINE, J. (2016). *La Révolution informelle et les nouveaux mouvements sociaux*. Lormont, édition Le Bord de l'eau, collection L'économie encadrée.



1970 qui permet d'accroître considérablement la transparence de l'Etat<sup>678</sup>. De ce point de vue, il est intéressant de noter une corrélation entre l'évolution de cette perception des mouvements sociaux et l'évolution de la profession d'avocat elle-même. La société post-capitaliste, dans la seconde moitié du XX<sup>e</sup> siècle voit ses besoins changer et donc également ses revendications. La lutte des classes, pour le pouvoir, laisse place à une lutte intellectuelle et esthétique. Les causes principalement défendues lors des actions collectives ne sont plus les mêmes. La question n'est plus – dans un rapport de domination d'une classe sur l'autre – d'avoir un meilleur accès au politique, mais sous des considérations idéologiques et de moins en moins économiques et rationnelles, de faire avancer une cause plus générale (droits civiques, environnement...). Une remise en question de la société même peut être envisagée, ce qui semble expliquer des événements comme *Mai 1968* ou l'acceptation croissante du discours des avocats communistes dans l'opinion publique. Cette logique se retrouve au sein même de toute la profession.

**370. Modernité avancée.** Dans les années 1960-1970 émerge en fait une toute nouvelle conception de l'individu et de l'individualité dans une modernité dite *avancée*<sup>679</sup> ou *postmodernité*. L'idée est la suivante : la société connaît un changement irréversible des significations originaires de la modernité entraînant une refonte en profondeur du type d'organisation sociale issu de la modernité et du type d'individu qu'elle a consacré. Sous l'égide de nouveaux mouvements d'émancipation, s'érode peu à peu le consensus symbolique faisant des institutions traditionnelles (l'école, l'usine, l'Etat-nation, la famille nucléaire) les garants en dernière instance de la cohésion sociale. L'individu dispose dès lors d'une nouvelle autonomie où l'identité ne se réfère plus à une institution traditionnelle<sup>680</sup>. Aujourd'hui les individus opposent leur définition personnelle de la liberté à la discipline en refusant une vision de l'individu abstraite définie par des statuts fonctionnels potentiellement universels (conjoint, parent...) qui cachent en réalité une société patriarcale hétéronormée<sup>681</sup>. Cette nouvelle individualité est donc ici incarnée par le refus des rôles traditionnels prescrits. Au fur et à mesure que les institutions socialisatrices perdent leur autorité, les aspirations et la manière qu'ont les individus de se définir s'opposent de plus en plus aux rôles qui les rattachent à l'ordre

---

<sup>678</sup> BERGER, S. (1979). Politics and Antipolitics in Western Europe in the Seventies. *Daedalus*, Vol. 108, No. 1, pages 27 à 50.

<sup>679</sup> Sur cette question, lire par exemple : BONNY, Y. (2004). *Sociologie du temps présent : modernité avancée ou postmodernité ?* Paris : A. Colin.

<sup>680</sup> GIDDENS, A. (2012). *La Constitution de la société. Eléments de la théorie de la structuration*. Paris : PUF. Réédition de 1984.

<sup>681</sup> TAYLOR, C. (1998). *Les Sources du moi. La formation de l'identité moderne*. Paris : Seuil.

social<sup>682</sup>. Dans ce contexte, les mouvements sociaux anciens, diligentés par les organisations traditionnelles sont abandonnés au profit des nouveaux mouvements dans lesquels le recours au droit par le biais des avocats devient un instrument remarquable. Il s'agit donc d'analyser ces *Nouveaux Mouvements Sociaux*.

## **Sous-Section 2 : L'analyse contemporaine des mouvements sociaux.**

371. La chronologie des études sur les mouvements sociaux – applicables dans leurs grandes parties à la profession d'avocat et qui participent à expliquer l'émergence d'une nouvelle forme de militantisme dans la profession – conduit à deux dernières analyses qui sont déterminantes pour la suite du travail effectué ici. Il s'agit de celles de l'italien Alberto Melucci et du français Alain Touraine<sup>683</sup> (Paragraphe 1), dans un contexte progressif d'institutionnalisation des *Nouveaux Mouvements Sociaux* (Paragraphe 2).

### **Paragraphe 1 : Alberto Melucci et Alain Touraine.**

372. Il s'agit de comprendre dans ce paragraphe l'analyse de l'italien Alberto Melucci (A), puis celle du français Alain Touraine (B).

#### **A) L'analyse d'Alberto Melucci.**

**373. Alberto Melucci.** Son étude est centrale parce qu'elle abandonne complètement la vision marxiste des rapports de force dans les actions collectives. Il ne fait plus une analyse en termes de structures de classe et de rapports de production, mais étudie les modifications structurelles – dans un temps long – porteuses de conflits. Cette nouvelle approche part du constat que les *Nouveaux Mouvements Sociaux* sont dilués dans l'espace et dans les objets de

---

<sup>682</sup> TARRAGONI, F. (2018). *Sociologies de l'individu*. Paris : La Découverte.

<sup>683</sup> Alain Touraine, né le 3 août 1925 dans le Calvados, est un sociologue français de l'action sociale et des nouveaux mouvements sociaux, directeur d'études à l'EHESS.

conflits. Pour les comprendre, il faut donc analyser les rapports entre les changements dans la structure sociale et l'existence concrète des conflits, ainsi que leur implication politique<sup>684</sup>. Melucci parle d'une construction analytique pour étudier les phénomènes de mouvements sociaux. Cette analyse fait éclater l'apparente unité de l'objet empirique. Il se rapproche de Touraine – qui sera étudié ci-après – concernant l'importance qu'ils donnent à l'histoire globale du mouvement social pour le comprendre. Diachronie contre synchronie, les auteurs de la *mobilisation des ressources* ne se sont intéressés qu'à l'histoire très contemporaine des mouvements sociaux, alors que pour les comprendre, il faut analyser les changements structurels sur une période plus longue. Cela sous-entend une analyse en deux temps : détermination des contradictions entre le système dominant et les changements réclamés et étude des organisations qui émergent de ces contradictions puisque c'est en leur sein que les acteurs mettent en place les actions qui peuvent aboutir à un changement sociétal.

374. Pour les *Nouveaux Mouvements Sociaux*, les contradictions tiennent à des changements dans le système social, dans la production de l'identité biologique et relationnelle des individus :

« Plutôt que de mouvement on devrait parler d'espaces de rassemblement : il existe entre les groupes de jeunes, les femmes, le champ de l'écologie et de la contre-culture, un réseau diffus de groupes, de points de rencontre, de circuits de solidarité qui diffèrent profondément de l'image de l'acteur collectif organisé politiquement »<sup>685</sup>.

Le groupe est un groupe latent qui fait partie d'un réseau dans lequel circulent des informations et des personnes. Il n'y a pas réellement d'institution et d'organisation. Les membres du groupe ont donc des liens entre eux et sont plus susceptibles de faire appel à des juristes.

---

<sup>684</sup> FILLIEULE, O. et PECHU, C. (1993). *Lutter ensemble : les théories de l'action collective*. Paris : collection logiques politiques, l'Harmattan.

<sup>685</sup> MELUCCI, A. (1984). An End of Social Movements ? *Social Science Information*, 23, pages 819 à 835.

B) L'analyse d'Alain Touraine.

**375. Historicité.** Alain Touraine, quant à lui, place au centre de son analyse la notion d'*historicité*<sup>686</sup>. Au sens général, il s'agit de l'ensemble des analyses sociologiques qui privilégient l'étude de l'action sociale (ou de l'activité sociale), par rapport à l'étude du fait social. Plus précisément, il s'agit de la capacité d'une société à produire ses propres orientations sociales et culturelles :

*« J'appelle historicité cette distance que la société prend par rapport à son activité et cette action par laquelle elle détermine les catégories de sa pratique. La société n'est pas ce qu'elle est, mais ce qu'elle se fait être ».*

376. L'*historicité* a trois composantes qui sont la connaissance, c'est-à-dire l'ensemble des rapports entre la société et son environnement ; l'accumulation, par laquelle « *une partie du produit consommable est prélevée et investie dans des œuvres qui portent la marque du modèle culturel* » ; et le modèle culturel lui-même, autrement dit les orientations de la pratique sociale. Le modèle culturel dominant est celui de la classe dirigeante qui a le contrôle de l'*historicité*<sup>687</sup>. Pour Alain Touraine, nous sommes désormais dans des sociétés où n'existe aucun fondement métasocial de l'ordre social : ni fondement religieux, ni référence au progrès ou au sens de l'histoire. La société n'est rien d'autre qu'un *réseau d'actions* et de *rapports sociaux*. Le but des premiers travaux d'Alain Touraine est, avec les *Nouveaux Mouvements Sociaux*, de trouver le mouvement social central de la société post-industrielle (le mouvement social central de la société industrielle étant le mouvement ouvrier). Cette recherche est un échec. C'est pourquoi ses études et celles des sociologues qui travaillent avec lui sont plutôt qualifiées de *sociologie de l'action*<sup>688</sup>. Il met l'accent sur l'importance de l'action plutôt que l'étude des phénomènes sociaux eux-mêmes :

*« En rejetant toute possibilité de construire la sociologie scientifique au niveau des phénomènes eux-mêmes, notre analyse s'est repliée à l'intérieur d'une seule notion, celle d'action »*<sup>689</sup>.

---

<sup>686</sup> TOURAINE, A. (1965). *Sociologie de l'action*. Paris : Editions du seuil.

<sup>687</sup> BOUDON, R. et BOURRICAUD, F. (2011). *Dictionnaire critique de la sociologie*. PUF.

<sup>688</sup> TOURAINE, A. (1965). *Sociologie de l'action*. Paris : Editions du seuil.

<sup>689</sup> *Ibid*, page 55.

**377. Mode d'investissement d'une société.** Pour Alain Touraine, une société se définit par son mode d'investissement, c'est-à-dire sa capacité d'intervenir pour préciser un mode de production économique. Dans cette logique, il repère quatre modes de production pour chacun desquels existe un mode d'intervention de la société sur son action économique : les sociétés agraires, consommation et reproduction de la force de travail ; les sociétés marchandes, distribution de biens et de services ; les sociétés industrielles, formes d'organisation du travail ; et enfin les sociétés post-industrielles qui interviennent sur la production elle-même. Le mouvement social s'incarne dans l'action collective des acteurs qui luttent pour la direction sociale de l'*historicité*<sup>690</sup>, c'est-à-dire des grandes orientations culturelles par lesquelles une société organise normativement ses rapports avec son environnement. Ainsi, trois principes peuvent être dégagés pour qu'il y ait un mouvement social : une *identité*, une *opposition* et un *principe de totalité*. L'*identité*, c'est-à-dire comment l'acteur se définit lui-même. L'*opposition*, parce qu'il n'existe qu'en opposition à un adversaire. Enfin le *principe de totalité* comme définition de l'enjeu de la lutte. Pour être fort, un mouvement social doit incorporer et dépasser des revendications organisationnelles et des pressions institutionnelles. Il doit donc agir sur plusieurs niveaux, ce que facilite le recours aux avocats. Touraine explique qu'un mouvement social se trouve au point d'équilibre entre une action institutionnelle de participation au système politique et une action de rupture ou action critique de lutte directe contre l'Etat. Il s'agit exactement du rôle de l'avocat.

378. Ces deux études permettent donc d'expliquer pourquoi de *Nouveaux Mouvements Sociaux* ont émergé dans la seconde moitié du XX<sup>e</sup> siècle, dans une société post-industrielle. Ces mouvements sociaux modernes, dont l'étude ne peut être fondée que sur l'action, sont favorables à une intervention de juristes comme *aide extérieure*, notamment d'avocats qui ont également changé leur domaine d'action militante pour s'adapter à ces changements structurels importants. Autrement dit, il ne s'agit pas d'un militantisme collectif de la profession qui se serait organisée et structurée pour le mener, mais d'un militantisme individuel qui passe par la mobilisation d'un avocat dans une action critique de lutte directe contre l'Etat. Les *Nouveaux Mouvements Sociaux* de par leur nature et leur fonctionnement participent à faire du recours à l'avocat un instrument central du *répertoire d'action collective* d'un groupe ou d'un individu militant.

---

<sup>690</sup> FILLIEULE, O. et PECHU, C. (1993). *Lutter ensemble : les théories de l'action collective*. Paris : collection logiques politiques, l'Harmattan.

Paragraphe 2 : L'institutionnalisation des Nouveaux Mouvements Sociaux.

379. L'institutionnalisation à proprement parler (A) permet de favoriser l'action de persuasion de ceux qui ont recours au canal judiciaire dans les Nouveaux Mouvement Sociaux (B).

A) Institutionnalisation.

**380. Institutionnalisation.** Un mouvement social, pour ne pas être cantonné à un statut de trublion traité de façon répressive, va naturellement entrer dans une logique d'institutionnalisation. C'est le cas – dans une certaine mesure – pour les *Nouveaux Mouvements Sociaux*, alors même qu'ils n'y sont pas intrinsèquement prédisposés. Pour expliquer cette tendance, il faut dans un premier temps nuancer le caractère *nouveau* de ces mouvements sociaux. L'idée est de dire que la transformation des mouvements sociaux est en réalité cyclique et apparaît à chaque fois qu'une modernisation de la société s'opère, amorçant une forte critique d'ordre culturelle. Ce qui est nouveau, c'est l'ampleur de ces mouvements, du fait de l'ampleur de la modernisation qu'ont connu nos sociétés occidentales (mais pas seulement) durant le XX<sup>e</sup> siècle et le début du XXI<sup>e</sup> siècle<sup>691</sup>. Durant ces cycles, les mouvements sociaux ne disparaissent pas, mais déclinent en se transformant en des modes d'organisation et d'action plus classiques privilégiant les canaux législatif, judiciaire et bureaucratique<sup>692</sup>. Le meilleur exemple étant peut-être celui des partis écologistes qui sont apparus dans toute l'Europe et qui se présentent aux élections, nouent des alliances avec les partis classiques et adoptent des activités d'information et de pressions à travers de puissants réseaux<sup>693</sup>. Ces canaux favorisent l'action de persuasion, centrale dans l'aboutissement d'un mouvement social puisqu'elle permet d'influencer la réalité perçue.

---

<sup>691</sup> BRAND, K. (1990). *Cyclical Aspects of New Social Movements : Waves of cultural Criticism and Mobilization Cycles of New Middle-Class Radicalism*. in DALTON, R et KUECHLER, M. *Challenging the Political Order*. Oxford University Press, Polity Press, pages 23 à 42.

<sup>692</sup> ROCHON, R. (1990). *The West European Peace Movement and the Theory of New Social Movements*. In DALTON, R. et KUECHLER, M. *Challenging the Political Order*. Oxford University Press, Polity Press, pages 105 à 121.

<sup>693</sup> Sur ce point, lire par exemple : BOURG, D. (2003). *Le nouvel âge de l'écologie*. Paris : Descartes & Cie.

381. Plus concrètement, lorsque sont analysés les grands thèmes juridiques et judiciaires qui sont apparus ces dernières décennies, pratiquement tous se sont institutionnalisés selon ce modèle de réseaux. De fait, la CIMADE ou le GISTI en droit des étrangers. Le GENEPI ou l'OIP en droit pénitentiaire. Puis bien entendu toutes les associations agréées ou pas, autorités administratives et groupes de pression qui sont apparus et qui sur ces thèmes n'hésitent pas à avoir recours au canal judiciaire.

Cette institutionnalisation des *Nouveaux Mouvements Sociaux* permet de favoriser l'action de persuasion.

#### B) Action de persuasion et opportunités politiques.

**382. Action de persuasion.** L'action de persuasion se fait en deux étapes : persuader, puis convaincre de participer à l'action collective<sup>694</sup>. Si le but premier d'un avocat, lorsqu'il est perçu comme étant un outil dans le *répertoire d'action collective* d'un groupe mobilisé ou se mobilisant (plus que lorsqu'il est lui-même un groupe mobilisé), n'est pas nécessairement de convaincre de participer à l'action collective, il a un rôle clef dans la mission de persuasion. L'institutionnalisation permet donc de faire appel à ces canaux et particulièrement au canal judiciaire, développant l'*action de persuasion*. De fait, à titre d'exemple, les juridictions françaises rendent 2 014 203 décisions en matière civile et commerciale en 1996, ce chiffre passe à 2 630 085 pour l'année 2016, soit une augmentation de 615 882 décisions rendues chaque année en vingt ans<sup>695</sup>, même si cette augmentation ne peut pas s'expliquer que par le succès de cette analyse sociologique. L'*action de persuasion*, à travers le canal judiciaire permet à un mouvement social de bénéficier d'un minimum d'*opportunités politiques*<sup>696</sup>, elles aussi primordiales à sa réussite<sup>697</sup>.

---

<sup>694</sup> KLANDERMANS, D. (1984). Mobilization and Participation : Social Psychological Expansions of Resource Mobilization Theory. *American Sociological Review*, 49, pages 583 à 600.

<sup>695</sup> Chiffres et archives publiés par le ministère de la justice.

<sup>696</sup> « Le concept de structure des opportunités politiques (SOP) rend compte de l'environnement politique auquel sont confrontés les mouvements sociaux, et qui peut selon la conjoncture exercer une influence positive ou négative sur leur émergence et leur développement », FILLIEULE, O. MATHIEU, L. et PECHU, C. (2009). *Dictionnaire des mouvements sociaux*. SciencesPo les presses.

<sup>697</sup> KITSCHOLT, H. (1988). Organization and Strategy in Belgian and West German Ecology Parties. *Comparative Politics*, 20.

**383. *Opportunités politiques.*** La notion d'*opportunités politiques* a son importance, dans la mesure où avec l'environnement des mouvements sociaux et les media, elle fait partie des points de convergence entre les sociologues des *Nouveaux Mouvements Sociaux*. Ce sont ces différents points qui sont analysés dans cette thèse pour comprendre comment l'action des avocats peut être étudiée comme étant soit un instrument privilégié dans le *répertoire d'action collective* de groupes mobilisés, soit comme un groupe lui-même capable de se mobiliser et de soutenir un mouvement social, dans un pays où la meilleure stratégie à adopter pour une action collective est celle de la confrontation.

384. En résumé, Les dernières décennies sont le théâtre d'importants changements structurels de nos sociétés industrialisées qui passent d'un schéma *capitaliste* à une figure *post-capitaliste*. Cette transformation est comparable à celle connue lors de la Révolution industrielle au XIX<sup>e</sup> siècle puisqu'il s'agit d'une nouvelle révolution dite *informationnelle* ou *numérique*. Ces changements, issus d'une critique de la société capitaliste traditionnelle et de nouveaux moyens d'actions favorisés par les technologies de l'information et de la communication permettent l'émergence de *Nouveaux Mouvements Sociaux*. Les théories classiques du *collective behavior* et de la *mobilisation des ressources* ne parviennent pas à expliquer ces *Nouveaux Mouvements Sociaux*. Elles sont fondées sur une analyse *capitaliste* de rapport de classes. Au contraire, les *Nouveaux Mouvements Sociaux* s'inscrivent dans un changement de valeurs du public qui s'éloigne des instances représentatives traditionnelles comme les syndicats ou les partis politiques, eux aussi fondés sur un schéma qui semble dépassé. Ces valeurs sont conçues sur l'individu, sur son identité, ou sur des thèmes plus généraux comme l'environnement. Les luttes nouvelles qui émergent de ces transformations ont finalement tendance à s'institutionnaliser. Il existe donc un effet cascade : les changements structurels de la société entraînent une évolution des mouvements sociaux qui eux-mêmes aboutissent à l'apparition d'une nouvelle forme de militantisme au sein de la profession d'avocat qu'il convient maintenant d'identifier.

Il est possible de comparer ces premières évolutions avec la profession, qui parallèlement inscrit également l'individu au cœur de sa défense militante contemporaine.



## **Section 2 : Défense de l'individu au sein du barreau contemporain.**

385. Les causes défendues par la profession d'avocat changent en même temps que les transformations de la société permettent l'émergence de nouvelles formes de mouvements sociaux. C'est en fait tout l'exercice de la profession d'avocat qui se transforme au cours de la seconde moitié du XX<sup>e</sup> siècle et du début du XXI<sup>e</sup> siècle. Cette *nouvelle profession* doit faire face à des enjeux inédits (Sous-Section 1) et favorise le développement d'une nouvelle forme de militantisme dans la profession (Sous-Section 2).

### **Sous-Section 1 : La transformation du barreau.**

386. L'identité unique de la profession d'avocat, qui compose ce que Lucien Karpik appelle le *barreau classique* et qui émerge aux XVIII<sup>e</sup> et XIX<sup>e</sup> siècles existe-t-elle encore aujourd'hui ? Depuis les années 1950, le barreau français connaît de grands bouleversements qui changent considérablement l'image de la profession, notamment par le biais des nouvelles technologies qui présentent des questionnements éthiques inédits (Paragraphe 1). A côté de ces transformations de l'exercice du métier même, apparaissent des changements structurels dus à la forte augmentation du nombre d'avocats (Paragraphe 2). Ces mutations doivent être étudiées afin de comprendre quelle est la profession d'avocat aujourd'hui, profession dans laquelle se développe une forme nouvelle de militantisme qu'il s'agira d'identifier.

#### **Paragraphe 1 : Influence des nouvelles technologies et respect des règles déontologiques.**

387. Les mutations du barreau répondent à deux autres problématiques contemporaines de la profession, celle de l'influence des nouvelles technologies dans un contexte de dualisation du barreau (A) et de la conciliation de ces nouvelles pratiques avec les règles déontologiques (B).

A) L'influence des nouvelles technologies.

**388. Dualisation du barreau.** Depuis la seconde moitié du XX<sup>e</sup> siècle, la profession doit s'adapter au contexte global de la mondialisation et de l'augmentation des pratiques concurrentielles dans toutes les activités économiques, ainsi qu'à un phénomène de judiciarisation des rapports sociaux<sup>698</sup>. Le droit inondant de plus en plus de domaines, les avocats sont forcés de se spécialiser, si ce n'est officiellement, au moins dans les faits<sup>699</sup>. Ainsi, sur les quatre barreaux étudiés dans cette thèse, seuls 21% des avocats interrogés se définissent comme *généralistes*<sup>700</sup>. Parmi ces spécialisations de fait, 29% le sont dans un droit qu'il est possible de qualifier d'*économique*<sup>701</sup>, avec une différence notable pour le Barreau de Paris où ce chiffre atteint 42,2%, soit pratiquement un avocat sur deux. *A contrario*, le barreau, dans sa forme classique, n'a donc pas disparu. Actuellement, il semble plutôt qu'il en coexiste deux formes : celui qui se compose d'avocats ayant comme clients des sociétés et celui qui se compose d'avocats ayant comme clients des particuliers, avec entre les deux toute une fourchette de situations intermédiaires. Ainsi, aux antipodes, Lucien Karpik oppose les avocats d'affaires évoluant dans des grandes firmes – principalement des fiscalistes – et en face des avocats de particuliers, artisans ou petits patrons, principalement des pénalistes<sup>702</sup>. Les pratiques ne sont pas les mêmes, les premiers ne se rendent presque jamais au palais de justice et lorsqu'ils fréquentent des juridictions, ce sont les juridictions administratives ou commerciales. Les avocats conseillers d'entreprises ne font même plus de contentieux, ils pratiquent la négociation et la recherche du consensus<sup>703</sup>. Ils se retrouvent principalement au Barreau de Paris ou dans un barreau d'Ile-de-France et ont une dimension internationale du point de vue des relations qu'ils entretiennent avec leurs clients et partenaires<sup>704</sup>. Ils sont de

---

<sup>698</sup> COMMAILLE, J. et DUMOULIN, L. (2009). Heurs et malheurs de la légalité dans les sociétés contemporaines. Une sociologie politique de la judiciarisation. *L'année sociologique* 2009/1 (Vol.59).

<sup>699</sup> Sondages réalisés entre 2015 et 2016 sur un échantillon de 100 avocats pour chacun des quatre barreaux suivants : Paris, Toulouse, Nantes et Reims.

<sup>700</sup> Moyenne générale sur les quatre barreaux avec néanmoins une différence notable pour le barreau de Toulouse où ce chiffre tombe à 9%.

<sup>701</sup> Droits commercial, immobilier, des sociétés, international, économique et propriété intellectuelle.

<sup>702</sup> KARPIK, L. (1995). *Les avocats. Entre l'Etat, le public et le marché, XIII<sup>e</sup>-XX<sup>e</sup> siècle*. Paris : Bibliothèque des sciences humaines, Gallimard.

<sup>703</sup> ROPARS-FURET, A-C. HERBET, J. et POUX, I. (2020). MARL. Table ronde d'avocats affairistes. *Les Cahiers de la Justice*. Numéro 3.

<sup>704</sup> BARSZCZ, C. (2012). La typologie de la profession d'avocat : l'exemple des avocats d'affaires. *Pouvoir*. Numéro 140, pages 21 à 32.

plus en plus représentés dans les instances ordinales au détriment des avocats du judiciaire qui restent, cependant, toujours majoritaires.

**389. Remise en question du désintéressement.** Dans une société qui se libéralise, le désintéressement – abordé précédemment – est fortement remis en question. Il est pourtant la condition pour devenir porte-parole du public, ce statut permettant lui-même d’accéder aux fonctions politiques. L’ouverture de la profession au marché, l’internationalisation de celui-ci et l’intérêt croissant des avocats pour le domaine des affaires interroge ce principe et contraint l’Etat (à travers des dispositions législatives) ou les institutions représentatives de la profession (avec le RIN<sup>705</sup> notamment) à réguler ce marché<sup>706</sup>. Outre la branche substantiellement économique de l’exercice de la profession, ce sont tous les domaines qui sont touchés par cette logique affairiste<sup>707</sup>, même s’il est vrai que ce processus est moins profondément marqué en France que dans les autres pays européens, sans doute grâce à la culture de l’Hexagone<sup>708</sup> et à la pratique de la profession<sup>709</sup>. La France est un pays moins libéral que ses voisins européens, avec une identité plus sociale et une action corporatiste importante de la profession<sup>710</sup>.

390. Cette logique affairiste ne se retrouve pas qu’au niveau des praticiens, c’est une réelle politique de managérialisation qui est mise en place dans toute la société<sup>711</sup> et la Justice n’échappe pas au mouvement général plus soucieux d’efficacité et de transparence<sup>712</sup>. Les avocats et les magistrats participent grandement à la modernisation de la justice en France, réputée être une institution difficilement accessible et lente, mais doivent pour cela changer leurs habitudes. La réduction des délais dû à la dématérialisation des échanges et à la plus grande rapidité des recherches juridiques, l’imposition de normes de productivité, la réponse urgente faite à toutes les sollicitations de la justice, permettent de répondre à des attentes sociales relayées par les media et les politiques<sup>713</sup>. La dématérialisation est également la garantie d’une certaine fiabilité, notamment du point de vue des dates qu’il est plus facile de

---

<sup>705</sup> Règlement Intérieur National de la profession d’avocat.

<sup>706</sup> HARNAY, S. (2013). *Régulations professionnelles et pluralisme juridique : une analyse économique de la profession d’avocat*. Rapport pour le GIP Mission de recherche Droit et Justice.

<sup>707</sup> DEZALAY, Y. (1992). *Marchands de droit : La restructuration de l’ordre juridique international par les multinationales du droit*. Paris : Fayard.

<sup>708</sup> CHOPIN, T. (2006). La France, l’Europe et le libéralisme. *Commentaire*. Numéro 115, pages 669 à 678.

<sup>709</sup> PANDELON, G. (2019). *Le métier d’avocat en France*. Que sais-je ? Presses Universitaires de France.

<sup>710</sup> HAUPT, H-G. (1995). *Histoire sociale de la France depuis 1789*. Maison des Sciences de l’Homme.

<sup>711</sup> CHAPPOZ, Y. et PUPION, P-C. (2012). Le New Public Management. *Gestion et management public*. Numéro 2, pages 1 à 3.

<sup>712</sup> BASTARD, B. et MOUHANNA, C. (2007). *Une justice dans l’urgence. Le traitement en temps réel des affaires pénales*. Paris : PUF.

<sup>713</sup> *Ibid.*

certifier. Les messageries rendent possible une meilleure conservation des échanges et permettent des économies conséquentes : les activités sont moins chronophages, demandent moins de personnel et les déplacements sont réduits<sup>714</sup>. Les interactions entre confrères permettent de donner, véritablement, une dimension nationale, voire internationale, à la profession, ce qui motive d'ailleurs la création du Conseil National des Barreaux au début des années 1990. A une échelle plus personnelle, le développement des réseaux sociaux permet – il s'agira de l'aborder dans la seconde partie de cette thèse – une plus grande solidarité entre les praticiens, il existe par exemple de nombreux groupes sur *Facebook* ou des *mailing-list* où les consœurs et confrères peuvent se poser des questions pratiques les uns aux autres<sup>715</sup>. Nous verrons alors à quel point ces nouveaux outils et pratiques sont efficaces en termes de militantisme. Pareillement, internet révolutionne la recherche juridique, toutes les informations s'y trouvent, il n'est plus indispensable de se rendre dans une bibliothèque ou d'en constituer une au sein des cabinets.

391. Cependant cette modernisation a un effet boomerang sur les professionnels en termes de disponibilité accrue, de stress, de concurrence de la legaltech<sup>716</sup> et de qualité des décisions rendues par les juridictions et des conclusions produites par les avocats. Les juridictions rationalisent leur fonctionnement, au détriment parfois, du débat judiciaire<sup>717</sup>. Dans ce contexte, la logique concurrentielle est encore accrue par l'émergence des nouvelles technologies, notamment sur les nouveaux moyens de communication. Il devient difficile de séparer vie professionnelle et vie personnelle puisque l'avocat est joignable partout et tout le temps. Il doit se rendre disponible afin de répondre aux sollicitations des confrères ou des clients. Il faut toujours aller plus vite pour être rentable et les nouvelles technologies permettent d'augmenter cette vitesse en même temps qu'elles aident à « toucher » plus de monde. La contrepartie de cette rapidité est que la demande des clients change. Ils deviennent plus exigeants. Ils veulent une réponse immédiate sur internet, ce qui augmente la concurrence entre les cabinets, qui doivent répondre dans des délais très courts. L'avocat doit se former à ces

---

<sup>714</sup> PIANA, D. (2019). La justice numérique : un panorama européen. *Les cahiers de la justice*. Numéro 2, pages 257 à 268.

<sup>715</sup> BASTARD, B. et MOUHANNA, C. (2007). *Une justice dans l'urgence. Le traitement en temps réel des affaires pénales*. Paris : PUF.

<sup>716</sup> La *legaltech* (en français, technologie juridique ou technologie au service du droit), notion issue de l'anglais : *Legal Technology*, fait référence à l'usage de la technologie et de logiciels pour offrir des services juridiques. Selon Régis de Boisé, le terme désigne les technologies qui permettent l'automatisation d'un service juridique, que ce soit au niveau du support (le document), du processus (la procédure) ou de la relation avec les professionnels du droit, directement accessibles par les justiciables.

<sup>717</sup> Ce point sera plus explicitement abordé dans la seconde partie de cette thèse.

nouvelles technologies et développer des doubles compétences<sup>718</sup>. Or cette demande d'instantanéité est parfois en contradiction avec les exigences de la profession. Être avocat, c'est exercer un métier intellectuel. La construction d'un bon raisonnement juridique prend du temps. La multiplication des échanges peut avoir un effet fâcheux puisqu'elle oblige à rendre compte de ces dialogues sur lesquels les parties pourront tirer des arguments ou des preuves à l'appui de leur point de vue.

392. Présentées ici pour comprendre de manière plus générale l'évolution contemporaine de la profession, ces transformations de l'exercice du métier d'avocat font l'objet d'approfondissements dans la seconde partie de cette thèse puisqu'elles favorisent l'émergences de nouveaux outils militants<sup>719</sup>.

#### B) La conciliation de nouvelles pratiques avec les règles déontologiques.

**393. Nouvelles technologies et déontologie.** Face aux problématiques de la dualisation de la profession et de l'émergence des nouvelles technologies, se retrouve la question de l'éthique déjà abordée précédemment et qui est en quelque sorte le garde-fou des pratiques des professionnels dans l'exercice changeant de leur métier. Elle prend une place capitale dans les enjeux actuels que rencontre la fonction. Notamment dans les programmes des écoles de formation. Être avocat, reste donc une identité singulière, même face à la managérialisation. Elle doit composer avec l'essence de ce qui a construit sa pratique : sa culture et ce même si ces règles ne suffisent pas toujours à donner des réponses claires à toutes les questions quotidiennes et aux dilemmes éthiques qui peuvent se poser à la profession<sup>720</sup>. Les déviances éthiques dépendent souvent de la clientèle rencontrée selon le domaine d'activité<sup>721</sup>. Se retrouve donc cette dichotomie entre barreau judiciaire et barreau d'affaire dans les sanctions et la déviance éthique rencontrée en fonction de l'organisation de l'exercice professionnel, de

---

<sup>718</sup> PORTMANNLE, A. (2017). Avocat du 21e siècle : un rapport provocateur veut bousculer la profession. *Dalloz Actualité*, le 27 octobre 2017.

<sup>719</sup> Voir le chapitre *Militer autour du droit, la mise sur agenda* de la présente thèse.

<sup>720</sup> GRANFIELD, R. et KOENIG, T. (2003). It's Hard to be Human and Lawyer : Ethical Ambiguity among Young Lawyers. *West Virginia Law Review*, 105, pages 495 à 524.

<sup>721</sup> ABEL, R. (2008). *Lawyers in the dock. Learning from attorney disciplinary proceedings*. Oxford : University Press.

l'économie et de la culture<sup>722</sup>. Ainsi, il existe des définitions différentes de ce qu'est le *bon avocat*, c'est-à-dire l'avocat responsable, des standards éthiques, avec des variations selon la clientèle et la perception du rôle de l'Ordre<sup>723</sup>.

**394. Porosité avec le monde politique.** L'émergence d'un barreau des affaires questionne également sur la porosité de plus en plus grande entre ce dernier et le monde politique. Le nombre de politiques qui se reconvertissent dans une seconde partie de carrière en entrant au barreau dans des cabinets d'affaire ne cesse d'augmenter et d'inquiéter. Se crée un *espace-frontière* auquel se presse plusieurs personnalités de premier rang, particulièrement des anciens ministres<sup>724</sup>. Cette porosité n'a néanmoins pas une grande incidence sur l'exercice du militantisme dans la profession. De fait, ces politiques qui intègrent le barreau, s'ils n'étaient pas déjà avocats avant d'entrer en politique<sup>725</sup>, choisissent très majoritairement de se spécialiser en droit des affaires<sup>726</sup>. Or, démonstration en a été faite, ce n'est pas cette branche du métier qui exerce une activité militante.

395. D'un point de vue plus global, la déontologie permet de maintenir une cohésion au sein de toute la profession. Même si le barreau a changé de visage ces dernières décennies, il reste le poids des traditions de la fonction (serment, port de la robe) qui permet de préserver un sentiment de corps au sein de la profession et au-delà du serment. Ce sont les règles rattachées à la déontologie qui permettent que se perpétue ce sentiment dans le temps, même des années après l'avoir prêté.

A côté de ces transformations de l'exercice du métier même, apparaissent des changements structurels dus à la forte augmentation du nombre d'avocats.

---

<sup>722</sup> LEVIN, L. et MATHER, L. (2012). *Lawyers in practice. Ethical Decision Making in Context*. Chicago : University of Chicago Press.

<sup>723</sup> RUDE-ANTOINE, E. (2014). *L'éthique de l'avocat pénaliste*. L'Harmattan.

<sup>724</sup> VAUCHEZ, A (2012). Elite politico-administrative et barreau d'affaire. *Sociologie d'un espace-frontière. Pouvoir*. Numéro 140, pages 71 à 81.

<sup>725</sup> Comme Robert Badinter par exemple, pour ne citer que le plus célèbre.

<sup>726</sup> VAUCHEZ, A (2012). Elite politico-administrative et barreau d'affaire. *Sociologie d'un espace-frontière. Pouvoir*. Numéro 140, pages 71 à 81.

Paragraphe 2 : L'accroissement du nombre d'avocats.

396. L'accroissement du nombre d'avocats s'explique à la fois par la forte attractivité de la profession et sa fusion avec d'autres professionnels (A) et par l'augmentation de la demande due à un phénomène de judiciarisation de la société (B).

A) Attractivité de la profession et fusion avec d'autres professionnels.

**397. Attractivité de la profession d'avocat.** La profession d'avocat est toujours l'une des plus attractives pour les jeunes diplômés en droit, eux-mêmes de plus en plus nombreux<sup>727</sup>. Il y a, en septembre 2019, 69 900 avocats inscrits dans les barreaux français<sup>728</sup>, avec une augmentation du nombre de 42% entre 2003 et 2013<sup>729</sup>. Cette explosion du nombre de praticiens, qui sont aujourd'hui majoritairement des femmes (55,1% en 2017)<sup>730</sup>, a nécessairement des conséquences structurelles sur l'exercice de la profession et notamment sur la forme des cabinets. Historiquement, l'avocat est un travailleur indépendant, donc solitaire. Or l'émergence du barreau des affaires favorise le développement de cabinets à exercice collectif<sup>731</sup> dont la formation pyramidale n'est plus nécessairement adaptée aux exigences issues de la legaltech<sup>732</sup>. Notamment parce que les clients refusent désormais que leur soient facturées des prestations effectuées par des collaborateurs et des stagiaires, exigeant l'intervention de l'associé. Il reste néanmoins – mention en a été faite précédemment – que cette forme d'organisation peut être favorable à l'engagement militant puisque même si les associés doivent se rendre des comptes les uns les autres, en pratique la mise en commun des bénéfices et la massification des affaires pouvant être traitées permettent de s'attarder sur des cas qui ne sont pas nécessairement rentables au premier abord.

---

<sup>727</sup> Ainsi, en 2012, le nombre d'étudiants en droit en France a dépassé la barre des 200 000 inscrits. HAERI, K. (2013). *Rapport sur la réforme de l'accès initial à la profession d'avocat*. Ordre des avocats de Paris.

<sup>728</sup> Chiffres avancés par le Conseil National des Barreaux, [www.cnb.avocat.fr](http://www.cnb.avocat.fr), [consulté le 3 avril 2020].

<sup>729</sup> Le Figaro. *Les avocats sont 42% de plus qu'il y a dix ans*. 5 février 2013.

<sup>730</sup> BABONNEAU, M. (2017). Rapport Haeri : un pas vers l'avocat du 21<sup>e</sup> siècle. *Dalloz Actualité*, le 3 février 2017.

<sup>731</sup> KARPIK, L. (1995). *Les avocats. Entre l'Etat, le public et le marché, XIII<sup>e</sup>-XX<sup>e</sup> siècle*. Paris : Bibliothèque des sciences humaines, Gallimard.

<sup>732</sup> PORTMANNLE, A. (2017). Avocat du 21<sup>e</sup> siècle : un rapport provocateur veut bousculer la profession. *Dalloz Actualité*, le 27 octobre 2017.



**398. Fusion avec d'autres professions.** Outre l'attractivité de la profession, la forte augmentation du nombre de ses membres est également due à sa fusion avec d'autres métiers aujourd'hui disparus, comme les conseillers juridiques en 1992 et les avoués en 2012. La disparition de ces derniers a des conséquences importantes sur l'exercice de la profession. Les avocats doivent désormais être plus vigilants pour ne pas voir leur responsabilité engagée sur les questions de procédure, notamment devant la cour d'appel<sup>733</sup>. Il est probable qu'à long terme, d'autres professions finissent par fusionner avec celle d'avocat, comme c'est le cas dans certains pays européens<sup>734</sup>, notamment avec la profession de juriste d'entreprise. Cette forte augmentation est une source d'inquiétude pour les avocats, notamment au Barreau de Paris, qui est le plus affecté par cet afflux<sup>735</sup>. Pourtant, il semble que la France soit un des pays d'occident où le nombre d'avocats par habitants est le plus faible (86 avocats pour 100 000 habitants en 2012, contre 300 avocats pour 100 000 habitants en 2000 aux Etats-Unis<sup>736</sup>). Cette accroissement du nombre de membres du barreau n'a pas de conséquences directes sur le militantisme de la profession, mais doit être mentionné pour comprendre les enjeux contemporains qui se présentent à cette dernière et la disparition du *barreau classique* tel que défini par Lucien Karpik<sup>737</sup>, réceptacle des formes de militantismes passés déjà identifiés.

L'accroissement du nombre d'avocats est aussi le fait d'une augmentation de la demande, conséquence d'une plus grande judiciarisation de la société.

#### B) La judiciarisation de la société.

**399. Judiciarisation.** L'augmentation du nombre de professionnels est compensée par un domaine d'activité qui ne cesse, lui aussi, de s'élargir avec le phénomène de *judiciarisation* qui touche l'ensemble de la société. Ce phénomène, qui théorise une réflexion sur les rapports entre légalité et pouvoir politique, tend à démontrer un changement significatif de la justice, du fait de nouveaux usages du droit, impliquant un nouveau rôle et un nouveau statut du juridique

---

<sup>733</sup> BASTARD. B. (2016). *Ethique et TIC. A quoi sert l'Ordre des avocats ?* Institut des Sciences sociales du Politique, Unité mixte de recherche 7220, CNRS.

<sup>734</sup> Par exemple en Allemagne où la distinction entre les notaires et les avocats n'existe pas.

<sup>735</sup> L'express. *Trop d'avocats en France ? La profession réfléchit à des solutions*. 6 décembre 2013.

<sup>736</sup> MOREAU, C. (2012). *Statistiques sur la profession d'avocat au 1er janvier 2012*. Ministère de la justice.

<sup>737</sup> KARPIK, L. (1995). *Les avocats. Entre l'Etat, le public et le marché, XIII<sup>e</sup>-XX<sup>e</sup> siècle*. Paris : Bibliothèque des sciences humaines, Gallimard.



par rapport au politique<sup>738</sup>. Le terme de judiciarisation recouvre également la propension à privilégier le recours aux tribunaux pour trancher des litiges qui pourraient être réglés par d'autres voies<sup>739</sup>.

400. Dans les années 1990, les premiers à parler de judiciarisation furent des élus ou grands chefs d'entreprises qui voient leur responsabilité engagée dans des affaires fortement médiatisées et qui pour se défendre ont recours à cette terminologie pour pointer du doigt ce qu'ils jugent comme étant une « *dérive des modes de régulation sociale et politique dont ils seraient les premières victimes* »<sup>740</sup>. Si le terme de judiciarisation est si difficile à définir, c'est qu'il coexiste autour de cette notion des significations nombreuses et variées :

« *La judiciarisation est une manifestation importante de la vie politique contemporaine (...) mais elle découle d'une diversité de causes, prend des formes différentes, et peut aboutir à des résultats tout à fait hétérogènes d'un système politique à un autre* »<sup>741</sup>.

401. Majoritairement, lorsque des auteurs font référence à la judiciarisation, ils l'entendent dans le sens d'une montée en puissance du pouvoir judiciaire au dépend des pouvoirs exécutif et législatif. Les acteurs dominants du jeu politique deviennent les professionnels du droit :

« *Les juges seraient davantage associés à la vie politique et à l'action publique selon une triple dimension : dans l'imposition de limites substantielles au pouvoir des institutions législatives, dans la définition du contenu même des politiques publiques et de leur mise en œuvre concrète, et enfin dans l'arbitrage de l'activité politique elle-même via la régulation de la compétition politique – à travers le financement des partis ou encore le traitement du contentieux électoral* »<sup>742</sup>.

---

<sup>738</sup> COMMAILLE, J. et DUMOULIN, L. (2009). Heurs et malheurs de la légalité dans les sociétés contemporaines. Une sociologie politique de la judiciarisation. *L'année sociologique* 2009/1 (Vol.59).

<sup>739</sup> Même s'il faut noter, dans certains domaines du droit comme le droit de la famille, une volonté politique de déjudiciarisation ces dernières années.

<sup>740</sup> DUMOULIN, L. et ROUSSEL, V. (2010). *La judiciarisation de l'action publique*. In GUIRAUDON, V. et BORRAZ, V. *Politiques publiques. Changer la démocratie*. Paris : presses de SciencesPo, chapitre 9, pages 243 à 263.

<sup>741</sup> WALTMAN, J. (1996). The global expansion of judicial power. *The American Political Science Review (Book Review : Comparative Politics)*. Volume 90, numéro 3, pages 684 à 685.

<sup>742</sup> FERREJOHN, J. (2002). Judicialization politics, politicizing law. *Law and Contemporary Problems*. Volume 65, numéro 3, pages 41 à 68.

Le politique se trouverait « *dépossédé, éventuellement sous l'effet de ses propres carences de ce qui appartiendrait à sa fonction naturelle au profit de juges qui ne seraient pas pleinement bien fondé à intervenir en la matière* »<sup>743</sup>.

**402. Tolérance zéro.** Un autre phénomène aux abords des années 2000-2010 favorise cette judiciarisation en France, en particulier dans le domaine pénal. Il s'agit de la politique de *zéro tolérance* d'influence nord-américaine et initiée en France sous le mandat du Président Nicolas Sarkozy et jamais remise en cause depuis. Cette stratégie policière est développée par le chef du NYPD, W. Bratton, à partir de 1994. Elle favorise le développement d'une politique visant à restaurer la loi et la sécurité en donnant une réponse systématique à tous les faits pénaux – aussi mineurs soient-ils – mettant en question l'ordre public<sup>744</sup>. En France, cette politique conduit à une disparition progressive des classements sans suite qui favorise l'émergence d'un grand nombre de contentieux qui ne serait pas entré auparavant dans la chaîne pénale<sup>745</sup>. Pour la matière pénale, il est possible de parler davantage d'*exécutivisation*<sup>746</sup> que de *judiciarisation* du fait de ce phénomène<sup>747</sup>.

403. Le droit est donc de plus en plus sollicité et les avocats, par voie de conséquence, davantage mobilisés. Cette extension des terrains mobilisables doit naturellement être rapprochée des développements portant sur les *Nouveaux Mouvements Sociaux* vus précédemment. Le droit est de plus en plus mobilisé et dans des domaines nouveaux au sein desquels de véritables initiatives juridiques peuvent être entreprises de la part des avocats. L'exercice de la profession change énormément depuis les dernières décennies. Si l'accès aux fonctions politiques n'est absolument plus privilégié pour les avocats, la judiciarisation de la société leur permet d'être sollicités afin de se mobiliser sur de nouveaux domaines, leur permettant de conserver leur statut de porte-parole du public. Cette nouvelle forme de militantisme doit maintenant être identifiée.

---

<sup>743</sup> DUMOULIN, L. et ROUSSEL, V. (2010). *La judiciarisation de l'action publique*. In GUIRAUDON, V. et BORRAZ, V. *Politiques publiques. Changer la démocratie*. Paris : presses de SciencesPo, chapitre 9, pages 243 à 263.

<sup>744</sup> WILSON, J. et KELLING, G. (1982). Broken Windows. The Police and Neighborhood Safety. *The Atlantic Monthly*. Numéro de mars.

<sup>745</sup> Sur ce point lire par exemple : MAILLARD (de), J. et LE GOFF, T. (2009). La tolérance zéro en France. Succès d'un slogan, illusion d'un transfert. *Revue française de Science Politique*. Numéro 4. Volume 59, pages 655 à 679. MOLENA, X. (2009). Tolérance zéro : du discours aux pratiques réelles. *Sciences sociales*.

<sup>746</sup> Sur ce thème lire par exemple : BEAUSSIER, A-L. (2016). Conclusion / Processus, idées et programmes politiques. *La Santé aux États-Unis*. Pages 223 à 230.

<sup>747</sup> Il faut néanmoins mentionner paradoxalement un phénomène de déjudiciarisation de certains domaines du droit, comme le droit de la famille.

## **Sous-Section 2 : Nouvelle forme de militantisme au sein de la profession d’avocat.**

404. En même temps qu’émergent les *Nouveaux Mouvements Sociaux*, les causes défendues par les avocats se transforment dans le même sens : les causes défendues portent sur l’individu (Paragraphe 1) dans des domaines où l’arsenal juridique est encore faible (Paragraphe 2).

### **Paragraphe 1 : L’individualisation des causes défendues.**

**405. Individualisation.** De fait, la profession – dans sa fonction militante – est également passée d’une finalité politique d’accès aux fonctions gouvernementales ou législatives, à un but plus idéologique de défense de causes, qui avec la *défense de rupture*, peuvent être politiques, mais vont surtout devenir individuelles, sur des sujets sociaux. Une transformation très nette de la profession s’opère de façon plus ou moins concomitante avec les modifications observées concernant les mouvements sociaux. Les changements intervenus dans la profession apparaissant antérieurement à ceux ressentis dans les actions collectives, puisque le processus semble déjà être observable avant la seconde guerre mondiale. De fait, de la fin du XIX<sup>e</sup> siècle à la veille de cette dernière – ce qui correspond *grosso modo* à la durée de la III<sup>e</sup> République – les avocats accèdent de façon privilégiée aux fonctions gouvernementales et législatives<sup>748</sup>. Ils sont surreprésentés au parlement et au gouvernement durant cette période avant d’intégrer une phase de *déclin* qui va conduire la profession à se réinventer notamment grâce aux avocats communistes. L’action *militante* de la profession quitte les institutions législatives ou exécutives pour retrouver les palais de justice à travers de nouvelles formes de plaidoiries – plus politique pour certaines (*défense de rupture* par exemple) – ou simplement fondées sur des valeurs idéologiques fortes : évolution des droits civiques, du droit de la famille, du droit des femmes, des étrangers, des personnes homosexuelles, de la gestation pour autrui, des droits de l’Homme de façon générale et en particulier des droits de la défense, de la santé, avancées bioéthiques et environnementales.

---

<sup>748</sup> GAUDEMET, Y-H. (1970). *Les juristes et la vie politique sous la III<sup>ème</sup> république*. Paris : PUF.

**406. Similitude de thèmes.** Aujourd'hui, il existe une similitude entre les principaux thèmes défendus par la profession d'avocat qui se définissent comme militants et les *Nouveaux Mouvements Sociaux*. Cependant il existe également une similitude dans les formes d'actions, notamment le recours aux media. Ce recours de plus en plus répandu s'explique lui-même concernant la profession d'avocat, par la perte de son accès aux fonctions gouvernementales et législatives. De fait, plus un groupe est proche des centres de décisions, moins il fera appel aux media pour relayer son mouvement<sup>749</sup>. Ainsi, le recours plus systématique aux media par la profession s'explique en partie par son éloignement des centres de décisions. Cette transformation a lieu au moment où Inglehart prouve que les citoyens, dans leurs actions collectives, cessent de faire confiance aux organisations traditionnelles (partis, syndicats) censées faire le lien entre eux et le pouvoir établi<sup>750</sup>. C'est également le rôle des avocats durant la III<sup>e</sup> République : celui d'avoir un statut privilégié de porte-parole du public, d'intermédiaire, dans la représentation politique entre les aspirations du peuple et les instances étatiques. Par conséquent, lorsque cette perte de confiance s'opère, ou plutôt lorsqu'il y a une prise de confiance de la population en ses propres compétences politiques – lui permettant d'intervenir sur ce champ sans intermédiaire – en même temps que les mouvements sociaux se modernisent et se sont politisent, la profession d'avocat est l'un des premiers acteurs à le ressentir et a doit elle aussi transformer son rapport aux mouvements sociaux. D'un point de vue temporel, plus que s'adapter, le barreau semble avoir été assez précurseur dans ce changement de cap des mouvements sociaux et dans la revendication de nouvelles aspirations plus modernes<sup>751</sup>.

## Paragraphe 2 : Des thèmes nouveaux et peu encadrés.

407. Les *Nouveaux Mouvements Sociaux* portent sur des thèmes pour lesquels peu de réflexions législatives sont entreprises (A). Il faut qu'émergent de nouvelles pratiques dans la profession pour qu'un arsenal juridique puisse se développer (B).

---

<sup>749</sup> NEVEU, E. (1996). *Sociologie des mouvements sociaux*. Paris : La découverte.

<sup>750</sup> INGLEHART, R. (2016). *The Silent Revolution : Changing Values and Political Styles Among Western Publics*. Princeton Legacy Library.

<sup>751</sup> Ou *progressistes*, mais ce serait partir du postulat erroné que toute la profession, et de façon plus générale, les juristes dans leur ensemble, travaille dans un sens unique.

A) La quasi-inexistence de textes encadrants.

**408. Nouveaux thèmes militants.** Toutes ces nouvelles causes qui se développent ces dernières décennies ont pour point commun de toucher majoritairement des domaines où le droit est peu encadrant des pratiques. Soit parce qu'elles touchent à des questions qui sont apparues avec l'apparition des nouvelles technologies (bioéthique, il a fallu par exemple attendre 1994 pour interdire formellement la gestation pour autrui en France) ou avec les conséquences des changements structurels de la société (droit de l'environnement), soit parce qu'elles touchent à des questions qui existent déjà au préalable, mais qui ne semblent pas problématiques. Dans la majorité des cas, parce qu'elles sont considérées comme étant des prérogatives privilégiées de l'exercice du pouvoir (droit pénitentiaire, droit des étrangers, garde à vue...). Ces nouvelles aspirations peuvent donc être qualifiées de *modernes* dans la mesure où elles affectent des thématiques pour lesquelles l'arsenal juridique est encore faible.

409. Ce constat est flagrant pour le droit de l'environnement, le droit des personnes homosexuelles ou encore le droit des étrangers. Nombre d'avocats s'engouffrent dans ces failles et se spécialisent sur ces thématiques nouvelles et intellectuellement innovantes :

*« Mais pourquoi est-ce que j'ai pris position sur ce sujet ? C'est d'abord parce qu'il y a peu de choses, il y a tout à construire. Donc, c'est passionnant intellectuellement par ailleurs. C'est humainement plus qu'intéressant, ça participe du progrès d'une société, donc ça, j'en ai conscience »*<sup>752</sup>. Avocate numéro 7, Barreau de Paris.

*« Vous avez ici des codes. Le premier est un code pénal que j'avais quand j'étais étudiant parce que dans le code pénal vous aviez l'ordonnance de 1945 concernant le droit des étrangers. A l'époque l'ordonnance de 1945 elle faisait 8-10 feuillets. Aujourd'hui, le droit des étrangers c'est un code à part entière. Ça a demandé une trentaine d'années d'engagement à partir de la fin des années 1970. Il n'y avait qu'une poignée d'avocats qui s'occupait du droit des étrangers. Il n'y avait même pas de droit des étrangers finalement, c'était la police des étrangers et quelques publicistes. Et puis en 1981, quand on a judiciaire la procédure, (...) s'est développé un contentieux*

---

<sup>752</sup> L'avocate explique pourquoi, dans les années 1990, elle a décidé de travailler sur la question des droits des personnes homosexuelles.

*nouveau, puisqu'à chaque fois qu'on gagnait sur le plan jurisprudentiel, le législateur essayait de contrecarrer, ce qui fait qu'on arrive à tous ces codes jusqu'à celui de 2015 ».* Avocat numéro 28, Barreau de Paris.

Cette quasi-inexistence de textes encadrants rend nécessaire le développement de nouvelles pratiques.

## B) La nécessité de développer de nouvelles pratiques.

**410. Transformation des pratiques militantes de la profession.** Les modes d'action changent donc en même temps que la profession d'avocat. Les intermédiations pluralistes ou corporatistes des intérêts, que les avocats peuvent porter en tant qu'élus, laissent place à des actions protestataires fondées sur des demandes formulées dans des termes surtout négatifs. Demandes que les avocats conduisent devant les tribunaux.

411. Dans un premier temps, les *Nouveaux Mouvements Sociaux* ne s'institutionnalisent pas. Ce sont des actions qui n'ont pas vocation à durer dans le temps et qui sont souvent limitées dans la défense d'une cause unique<sup>753</sup>. Dès lors, l'avocat est un instrument efficace dans le *répertoire d'action*<sup>754</sup> de ces groupes éphémères. Dans la mesure où ces groupes ne sont que temporaires, mais également parce qu'ils servent des intérêts moins collectifs que dans un conflit économique<sup>755</sup>, ils ne sont pas en mesure de négocier des demandes, ils ne peuvent pas offrir de concessions. Autrement dit, soit leur mouvement atteint son but complètement, soit il échoue complètement<sup>756</sup>. Le recours à la voie juridique risque ainsi de devenir fréquent, car il est finalement, souvent, le seul moyen de rendre ce combat gagné de façon définitive, de pouvoir aboutir à un changement sans compromis. L'enjeu n'est plus le conflit avec l'Etat en lui-même, mais plutôt une bataille d'opinion, avec un public à convaincre. De ce dernier point de vue, se retrouve la logique qui est celle de la *défense de rupture* où l'atout judiciaire devient central puisqu'il permet de mobiliser l'opinion et d'étendre le champ d'action à un public plus

---

<sup>753</sup> ZALD, M. et ASH, R. (1966). Social Movement organizations. *Revue Social Forces*, 44, pages 327 à 341.

<sup>754</sup> TILLY, C. (1978). *From mobilization to revolution*. Reading Mass. Menlo Park Californie London Amsterdam : Addison-Wesley.

<sup>755</sup> INGLEHART, R. (2016). *The Silent Revolution : Changing Values and Political Styles Among Western Publics*. Princeton Legacy Library.

<sup>756</sup> Ce qu'Inglehart qualifie de *finis ultimes*.

large avec des possibilités toujours plus étendues du fait de l'émergence de nouvelles formes d'actions issues du développement des droits fondamentaux constitutionnels et européens. La différence avec la *défense de rupture* tient à la fois dans les thèmes abordés et dans le fait que les procédures ne se fassent plus nécessairement contre le droit, mais au contraire par le droit. Ce phénomène explique également la place prise par les media dans l'émergence des mouvements sociaux et *a fortiori* dans le processus judiciaire<sup>757</sup>. Ce sont des instruments nouveaux de militantisme qui seront abordés dans la seconde partie de cette thèse<sup>758</sup>.

---

<sup>757</sup> DALTON, R. et KUECHLER, M. (1990) *Challenging the Political Order : New Social and Political Movements in Western Democracies*. USA : Oxford University Press.

<sup>758</sup> Voir le chapitre *Militer autour du droit, la mise sur agenda* de la présence thèse.

## **Conclusion de chapitre :**

412. Au cours des dernières décennies, le barreau français connaît des changements importants qui transforment profondément à la fois l'exercice du métier et l'identité de la profession. Le plus grand bouleversement – identitaire d'abord – est le développement d'un barreau affairiste à côté du barreau classique. Selon qu'un avocat appartienne à telle ou telle forme de barreau, l'exercice de son métier est complètement différent, ainsi que ses relations à la fois avec les institutions qui représentent les intérêts de la profession, mais également avec les formes de militantisme qui ont pu s'y développer. De fait le barreau affairiste est moins enclin au militantisme que le reste de la profession. Le barreau contemporain doit également faire face à de nouveaux défis structurels et pratiques dans l'exercice de la profession et dans l'organisation des cabinets, afin d'intégrer des transformations plus générales de la société dues à la *Révolution informationnelle* et au développement des nouvelles technologies qui ne sont pas sans poser des questions éthiques. Enfin, la profession doit gérer l'accroissement le plus significatif de son histoire du nombre d'avocats inscrits dans les barreaux français. Ces changements structurels et identitaires coïncident et répondent à des transformations de l'exercice du militantisme de manière globale, avec l'émergence des *Nouveaux Mouvements Sociaux* et plus spécifiquement au sein de la profession avec de nouvelles pratiques et de nouvelles causes défendues. Cette étude a donc permis de faire deux parallèles entre des transformations sociétales et des changements dans la pratique de la profession et surtout dans le militantisme qu'elle exerce. En même temps que la société passe d'un schéma *capitaliste* à un schéma *post-capitaliste*, de *Nouveaux Mouvements Sociaux* portés sur l'individu émergent, balayant l'ancienne conception des conflits fondée sur les rapports de classe. Parallèlement, la profession d'avocat, qui connaît également une rupture identitaire importante, s'est engouffrée dans de nouveaux domaines du droit pour la défense de causes individuelles et avec des pratiques nouvelles fondées notamment sur l'émergence des droits de l'Homme qu'ils soient garantis constitutionnellement ou conventionnellement. Ces droits supra-législatifs font de l'instrument juridique une arme redoutable contre l'Etat et non plus une arme de l'Etat. Par conséquent, la logique de lutte de classe disparaît d'un pan important du militantisme au sein de la profession pour laisser place à cette nouvelle forme contemporaine de militantisme, qui a encore du mal à être perçue comme telle par les professionnels qui l'exercent.



413. En résumé, les transformations que connaît la société française au cours du XX<sup>e</sup> siècle ont deux conséquences qui nous intéressent. D'abord elles changent la nature même des mouvements sociaux. Ensuite, elles entraînent pour la profession d'avocat une perte de son rôle de porte-parole du public acquis par un militantisme politique d'accès au pouvoir. Cette rupture dans l'histoire de la société et dans celle des mouvements sociaux et concomitante à une rupture dans la profession d'avocat qui voit des enjeux nouveaux et inédits se présenter à elle. Cette rupture favorise la disparition du *barreau classique* théorisé par Lucien Karpik, réceptacle des premières formes de militantismes identifiées. La partie non-affairiste du barreau contemporain exerce aujourd'hui une nouvelle forme de militantisme adaptée aux transformations connus par les mouvements sociaux. Comme ces derniers, le militantisme dans la profession d'avocat se porte désormais majoritairement sur des enjeux plus individuels et mobilisent les droits supra-législatifs.

## **Conclusion de partie :**

414. Cette première partie est l'occasion de démontrer l'existence de formes de militantismes dans la profession d'avocat. Ces formes sont d'abord définies (Titre 1), avant d'être identifiées (Titre 2). Elles sont définies dans un premier temps à travers les études menées depuis la fin du XIX<sup>e</sup> siècle sur les mouvements sociaux. Le but est de démontrer que la profession d'avocat est à la fois un groupe capable de se mobiliser et un instrument dans le *répertoire d'action collective* d'autres groupes qui sont déjà mobilisés. En reprenant les instruments utilisés pour définir l'action collective dans les théories du *collective behavior* et de la *mobilisation des ressources*, il est possible d'identifier une première forme de militantisme collectif au sein de la profession qui est politique. Il existe un parallèle qui peut être systématiquement fait entre les évolutions structurelles de la société française depuis la Révolution de 1789 et l'opportunité pour les avocats de se présenter comme des porte-parole privilégiés du public. Ce rôle est primordial pour qu'existe une forme de militantisme au sein de la profession. Or, lorsque la société française se retrouve bouleversée au XIX<sup>e</sup> siècle par des changements significatifs à la fois politiques (successions de révolutions et de régimes) et économiques (Révolution industrielle), le barreau français s'est structuré autour d'une culture propice à l'émergence d'une action collective dans un contexte politique et économique lui aussi enclin au développement de conflits sociaux. La logique est ici celle de la *lutte des classes* et l'avocat apparaît comme un intermédiaire efficace dans ce schéma. Capable de faire le lien entre la couche inférieure et la couche supérieure de la société, il devient un acteur politique privilégié, d'abord dans l'opposition puis au cœur même du pouvoir politique pendant la III<sup>e</sup> République. Il s'agit d'un militantisme ***d'accès au pouvoir politique***.

415. Après la Seconde guerre mondiale, cette première forme de militantisme semble s'essouffler lorsque les avocats perdent peu à peu leur rôle d'intermédiaire entre le public et le pouvoir et n'accèdent plus de façon privilégiée aux fonctions politiques. C'est à travers une autre forme de militantisme politique, cette fois-ci idéologique, que les avocats vont retrouver leur rôle de porte-parole du public dans la construction particulière du *Parti Communiste Français*. Toujours dans une logique de lutte des classes, l'aboutissement de cette nouvelle stratégie idéologique est la *défense de rupture* théorisée par Jacques Vergès. Le but du défenseur est de prouver que le droit, instrument de domination de l'Etat, n'est pas toujours

légitime dans un système où il est appliqué de façon trop stricte. Ce qui change à cette époque, ce sont surtout les pratiques des avocats avec une utilisation de plus en plus courante des media et de l'opinion publique au sein des tribunaux pour faire pression sur les juges. Il s'agit d'une deuxième forme de militantisme : ***pour changer l'idéologie politique.***

416. Si la *défense de rupture* reste encore aujourd'hui une référence dans la profession, les pratiques professionnelles changent et peu d'avocats se revendiquent actuellement de cette forme de militantisme. Au contraire, elle semble même décriée et rejetée et avec elle toute la notion de militantisme. Cette forme n'est pourtant plus celle qui définit le mieux l'exercice militant de la profession aujourd'hui. Cette dernière connaît d'importantes transformations depuis les années 1960, qui modifient sa structure militante. C'est en réalité toute la société et avec elle tous les mouvements sociaux qui mutent face à une nouvelle révolution, *informationnelle* ou *numérique*, qui change profondément la nature même des mouvements sociaux, qui sont désormais portés davantage sur l'individu que sur le collectif. Il s'agit des *Nouveaux Mouvements Sociaux*. A l'échelle de la profession d'avocat, les causes défendues changent dans le même sens et le militantisme devient individuel dans un contexte d'importantes transformations de l'exercice du métier. Aujourd'hui, l'identité du barreau mute, avec de nouveaux enjeux et de nouveaux combats dans des domaines individuels où très souvent l'arsenal juridique est faible ou inexistant. Cette nouvelle forme de militance est rendue possible grâce à la *Révolution informationnelle* et l'émergence de nouvelles technologies, mais également et surtout grâce à l'apparition et au développement à la suite de la Seconde guerre mondiale de droits de l'Homme mobilisables garantis constitutionnellement et conventionnellement. Le droit n'est plus une arme de domination de l'Etat, mais bien une arme contre l'Etat. L'avocat, dans ce contexte, devient un personnage militant de premier plan. Il s'agit d'un militantisme ***par le droit.***

417. La profession d'avocat correspond donc à une *organisation* douée d'une *vocation politique* capable de militantisme tant au niveau collectif qu'individuel. Il s'agit désormais d'en analyser l'exercice dans sa conception contemporaine, c'est-à-dire au sein de cette dernière forme de militantisme *par le droit* qui vient d'être identifiée.



## **PARTIE 2**



## **Partie 2 : La pratique du militantisme dans la profession d'avocat.**

*« Le droit est un outil susceptible de convaincre l'opinion et d'enrôler les institutions dans la défense d'une cause. Face à la répression, (...) le droit permet la résistance par le recours à un avocat, la confrontation à un magistrat, l'inscription dans une procédure judiciaire »<sup>759</sup>.*

418. Cette réflexion de Liora Israël, qui met en exergue l'inscription sociale de la règle juridique, qui suppose le droit comme une arme, ne va pas forcément de soi *a priori*. En substance, le droit est tout l'inverse de la contestation, c'est l'édiction d'une règle de conduite « *La loi est ce qui circonscrit, régle, prescrit et proscri* »<sup>760</sup>, voire même, dans une vision *marxiste*, c'est un vecteur de domination. Bourdieu parle de *force du droit* assurant la reproduction des inégalités sociales<sup>761</sup>. Les exemples dans lesquels le politique utilise le droit pour lutter contre des mouvements sociaux sont nombreux, notamment en pénalisant certains comportements. Corrélativement, les droits de grève et de manifester sont très strictement encadrés. Néanmoins, paradoxalement, la reconnaissance de ces droits montre qu'il existe une liberté de contestation de l'autorité de l'Etat dans notre démocratie. Contester par le droit, c'est-à-dire retourner celui-ci contre l'Etat, est une forme de lutte possible. Le droit peut être opposé au pouvoir et ceci par l'intermédiaire des juges qui de par leur indépendance formelle à l'égard du pouvoir constituent des leviers d'actions sur lesquels les mouvements sociaux peuvent chercher à s'appuyer<sup>762</sup>. Richard Abel parle d'un usage du droit comme d'un bouclier, pour s'opposer à l'image du droit comme une épée. Selon lui, lorsque cet usage a des fins politiques, il est plus pertinent quand il s'agit de se protéger contre des atteintes aux libertés que lorsque l'objectif est d'en conquérir de nouvelles.

419. Quels sont les instruments qui permettent d'envisager le droit comme une arme ? Il s'agit de la question à laquelle nous allons tenter de répondre dans cette seconde partie.

---

<sup>759</sup> ISRAËL, L. (2009). *L'arme du droit*. Contester, SciencesPo les Presses, page 9.

<sup>760</sup> Ibid, page 17.

<sup>761</sup> BOURDIEU, P. (1986). La force du droit. Eléments pour une sociologie du champ juridique. *Actes de la recherche en sciences sociales*, 64.

<sup>762</sup> ABEL, R. (1998). Speaking law to power. Occasions for cause lawyering. In SARAT, A. et SCHEINGOLD, S. *Cause Lawyering: Political Commitments and Professional Responsibilities*. Oxford University Press.

L'usage de ces instruments n'a pas toujours un but militant et se confond parfois avec la stratégie « normale » de l'avocat. Néanmoins, ces instruments doivent être identifiés puisqu'ils représentent presque toujours un atout considérable dans son *répertoire d'action collective* pour l'avocat qui agit dans une stratégie qui se veut militante. L'étude dans cette partie n'est plus tant celle du militantisme en tant que tel, mais plutôt des armes, des instruments, qu'il a dans son *répertoire d'action collective*. Afin de les étudier, quatre thèmes méritent d'être approfondis et servent de support aux enquêtes de terrain effectuées pour identifier ces instruments<sup>763</sup>. Il s'agit de la réforme de la **garde à vue** du 14 avril 2011, de la place nouvelle de l'avocat en **droit pénitentiaire**, des contentieux qui apparaissent autour de la question de la **gestation pour autrui** et enfin de la position de la profession face aux lois dont l'objet est la **lutte contre le terrorisme**.

420. Ces quatre exemples servent de support afin de démontrer l'exercice de plusieurs actions militantes qui permettent un militantisme dans la profession. Ils sont donc mobilisés à plusieurs endroits dans les développements qui suivent. De fait, deux grands types d'actions militantes sont analysés dans cette partie. D'abord ceux qui permettent un militantisme en *coopération avec le politique*, puis ceux qui favorisent un militantisme en *opposition au politique* (que ce soit par le droit ou autour du droit). Ces deux formes principales d'actions se rencontrent à des moments différents dans le processus militant. Aussi, le choix est fait dans cette partie de suivre un plan chronologique qui parcourt ce processus de la **mobilisation** de la profession au **temps qui entoure le procès**. Ces différentes étapes rejoignent celles de la constitution d'un mouvement social abordées en introduction : de la *mobilisation* à la *mise en œuvre de ressources matérielles ou symboliques* en passant par le *développement d'une capacité organisationnelle*.

421. Aussi, le premier titre de la seconde partie de cette thèse est l'occasion d'étudier le temps de la mobilisation. Le militantisme en coopération avec le politique se rencontre à ce stade (Titre 1). Puis, le second titre de la cette seconde partie de thèse est dédié à l'étape qui

---

<sup>763</sup> De nombreux sujets auraient mérité une étude approfondie. La démarche fut de privilégier quatre thèmes qui permettaient d'étudier un large panel de situations dans lesquelles les avocats ont des rôles et des motivations différents et sont intervenus à des moments distincts. De fait, il apparaissait nécessaire de sélectionner un thème pour lequel les avocats étaient à l'origine de la mobilisation, un autre où ils ont été sollicités par un acteur extérieur et un autre encore où cette mobilisation fut en quelque sorte subie. Parallèlement, il était probant de choisir des sujets d'études pour lesquels l'action collective est en cours et des sujets pour lesquels elle est terminée afin d'en mesurer les conséquences sur le long terme. Enfin, il semblait pertinent de retenir des actions qui furent courtes pour les opposer *a contrario* à des actions qui se sont inscrites dans le temps. Afin de prendre en considération ces différentes situations, tous les contentieux du droit du travail et du droit des étrangers ont dû être écartés afin de privilégier des thématiques de droit pénal et de droit de la famille.



suit la mobilisation et qui mène au procès. Le militantisme se fait à ce niveau en opposition au pouvoir politique, que ce soit par le droit ou autour du droit (Titre 2).

## **Titre 1 : Se mobiliser et être mobilisé collectivement.**

422. Il s'agit dans ce titre d'analyser le commencement de l'action militante des avocats, c'est-à-dire la *mobilisation*, en distinguant deux hypothèses : soit lorsque l'initiative d'une mobilisation leur revient sur des sujets qui concernent directement l'exercice de leur profession ou indirectement la conception de la Justice qu'ils défendent (Chapitre 2), soit lorsqu'ils sont sollicités par un acteur extérieur au barreau (Chapitre 1).

## **Chapitre 1 : L’avocat qui est mobilisé.**

423. L’avocat peut être mobilisé, soit parce que son rôle d’intermédiaire entre le public et le pouvoir en fait un acteur de coopération du politique (Section 1), soit parce qu’il constitue un instrument dans le répertoire d’action collective d’un groupe ou d’une personne qui se mobilise (Section 2).

## **Section 1 : Militer en coopération avec le politique.**

424. Souvent négligé et pourtant central, le rôle politique des avocats se fait souvent non pas contre le politique mais en coopération avec celui-ci. Les avocats – et plus largement les juristes – comme groupe préconstitué sont facilement mobilisables par une structure politique souhaitant une expertise sur une question juridique. Il est fréquent que des juristes soient sollicités en amont d'un projet législatif afin qu'un rapport soit rendu. Il existe également des *think tanks*<sup>764</sup>, au premier rang desquels en France se retrouve le *Club des juristes* dont plusieurs avocats sont membres. Le rôle politique des avocats se fait ici au préalable d'un projet législatif qui se veut réformateur sur une question posée.

425. Le politique et le juriste ne sont pas deux personnages très éloignés historiquement et philosophiquement parlant. Ce constat est d'autant plus vrai pour l'avocat, puisqu'il est commun qu'il porte cette double casquette. S'il est vrai que l'Assemblée constituante de 1789 compte de très nombreux avocats comme députés, cette théorie se vérifie surtout avec la III<sup>e</sup> République, justement renommée par Yves-Henri Gaudemet<sup>765</sup> *République des avocats*. Une majorité de ses acteurs sont des avocats, à l'image de Léon Gambetta, de Vincent Auriol ou encore de Jules Ferry. Gilles le Béguec explique cette place dominante de la profession dans le personnel politique de la III<sup>e</sup> République d'une part par le déclin des anciennes classes dirigeantes de l'Empire et d'autre part par l'importance des réseaux sociaux entre membres du barreau<sup>766</sup>. Les avocats, qui maîtrisent l'apprentissage de la parole publique deviennent le symbole de la III<sup>e</sup> République : bourgeoise et libérale.

426. Comment le barreau a-t-il pu ainsi s'émanciper du politique, au point qu'il a opéré un retournement de situation pour lui-même influencer le monde politique ? Reprenons, pour comprendre ce qui va suivre, l'analyse déjà abordée de Lucien Karpik<sup>767</sup>. Il met en exergue trois formes de barreaux en France, correspondant à trois types de relations entre la profession d'avocat, l'Etat, le public et le marché dans le temps. L'ancien barreau d'abord, dépendant des

---

<sup>764</sup> Un *think tank* (anglicisme), groupe de réflexion ou laboratoire d'idées (en français) est un regroupement d'experts au sein d'une structure de droit privé, indépendante de l'État ou de toute autre puissance, et en principe à but non lucratif. L'activité principale d'un *think tank* est de produire des études et d'élaborer des propositions, le plus souvent dans le domaine des politiques publiques et de l'économie.

<sup>765</sup> GAUDEMET, Y.-H. (1970). *Les juristes et la vie politique sous la III<sup>e</sup> République*. Paris : PUF.

<sup>766</sup> LE BEGUEC, G. (2003). *La république des avocats*. Paris : Armand Collin, L'histoire au présent.

<sup>767</sup> KARPIK, L. (1995). *Les avocats. Entre l'Etat, le public et le marché, XIII<sup>e</sup>-XX<sup>e</sup> siècle*. Paris : Bibliothèque des sciences humaines, Gallimard.

Parlements, participant au pouvoir royal, mais seulement de façon indirecte, par le biais de ces Parlements. Vient ensuite le barreau dit *classique*, à partir du XVI<sup>e</sup> siècle, indépendant à l'égard de l'Etat, avec un bâtonnier élu et des représentants : « *ces institutions vont donner corps à un groupe, qui, progressivement, s'autonomise du pouvoir, et développe une culture professionnelle, mêlant principes régulateurs généraux et obligations spécifiques* »<sup>768</sup>. L'avocat est détaché de l'Etat et du marché, il est désintéressé et c'est ce désintéressement qui en fait un acteur fondamental dans le jeu politique, qui lui donne une autorité, une légitimité. Enfin, vient l'époque de l'apogée du barreau dit *libéral* au XIX<sup>e</sup> siècle après que la figure de l'avocat jouant du droit comme d'une arme contre le pouvoir se soit constituée à l'époque des Lumières. Elle le fait notamment par le biais de la célèbre affaire Calas, dans laquelle Voltaire a su mobiliser la profession (et notamment l'avocat Elie de Beaumont) pour porter les intérêts de ce protestant toulousain. Voltaire et Elie de Beaumont sont les précurseurs de ce qui est devenue la tradition moderne de « l'affaire » par une double mobilisation : usage du droit et appel au public. Le procès devient l'occasion de dénoncer un scandale en construisant une cause plus générale<sup>769</sup>.

427. L'avocat, donc, quand il n'est pas lui-même politique, développe des instruments pour tenter d'influencer le fonctionnement de l'Etat, notamment par des écrits : il s'agit de l'émergence de l'*avocat politique*, porte-parole du public par le biais des mémoires qui permettent aux barreaux, d'après Lucien Karpik, de se faire *mouvement politique*. Ces mémoires sont en faveur des réformes et contre les iniquités.

428. Cette idée de mouvement politique théorisée par Karpik, renvoie à la notion également développée dans la première partie de cette thèse de *mobilisation des ressources*<sup>770</sup> et à ses trois dimensions<sup>771</sup>. Ces dernières nous intéressent dans les développements qui vont suivre puisque chacune d'entre elles constitue un instrument militant à travers des acteurs distincts : media, magistrats, barreaux et politiques et à travers la mobilisation du *répertoire d'action collective* de la profession. Avec l'augmentation des moyens de communication, le répertoire est devenu national puis supranational, technique et différents modes d'actions

---

<sup>768</sup> ISRAËL, L. (2009). *L'arme du droit*. Contester, SciencesPo les Presses, page 49.

<sup>769</sup> CLAVERIE, E. (1994). Procès, affaire, cause. Voltaire et l'innovation critique. *Politix*. Numéro 26.

<sup>770</sup> Pour rappel : expression qui sert à désigner un « *courant d'analyse sociologique qui a contribué d'une manière décisive au développement des travaux sur les mouvements sociaux d'abord aux Etats-Unis puis au plan international* ». Définition : FILLIEULE, O. MATHIEU, L. et PECHU, C. (2009). *Dictionnaire des mouvements sociaux*. SciencesPo les presses.

<sup>771</sup> *Classique, économistique et politique*. Ces visions ont été développées dans la première partie de cette thèse, Titre 1, Chapitre 1, Section 1 *Le militantisme comme forme d'action collective capable d'aboutir à un mouvement social*.

peuvent être utilisés pour porter différentes demandes, par différents acteurs et dans différents lieux. La coopération avec le politique est la première forme d'action, de négociation.

429. Il s'agit donc dans ce présent chapitre d'étudier comment les avocats peuvent militer en coopération avec le politique. Notamment, la position encore privilégiée de l'avocat sur la scène publique et son statut d'expert dans une matière technique en fait un interlocuteur de choix dans une réflexion de politique publique (Sous-Section 1), même si l'avènement de nouvelles technologies démocratise le savoir juridique ce qui remet en cause le quasi-monopole de la profession sur cette compétence (Sous-Section 2).

### **Sous-Section 1 : L'influence des avocats sur les politiques publiques.**

430. Historiquement, la profession d'avocat apparaît aux yeux du public et du politique comme experte dans un domaine technique. Profession de « sachants », elle est régulièrement mobilisée par les politiques qui ont soit besoin de conseils sur un point de droit technique, soit la nécessité de se rassurer sur l'éventualité de la censure d'une disposition par le Conseil constitutionnel. Deux corps peuvent alors être mobilisés : les instances représentatives de la profession (Paragraphe 2) ou des organismes moins institutionnels qui ont tendance à se développer comme les *think tanks* juridiques ou les associations de défense de droits (Paragraphe 1).

**Paragraphe 1 :** Les avis et recommandations des *think tanks* juridiques et des associations de défense de droits.

431. A côté des instances représentatives de la profession, d'autres acteurs composés tout ou partie d'avocats peuvent être mobilisés pour avis et recommandations par le pouvoir politique, notamment les *think tanks* juridiques (A) et les associations de défense de droits (B).

A) Le développement des *think tanks* juridiques.

« Les économistes ont réussi à mettre leur matière au cœur du débat public tandis que le droit, durant longtemps, n'intéressait les médias principalement que dans deux cas : les grands procès criminels et les réformes des professions juridiques ». Nicolas Molfessis, fondateur du *Club des Juristes*.

**432. Développement de *think tanks* juridiques.** L'avocat quand il n'est pas lui-même politique développe des instruments pour tenter d'influencer le fonctionnement de l'Etat afin de se faire – pour reprendre l'expression de Lucien Karpik – *mouvement politique*. Il y a une histoire ancienne dans la profession d'écriture de *mémoires* lorsqu'il semble nécessaire de dénoncer aux forces politiques une situation. C'est donc tout naturellement que se sont développés des *think tanks* juridiques.

433. Un *think tank* (*laboratoire d'idées* en français), n'est pas une association ou un syndicat. Son but premier est de faire des propositions. Il s'agit d'un groupe de réflexion (et non de pression) qui réfléchit à des questions de politiques publiques<sup>772</sup>. Les premiers groupes sont apparus aux Etats-Unis dans les années 1960 avant de se développer fortement en France depuis les années 2000. Ils sont souvent critiqués pour leur grande influence sur les pouvoirs publics<sup>773</sup>. La France est aujourd'hui le sixième pays au monde en nombre de structures de ce type<sup>774</sup>. Un *think tank* est donc un moyen moderne pour les avocats de se faire *mouvement politique*. En termes d'expertise juridique, le premier (du moins c'est comme cela qu'il se présente) *think tank* français est *Le Club des Juristes*, composé de juristes de professions diverses : magistrats de la Cour de cassation, du Conseil d'Etat, d'avocats ou encore de professeurs de droit. Il compte au total quarante membres et existe depuis 2007<sup>775</sup>.

434. *Le Club des juristes* s'est constitué autour de deux objectifs majeurs. Le premier est d'encourager le débat juridique et innover. De fait, il favorise la rencontre des différents acteurs du droit, des entreprises et de la politique. Des réflexions et des travaux sont lancés par

---

<sup>772</sup> Sur ce point, lire : KELSTRUP, J. (2016). *The politics of think tanks in Europe*. London ; New York : Routledge.

<sup>773</sup> Lire par exemple : LENGLET, R. et VILAIN, O. (2011). *Un pouvoir sous influence. Quand les think tanks confisquent la démocratie*. Armand Colin.

<sup>774</sup> JOUBAIRE, A-L. (2017). Les Think Tanks servent-ils à quelque chose ? *Stratégie*. Numéro du 2 octobre.

<sup>775</sup> Il existe d'autres *think tanks* juridiques comme *Le Cercle Montesquieu*, *Le Club d'Iéna*, *Le Club des métiers du droit*, le *Comité Jurem*, *Droit et croissance*, *Droit et démocratie*, *La Fondation pour le Droit continental*, *L'Incubateur du Barreau de Paris*, *L'Institut Aristoclès* ou encore *L'Observatoire de la Justice Pénale*.

le *Club* sur des thèmes d'actualité et ils aboutissent à des propositions innovantes et concrètes. Le second est de renforcer la place du droit dans le débat public et d'améliorer la compréhension des questions juridiques par tous. Partant du constat que les problématiques juridiques apparaissent trop souvent comme hermétiques, relevant d'un savoir spécialisé et réservé aux seuls initiés, le *think tank* essaie de favoriser la compréhension de l'actualité sociale, économique, politique et institutionnelle, par un éclairage juridique pertinent.

**435. Intérêt pour les avocats de participer à un *think tank*.** Deux objectifs donc pour les avocats lorsqu'ils participent à un tel groupement : un rôle de coopération avec le politique (encourager le débat juridique et innover) et un rôle médiatique (renforcer la place du droit dans le débat public et améliorer la compréhension des questions juridiques par tous). Sur le premier objectif, pour reprendre l'exemple du *Club des juristes*, il s'organise en commissions thématiques. A l'issue de réunions de ces commissions et d'entretiens avec des praticiens du droit, il propose des rapports d'études qui ont vocation à influencer les politiques publiques. Il se définit lui-même comme « *une force de propositions prospectives et innovantes* ». Le *Club* organise régulièrement des débats et des tables-rondes sur des thématiques d'actualité où sont invités les décideurs et des personnalités expertes sur des grands enjeux de société et juridiques. Il étend son influence par l'organisations de manifestations publiques comme des concours d'éloquence, des remises de prix ou encore grâce à l'organisation annuelle d'un Salon du livre juridique. Enfin, sur le second objectif, le *think tank* travaille à sa présence médiatique via des publications très régulières dans la presse généraliste, la presse juridique et à travers des communiqués de presse. Il a notamment un partenariat avec *Les Echos*, le *Huffington Post* ou encore *La Semaine Juridique*, ce qui permet à ses membres une visibilité importante.

**436. Sollicitations par les pouvoirs publics.** Ainsi, à travers les *think tanks* juridiques et en particulier le *Club des Juristes*, des avocats sont sollicités par les pouvoirs publics sur des questions juridiques dans une logique de coopération. Ils ont aujourd'hui une véritable influence sur la conception des politiques publiques qui peut se mesurer au regard du nombre d'articles qu'ils publient à propos de leurs rapports prospectifs, de leurs conférences mais surtout par l'étude de l'empreinte réelle de leurs propositions sur les projets de lois et sur les discours politiques. A titre d'exemple, un autre grand *think tank* juridique : *Le Cercle Montesquieu*, est sollicité en avril 2014 par la Chancellerie pour se positionner sur la réforme



Julien Ortin de la justice commerciale<sup>776</sup> et ses remarques sont prises en compte dans le projet final. *L'Association Henri Capitant* quant à elle<sup>777</sup>, est sollicitée très régulièrement sur les textes relatifs au droit des biens, des sûretés, des obligations ou des contrats spéciaux<sup>778</sup>. Certains – comme *Droit et Croissance* – sont reconnus d'utilité publique<sup>779</sup>, ce dernier participe notamment au projet de rédaction d'un code de commerce européen et n'hésite pas à interpeler le législateur sur de nombreux sujets comme récemment à propos des querelles idéologiques sur le rôle de l'entreprise afin d'améliorer leur gouvernance<sup>780</sup>. Une étude est également menée sur l'influence des *think tanks* sur les discours politiques, notamment lors de l'élection présidentielle de 2012 à l'occasion de laquelle de nombreux points de programme de candidats sont directement tirés d'études entreprises par des *think tanks*<sup>781</sup>.

**437. Retard des *think tanks* français.** De fait, si l'étude des *think tanks* juridiques français permet de mettre en avant leur influence sur les politiques publiques, ces structures françaises restent très en retard comparativement au poids des *think tanks* issus de pays de culture anglo-saxonne. Ainsi aux Etats Unis, chaque élection présidentielle est une nouvelle occasion de constater la place centrale prise par ces groupes dans le débat public<sup>782</sup>. Surtout, les pouvoirs publics préfèrent parfois à ces *think tanks* ayant une compétence générale, des associations – elles aussi composées de nombreux avocats – plus spécialisées sur certaines questions qui les intéressent.

#### B) Les associations de défense de droits.

**438. Les associations de défense de droits.** A côté des *think tanks*, qui ont des compétences générales, se retrouvent des associations spécialisées dans des domaines précis qui peuvent être également mobilisés dans un souci de coopération avec les pouvoirs publics. L'idée est toujours la même : lorsque les autorités publiques ont besoin d'un avis, d'un éclairage

---

<sup>776</sup> Dépêche LexisNexis du 03/04/2014 : <http://web.lexisnexis.fr/depeches-jurisclasseur/depeche/03-04-2014/06>

<sup>777</sup> Composée néanmoins majoritairement de professeurs d'université.

<sup>778</sup> <http://www.henricapitant.org> [consulté le 7 avril 2020].

<sup>779</sup> <https://droitetcroissance.fr> [consulté le 7 avril 2020].

<sup>780</sup> Article *Pour une véritable gouvernance d'entreprise en France* du 25 septembre 2019. <https://droitetcroissance.fr> [consulté le 7 avril 2020].

<sup>781</sup> BROOKES, K. et LE PENDEVEN, B. (2014). *L'Etat innovant : renforcer les think tanks*. Fondapol.

<sup>782</sup> *Ibid.*

ou d'une consultation sur un point de droit – parce qu'il projette une réforme – elles peuvent se tourner vers des associations d'avocats qui répondront à leurs sollicitations. Les études menées sur le terrain dans les domaines choisis révèlent que la grande majorité de ces associations constituées d'avocats sont plutôt des structures à taille humaine, fortement spécialisées et ayant pour but premier la création d'un réseau permettant une entre-aide entre confrères et consœurs travaillant dans un même domaine. Même lorsque ces associations indépendantes se présentent comme des relais permettant de promouvoir et de soutenir par tous moyens la défense d'une cause, force est de constater que leur sphère d'influence – quoi que non négligeable – dépasse rarement le strict cadre juridico-judiciaire à travers notamment la création de formations pour de jeunes avocats et la participation à des colloques universitaires ou internes aux professions judiciaires. Néanmoins, certaines associations composées très majoritairement d'avocats ont une influence plus grande, capable d'attirer l'attention des autorités publiques. Dans les domaines de recherche choisis, il est nécessaire de mentionner le travail de la *Section Française de l'Observatoire International des Prisons* (OIP-SF).

**439. L'Observatoire International des Prisons.** Créée en 1996, l'OIP-SF fait connaître l'état des conditions de détention en France, défend les droits et la dignité des prisonniers et contribue au débat public par un travail rigoureux d'éclairage et d'analyse des politiques pénales et pénitentiaires, au cœur des problématiques de notre société. Elle dispose du statut consultatif auprès des Nations unies. L'OIP-SF observe et informe sur les conditions de détention afin de favoriser un plus grand respect des droits fondamentaux en prison. Son travail d'observation s'effectue à travers des enquêtes de terrain. Son travail d'information est double, à la fois pour les personnes détenues et leurs droits ; et pour le public, grâce à son rapport sur les conditions de détention, sa revue *Dedans-Dehors*, son *blog Médiapart* et sa présence sur les réseaux sociaux<sup>783</sup>. L'analyse de l'activité de l'association montre une réelle influence sur les politiques publiques en matière pénitentiaire<sup>784</sup>. Outre les rapports et l'organisation d'états généraux sur les conditions de détention permettant de créer un débat public autour de ce qui reste un monde peu connu et empreint d'un certain fantasme – dans la mesure où la prison est par définition un lieu fermé au public – et d'alerter les pouvoirs publics sur ces conditions, l'OIP-SF a par exemple obtenu dans la grande réforme pénitentiaire de 2009 que l'interdiction des fouilles à nu systématique soit inscrite dans la loi. Plus récemment, à travers une Tribune

---

<sup>783</sup> <https://oip.org> [consulté le 17 octobre 2019].

<sup>784</sup> FERRAN, N. (2014). La personne détenue encore à la recherche de son juge en France. *Déviance et Société*. Numéro 4, pages 469 à 489.

publiée dans *Le Monde*<sup>785</sup> il a obtenu la libération anticipée de personnes détenues afin de réduire la pression carcérale et diminuer les risques de transmission de la Covid-19 en prison.

*« Malgré ses difficultés, l'OIP reste doté d'une légitimité forte. On a tout intérêt à passer par lui dans nos luttes et on a parfois l'écoute du pouvoir politique, c'est bien plus efficace que si nous militions individuellement ».* Avocate numéro 55, Barreau de Paris.

440. Au cas par cas, les enquêtes de terrain menées entre 2015 et 2019 auprès de certaines de ces associations permettent de relever de nombreuses sollicitations des représentants de ces structures notamment à l'occasion de l'étude de projets de loi en commission au Parlement. Les avocats représentants des associations spécialisées dans un domaine du droit sont régulièrement invités pour avis dans ces commissions<sup>786</sup>. C'est également vrai pour les instances représentatives de la profession<sup>787</sup>.

#### Paragraphe 2 : Les avis et recommandations des instances représentatives de la profession.

441. Le rôle théorique des instances représentatives de la profession est étudié dans la première partie de cette thèse. Toutefois, l'influence et le travail concret de ces instances doivent encore être démontrés. Le Conseil National des Barreaux et l'Ordre (A), ainsi que le Syndicat des Avocats de France<sup>788</sup> (B) tentent pour les quatre thèmes de recherche choisis d'influencer les politiques publiques en plus d'être eux-mêmes – comme les *think thanks* et les associations de défense de droits – sollicités régulièrement par les pouvoirs politiques pour avis.

---

<sup>785</sup> Le Monde. *Coronavirus : « Réduisons le nombre de personnes incarcérées pour de courtes peines ou en fin de peine »*. 19 mars 2020.

<sup>786</sup> Voir par exemple l'action de l'Association A3D concernant l'enquête sur le Covid-19 initiée par les parlementaires de la France Insoumise en avril 2020.

<sup>787</sup> Les avocats ne sont néanmoins pas les seuls juristes à être sollicités par les pouvoirs publics. Il est important de mentionner le rôle des professeurs d'université qui – sans qu'il soit possible de produire une cartographie de sollicitations – sont très souvent mobilisés notamment par les commissions parlementaires.

<sup>788</sup> Il est nécessaire de rappeler qu'il existe d'autres syndicats dans la profession d'avocat qui ont évidemment un rôle important de représentation de celle-ci. Le choix d'analyser seulement le SAF s'explique par son ancienneté et son poids, ainsi que par la transparence de ses actions puisque l'accès aux informations est plus évident que pour les autres syndicats.

A) L'influence du Conseil National des Barreaux et de l'Ordre sur les politiques publiques.

**442. Garde à vue.** Concrètement, l'influence du Conseil National des Barreaux et de l'Ordre sur les politiques publiques peut être démontrée à travers l'étude des rapports, avis et communiqués rendus pour les quatre thèmes envisagés.

443. Concernant la présence de l'avocat en garde à vue, lors de la procédure de réforme rendue nécessaire par les décisions de justice<sup>789</sup>, le Conseil National des Barreaux publie des propositions et contre-propositions à destination du législateur. Une fois la réforme aboutie, le Conseil National des Barreaux coopère avec le politique d'une autre manière : en se faisant le relai des dispositions de la réforme auprès des professionnels<sup>790</sup>. A cette occasion, le Conseil fait de nouvelles propositions à la Chancellerie concernant la rétribution des avocats en garde à vue<sup>791</sup>.

444. Le rôle de relai de l'Ordre, quant à lui, s'opère à deux niveaux. Dans un premier temps, selon son importance, il peut communiquer des remarques à la Chancellerie sur des projets de réforme. De ce point de vue l'Ordre des avocats de Paris apparaît comme un interlocuteur important, au même titre que le Conseil National des Barreaux. Ces communications prennent plusieurs formes : ce peut être par exemple une recommandation pour qu'une nouvelle disposition soit insérée à l'occasion d'une réforme, ce peut être également une mise en garde contre le risque d'une censure de dispositions par le Conseil constitutionnel ou le juge européen.

---

<sup>789</sup> Il s'agira d'aborder ces condamnations plus loin dans cette thèse. En résumé à ce stade, la procédure de garde à vue française fut doublement condamnée en 2010 : pour inconstitutionnalité par le Conseil constitutionnel (le 30 juillet 2010) et pour inconvencionnalité par la CEDH et la Cour de cassation (14 et 19 octobre 2010).

<sup>790</sup> Voir par exemple <https://archives.cnb.avocat.fr> [consulté le 21 mai 2019] : *Le décret d'application relatif à l'aide à l'intervention de l'avocat au cours de la garde à vue vient de paraître : revue de détail*. Accès au droit : actualités. 7 Juillet 2011.

Ou encore : *Rôle de l'avocat intervenant pendant la garde à vue : première définition en forme de vade-mecum à l'usage de la profession*. Liberté et droit de l'Homme : actualités. 27 Juillet 2011

<sup>791</sup> Le Conseil national des barreaux a examiné lors de son assemblée générale du 18 juin 2011, les dernières propositions du ministère de la justice relatives à la rétribution des avocats en matière de garde à vue et de rétention douanière. Il estime que l'enveloppe budgétaire consacrée au financement de la réforme est insuffisante pour permettre aux avocats de faire face aux nouvelles charges qui leur incombent tout comme la dotation budgétaire qui serait allouée aux barreaux par voie de conventions pour couvrir les frais de fonctionnement des services de permanences. Sur ce point voir : <https://archives.cnb.avocat.fr> [consulté le 21 mai 2019] : *Dernières propositions de la Chancellerie relatives à la rétribution des avocats en matière de garde à vue : la position du CNB*. Accès au droit : actualités. 17 juin 2011.

445. Dans un second temps, cette influence s'exerce davantage une fois la réforme entrée en vigueur. La décision de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation du 15 avril 2011 précipite l'entrée en vigueur de la loi de réforme<sup>792</sup> prévoyant la présence de l'avocat dès la première heure de garde à vue. Dès lors il est nécessaire pour les barreaux de s'organiser rapidement afin de permettre une application effective des nouvelles mesures. Les avocats se mobilisent pour être rapidement disponibles et présents dès la première heure de garde à vue. En pratique, les principaux barreaux et en particulier celui de Paris ont anticipé cette décision et se sont préparés au préalable pour faire face à l'accroissement de la demande d'avocat pour assister les gardés à vue « *C'est une hypothèse que nous avions anticipée. Elle est maintenant confirmée, nous allons faire face. Nous aurons les équipes de volontaires nécessaires pour assister les gardés à vue* »<sup>793</sup>.

**446. Droit pénitentiaire.** Concernant maintenant le milieu carcéral, l'Ordre des avocats de Paris interpelle régulièrement la Chancellerie sur les conditions de détention en France à travers plusieurs instruments. Le premier de ces instruments est le sondage réalisé auprès des français. Ainsi, à titre d'exemple le 20 juin 2018, le Barreau de Paris publie le résultat d'un sondage réalisé du 18 au 20 juin de la même année afin de rendre compte de la perception qu'ont les français de l'incarcération<sup>794</sup> et à la suite duquel Basile Ader le Vice-Bâtonnier déclare à l'adresse de la Chancellerie « *L'état de nos prisons est une honte pour notre société. Il existe des alternatives, il s'agit désormais de les mettre en œuvre* ». Le compte rendu du sondage est orienté et construit pour proposer une alternative au gouvernement. De fait, il souligne que les français sont majoritairement favorables au développement des Travaux d'Intérêt Général (TIG) pour les peines légères des délinquants les plus jeunes et le développement des prisons ouvertes où les personnes détenues peuvent circuler librement pendant la journée, avec des projets de réinsertion et de responsabilisation des personnes détenues. La démarche est donc pédagogique et ne s'articule pas seulement autour d'une critique des conditions dont se déroulent aujourd'hui concrètement les peines privatives de liberté en milieu carcéral. Cette approche se comprend d'autant plus que la perception de ce milieu reste

---

<sup>792</sup> Loi n° 2011-392 du 14 avril 2011 relative à la garde à vue.

<sup>793</sup> Déclaration de Maître Jean-Yves Le Borgne, Vice-Bâtonnier du Barreau de Paris, dans les colonnes du Journal Le Monde. *La réforme de la garde à vue entre en vigueur*. 15 avril 2011.

<sup>794</sup> Site de l'Ordre des avocats du Barreau de Paris, éditorial du 20 juin 2018 : *L'incarcération en France, un modèle perçu comme défaillant*. <http://www.avocatparis.org> [consulté le 27 mai 2019].

un sujet sociétal délicat où les conditions de détention comme les fonctions de la peine restent encore mal connues par la société civile et même souvent fantasmées.

447. Pour la garde à vue comme en milieu carcéral, l'Ordre a fait de la présence de l'avocat son principal domaine d'intervention auprès de la Chancellerie. Récemment encore, l'Ordre des avocats de Paris demande l'inscription du droit à un avocat dans la Constitution en complément de son article 66<sup>795</sup> à l'occasion du projet de loi constitutionnelle<sup>796</sup> pour une démocratie plus représentative, responsable et efficace<sup>797</sup>.

448. Sur les conditions de détention, l'action du Conseil National des Barreaux s'inscrit sur un double niveau : international et national. Sur le plan international et notamment européen, le Conseil National des Barreaux s'associe régulièrement avec les autres barreaux de l'Union Européenne pour alerter les pouvoirs publics sur les conditions de détention en opérant notamment des comparaisons entre les systèmes pénitentiaires dans le monde<sup>798</sup>. Sur le plan national, l'assemblée générale du Conseil adopte couramment des résolutions qu'elle soumet aux pouvoirs publics, notamment afin de prévenir la récidive, de promouvoir des mesures alternatives à l'incarcération et de garantir des conditions de détention dignes<sup>799</sup>.

**449. Défense des libertés fondamentales face à l'état d'urgence.** Pour ce qui est de la défense des libertés fondamentales face à l'état d'urgence, rapidement l'Ordre des avocats du Barreau de Paris s'inquiète des conséquences de la déclaration de l'état d'urgence en France et le signifie au Gouvernement à travers un communiqué de son bâtonnier Maître Pierre-Oliver Sur et de son vice-bâtonnier Maître Laurent Martinet. L'élément déclencheur de cette inquiétude est la notification du gouvernement français au secrétaire général du Conseil de

---

<sup>795</sup> Article 66 de la Constitution française du 4 octobre 1958 : « *Nul ne peut être arbitrairement détenu. L'autorité judiciaire, gardienne de la liberté individuelle, assure le respect de ce principe dans les conditions prévues par la loi* ».

<sup>796</sup> Les projets de lois pour une démocratie plus représentative, responsable et efficace sont des textes présentés par le gouvernement Édouard Philippe en mai 2018. Ils sont composés de trois textes, dont une révision constitutionnelle.

Ils portent sur les promesses de campagne d'Emmanuel Macron de réduire d'un tiers le nombre de parlementaires et d'instaurer une part de scrutin proportionnel aux élections législatives. Ils incluent d'autres mesures, comme la suppression de la Cour de justice de la République et l'incompatibilité de la fonction de membre du gouvernement avec un mandat exécutif local.

<sup>797</sup> Site de l'Ordre des avocats du Barreau de Paris, éditorial du 31 juillet 2018 : *DROIT À L'AVOCAT DANS LA CONSTITUTION : Le barreau de Paris demande une inscription dans la Constitution*. <http://www.avocatparis.org> [consulté le 27 mai 2019].

<sup>798</sup> Par exemple : Site du Conseil National des Barreaux, éditorial du 28 septembre 2017 : *Le CNB aux côtés de Prison Insider pour son premier anniversaire !* <https://www.cnb.avocat.fr> [consulté le 30 juin 2019].

<sup>799</sup> Voir par exemple : Site du Conseil National des Barreaux, éditorial du 13 septembre 2017 : *Pénitentiaire*. <https://www.cnb.avocat.fr> [consulté le 30 juin 2019].

l'Europe que l'instauration de l'état d'urgence est susceptible d'impliquer des dérogations aux obligations résultant de la Convention européenne de sauvegarde des libertés fondamentales et des droits de l'Homme. L'Ordre fait part de son inquiétude et prévient le Gouvernement qu'il sera particulièrement vigilant sur le respect des libertés individuelles lors des mesures prises au nom de l'état d'urgence :

*« Le Conseil de l'Ordre :*

*CONDAMNE les actes de terrorisme et marque à nouveau sa solidarité à l'égard des victimes de ces actes ;*

*RAPPELLE que la lutte nécessaire et légitime contre le terrorisme ne saurait se faire au prix d'un recul général des libertés pour tous les citoyens ;*

*AFFIRME en particulier que l'état d'urgence qui a été institué dans le but de lutter contre le terrorisme ne saurait être mis en œuvre à des fins différentes, notamment pour la poursuite des infractions de droit commun ;*

*PRECISE en particulier que les avocats seront vigilants sur le respect des droits individuels en matière d'assignations à résidence, perquisitions, gardes à vue, etc.*

*INSISTE sur le fait que les mesures prises dans le cadre de l'application de l'état d'urgence doivent pouvoir être soumises au contrôle du juge avec la garantie essentielle que constitue l'assistance d'un avocat »<sup>800</sup>.*

450. Le 28 janvier 2016, l'Ordre des avocats du Barreau de Paris franchit une nouvelle étape en proposant au Gouvernement et au Parlement un *pacte sur les libertés individuelles*. Il annonce également la création d'un *Observatoire des libertés* dont la mission est notamment de mesurer les atteintes aux libertés individuelles commises dans le cadre de la mise en œuvre de l'état d'urgence<sup>801</sup>. Pour Frédéric Sicard, bâtonnier de Paris :

*« Le président de la République a une occasion historique d'en finir avec l'antagonisme délétère entre sécurité et liberté. Nous lui proposons d'inclure dans la*

---

<sup>800</sup> Site de l'Ordre des avocats du Barreau de Paris, éditorial du 2 décembre 2015 : *Etat d'urgence : les avocats restent vigilants*. <http://www.avocatparis.org> [consulté le 21 juin 2019].

<sup>801</sup> Site de l'Ordre des avocats du Barreau de Paris, éditorial du 28 janvier 2016 : *Etat d'urgence*. <http://www.avocatparis.org> [consulté le 21 juin 2019].



*réforme de la constitution un habeas corpus à la française qui garantira une fois pour toutes les droits de la défense. Ce nouveau pacte des libertés individuelles permettra au gouvernement de légiférer plus rapidement et plus efficacement et aux pouvoirs publics de lutter contre les prochaines attaques terroristes avec un cadre garanti par la Constitution ».*

451. Face à l'échec de ces tentatives d'interpellation, l'Ordre de Paris mobilise l'ensemble des avocats européens contre le projet de loi Urvoas<sup>802</sup> dans une déclaration dite *de Barcelone*. Il s'agit de la première fois dans l'histoire de la Justice en Europe que l'ensemble des barreaux européens par une voix unanime dénoncent les dérives liberticides d'un Etat membre de l'Union Européenne. Cette déclaration dénonce une restriction des garanties des citoyens devant la possibilité d'actions discrétionnaires des forces de sécurité, sans contrôle des institutions indépendantes. L'Ordre des avocats de Paris continue de faire pression sur les pouvoirs publics pour obtenir des garanties. Un travail d'amendements sans précédent est mené devant les deux chambres du Parlement pour modifier le texte. Le Conseil de l'Ordre vote d'ailleurs à l'unanimité, lors de sa séance du 23 février 2016, une délibération en écho à la déclaration *de Barcelone* qui « *condamne les atteintes disproportionnées aux libertés aboutissant, pour les personnes mises en cause, à l'absence d'accès à un avocat, par définition libre et indépendant* »<sup>803</sup>. Dominique ATTIAS, vice-bâtonnière de Paris à l'origine de la mobilisation de ses homologues européens réagit :

*« C'est un désaveu sans appel pour la politique de casse systématique des libertés publiques menée par le gouvernement Valls. Pour le pays des droits de l'Homme, c'est un camouflet ; pour notre gouvernement, un signal d'alarme ; pour les avocats français, un message d'espoir et d'appel à la lutte. J'ai plaidé devant mes confrères, qui m'ont entendue, que si la France vacillait, c'était toute l'Europe des libertés publiques et individuelles qui risquait de s'écrouler comme un château de cartes. Il ne s'agit pas d'une énième querelle de juristes mais bien d'un changement de société irréversible à l'échelle d'un continent ».*

---

<sup>802</sup> Loi n° 2016-731 du 3 juin 2016 renforçant la lutte contre le crime organisé, le terrorisme et leur financement, et améliorant l'efficacité et les garanties de la procédure pénale.

<sup>803</sup> Site de l'Ordre des avocats du Barreau de Paris, éditorial du 28 janvier 2016 : *Réforme pénale : les barreaux européens condamnent à l'unanimité le projet de loi URVOAS*. <http://www.avocatparis.org> [consulté le 21 juin 2019].



452. Une nouvelle mise en garde est donnée par le Barreau de Paris lorsque le Gouvernement de Manuel Valls annonce une nouvelle prorogation de l'état d'urgence suite à l'attentat du 14 juillet 2016 à Nice<sup>804</sup>. Il fait état de nouvelles résolutions<sup>805</sup> et annonce qu'il dévoilera durant les mois suivants une série de mesures à l'intention des pouvoirs publics et de l'opinion.

453. Enfin, en 2017, l'Ordre du Barreau de Paris tente de nouveau d'alerter le législateur sur ses craintes concernant deux nouveaux projets de loi : celui relatif à la sécurité publique<sup>806</sup> et bien entendu le projet de loi de sortie de l'état d'urgence<sup>807</sup>. En février et en octobre 2017 pour ces deux projets, le Barreau de Paris et la Conférence des bâtonniers de France expriment leur inquiétude concernant les dérapages sécuritaires de ces textes<sup>808</sup>. Cette fois-ci, l'Ordre ne fait pas que dénoncer auprès des autorités et du public ce qui lui semble être une menace pour les libertés individuelles, il appelle à la mobilisation de tous les acteurs de la société civile et de la famille judiciaire contre ces mesures<sup>809</sup>.

454. L'assemblée générale du Conseil National des Barreaux s'indigne également du risque liberticide du texte prévoyant la sortie de l'état d'urgence et rend publique une résolution le 7 juillet 2017 à l'attention du législateur visant à dénoncer des mesures gravement attentatoires aux libertés individuelles, puisque le texte intègre dans le droit commun des

---

<sup>804</sup> Site de l'Ordre des avocats du Barreau de Paris, éditorial du 20 juillet 2016 : *État d'urgence : le barreau de Paris prend position*. <http://www.avocatparis.org> [consulté le 21 juin 2019].

<sup>805</sup> Le Conseil de l'Ordre du barreau de Paris, réuni en sa séance du 19 juillet 2016 a adopté les résolutions suivantes : 1/ Le Conseil de l'Ordre du barreau de Paris exprime toute son émotion et sa compassion aux victimes de l'horrible attentat de Nice, à la famille des victimes avec une pensée particulière pour Myriam Bellazouz, avocate au barreau de Nice. Le Conseil de l'Ordre y associe le souvenir de Valentin Ribet, notre confrère assassiné au Bataclan. Il tient à assurer de son soutien celles et ceux qui, directement ou indirectement, ont pu être atteints ou traumatisés par un acte aussi cruel qu'odieux.

2/ Convaincu que les Français doivent se mobiliser pour l'emporter sur le terrorisme, le Conseil de l'Ordre observe néanmoins que l'état d'urgence, dont la prolongation est une nouvelle fois envisagée, n'est pas une réponse adaptée.

3/ L'Ordre des avocats de Paris prend acte de la volonté politique du gouvernement de prolonger l'état d'urgence. Il est de son devoir de rappeler les impératifs juridiques de défense des libertés publiques et des libertés individuelles, telles qu'elles ont été énoncées en particulier par la décision du Conseil constitutionnel du 19 février 2016. Le Conseil de l'Ordre sera très vigilant. Il effectuera une analyse précise des dispositions à venir et préparera des propositions concrètes, rappelant toujours sa confiance dans la juridiction judiciaire, principale garante de toutes les libertés dans notre pays.

<sup>806</sup> Loi n° 2017-258 du 28 février 2017 relative à la sécurité publique.

<sup>807</sup> Loi n° 2017-1510 du 30 octobre 2017 renforçant la sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme.

<sup>808</sup> Site de l'Ordre des avocats du Barreau de Paris, éditorial du 7 février 2017 : *Projet de loi relatif à la Sécurité publique: le Barreau de Paris et la Conférence des Bâtonniers se mobilisent contre les dérapages sécuritaires*. <http://www.avocatparis.org> [consulté le 21 juin 2019].

<sup>809</sup> Site de l'Ordre des avocats du Barreau de Paris, éditorial du 25 septembre 2017 : *Etat d'urgence, définitivement dans le quotidien des Français ? Le barreau de Paris s'inquiète pour les libertés individuelles*. <http://www.avocatparis.org> [consulté le 21 juin 2019].

mesures d'exception qui présentent des risques de dévoiement d'un dispositif législatif d'exception :

*« Le CNB s'inquiète notamment de la mise à l'écart du juge judiciaire au bénéfice du pouvoir exécutif. Il invite le législateur à soumettre toutes les mesures portant atteinte aux libertés individuelles à l'autorisation du juge judiciaire, à prévoir des critères objectifs et factuels de recours à ces mesures, à mettre en place des recours effectifs, à garantir l'exercice des droits de la défense et la protection du secret professionnel et à organiser un mécanisme de contrôle parlementaire de l'application de ce texte »<sup>810</sup>.*

Le Conseil National des Barreaux explique qu'il présentera des amendements lors des débats parlementaires.

455. A travers ces trois exemples il est possible de mesurer l'influence qu'ont l'Ordre et le Conseil National des Barreaux sur les politiques publiques. Ils peuvent être sollicités directement par les pouvoirs publics, mais sont également susceptibles d'interagir via leurs représentants et leur système de communication pour interpeller ces derniers. Il s'agit maintenant d'analyser l'influence du Syndicat des Avocats de France.

#### B) L'influence du Syndicat des Avocats de France sur les politiques publiques.

**456. Droit pénitentiaire.** Le Syndicat des Avocats de France en tant que syndicat représentant les intérêts d'une profession revêt également un costume d'intermédiaire entre les avocats et le législateur à côté d'un rôle plus actif de demandeur en justice qu'il s'agit d'analyser plus tard.

457. Du point de vue des mesures privatives de liberté, le Syndicat des Avocats de France s'associe régulièrement à des associations ciblées sur ces thématiques comme

---

<sup>810</sup> Site du Conseil National des Barreaux, éditorial du 7 juillet 2017 : *Projet de loi renforçant la sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme*. <https://www.cnb.avocat.fr> [consulté le 30 juin 2019].

l'Observatoire Internationale des Prisons. Enfin, il travaille en étroite collaboration avec le Contrôleur Général des Lieux de Privation de Liberté et avec le Syndicat de la Magistrature.

458. Son travail d'alerte des autorités publiques s'effectue principalement à travers les articles et communiqués à l'intention de ces autorités et à travers les colloques et séminaires qu'il organise de manière annuelle sur des thématiques d'actualité. Le compte-rendu de ces séminaires donne toujours lieu à des écrits reprenant les réflexions et propositions développées.

**459. Conditions de détention.** Concernant les conditions de détention, le Syndicat des Avocats de France organise régulièrement des débats nourrissant des réflexions sur le choix de la peine et les conditions de son exécution afin que la détention redevienne une exception<sup>811</sup>. Il dénonce également les conditions actuelles et notamment la surpopulation carcérale, l'incarcération excessive des mineurs et n'a pas hésité, par exemple, à lancer des appels aux candidats à l'élection présidentielle de 2017 afin de les sensibiliser sur ces questions<sup>812</sup>. Le thème est récurrent dans les congrès, lettres et avis rendus par le Syndicat depuis sa création. La réflexion autour des conditions de détention s'intensifie grandement dans les années 1990 et 2000 parallèlement – il en sera fait mention – au mouvement de judicialisation du droit pénitentiaire<sup>813</sup>.

460. Le Syndicat s'engage dans les négociations entre d'autres acteurs, comme en 2018 après les manifestations importantes d'une partie du personnel pénitentiaire dénonçant leurs conditions de travail afin de représenter les intérêts des personnes détenues et de tenter de garantir le respect de leurs droits. La ligne du Syndicat est toujours la même : lutter contre l'approche sécuritaire de la détention qui se fait toujours au détriment des droits des personnes détenues :

*« Il est illusoire et dangereux de laisser croire que la solution réside dans ce choix sécuritaire, tout comme l'est, la création de nouveaux établissements. Ce n'est pas augmenter le nombre de places d'emprisonnement qui résoudra le problème*

---

<sup>811</sup> Site du Syndicat des Avocats de France, éditorial du 9 janvier 2013 : *Les Baumettes la suite : pour en finir avec l'indignité*. [www.lesaf.org](http://www.lesaf.org), [consulté le 30 novembre 2017].

<sup>812</sup> Site du Syndicat des Avocats de France, éditorial du 7 avril 2017 : *Incarcérations en hausse : les mineurs ne sont pas épargnés !* [www.lesaf.org](http://www.lesaf.org), [consulté le 30 novembre 2017].

<sup>813</sup> A titre d'exemple : CONIL, P. (2003). Les libertés à l'épreuve des réformes. *La lettre du Syndicat des Avocats de France*. Numéro d'Octobre, page 11.

ROUSSEAU, B. (2009). Pour l'effectivité des droits des détenus et le respect de leur dignité dans les conditions de détention. *La lettre du Syndicat des Avocats de France*. Numéro de juin, page 20.

*carcéral, mais bien, comme le font les autres pays européens, travailler à réduire le nombre des détenus. La problématique est le choix français du tout carcéral. La France bat d'année en année ses records. Le taux de prisonniers, par rapport à la population française, est largement supérieur à celui des pays européens et continue d'augmenter quand il est en baisse ailleurs en Europe ! (...) Nous appelons à ce qu'une vaste réflexion sur la place de la prison dans la justice et dans la société, sur les conditions d'incarcération puisse enfin s'ouvrir dans ce pays »<sup>814</sup>.*

Si nous n'étudions ici que la mobilisation du Syndicat, ces interpellations des pouvoirs publics – il s'agira de le démontrer – favorisent grandement le développement d'un vrai droit pénitentiaire.

**461. Garde à vue.** Concernant la garde à vue, l'action d'interpellation des autorités publiques de la part du Syndicat des Avocats de France s'intensifie à partir de 2009. D'abord dans des réflexions globales sur le procès équitable, notamment au lendemain des propositions rendues par le Comité Léger sur la phase préparatoire du procès pénal<sup>815</sup> :

*« L'accès par l'avocat à l'intégralité du dossier pénal (s'il existe encore demain), l'assistance lors des interrogatoires et des actes sont tardifs, très tardifs ou inexistantes. La défiance revendiquée vis-à-vis des avocats est choquante »<sup>816</sup>.*

462. Ensuite, plus spécifiquement sur la garde à vue elle-même du fait des condamnations de la Turquie par la Cour européenne des droits de l'Homme<sup>817</sup> et de la menace d'une condamnation contre la France. Le Syndicat des Avocats de France appelle ainsi le législateur à réformer la procédure de garde à vue française et se propose même de contribuer aux réflexions autour de cette réforme :

*« Les démocraties ont le devoir de combattre cette inclination qui conduit toujours à s'attaquer aux libertés publiques ou individuelles pour atteindre l'illusoire*

---

<sup>814</sup> Site du Syndicat des Avocats de France, éditorial du 29 janvier 2018 : *Prison : la réponse sécuritaire : un choix illusoire et dangereux*. [www.lesaf.org](http://www.lesaf.org), [consulté le 22 juin 2019].

<sup>815</sup> Communiqué du SAF dans sa lettre de juin 2009 : *Les propositions du comité Léger, une dérive dangereuse pour les libertés*. [www.lesaf.org](http://www.lesaf.org), site internet du Syndicat des Avocats de France [consulté le 30 novembre 2017]. CESSIEUX, M. (2009). Ne vendez pas la robe de l'avocat avant de l'avoir tué. *La lettre du Syndicat des Avocats de France*. Numéro d'octobre 2009, pages 16 à 18.

<sup>816</sup> Communiqué du SAF dans sa lettre de juin 2009 : *Les propositions du comité Léger, une dérive dangereuse pour les libertés*. [www.lesaf.org](http://www.lesaf.org), site internet du Syndicat des Avocats de France [consulté le 30 novembre 2017].

<sup>817</sup> CEDH. 27 novembre 2008, *Salduz contre Turquie*. Requête numéro 36391/02.  
CEDH. 13 octobre 2009, *Dayanan contre Turquie*. Requête numéro 7377/03.

*sécurité absolue. La réforme de la procédure pénale qui s'annonce devra nécessairement tenir compte des décisions de la Cour de Strasbourg, pour, enfin, en intégrer les prescriptions dans notre législation interne. À nos plumes ! »<sup>818</sup>.*

Le mouvement s'intensifie avec les condamnations du système de garde à vue par le Conseil constitutionnel, la Cour de cassation et la Cour européenne des droits de l'Homme<sup>819</sup>. Dès lors – et avant la loi de réforme du 14 avril 2011<sup>820</sup> – le Syndicat tente d'influencer le législateur<sup>821</sup>. Enfin, après la réforme, il continue d'alerter les pouvoirs publics sur les carences et les oublis de cette dernière :

*« Le Syndicat des Avocats de France participe de façon active à l'intersyndicale justice pour obtenir que le ministère de la Justice soit enfin doté d'un budget digne de ce nom. Outre la manifestation unitaire de tous les professionnels du monde judiciaire du 29 mars dernier, nous avons notamment rencontré des parlementaires et dressé un état des lieux – calamiteux cela va sans dire – des juridictions »<sup>822</sup>.*

**463. Défense des libertés fondamentales face à l'état d'urgence.** Les réflexions du Syndicat des Avocats de France autour des lois antiterroristes sont chronologiquement plus récentes, peut-être parce que durant les années 2000 la France est plus épargnée par les attaques terroristes que ses voisins. Néanmoins, elles apparaissent avant le mois de novembre 2015, dès l'adoption de la loi du 13 novembre 2014 renforçant les dispositions relatives à la lutte contre le terrorisme<sup>823</sup>. Déjà, le Syndicat interpelle les autorités publiques sur le potentiel liberticide des mesures antiterroristes<sup>824</sup>. Elles se multiplient considérablement avec l'instauration de l'état d'urgence pendant lequel le Syndicat tente concrètement d'infléchir la position du Gouvernement et du législateur :

---

<sup>818</sup> CESSIEUX, M. (2010). La Garde à Vue à la « française » condamnée par la Cour de Strasbourg. *La lettre du Syndicat des Avocats de France*. Numéro de mars, pages 14 à 16.

<sup>819</sup> Conseil constitutionnel. 30 juillet 2010. N° 2010-14/22 QPC.

Cass. Crim., 19 octobre 2010, pourvoi n°10-82.051.

CEDH. 14 octobre 2010, *Brusco contre France*. Requête numéro 1466/07.

<sup>820</sup> Loi n° 2011-392 du 14 avril 2011 relative à la garde à vue.

<sup>821</sup> TAMET, Y. (2011). Déc. 2000 - Fév. 2011 une aussi longue attente. *La lettre du Syndicat des Avocats de France*. Numéro d'avril, page 10.

<sup>822</sup> CESSIEUX, M. (2011). Garde-à-voir : le retour ! Garde-à-voir et autres petites réjouissances... *La lettre du Syndicat des Avocats de France*. Numéro d'octobre, pages 8 et 9.

<sup>823</sup> Loi n° 2014-1353 du 13 novembre 2014 renforçant les dispositions relatives à la lutte contre le terrorisme.

<sup>824</sup> BONELLI, L. (2015). Permanences et reconfigurations de l'antiterrorisme. *La lettre du Syndicat des Avocats de France*. Numéro d'octobre, pages 6 à 11.

*« Notre syndicat s'est mobilisé, à l'instar du Syndicat de la Magistrature, afin de rédiger une étude du projet de loi, article par article. Nos représentants ont rencontré les parlementaires de gauche afin de leur apporter notre éclairage et attirer leur attention sur certaines dispositions qui constituaient, pour certaines, un véritable basculement de notre procédure pénale, discuté selon la procédure accélérée »<sup>825</sup>.*

La critique porte principalement sur le glissement du point d'équilibre existant entre les pouvoirs de surveillance, d'investigation et de contrôle de l'autorité administrative et ceux de l'autorité judiciaire au profit de la première<sup>826</sup>, ainsi que sur les dangers pour la démocratie<sup>827</sup>.

**464. Gestation pour autrui.** Concernant la gestation pour autrui, enfin, les tentatives de coopération avec le politique interviennent principalement suite à la condamnation de la France par la Cour européenne des droits de l'Homme en 2014<sup>828</sup>, pour le refus de l'Administration de transcrire l'acte de naissance d'un enfant né à l'étranger d'une gestation pour autrui à l'état civil français. Le Syndicat des Avocats de France appelant le gouvernement à tirer les conséquences de cette condamnation et à changer sa position officielle sur le sujet. De fait, le 19 décembre 2014 le Syndicat est à l'initiative d'une lettre ouverte que 170 personnalités acceptent de signer :

*« Nous demandons instamment que toutes les mesures nécessaires soient prises pour que les droits de ces enfants soient enfin respectés et que les décisions de la CEDH soient appliquées »<sup>829</sup>.*

465. Enfin, à l'occasion du vote des lois bioéthiques de 2019, le Syndicat appelle la société à évoluer en matière de gestation pour autrui, notamment pour reconnaître directement le lien de filiation de la mère d'intention<sup>830</sup>. Contrairement à l'Ordre ou au Conseil National des

---

<sup>825</sup> FOURREY, T. (2016). Réforme de la procédure pénale : pérennisation de l'état d'urgence. *La lettre du Syndicat des Avocats de France*. Numéro de mai, pages 14 à 16.

<sup>826</sup> GANDINI, J.-J. (2016). État d'urgence... pérennisé. *La lettre du Syndicat des Avocats de France*. Numéro de mai, pages 18 et 19.

<sup>827</sup> ROUSSEAU, D. (2016). En l'état de sa rédaction, l'inscription de l'état d'urgence dans la constitution serait dangereuse pour la démocratie. *La lettre du Syndicat des Avocats de France*. Numéro de mai, pages 20 à 22.

<sup>828</sup> CEDH. 26 juin 2014, Mennesson contre France. Requête numéro 65192/11.

<sup>829</sup> Appel de 170 personnalités GPA : l'arrêt CEDH n'est toujours pas appliqué, les avocats du SAF s'associent à la riposte à l'initiative du SAF, retranscription sur <https://www.lebel-avocats.com/gpa> GPA : l'arrêt CEDH n'est toujours pas appliqué, les avocats du SAF s'associent à la riposte. [consulté le 29 octobre 2019].

<sup>830</sup> <https://www.franceculture.fr/droit-justice/> Laurence Roques : « La société peut encore évoluer, y compris en matière de GPA » [consulté le 29 octobre 2019].

MECARY, C. (2018). États généraux de la bioéthique : quels enjeux pour nos exercices professionnels ? *La lettre du Syndicat des Avocats de France*. Numéro de mai, pages 38 à 41.

Barreaux, cette mobilisation du Syndicat des Avocats de France sur ces questions autour de la gestation pour autrui dévoile un rattachement politique de l'organisation qui hésite moins que les deux premiers à se positionner sur des sujets sociétaux qui ne concernent pas directement les intérêts de la profession.

### **Sous-Section 2 : Le recul de l'influence des avocats sur les politiques publiques.**

466. L'accès au savoir juridique s'est démocratisé durant les dernières décennies, en particulier avec le développement de l'intelligence artificielle (Paragraphe 1) qui permet aujourd'hui au plus grand nombre d'avoir plus facilement accès aux informations. De fait, les avocats se retrouvent concurrencés dans leur rôle de « sachants » que ce soit auprès des justiciables comme des pouvoirs publics par la concurrence d'autres professionnels (Paragraphe 2). Ce qui peut remettre en cause leur influence militante de coopération avec le politique.

#### **Paragraphe 1 : Concurrence de la compétence des avocats par l'Intelligence Artificielle.**

467. L'avènement et le développement d'internet change considérablement – il en a été fait mention – la pratique de la profession, mais il altère également profondément le quasi-monopole des avocats comme « sachants » de la science juridique auprès des justiciables, qui a nécessairement des conséquences sur leur rôle d'intermédiaire auprès des autorités publiques. Concrètement, l'Intelligence Artificielle permet une automatisation de la réponse juridique (A) et la création d'algorithmes favorise les tentatives de prédiction de la réponse judiciaire (B).

##### **A) Le développement de l'Intelligence Artificielle.**

**468. Définition.** L'Intelligence Artificielle peut se définir comme l'étude des agents qui reçoivent des percepts de l'environnement et qui mènent des actions à leur terme en exécutant



des tâches normalement dévolues aux humains, via des méthodes qui vont de la programmation à la robotisation<sup>831</sup>. Dans le domaine juridique, l'Intelligence Artificielle permet l'amélioration de l'accès et de l'élaboration des connaissances et une meilleure précision des diagnostics. L'Intelligence Artificielle n'est plus de la science-fiction, elle envahi le domaine juridique et judiciaire<sup>832</sup> à travers le développement – qu'il s'agira de le traiter dans le prochain paragraphe – de la *legal tech* et impacte les pratiques des professions judiciaires<sup>833</sup> et donc celle de la profession d'avocat et ses rapports avec les autres acteurs qui l'entourent (magistrats, justiciables, politique). Le développement de cette intelligence est une question actuelle qui interroge notamment sur des questions éthiques et qui fait l'objet de nombreuses études, expériences et tentatives d'encadrement. Ainsi, les 3 et 4 décembre 2018, réunie en session plénière à Strasbourg, la Commission européenne pour l'efficacité des systèmes de justice a adopté la *Charte éthique sur l'utilisation de l'Intelligence Artificielle dans les systèmes judiciaires et leur environnement*. Il s'agit de tracer une ligne, sorte de seuil infranchissable pour tous ceux qui, en tant que concepteurs, législateurs, régulateurs, décideurs judiciaires et légistes, acteurs sociaux et économiques, participent au processus d'élaboration, de diffusion et de discussion d'algorithmes et de technologies informatiques avancées appliquées au monde de la justice, c'est-à-dire au monde des droits fondamentaux<sup>834</sup>.

**469. Impact sur la profession d'avocat.** Il est nécessaire de distinguer la partie la plus visible : la plaidoirie, de la plus grande activité de l'avocat qui reste le conseil et la recherche. La plaidoirie ou la rédaction d'un acte ne sont finalement que l'aboutissement d'un long processus durant lequel l'avocat doit parfaire une compétence et mobiliser ses connaissances avec rigueur afin de permettre la rencontre entre la spécificité des pièces d'un dossier et les textes juridiques applicables. Il y a donc un grand travail de collecte de données et de pièces qui doit quotidiennement être effectué par l'avocat, puis un plus grand travail encore de collecte de données juridiques, de textes et de jurisprudences applicables. Cela suppose la capacité à

---

<sup>831</sup> Sur cette définition, lire LASSEGUE, J. (2019). L'Intelligence artificielle, technologie de la vision numérique du monde. *Les cahiers de la justice*. Numéro 2, pages 205 à 220.

<sup>832</sup> Les applications dites d'Intelligence Artificielle en droit sont un sous-ensemble des *legal tech*, plus innovantes sur le plan technologique que les autres. Il s'agit d'une discipline scientifique de recherche et non pas comme son nom pourrait le laisser penser la reproduction à proprement parler d'une intelligence humaine.

Un système expert est un outil capable de reproduire les mécanismes cognitifs d'un expert, dans un domaine particulier, par des règles logiques.

<sup>833</sup> Concernant le juge, lire par exemple : REILING, D. (2019). Quelle place pour l'intelligence artificielle dans le processus de décision d'un juge ? *Les cahiers de la justice*. Numéro 2, pages 221 à 228.

<sup>834</sup> Sur ce point lire : PIANA, D. (2019). La justice numérique : un panorama européen. *Les cahiers de la justice*. Numéro 2, pages 257 à 268.



mobiliser un cas de figure ou à proposer une solution existante qui semble se rapprocher du cas présenté et qui est favorable à la cause défendue. Actuellement, l’avocat est confronté à la multiplication de ces sources juridiques qui deviennent internationales. Cette multiplication est à la fois une source de difficulté puisqu’elle induit un plus grand travail de recherches, mais également une opportunité puisque le nombre de textes interprétables qui peuvent potentiellement convenir à la tournure souhaitée pour l’affaire en question est lui aussi multiplié. De ce point de vue, l’Intelligence Artificielle et les algorithmes permettent de faciliter considérablement le travail de l’avocat qui peut ainsi avoir un accès rapide aux textes et jurisprudences susceptibles de l’intéresser dans l’immense base de données que constitue aujourd’hui le droit positif<sup>835</sup>. L’utilisation de cette intelligence peut même devenir obligatoire pour l’avocat comme c’est déjà le cas en Ontario<sup>836</sup>.

**470. Menace pour le militantisme de coopération politique.** Si au premier abord, ces évolutions semblent plutôt concerner les rapports entre le justiciable et l’avocat, ce n’est en fait sûrement pas directement le justiciable qui a recours à ces nouveaux outils, mais plutôt des corps intermédiaires qui se développent et qui eux pourront concurrencer l’avocat dans son rôle de coopération avec le politique. Se retrouvent des associations d’accès au droit, des syndicats, des assureurs, des Chambres consulaires et – il s’agira de le développer – des systèmes d’experts. Si le développement de l’Intelligence Artificielle peut donc être un atout notamment du point de vue du gain de temps qu’il fait gagner aux avocats, il constitue également une menace dans son rôle d’intermédiaire entre les justiciables et les pouvoirs publics en ce qu’il concurrence la profession comme experte susceptible d’être appelée à coopérer avec le politique. L’Intelligence Artificielle peut donc – démonstration en sera faite ultérieurement – être un frein à cette forme de militantisme de coopération, qui se retrouve notamment dans l’émergence d’une forme de justice dite *prédictive*.

---

<sup>835</sup> FLEURIOT, C. (2017). L’intelligence artificielle va provoquer une mutation profonde de la profession d’avocat. *Dalloz Actualité*. Edition du 15 mars.

<sup>836</sup> HYDE, A-A. (2019). Avocat et intelligence artificielle : quelles obligations, quelles responsabilités ? *Recueil Dalloz*. Page 2107.

## B) La justice prédictive.

**471. Développement de la justice prédictive.** La problématique autour de la justice prédictive rejoint cette idée que l'avocat est aujourd'hui concurrencé dans son statut de « sachant » qui en faisait un acteur incontournable sur les questions juridiques, tant pour les justiciables que pour coopérer avec le politique.

472. La question de savoir quelle est la probabilité que le juge aille dans son sens est la question principale que se pose un justiciable lorsqu'il s'engage dans une action en justice. Ce constat est à l'origine des études dites *réalistes* qui invitent à se concentrer sur les activités des tribunaux afin d'anticiper les issues des procès<sup>837</sup>. Des études anciennes tentent de donner les bases d'un traitement informatique des données d'un dossier en construisant des modèles mathématiques et en faisant des probabilités<sup>838</sup>. Toutefois, c'est réellement l'émergence de données numériques qui favorise une révolution de ce point de vue. Une étude américano-britannique récente permet notamment d'élaborer un algorithme capable de croiser les faits, les arguments des parties et le droit positif pertinent pour tenter de prédire la décision qui sera probablement rendue par la Cour européenne des droits de l'Homme<sup>839</sup>. L'expérience a démontré que cet algorithme est fiable à 80%.

473. L'accueil de tels outils est mitigé. Là où certains y voient une alternative prometteuse permettant de pallier les carences logistiques actuelles de la Justice, d'autres dénoncent un risque accru de robotisation et de déshumanisation de cette dernière<sup>840</sup>. La création d'un algorithme comme le font ces chercheurs anglo-saxons interroge sur le rôle et

---

<sup>837</sup> Lire par exemple GENY, F. (1919). *Méthodes d'interprétation et sources en droit privé positif*. LGDJ. 2ème édition. Tome 1.

<sup>838</sup> Lire par exemple :

LAWLOR, R. (1963). What Computers Can Do : Analysis and Prediction of Judicial Decisions. *American Bar Association Journal*. Pages 337 et suivantes.

KEOWN, R. (1980). Mathematical Models for Legal Prediction. *Computer/LJ*. Pages 829 et suivantes.

SEGAL, J. (1984). Predicting Supreme Court Cases Probabilistically : the Search and Seizure Cases (1962-1981). *American Political Science Review*. Pages 891 et suivantes.

NAGEL, S. (1963). Applying correlation analysis to case prediction. *Texas Law Review*. Pages 1006 et suivantes.

KORT, F. (1957). Predicting Supreme Court Decisions Mathematically : a Quantitative Analysis of the "Rightto Counsel" Cases. *American Political Science Review*. Numéro 51. Pages 1 et suivantes.

<sup>839</sup> ALETRAS, N. ; LAMPOS, V. ; TSARAPATSANIS, D et PREOTIUC-PIETRO, D. (2016). Predicting Judicial Decisions of the European Court of Human Rights : a Natural Language Processing Perspective. *Peer Journal of Computer Science*.

<sup>840</sup> BARRAUD, B. (2017). Un algorithme capable de prédire les décisions des juges : vers une robotisation de la justice ? *Les cahiers de la Justice*. Numéro 1, pages 121 à 139.

l'identité même du juge. Sous-entendre qu'un algorithme est capable d'anticiper la décision qui sera rendue renvoie le juge à une fonction d'automate dans une logique de traitement de flux<sup>841</sup>. Ce constat inquiète autant qu'il rassure. Il est rassurant dans la mesure où il est garant d'une égalité de traitement : si tous les ingrédients sont les mêmes, la recette finale sera également la même<sup>842</sup>. Il inquiète sur la compétence du juge à prendre en compte les détails propres à chaque cas qui peuvent différencier les ingrédients de la recette entre eux. C'est au juge que revient la tâche d'appliquer la rigidité et la neutralité du texte de loi à chaque cas particulier. Deux questions alors : un algorithme est-il réellement capable de le faire à la place du juge et si les prévisions de celui-ci s'avèrent quasi-systématiquement exactes, le juge fait-il réellement ce travail de personnalisation ?

*474. Répercussions de la justice prédictive sur l'exercice du métier d'avocat.* La problématique n'est pas tant celle de savoir si un robot remplacera un jour un juge. Elle ne se posera d'ailleurs sans doute jamais raisonnablement pour des questions éthiques et de légitimité. De ce point de vue, la fiabilité de l'algorithme à 80% démontre bien que malgré une certaine et rassurante prévisibilité, le juge n'est pas que la bouche de la loi et que dans les cas les plus difficiles, il doit prendre en considération des éléments qui échappent à la rationalité de la logique d'un algorithme. La problématique est plutôt de savoir comment ces outils sont progressivement en train de transformer la profession d'avocat et comment cette dernière doit les prendre en compte si elle ne veut pas perdre son influence ?

475. Pour répondre à cette interrogation il faut d'abord étudier la question de savoir si l'outil est réellement capable de concurrencer la compétence d'un avocat ? L'efficacité de l'algorithme nécessite de prendre plusieurs éléments en considération. Il faut avoir un nombre de décisions important, il faut que ces décisions soient motivées et que l'on ait accès aux arguments des parties<sup>843</sup>. Également, il faut prendre en compte la culture juridique de la juridiction compétente : sommes-nous, comme en droit interne en matière pénale, dans une logique d'application stricte de la loi ; ou sommes-nous comme dans le système *Common Law* qui est celui des juridictions européennes dans une logique d'opportunité ? Dans ce dernier cas,

---

<sup>841</sup> GODEFROY, L. (2018). La performativité de la justice « prédictive » : un pharmakon ? *Recueil Dalloz*. Numéro 36, pages 1979 à 1985.

<sup>842</sup> DONDERO, B. (2017). Justice prédictive : la fin de l'aléa judiciaire ? *Recueil Dalloz*. Numéro 10, pages 532 à 538.

<sup>843</sup> FLEURIOT, C. (2017). L'intelligence artificielle va provoquer une mutation profonde de la profession d'avocat. *Dalloz Actualité*. Edition du 15 mars.

l'algorithme doit prendre en compte beaucoup plus de données<sup>844</sup>. Néanmoins, la conjonction de l'open data des décisions de justice – prévue par la loi du 7 octobre 2016 pour une République numérique et des technologies d'analyse de la langue, de fouille de données et d'extraction de connaissances<sup>845</sup> – doit permettre de renouveler les pratiques de recherche dans ce domaine et d'accéder à des connaissances nouvelles sur la production des juridictions. Cela représente près de 4 millions de décisions par an pour la France, ce qui permet éventuellement de développer des algorithmes de justice prédictive fiables dans l'Hexagone<sup>846</sup>.

476. Dans l'hypothèse où de tels algorithmes voient le jour, il est certain que s'ils se démocratisent et deviennent accessibles au plus grand nombre, ils concurrenceront les professionnels du droit que sont les avocats. Il sera plus facile pour la société et n'importe quel justiciable de prédire quelle doit être la solution rendue par le juge pour des faits présentés ou pour débattre de la conformité de tel ou tel projet de loi à une norme supra-législative. Par-là le rôle des avocats comme sachants et donc comme intermédiaire entre les instances de pouvoir et le droit s'en trouve nécessairement affecté. De ce point de vue, ces derniers ont tout intérêt à prendre en compte ces innovations pour les mettre au service de leurs recherches plutôt que de les considérer comme une menace, sans quoi ils risquent effectivement d'être utilisés si ce n'est contre eux, en tout cas à leurs dépens. Or, la profession a parfois du mal à s'adapter à ces nouvelles pratiques et les voit d'un mauvais œil<sup>847</sup>. Il n'en reste pas moins que le développement de la justice prédictive, s'il risque de bouleverser ce rôle de l'avocat, va surtout considérablement changer la pratique du métier dans un sens profitable pour les praticiens. D'abord sur les questions de célérité. Ces algorithmes, s'ils permettent demain de traiter efficacement les cas les moins compliqués peuvent permettre de désengorger les juridictions et de donner une plus grande amplitude aux magistrats pour travailler à des dossiers qui demandent plus de réflexion<sup>848</sup>. Au niveau des avocats, l'algorithme leur permet également de

---

<sup>844</sup> L'étude britannique mentionnait précédemment est remarquable de ce point de vue puisque le résultat de 80% d'efficacité résulte de l'analyse des décisions de la Cour Européenne des Droits de l'Homme qui a fonctionnement se rapprochant davantage du système *Common Law* et donc que des décisions en opportunité que du système *romano-germanique*.

<sup>845</sup> Loi n° 2016-1321 du 7 octobre 2016 pour une République numérique.

<sup>846</sup> Sur l'exploitation des bases de données judiciaires en France, lire : BUAT-MENARD, E. (2019). La justice dite « prédictive » : prérequis, risques et attentes - l'expérience française. *Les cahiers de la justice*. Numéro 2, pages 269 à 276.

<sup>847</sup> Sur ce point lire par exemple : ZORN, C. et BORG, F. (2017). De la Justice prédictive à la Justice pré-conditionnée. *La lettre du Syndicat des Avocats de France*. Numéro d'octobre, pages 24 et 25.

<sup>848</sup> C'est la logique des dernières réformes pénales de 2018 et 2019 avec néanmoins en pratique une utilisation d'une plate-forme en ligne pour régler les petits contentieux tout à fait contestée par presque l'ensemble des professionnels du droit, notamment sur des questions d'accès effectif au juge.

gagner du temps puisqu'il est capable de leur donner des informations pertinentes rapidement sans qu'il soit nécessaire pour le professionnel de fouiller lui-même dans une masse de documents pour exhumer ceux qui lui semblent les plus pertinents. Il existe déjà – aux Etats-Unis par exemple – des algorithmes censés indiquer aux professionnels si une procédure peut leur être bénéfique ou s'ils ont tout intérêt à trouver un accord à l'amiable ou privilégier un mode alternatif de résolution du conflit pour ne pas perdre de l'argent<sup>849</sup>.

**477. Influence sur le militantisme de coopération avec le politique.** En résumé, la justice prédictive peut être un atout pour la profession d'avocat comme une réelle menace. Il s'agit d'une question sérieuse que la profession doit se poser et d'un outil qu'elle ne peut pas ignorer. Il est certain que la justice prédictive a un rôle sur la perte d'influence de la profession, mais elle peut également devenir un instrument permettant à l'avocat de gagner du temps et de pouvoir concentrer son activité sur d'autres facettes du métier. Après tout, les avocats ne sont-ils pas les premiers à se plaindre de l'augmentation exponentielle des textes juridiques et des décisions de juridictions à prendre en considération dans leurs affaires ?

478. Ces nouveaux outils de justice prédictive et plus largement d'Intelligence Artificielle peuvent donc constituer des instruments militants dans leur utilisation, notamment grâce – et au-delà de la célérité qu'ils permettent – à la visibilité qu'ils peuvent entraîner pour le professionnel qui sait les utiliser<sup>850</sup>. Néanmoins, au stade de l'étude de la mobilisation militante de la profession en coopération avec le politique, ils apparaissent plutôt comme un frein et une menace en ce qu'ils peuvent devenir des instruments concurrents à leur expertise permettant aux pouvoirs publics de faire appel à d'autres protagonistes. La concurrence d'autres professionnels sur ce terrain de coopération existe d'ailleurs déjà.

## Paragraphe 2 : La concurrence d'autres professionnels.

479. Ce phénomène de concurrence qui participe à ce que l'avocat n'apparaisse plus comme l'interlocuteur privilégié des pouvoirs publics se ressent dans tous les domaines du droit

---

<sup>849</sup> Deux services en ligne sur ce modèle ont été lancés en 2016 : *caselawanalytics.com* et *predictice.com*

<sup>850</sup> Il s'agira de l'étudier dans le prochain titre de la présente thèse.

et est particulièrement flagrant en droit des affaires, notamment du fait de l'internalisation de la compétence juridique (B) et du développement de systèmes d'experts parallèles (A).

A) Le développement de systèmes d'experts.

**480. Concurrence juridique.** Plusieurs études sont menées, notamment en économie, sur ce qui s'appelle la *concurrence juridique*. Ces analyses économiques s'inspirent des grandes conceptions de la concurrence sur les marchés de biens et services et les transposent à la concurrence juridique. Toutefois ces études, si elles doivent être mentionnées, sont trop générales pour l'analyse qui nous intéresse ici puisqu'elles prennent le prisme d'étudier l'offre de droit à une échelle large entre les pouvoirs publics qu'ils soient locaux ou nationaux, les entreprises, les particuliers... Dans cette conception, les règles de droit sont assimilées à des produits et considérées comme des biens collectifs indivisibles pour lesquels les agents expriment des demandes que les gouvernements locaux satisfont par leur offre<sup>851</sup>. Ces études ne sont néanmoins pas complètement inutiles pour la démonstration qui est ici la nôtre. Dans sa conception dite *évolutionniste*<sup>852</sup>, l'analyse de la concurrence juridique tend à prouver qu'une plus grande concurrence entraîne une augmentation de la créativité des agents qui sont dès lors plus susceptibles d'introduire de nouveaux procédés, de nouvelles formes organisationnelles et de nouveaux produits, ce qui est de manière parfois forcée, le cas de la profession d'avocat<sup>853</sup>.

**481. Legal tech.** En ce qui concerne les avocats, le développement de l'Intelligence Artificielle a permis de créer des systèmes d'experts et des applications dites de *legal tech* capables de concurrencer la profession. Un système expert est un outil capable de reproduire les mécanismes cognitifs d'un expert dans un domaine particulier et de répondre à des questions, en effectuant un raisonnement à partir de faits et de règles connues. Il peut servir notamment comme outil d'aide à la décision. Aux Etats-Unis par exemple, *IBM* a développé une intelligence cognitive se prénommant *Ross* et qui entend être capable de remplacer un avocat. C'est tout le monde juridique et judiciaire qui s'en trouve bouleversé. Les magistrats et les avocats – mention

---

<sup>851</sup> Sur ce point, lire TIEBOUT, C. (1956). A Pure Theory of Local Expenditure. *Journal of Political Economy*. Numéro 64, pages 416 à 424.

<sup>852</sup> En opposition à la conception néoclassique, développée notamment par Tiebout. Cf note précédente.

<sup>853</sup> Sur ce point, lire SCHUMPETER, J. (1934). *The Theory of Economic Development. An Inquiry Into Profits, Capital, Credit, Interest, and the Business Cycle*. Cambridge.

en a été faite – mais également les revues juridiques traditionnelles qui sont souvent en retard sur de nouvelles applications en ligne comme *Doctrine.fr* en France.

482. La majorité des technologies sont des systèmes d’experts (par exemple les logiciels de gestion de contrats)<sup>854</sup>. Il existe ensuite le *machine learning* et le *natural language processing* mais qui au stade de leur développement actuel ne sont pas vraiment intéressants pour l’étude qui est la nôtre<sup>855</sup>. Ces technologies permettent une amélioration radicale de la recherche documentaire en droit. *Ross* est actuellement utilisé dans des cabinets américains implantés à Paris comme *Latham & Watkins*.

**483. Menace pour le militantisme des avocats.** Il s’agit d’une révolution particulière dans le monde juridique car elle n’est ni le fait des juristes, ni celui du législateur. Elle est donc par conséquent – du moins dans un premier temps – nécessairement quelque peu subie. Cette révolution s’inscrit dans une époque et dans une évolution de la profession déjà abordées : la logique entrepreneuriale. Ceux qui développent les *legal techs* ne sont pas des juristes et recherchent le profit. Certains chercheurs comme Antoine Garapon n’hésitent pas à affirmer que ces jeunes entrepreneurs veulent se débarrasser de la caste des avocats réputés archaïquement conservateurs<sup>856</sup>, en facturant très cher à la profession ce qu’ils offrent parfois aux universités, aux magistrats ou au politique.

484. Les *legal techs* permettent parfois de contourner les avocats. Aux Etats-Unis par exemple, il est possible de recourir à une start-up qui se propose de financer tous les frais de justice à charge ensuite de se servir sur les sommes gagnées par le plaignant, après bien entendu avoir eu recours à un algorithme afin de calculer la probabilité d’une issue favorable à l’affaire. Le temps est un allié de ces algorithmes puisqu’ils s’enrichissent de leurs erreurs et de toutes les nouvelles décisions rendues alimentant une base de données de plus en plus difficile d’accès pour ceux qui ne veulent pas recourir à ces nouvelles technologies.

485. Il s’agit d’une révolution cognitive dans la mesure où les big data traitent toutes les données comme des faits équivalents, mettant sur le même niveau le texte, son interprétation et

---

<sup>854</sup> BARTHE, E. (2017). L’intelligence artificielle et le droit. *I2D – Information, données & documents*. Volume 54, pages 23 et 24.

<sup>855</sup> Pour plus d’informations lire par exemple SURDEN, H. (2014). Machine Learning and Law. *Washington Law Review*. Numéro 1.

<sup>856</sup> GARAPON, A. (2017). Les enjeux de la justice prédictive. *La semaine juridique*. Janvier. Numéro 1-2, pages 31 à 52.



le comportement global d'une juridiction ou même d'un juge en particulier. La réflexion n'est plus celle du droit mais celle du traitement de données et de faits divers. En même temps, les *legal techs* participent à rendre transparentes des données qui jusque-là étaient pratiquement inaccessibles. Le but est ici de devenir une nouvelle forme de justice à part entière. Des opérateurs en ligne sans frontières vont pouvoir proposer des solutions juridiques à bas coût dans un délai court, se substituant au travail d'expertise de l'avocat<sup>857</sup>, notamment sur les questions de la production de documents juridiques et de l'accès des clients à l'information sur la valeur des différents services juridiques et professionnels du droit.

486. Cependant, même sur ces tâches de recherche et de prévisibilité routinière, les avocats ne pourront jamais complètement être remplacés par des algorithmes dans la mesure où ils sont un maillon de la chaîne judiciaire. Ils ont une appréhension quasi-sociologique qui leur permet de guider le dossier qu'ils défendent et leurs clients en fonction de celle-ci grâce à leur connaissance personnelle du paysage judiciaire et des membres qui le compose<sup>858</sup> et surtout grâce à leur connaissance et leur proximité avec leur client<sup>859</sup>, lien qu'un algorithme est bien incapable de nouer.

487. Toutefois, le développement inéluctable de ces systèmes d'experts offre de nouveaux intermédiaires aux pouvoirs publics amoindrissant par-là l'opportunité d'un militantisme de coopération avec le politique pour la profession d'avocat.

A une autre échelle, le même constat peut être fait pour le barreau affairiste confronté à une internalisation de la compétence juridique.

## B) L'internalisation de la compétence juridique.

**488. Développement de l'internalisation de la compétence juridique.** La révolution numérique qui redéfinit les pratiques de notre société contemporaine a des conséquences à la

---

<sup>857</sup> Sur ce point lire : SUSSKIND, R. (2010). *The end of lawyers ? Rethinking the nature of legal services*. Oxford : Oxford University Press.

<sup>858</sup> Sur ce point lire MILBURN, P. (2019). L'avocat et l'algorithme. *Les cahiers de la justice*. Numéro 2, pages 499 à 510.

<sup>859</sup> Sur ce point lire SARAT, A. et FELSTINER, W. (1995). *Divorce Lawyers and their Clients. Power and Meaning in the Legal Process*. Oxford : Oxford University Press.



fois sur les mouvements sociaux et sur l'exercice de nombreuses professions dont celle des avocats. Le développement d'applications dites de *legaltech*, l'internet et la création d'algorithmes permettent aujourd'hui une démocratisation du savoir et de l'accès juridique qui concurrence la compétence de l'avocat qui détenait jusque-là dans la matière un quasi-monopole. Pratiquement, ce constat a plusieurs conséquences. Le rapport entre les justiciables et le politique à la profession change et les avocats doivent s'adapter à de nouvelles pratiques qui peuvent également devenir de nouvelles opportunités. Également, ces nouvelles formes de concurrences accentuent le développement de la logique entrepreneuriale – déjà abordée – que connaît la profession depuis quelques décennies : puisqu'elle est concurrencée, elle doit devenir concurrentielle. Ce phénomène lui-même conjugué et fortement lié au développement d'un barreau dit « des affaires » est à l'origine – bien plus qu'un changement de l'exercice de la profession – d'une scission de toute une partie de juristes qui choisissent de tourner le dos à l'avocature pour mettre leur compétence juridique au service d'une société privée dans laquelle ils sont salariés. Ces mêmes sociétés auront par conséquent de moins en moins recours aux avocats – si ce n'est quand un contentieux nécessite d'aller devant une juridiction – et trouveront conseil auprès de leur propre service juridique interne.

**489. Conséquences pour le militantisme de coopération de l'avocat.** Si ce phénomène d'internalisation de la compétence juridique n'est pas directement lié à la question de la coopération des avocats avec le politique, il participe néanmoins au délitement de la représentativité de la profession dans la sphère publique, délitement qui lui participe de faire de l'avocat un intermédiaire moins privilégié du législateur. Peu d'études sur ce phénomène sont menées en France, si ce n'est l'analyse menée par Christian Bessy qui étudie ces rapports entre ces mutations de la profession et ses conséquences sur son influence sur l'exercice législatif. L'auteur envisage la pluralité des modèles d'organisation des cabinets d'avocats pour opérer cette étude et construit une typologie distinguant : *les avocats bâtisseurs* à l'initiative de nouveaux domaines de droit et/ou défenseurs de causes ; *les avocats traditionnels* offrant des prestations standardisées et intervenant notamment au titre de l'aide juridictionnelle ; *les grands cabinets offrant du conseil standard* ; et *les cabinets haute couture* qui offrent des prestations de conseil sur mesure<sup>860</sup>, tout en proposant une analyse des intermédiaires du marché du droit – en particulier les sociétés de courtage – illustrant parfaitement le changement de régime professionnel en cours au barreau. Parallèlement, la démonstration est faite de cette perte

---

<sup>860</sup> BESSY, C. (2015). *Les avocats à l'ère de la concurrence*. Paris : LGDJ.

Julien Ortin  
d'influence concernant des cabinets américains notamment à travers une enquête menée par le cabinet de conseil Altman Weil en 2015<sup>861</sup>. D'après cette enquête 16,6 % des *managing partners* interrogés confirment une baisse de leur chiffre d'affaire au profit de ces concurrents et 38,4 % qu'ils constituent une menace potentielle.

490. Malgré cette perte d'influence, la profession d'avocat reste donc un acteur capable d'être mobilisé par les pouvoirs politiques, lui permettant alors un militantisme de coopération. Toutefois, au stade de la mobilisation il n'y a pas que les pouvoirs publics qui sont capables de faire appel à elle : les avocats sont susceptibles d'être mobilisés par un groupe ou une personne qui choisit le recours à ce professionnel dans son *répertoire d'action collective*.

---

<sup>861</sup> LARTIGUE, M. (2015). Les avocats face à une nouvelle concurrence. *Les échos exécutives*. Edition du 29 septembre.

## **Section 2 : L’avocat mobilisé comme instrument dans le répertoire d’action collective d’un groupe ou d’une personne.**

491. Comme ce fut rapidement abordé dans la première partie de cette thèse, l’avocat peut être à l’origine d’une mobilisation mais peut être également un instrument dans le répertoire d’action collective d’un *acteur extérieur* qui souhaite « jouer la carte judiciaire ». Deux hypothèses peuvent alors se présenter. La première lorsqu’une cause spécifique est défendue et qu’un agent entrevoit une possibilité de la faire progresser par le droit, c’est par exemple le cas pour la gestation pour autrui (Sous-Section 1). La seconde lorsqu’au contraire il ne s’agit pas de faire progresser une cause mais de défendre des acquis. Les avocats apparaissent dès lors comme étant le dernier rempart à un mouvement qui leur semble liberticide. Il s’agit par exemple du cas de la défense des droits fondamentaux, face aux politiques sécuritaires qui entendent lutter contre le terrorisme (Sous-Section 2).

### **Sous-Section 1 : Le choix du recours à un avocat pour faire progresser une cause, l’exemple de la gestation pour autrui.**

492. Depuis le début de la décennie des années 2000, l’actualité judiciaire est régulièrement portée sur la question de la gestation pour autrui pour laquelle des justiciables ont recours aux avocats afin de tenter de faire progresser leur cause. Afin d’étudier cette mobilisation au sein de laquelle le rôle des avocats et du droit est primordial, il s’agit de présenter cette pratique (Paragraphe 1) pour comprendre pourquoi il est nécessaire de recourir à la voie judiciaire portée par la profession (Paragraphe 2).

Paragraphe 1 : Enjeux médicaux et éthiques, l'interdiction de la gestation pour autrui en droit français.

493. Comme de nombreuses avancées scientifiques, la gestation pour autrui suscite un débat sociétal passionné entre ceux qui y voient un progrès et ceux qui y perçoivent un danger (A). Le droit français tranche cette question en 1994 en posant l'interdiction de cette pratique en France (B).

A) La pratique de la gestation pour autrui.

**494. Définition.** La gestation pour autrui ou *convention de mère porteuse* est le fait pour une femme de porter un enfant pour le compte d'autrui, à savoir des parents dits d'*intention*<sup>862</sup>. Ces derniers seront ensuite les parents juridiques de l'enfant, la mère porteuse abandonnant ses droits sur lui. Il existe trois cas de figure de gestation pour autrui. La première hypothèse résulte d'une fécondation *in vitro*<sup>863</sup> à la suite de laquelle les gamètes sont implantées dans l'utérus d'une mère porteuse. La deuxième hypothèse est la fécondation par le père d'intention, de la mère porteuse. Enfin, l'enfant peut être conçu par le couple que forme la mère porteuse avec un géniteur extérieur aux parents d'intention. Autrement dit, dans un premier cas les deux parents d'intention sont les parents biologiques de l'enfant à naître qui fait sa gestation dans le ventre d'une autre femme. Dans un deuxième cas, le père d'intention (ou l'un des pères d'intention) est le père biologique de l'enfant. Enfin dans un dernier cas, aucun des deux parents d'intention n'a de lien biologique avec l'enfant. Ces distinctions sont importantes parce qu'elles transforment les problématiques liées – il s'agira de les développer – à la notion de *vérité biologique*. Cette avancée scientifique permet donc à des couples qui ne peuvent biologiquement pas avoir accès à la parentalité de fonder une famille, que ce soit un couple

---

<sup>862</sup> Les parents d'intention sont les parents à l'origine du projet de procréation et qui ont vocation à devenir les parents juridiques de l'enfant à naître. A l'inverse, la mère porteuse est celle qui accepte de mettre à disposition son utérus et éventuellement ses gamètes afin de mener à terme la gestation. Elle n'a pas vocation à établir un quelconque lien juridique entre elle et l'enfant qu'elle va mettre au monde.

<sup>863</sup> La fécondation *in vitro* est une technique de laboratoire qui permet de féconder un ovule avec un spermatozoïde en dehors de l'utérus. Il existe quatre possibilités de fécondation *in vitro* : avec ses propres ovules et le sperme du conjoint ; avec ses propres ovules et le sperme d'un donneur ; avec des ovules d'une donneuse et le sperme du conjoint et la fécondation *in vitro* avec des ovules d'une donneuse et le sperme d'un donneur.

hétérosexuel dont la femme ne peut, soit pas porter d'enfant, soit ne pas en concevoir, ou un couple homosexuel composé de deux hommes.

495. Juridiquement, le conflit se cristallise autour de trois questions : faut-il légaliser la gestation pour autrui en France ? Peut-on établir un lien de filiation à l'état civil français entre des parents et un enfant issu d'une gestation pour autrui pratiquée à l'étranger ? De façon plus générale, existe-t-il un droit à l'enfant<sup>864</sup> ? Ce droit a notamment été présenté comme la justification théorique à la procréation médicalement assistée<sup>865</sup> et s'inscrit dans le processus des *Nouveaux Mouvements Sociaux* portant notamment sur la liberté de disposer de son corps et de façon plus générale sur la philosophie militante libérale qui domine aujourd'hui dans les pays occidentaux.

**496. GPA et éthique.** La question de la gestation pour autrui est sensible en France et interroge d'un point de vue éthique. Outre la question de la pratique embryonnaire déjà strictement encadrée par le droit<sup>866</sup>, la gestation pour autrui une fois effectuée pose des questions quant aux droits de la mère porteuse : y a-t-il un risque de marchandisation du corps ? Doit-elle être rémunérée ? Indemnisée ? Quid de son consentement ? Est-il parfaitement conscient et mesuré ? Quelles sont les considérations biologiques (lien *in utero* entre la mère porteuse et le fœtus) et psychologiques qu'il faut prendre en compte ? D'un point de vue moins juridique, certains se questionnent sur les intentions de la mère porteuse :

*« Comment se situe le geste de la femme qui porte l'enfant et va le remettre au couple demandeur en se mettant à son service et qu'en est-il de sa dignité ? Quelle valeur revêt cet acte, y a-t-il une élaboration psychique particulière ? Est-ce par pure solidarité pour le bénéfice d'autrui ? Est-ce une dette ? Est-ce dans l'espoir d'une valorisation narcissique ? Quels éléments motivent le projet de cette femme vis-à-vis de cet enfant avec lequel elle aura partagé une partie de vie et de son sang mais dont elle ne sera jamais la maman ? (...) L'examen soigneux des conséquences que son autorisation pourrait engendrer sous prétexte de s'aligner sur un fait accompli adopté par d'autres états, doit impérativement mettre en balance les intérêts de chacun : est-*

---

<sup>864</sup> Voir par exemple : MARCHAL, C. et KHAIAT, L. (2012). *La maîtrise de la vie. Les procréations médicalement assistées interrogent l'éthique et le droit*. Eres. Enfance et parentalité.

<sup>865</sup> CARBONNIER, J. (2002). *Droit civil, la famille, l'enfant, le couple*. PUF. Tome 2.

<sup>866</sup> Sur ces questions voir par exemple : FLAVIGNY, C. (2009). De l'éthique médicale à la bioéthique. *Champ psychosomatique*. Numéro 55, pages 63 à 74.

GRAF, A. (2010). Du nécessaire élargissement du débat bioéthique. *Laennec*. Tome 58, pages 8 à 17.

*on efficace, bienfaisant et respecte-t-on les droits de chacun ? Autrement dit, la gestation pour autrui constitue-t-elle le moyen thérapeutique le plus adapté pour traiter la pathologie de la mère d'intention sans malfaisance envers chaque protagoniste ? Ne courons-nous pas le risque à privilégier le droit du couple à l'enfant sur l'intérêt premier de l'enfant à naître ? Comment une femme peut être amenée à considérer son corps comme un moyen (même à des fins altruistes) et non une fin ? Comment préserver, protéger la femme qui en situation de vulnérabilité (contraintes d'un tiers, précarité) peut se trouver dans une situation non voulue ? Comment éviter la confrontation entre une logique marchande et une logique juridique de défense de l'intérêt de l'enfant ? Est-ce que la voie de dépénalisation de la pratique de la gestation pour autrui en France peut s'avérer une piste de réflexion ? Les conditions de réalisation de la gestation pour autrui pourraient-elles être un jour « débarrassées » de toute problématique éthique ? »<sup>867</sup>.*

Ce sont ces questions qui interrogent aujourd'hui ceux qui s'estiment contre la pratique de cette mesure :

*« L'enfant, dans cette opération globale a été arraché à sa mère. Quand je dis arraché à sa mère, lisez le rapport de l'Académie de médecine sur les liens inter-utéro. On va réfléchir justement à ce qui fait la mère. Mais, quand on sait, et on sait pleins de choses aujourd'hui, à quel point les liens intérieurs sont profonds, et vont avoir des répercussions sur le psychisme et la construction de l'enfant, on réalise qu'une banalisation de la gestation pour autrui serait catastrophique, et ne va pas dans son intérêt, mais son intérêt global, pas son intérêt uniquement au fait d'avoir la nationalité ». Juriste numéro 1. Reims.*

497. Le débat est d'autant plus sensible qu'en plus de concerner des questions éthiques, il touche là à la conception de la famille, que certains estiment mise en péril par les évolutions législatives récentes :

*« C'est inscrit dans la nature humaine. Ce n'est pas juste une question culturelle. Que chaque individu s'appuie sur ses origines, sur sa branche paternelle et maternelle pour se construire, pour savoir d'où il vient. La filiation, ce n'est pas juste une*

---

<sup>867</sup> BREHAUX, K et DELEPINE-PANISSET, B. (2014). Questionnements autour de la gestation pour autrui. *Revue d'éthique et de théologie morale*. Numéro 282, pages 37 à 53.

*construction : je décide que je suis le parent d'un tel. La filiation, elle explique juste à chaque individu ce qu'il fait sur la terre. C'est quelque chose de très profond, et c'est très important, et on ne peut pas le manipuler à sa guise. Aujourd'hui, certains veulent s'imaginer que les enfants sont les enfants de tout le monde et de personne, et de celui qui l'aura décidé. Ce n'est pas vrai. Un jour ou l'autre, le bon sens et, finalement, ce qui est inscrit dans le cœur humain et la nature humaine, finalement reprendra ses droits. Le problème c'est que d'ici là, il y a quand même beaucoup de mal qui est fait aux enfants. C'est pour ça que nous, on n'attend pas simplement que cela se fasse, on essaie d'agir pour que finalement les droits de l'enfant soient pris au sérieux le plus vite possible, pour éviter qu'il y ait trop d'enfants qui subissent les délires des uns et des autres. On est sûr qu'un jour ou l'autre, tout ça reprendra ses droits. L'histoire l'a prouvé, à de nombreuses périodes de l'histoire, y en a qui font n'importe quoi, puis un jour ou l'autre on ouvre les yeux, et alors on a de grands procès pour juger les méfaits. Un jour ou l'autre, on aura un Nuremberg de la filiation ».* Juriste numéro 2. Présidente d'une association de défense des droits de l'enfant. Paris.

**498. Débats autour de la GPA.** Lorsque le débat public aborde la question de la gestation pour autrui, se retrouvent confrontées un large panel de situations et de perceptions différentes de cette pratique. Des libéraux qui défendent sa légalisation<sup>868</sup> – ou du moins une plus grande prise en compte de l'intérêt de l'enfant<sup>869</sup> – aux mouvements conservateurs qui dénoncent une atteinte aux valeurs traditionnelles de la famille<sup>870</sup>, en passant par les parents qui appellent au droit à un enfant et au respect de leur modèle et vie familial, ceux qui se questionnent sur les conséquences psychiques de la mère porteuse et de l'enfant à naître<sup>871</sup> et ceux qui y voient une atteinte aux valeurs éthiques de la société<sup>872</sup>. Ces questions, qui animent

<sup>868</sup> Lire par exemple : LE GAC-PECH, S. (2016). Pour une indispensable légalisation des conventions de mère porteuse. *AJ famille*. Numéro 10, pages 486 à 490. Ou encore : JOUAN, M. (2017). L'acceptabilité morale de la gestation pour autrui. Les enseignements de la gestation pour soi au service de plus de justice. *Travail, genre et sociétés*. Numéro 38, pages 35 à 52.

<sup>869</sup> Lire par exemple : BANDRAC, M. DELAISI DE PARSEVAL, G. et DEPADT-SEBAG, V. (2008). Repenser la prohibition de la gestation pour autrui ? *Recueil Dalloz*. Numéro 7, pages 434 à 441. Ou plus récemment : HILT, P. (2019). Repenser la maternité. *Recueil Dalloz*. Numéro 40, pages 2190 à 2194. Et : MECARY, C. (2019). *PMA et GPA*. Que sais-je.

<sup>870</sup> Voir par exemple les collectifs *La manif pour tous* ou *Marchons enfants*.

<sup>871</sup> Lire par exemple : FAVIER, Y. (2010). La preuve de la filiation : le droit et la vérité des filiations. *UNAF recherches familiales*. Numéro 7, pages 17 à 20. Ou encore : MIRKOVIC, A. (2008). À propos de la maternité pour autrui. *Revue mensuelle LexisNexis jurisclasseur – Droit de la famille*. Numéro de juin, pages 9 à 13.

<sup>872</sup> Lire par exemple : SERIAUX, A. (2009). Maternités pour le compte d'autrui : la mainlevée de l'interdit ? *Recueil Dalloz*. Numéro 18, pages 1215 à 1220. Ou plus récemment : BRUNETTI-PONS, C. (2016). Le « tourisme procréatif », porte ouverte au trafic d'enfants et à l'exploitation de la misère ? *Les cahiers de la Justice*. Numéro 2, pages 249 à 264.

des passions qui apparaissent particulièrement violentes et mal perçues des deux côtés et auxquelles aucune réponse satisfaisante n'a pu être avancée, explique le choix du législateur français d'interdire la pratique de la gestation pour autrui en France.

B) L'interdiction de la gestation pour autrui en France.

**499. Indisponibilité du corps humain.** A l'origine, aucun texte n'encadre la gestation par autrui qui est par définition une problématique récente assujettie aux progrès de la science. Dans les années 1990, la Cour de cassation souhaite freiner le développement de ces pratiques. Elle se fonde alors sur un principe général du droit inexistant dans les textes mais incontesté : le *principe de l'indisponibilité de l'état des personnes*<sup>873</sup>. La légitimité de cette interdiction s'expliquant également sur le terrain pénal.

500. La première décision *Alma mater*, date de 1989. Elle concerne l'objet d'une association qui, dans un premier temps, fait le lien entre les familles désireuses d'avoir un enfant et les femmes volontaires pour en porter un, puis, dans un second temps, accompagne tout le processus. Devant les juges du fond est prononcée la nullité de cette association pour objet illicite, contraire aux lois et aux bonnes mœurs :

« Qu'il résulte des constatations des juges du fond que l'objet même de l'association est de favoriser la conclusion et l'exécution de conventions qui, fussent-elles verbales, portent tout à la fois sur la mise à la disposition des demandeurs des fonctions reproductrices de la mère et sur l'enfant à naître et sont donc nulles en application de l'article 1128 du code civil ; que ces conventions contreviennent **au principe d'ordre public de l'indisponibilité de l'état des personnes** en ce qu'elles ont pour but de faire venir au monde un enfant dont l'état ne correspondra pas à sa **filiation réelle** au moyen d'une renonciation et d'une cession, également prohibées, des droits reconnus par la loi à la future mère ; que l'activité de l'association, qui tend délibérément à créer une situation d'abandon, aboutit à détourner l'institution de

---

<sup>873</sup> L'indisponibilité de l'état des personnes est une expression utilisée par la Cour de cassation française pour dénommer ce qu'elle qualifie de *principe essentiel du droit français* selon lequel un individu ne pourrait disposer de manière pleine et entière de sa personnalité juridique, ni un tiers pour lui.



*l'adoption de son véritable objet qui est, en principe, de donner une famille à un enfant qui en est dépourvu »<sup>874</sup>.*

**501. Filiation réelle.** Deux notions importantes dans cette décision : le *principe d'ordre public de l'indisponibilité de l'état des personnes* et la *filiation réelle*. Une association ayant pour objet l'organisation de la pratique de la gestation pour autrui est donc nulle puisque son objet contrevient au principe d'ordre public de l'indisponibilité de l'état des personnes en falsifiant illégitimement la *filiation réelle* de l'enfant à naître. Cette notion de *filiation réelle* est importante puisqu'elle est jusqu'à très récemment – il s'agira d'y revenir – le dernier rempart derrière lequel la Cour de cassation se cache encore pour tenter de faire prévaloir l'atteinte à l'ordre public que constitue cette pratique.

502. Une association ne peut donc pas avoir comme objet de favoriser la pratique de la gestation pour autrui. Concernant la convention de mère porteuse en elle-même, la Cour d'appel de Paris, estime d'abord dans un arrêt du 15 juin 1990 que le recours à une mère de substitution n'est pas contraire à l'ordre public, que par conséquent rien ne s'oppose à l'adoption plénière de l'enfant par l'épouse du père lorsque la mère porteuse a accouché dans l'anonymat. L'Assemblée plénière de la Cour de cassation casse cette décision et donne un attendu de principe dans une décision du 31 mai 1991 :

*« Attendu que, la convention par laquelle une femme s'engage, fût-ce à titre gratuit, à concevoir et à porter un enfant pour l'abandonner à sa naissance contrevient tant au principe d'ordre public de l'indisponibilité du corps humain qu'à celui de l'indisponibilité de l'état des personnes »<sup>875</sup>.*

503. La Cour vient rajouter au titre de ces fondements le principe de l'*indisponibilité du corps humain*<sup>876</sup> pour justifier son refus de la pratique de la gestation pour autrui en France. Cette dernière notion venant frapper d'illicéité les conventions ayant pour objet la mise à disposition de l'utérus d'une femme au profit d'une autre personne. Par conséquent, au même titre qu'une association ayant pour l'objet de faciliter la pratique de la gestation pour autrui est

---

<sup>874</sup> Cass. Civ1., 13 décembre 1989, pourvoi n°88-15655.

<sup>875</sup> Cass. Ass. Ple., 31 mai 1991, pourvoi n°90-20105.

<sup>876</sup> L'indisponibilité du corps humain est une expression utilisée par la Cour de cassation française pour dénommer ce qu'elle qualifie de *principe essentiel du droit français* selon lequel le corps humain ne serait pas une chose pouvant faire l'objet d'un contrat ou d'une convention, posant ainsi des limites à la libre disposition de soi.

nulle, une convention de gestation pour autrui en elle-même a également un objet illicite puisqu'elle est contraire au principe de l'indisponibilité du corps humain.

**504. Interdiction législative de la GPA.** La consécration législative se fait par les lois bioéthiques du 29 juillet 1994. Il est désormais affirmé solennellement à l'article 16-7 du code civil que « *Toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui est nulle* ». Les mots *procréation* et *gestation* permettent d'englober toutes les formes de pratiques, c'est-à-dire que la mère porteuse soit la mère génétique ou pas et ce que ce soit à titre onéreux ou gratuit.

**505. Condamnation pénale de la GPA.** La législation pénale permet également à la Cour de cassation de condamner avec fermeté la pratique de gestation pour autrui grâce à des infractions existantes : l'infraction de simulation et de dissimulation d'enfant ayant entraîné une atteinte à l'état civil de ce dernier<sup>877</sup>. Le juge pénal estime par ailleurs que cette infraction est une infraction clandestine par nature permettant de donner comme point de départ pour la prescription de l'action publique le jour où elle est apparue<sup>878</sup>. Plus exactement, le code pénal prévoit une section intitulée *Des atteintes à la filiation*. Ce sont les infractions qui portent atteinte au principe d'indisponibilité de l'état des enfants. Deux sortes de sanctions : celles qui concernent la mère porteuse et celles qui concernent les parents d'intention<sup>879</sup>. Sont ainsi condamnées la provocation à l'abandon d'un enfant ainsi que la substitution volontaire, la simulation ou dissimulation ayant entraîné une atteinte à l'état civil d'un enfant. La simulation d'enfant est le fait d'attribuer un nouveau-né à une femme qui n'a pas accouché. Il s'agit d'une simulation de maternité. Au contraire, la dissimulation consiste à taire et à cacher la maternité d'une femme qui a réellement accouché.

---

<sup>877</sup> Cass. Crim., 12 janvier 2000, pourvoi n° 99-82905.

<sup>878</sup> Cass. Crim., 23 juin 2004, pourvoi n° 03-82371.

<sup>879</sup> Article 227-12 : « *Le fait de provoquer soit dans un but lucratif, soit par don, promesse, menace ou abus d'autorité, les parents ou l'un d'entre eux à abandonner un enfant né ou à naître est puni de six mois d'emprisonnement et de 7 500 € d'amende.*

*Le fait, dans un but lucratif, de s'entremettre entre une personne désireuse d'adopter un enfant et un parent désireux d'abandonner son enfant né ou à naître est puni d'un an d'emprisonnement et de 15 000 € d'amende*

*Est puni des peines prévues au deuxième alinéa le fait de s'entremettre entre une personne ou un couple désireux d'accueillir un enfant et une femme acceptant de porter en elle cet enfant en vue de le leur remettre. Lorsque ces faits ont été commis à titre habituel ou dans un but lucratif, les peines sont portées au double.*

*La tentative des infractions prévues par les deuxième et troisième alinéas du présent article est punie des mêmes peines ».*

Article 227-13 : « *La substitution volontaire, la simulation ou dissimulation ayant entraîné une atteinte à l'état civil d'un enfant est punie de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 € d'amende.*

*La tentative est punie des mêmes peines ».*

**506. Effets de cette législation.** Le droit français, qu'il soit législatif ou jurisprudentiel, interdit donc avec force et au nom de l'ordre public la pratique de la gestation pour autrui. Cependant, une question se pose sur les effets de cette législation dans un contexte de mondialisation et détourne les enjeux juridiques autour de cette pratique non pas sur le fait de savoir si elle doit être légalisée mais plutôt sur le comportement à adopter lorsqu'une gestation pour autrui est pratiquée à l'étranger dans un pays qui en légalise la pratique. Sur la question pénale, dans la mesure où ces délits sont très majoritairement commis à l'étranger, il est en règle générale impossible de poursuivre les personnes les ayant commis devant une juridiction française puisqu'il faudrait pour cela que le comportement constitue également un délit dans le pays dans lequel il a été commis<sup>880</sup>. Surtout, le contentieux apparaît lorsque des parents vont à l'étranger pour pratiquer ce que leur interdit le droit français, puis reviennent en France et souhaitent transcrire le lien de filiation établi dans ce pays plus conciliant à l'état civil français. C'est dans cette hypothèse que le recours au droit devient nécessaire et que les avocats sont sollicités.

Paragraphe 2 : Le recours à un avocat face au refus de transcription à l'état civil français de l'acte de naissance d'un enfant né d'une gestation pour autrui à l'étranger.

507. Si l'avocat n'est pas forcément lui-même militant sur une question, il peut être mobilisé par une structure ou des particuliers qui eux sont militants, comme choix privilégié dans *leur répertoire d'action collective*. Cela semble être le cas pour la gestation pour autrui.

508. Le contexte de mondialisation fait de la gestation pour autrui une question transfrontalière qui dépasse le choix du refus du législateur français de ne pas y recourir. Quid du cas de parents français ayant recours à une gestation pour autrui dans un pays l'ayant légalisé et qui souhaitent ensuite que le lien de filiation entre eux et leur enfant issu de la pratique soit transcrit à l'état civil français ? La Cour de cassation résiste longtemps à cette transcription au nom de l'ordre public international français (A) face aux avocats des parents d'intention qui plaident l'intérêt supérieur de l'enfant (B).

---

<sup>880</sup> Principe de *réciprocité* en droit pénal international. Les juridictions françaises ne sont compétentes pour juger un crime ou un délit au sens du droit pénal français commis par un ressortissant à l'étranger, seulement si ce comportement est également incriminé dans le pays en question.

A) Le refus de transcription à l'état civil français d'un lien de filiation entre un parent et un enfant issu d'une gestation pour autrui à l'étranger.

**509. GPA et état civil.** Il est important de comprendre qu'à ce stade la question n'est plus celle – comme abordée dans les premières décisions de la Cour de cassation – de la légalité de la gestation pour autrui notamment à travers un objet sociétal ou la licéité d'une convention. Comme indiqué précédemment, la gestation pour autrui est prohibée en France au nom des principes d'*indisponibilité de l'état des personnes* et du *corps humain*. Le contentieux qui alimente l'actualité sur cette pratique concerne – dans un contexte de mondialisation – le cas d'un couple ayant recours à une gestation pour autrui dans un pays étranger et qui souhaite ensuite que soit transcrit le lien de filiation entre lui et l'enfant issu de cette gestation à l'état civil français. Pour replacer le contexte, l'interrogation est ici de l'ordre du droit international puisqu'il existe bien un lien de filiation entre les parents d'intention et l'enfant, mais celui-ci est établi par une autorité étrangère. Il faut dès lors, par une procédure d'exequatur faire reconnaître par les autorités nationales cette déclaration étrangère pour qu'elle puisse avoir des effets juridiques en France.

510. Là encore, la Cour de cassation se fonde sur le principe d'*indisponibilité de l'état des personnes* pour s'opposer avec fermeté à la possibilité de transcrire l'acte de naissance d'un enfant issu d'une gestation pour autrui pratiquée à l'étranger en France. L'idée est de dissuader les couples de partir faire dans un autre pays ce que l'ordre public leur interdit de faire chez eux :

*« Mais attendu qu'est justifié le refus de transcription d'un acte de naissance établi en exécution d'une décision étrangère, fondé sur la contrariété à l'ordre public international français de cette décision, lorsque celle-ci comporte des dispositions qui heurtent des principes essentiels du droit français ; qu'en l'état du droit positif, il est contraire au principe de l'indisponibilité de l'état des personnes, principe essentiel du droit français, de faire produire effet, au regard de la filiation, à une convention portant sur la gestation pour le compte d'autrui, qui, fût-elle licite à l'étranger, est nulle d'une nullité d'ordre public aux termes des articles 16-7 et 16-9 du code civil »<sup>881</sup>.*

---

<sup>881</sup> Cass. Ass. Ple., 31 mai 1991, pourvoi n°90-20105.

**511. Fraude à la loi.** La pression de la Cour Européenne des Droit de l'Homme saisie à l'initiative d'avocats s'intensifiant, la Cour de cassation change de fondement juridique en 2013 et en 2014, mais continue d'interdire la transcription. Abandonnant le principe d'*indisponibilité de l'état des personnes* et la référence à l'ordre public international français, elle se fonde sur la *fraude à la loi*<sup>882</sup>. L'idée est de dire qu'un couple ayant fraudé la loi en ayant recours à une gestation pour autrui interdite en France à l'étranger est dans l'impossibilité, ensuite, de se prévaloir de sa propre turpitude en régularisant la situation auprès de l'état civil français. Cette position est fortement critiquée par les internationalistes en doctrine<sup>883</sup>. Les incompréhensions se cristallisant en particulier dans l'hypothèse où le père d'intention est également le père biologique.

**512. Fantômes de la République.** D'un point de vue moins juridique, le débat est devenu très pratique. Les familles concernées dénoncent les difficultés matérielles qu'elles rencontrent dans leur vie familiale du fait de l'absence de transcription de leur lien de filiation à l'état civil. Ce lien de filiation ne pouvant pas faire effet en France, ces familles résidant sur le territoire se retrouvent dans une situation paradoxale où des parents élèvent des enfants sur lesquels ils n'ont juridiquement aucun droit. Ces derniers, souvent appelés par des associations militantes *fantômes de la République* grandissent dans un pays duquel ils n'ont pas la nationalité<sup>884</sup>. Les parents de ces enfants n'ont officiellement aucune autorité parentale sur eux et ces derniers n'ont aucune vocation successorale à l'égard de leurs parents de fait. Ces arguments sont néanmoins dans une certaine mesure contestés par la doctrine juridique<sup>885</sup>.

**513. Problématique transfrontalière.** Le centre du problème concernant la question de la gestation pour autrui est donc la question transfrontalière. Ceci explique que la Conférence de La Haye de droit international privé se soit intéressée à cette problématique. Elle constitue un groupe d'experts chargés d'étudier les règles de droit international privé et de discuter de la possibilité de conclure une Convention sur ce thème. En particulier, une réunion de janvier

---

<sup>882</sup> Cass. Civ1., 13 septembre 2013, pourvoi n°12-18.315.

Cass. Civ1., 13 septembre 2013, pourvoi n°12-30.138.

Cass. Civ1., 19 mars 2014, pourvoi n°13-50.005.

<sup>883</sup> Sur ce point voir BOLLEE, S. (2015). *La gestation pour autrui en droit international privé*. Pedone. Page 215.

<sup>884</sup> LE MAIGAT, V. (2016). Toujours pas de paix pour les « enfants fantômes de la République ». *Revue Droits de l'Homme*. Edition du 10 mars.

<sup>885</sup> Lire par exemple : CHENEDE, F. (2014). Confirmation de la non-reconnaissance des gestations pour autrui réalisées frauduleusement à l'étranger – Cour de cassation, 1re civ. 19 mars 2014. *AJ famille*. Numéro 4, page 244.

2019 a pour objet de discuter de la question précise des conventions de maternité de substitution à caractère international.

514. Face à ces conséquences dommageables à la fois pour l'enfant et pour ses parents, le refus de transcription à l'état civil est attaqué devant les juridictions françaises. Des avocats se retrouvant dès lors mobilisés comme instrument dans le *répertoire d'action collective* d'autres groupes, que ce soit les parents d'intention ou au contraire des associations se présentant comme défenseurs des droits de l'enfant et opposés à cette transcription.

B) Le recours aux avocats afin de faire valoir l'intérêt supérieur de l'enfant.

**515. GPA et droit européen.** Sur la question de la gestation pour autrui, l'engagement des avocats trouve des motivations très différentes et variées. Certains sont convaincus qu'il s'agit d'un sujet sur lequel il faut faire évoluer le droit dans une volonté progressiste :

*« La loi n'est ni sacrée, ni immuable et l'avocat a un rôle particulier pour la faire changer. Il y a un opprobre social autour de la gestation pour autrui qui est associée à l'homosexualité, chargée elle-même d'un opprobre encore plus insupportable. Il faut que ça change ».* Avocate numéro 54, Barreau de Paris.

D'autres estiment simplement, sans conviction intime au fond, que le droit européen n'est pas respecté par la France et souhaitent donc venir en aide à des personnes qu'ils estiment victimes d'une injustice :

*« J'ai défendu le dossier des époux Mennesson et obtenu la condamnation de la France sur la GPA, car j'étais convaincu que la position française était contraire aux libertés fondamentales et qu'il y avait véritablement matière à obtenir la condamnation de la France dans ce dossier-là. Je n'ai pas une position militante à l'égard de la gestation pour autrui, ou de la légalisation de la gestation pour autrui. J'ai une position militante au regard de la défense des libertés fondamentales telles qu'elles sont encadrées et garanties par la CSDH et la CEDH. Donc quand je vois une décision rendue par les juridictions nationales dont j'estime qu'elle est susceptible d'être censurée par la CEDH au regard de ce qu'est sa jurisprudence, effectivement, je vais*

*mobiliser d'une façon militante pour obtenir la condamnation de la France sur ce point-là pour le respect des libertés fondamentales. Mais, si vous voulez, les choses sont un peu différentes : c'est-à-dire que ce n'est pas un combat qui est un combat idéologique. C'est un combat militant, mais pour le respect des libertés fondamentales et pas pour la cause qui est derrière ce respect des libertés fondamentales ».* Avocat au conseil numéro 44. Paris.

Se retrouve donc ici la dichotomie abordée dans la première partie de cette thèse entre militantisme pour une cause en tant que telle et militantisme de manière plus générale, qui se confond presque avec l'exercice de la profession d'avocat en lui-même : la lutte contre ce que l'avocat estime être injuste.

**516. Atteinte à la vie privée et familiale.** Sur le fond, du point de vue des parents d'intention, l'argument juridique est de dire que cet état de fait porte atteinte à la fois à la vie familiale des parents et à la vie privée des enfants garanties par l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales :

« 1. Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance.

2. Il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui »<sup>886</sup>.

En face, il est dénoncé une instrumentalisation des droits de l'Homme<sup>887</sup>. L'argument est de dire qu'en pratique seuls les parents fraudeurs ont réellement des conséquences dommageables du fait du refus de transcription par les autorités, mais qu'à terme les enfants finissent par acquérir par exemple la nationalité française après cinq années de scolarisation sur le

---

<sup>886</sup> Extrait des moyens présentés devant la CEDH à la fois dans l'affaire *Mennesson* et dans l'affaire *Labassée* : CEDH. 26 juin 2014, *Mennesson contre France*. Requête numéro 65192/11 ; et CEDH. 26 juin 2014, *Labassée contre France*. Requête numéro 65941/11.

<sup>887</sup> BRUNETTI-PONS, C. (2014). Après la loi du 17 mai 2013 « ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe », quelles perspectives pour le droit de la famille ? *Recherches familiales*. Numéro 11, pages 111 à 130.



territoire<sup>888</sup>. En revanche, tous les protagonistes se présentent comme étant protecteurs des droits de l'enfant et de ses intérêts. Les détracteurs de la gestation pour autrui en amont et ceux qui soutiennent que la position de la Cour de cassation sur la non-transcription n'est plus tenable en aval. Juridiquement, tous les protagonistes sont également d'accord sur le fait que la situation porte une atteinte à l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, dans la mesure où elle constitue une ingérence dans le respect de la vie familiale des parents d'intention et de leurs enfants issus d'une gestation pour autrui à l'étranger. Seulement, la position française est de dire que cette atteinte est justifiée, parce que prévue par la loi<sup>889</sup>, elle poursuit un but légitime et est nécessaire dans une société démocratique<sup>890</sup>. Cette condition de nécessité répondant selon le Gouvernement français aux exigences de la Cour européenne des droits de l'Homme en ce que l'ingérence est fondée sur un besoin social impérieux et proportionnée au but légitime poursuivi<sup>891</sup>. L'argument des avocats saisis par les parents d'intention est de dire que l'ingérence litigieuse ne repose pas sur une base légale suffisante<sup>892</sup> et n'est pas nécessaire<sup>893</sup> eu égard à l'intérêt supérieur de l'enfant :

---

<sup>888</sup> [www.juristespourlenfance.com](http://www.juristespourlenfance.com). *Circulaire Taubira : vers une légalisation de la GPA ?* Par Adeline Le Gouvello Delaporte. 12 décembre 2014. [consulté le 29 janvier 2015].

<sup>889</sup> Devant la CEDH, le gouvernement indique à cet égard que l'article 16-7 du code civil dispose que toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui est nulle, cette disposition étant d'ordre public et que la Cour de cassation a souligné dans des arrêts des 31 mai 1991 et 29 juin 1994 que les principes de l'indisponibilité du corps humain et de l'indisponibilité de l'état des personnes s'opposaient à ce que la qualité de père ou de mère soit décidée par un contrat, qu'ils relevaient également de l'ordre public, et qu'ils faisaient obstacles à ce qu'il soit donné effet, sur le plan de la filiation, à des contrats de maternité de substitution.

<sup>890</sup> Ces arguments sont ainsi présentés dans les moyens fournis devant la CEDH dans l'affaire *Mennesson* et dans l'affaire *Labassée* : CEDH. 26 juin 2014, *Mennesson contre France*. Requête numéro 65192/11 ; et CEDH. 26 juin 2014, *Labassée contre France*. Requête numéro 65941/11.

<sup>891</sup> Sur cette exigence de la CEDH, voir les arrêts : CEDH. 28 juin 2007, *Wagner et J.M.W.L contre Luxembourg*. Requête numéro 76240/01 ; et CEDH. 3 mai 2011, *Negrepontis-Giannisis contre Grèce*. Requête numéro 56759/08.

<sup>892</sup> Selon les avocats, au vu du droit positif à l'époque des faits, les parents d'intention pouvaient légitimement croire que l'exception d'ordre public ne leur serait pas opposée et que la transcription des actes de naissance légalement établis en Californie se ferait sans difficulté. Ils renvoient au principe de l'effet atténué de l'ordre public, selon lequel la réaction contre une disposition contraire à l'ordre public n'est pas la même selon qu'il s'agit d'acquérir un droit en France ou de faire produire des effets en France à un droit valablement acquis, sans fraude, à l'étranger.

<sup>893</sup> Les requérants concèdent qu'eu égard à l'absence d'approche européenne commune, les États parties ont en principe une large marge d'appréciation s'agissant de l'élaboration du droit relatif à la gestation pour autrui. Ils considèrent cependant qu'en l'espèce cette marge d'appréciation doit être relativisée. En effet, selon eux, d'une part, il n'est pas question de la compatibilité avec la Convention de l'interdiction de la gestation pour autrui par un État membre ; est critiquée la décision qui, dans le pays où ils résident, prive des enfants, issus d'une gestation pour autrui régulièrement pratiquée à l'étranger, d'actes d'état civil indiquant leur filiation, y compris celle à l'égard de leur père biologique. D'autre part, ils estiment qu'existe en Europe une tendance favorable, à tout le moins, à la prise en compte des situations telles que les leurs.



*« Selon eux, le rejet de leur demande méconnaît l'intérêt supérieur de l'enfant à avoir une filiation conforme à la vérité juridique résultant tant de son acte de naissance que de sa vie privée et familiale réelle ainsi que le droit de l'enfant et de ses père et mère à avoir une vie familiale normale »<sup>894</sup>.*

**517. Intérêt supérieur de l'enfant.** Le Conseil d'Etat est plus prudent que la Cour de cassation et prend en considération l'intérêt supérieur de l'enfant dans le sens présenté de l'atteinte à la vie familiale, notamment dans un arrêt du 4 mai 2011<sup>895</sup>. Le juge administratif est alors saisi d'une demande en référé concernant le refus de l'Administration de délivrer un document de voyage permettant à des enfants issus d'une gestation pour autrui à l'étranger d'entrer sur le territoire national.

518. Finalement, la France est condamnée par la Cour européenne des droits de l'Homme dans deux arrêts du 26 juin 2014 au nom de l'intérêt supérieur de l'enfant<sup>896</sup>. La mobilisation de la profession change alors. Elle ne porte plus sur des convictions personnelles pour ou contre, mais sur la nécessité globalement plus mobilisable pour les avocats d'une bonne application de la jurisprudence européenne face à des procureurs et des juges qui vont faire de la résistance :

*« Le parquet, plus exactement, le procureur adjoint du parquet de Nantes, (...) alors qu'il a tous les éléments pour appliquer les arrêts du 26 juin 2014, fait le choix de prétendre qu'il attend des instructions de la Chancellerie, qui a pourtant dit qu'elle n'en donnerait pas et qui n'a pas à en donner puisque c'est une histoire d'interprétation. Donc il choisit volontairement de ne pas transcrire. S'il le fait, c'est parce qu'il a la conviction personnelle qu'il ne faut pas transcrire, mais ce n'est pas une conviction de juriste, c'est une conviction personnelle, il ne met pas de côté sa conviction personnelle. Donc, il écrit aux clients qu'il attend des instructions de la Chancellerie. Moi, j'ai saisi le TGI de Nantes pour plusieurs procédures pour des clients et là, dans ces procédures, le parquet a dit – il l'écrit noir sur blanc – qu'il n'a pas besoin d'instructions de la Chancellerie. Donc il tient un double discours ». Avocate numéro 13. Barreau de Paris.*

---

<sup>894</sup> CEDH. 26 juin 2014, *Labassée contre France*. Requête numéro 65941/11. Paragraphe 41.

<sup>895</sup> Conseil d'Etat. 4 mai 2011, numéro 348778.

<sup>896</sup> CEDH. 26 juin 2014, *Mennesson contre France*. Requête numéro 65192/11 ; et CEDH. 26 juin 2014, *Labassée contre France*. Requête numéro 65941/11.

Le Gouvernement ne semble pas vouloir entrer dans ce débat et « laisse faire » l'Administration sans lui donner de nouvelles instructions :

*« Les préfets qui sont chargés de délivrer les passeports et les cartes nationales d'identité continuent de ne pas donner de réponses aux couples hétérosexuels ou aux couples homosexuels qui ont demandé un passeport pour leur enfant. Donc, concrètement la France continue de violer la Convention européenne des droits de l'Homme. (...) Le ministère des affaires étrangères a laissé en vigueur les instructions qui existent depuis 2011 sur la défense des laissez-passer pour les enfants qui sont à l'étranger et qui doivent rentrer en France. Il continue de refuser les laissez-passer aux enfants parce qu'on suspecte qu'ils sont nés dans le cadre d'une gestation pour autrui ».* Avocate numéro 6. Barreau de Paris.

519. Dans ce contexte, des avocats n'hésitent pas à appeler le gouvernement à prendre ses responsabilités :

*« On est face à un gouvernement, qui dès qu'il le peut, brandit la devise de la République « Liberté, égalité, fraternité » (...) et qui en même temps s'assied allègrement et volontairement, sur le principe d'égalité de traitement des enfants, indépendamment de leur mode de conception. Voilà, donc on est dans un double discours. On est dans quelque chose qui est profondément malhonnête et qui me heurte profondément ».* Avocate numéro 13. Barreau de Paris.

Les avocats ont conscience de la possibilité de faire évoluer la jurisprudence sur ces questions, justement parce qu'ils sont devenus dans ce domaine un instrument efficace dans un répertoire d'action collective et sont donc mobilisés :

*« Humainement, pour les gens, c'est important et juridiquement c'est toujours extraordinairement intéressant. Il y a peu de domaines où le droit soit aussi peu fixé et où il y a ce travail de construction jurisprudentiel à faire. Que l'on fait nécessairement par petites touches, parce que on ne peut poser des pierres jurisprudentielles qu'à partir des demandes des gens et on n'est pas moteur sur les demandes des gens. C'est le hasard le plus total, de ce point de vue-là. Donc, il y a des champs sur lesquels on devrait avancer et où on n'avance pas, mais là il y a un champ sur lequel on va peut-être avancer ».* Avocate numéro 32. Barreau de Paris.

520. En conclusion, l'exemple de la gestation pour autrui<sup>897</sup> permet de démontrer que l'avocat même s'il n'est pas directement et personnellement militant sur une question, peut-être sollicité par des individus qui eux le sont. Il apparaît alors qu'il est un instrument important dans le *répertoire d'action collective* de ces individus. Au-delà de cette mobilisation, des avocats – mention en a été faite dans la première partie de cette thèse – non convaincus par la cause en elle-même, peuvent définir leur combat comme étant militant s'ils estiment que leur client est confronté à une injustice. Dans ce cas, le militantisme est plus difficile à étudier car il se confond presque avec l'exercice « normal » de la profession. Il s'agit désormais d'analyser un second cas de figure, où l'avocat est toujours mobilisé par un *acteur extérieur*, mais pas comme une arme au combat d'une cause, plutôt comme un bouclier pour se défendre face à des atteintes au droit jugées liberticides.

### **Sous-Section 2 : Le choix du recours à un avocat pour défendre des libertés fondamentales en péril, l'exemple du combat contre l'état d'urgence.**

*« Il est légitime et nécessaire de limiter, quelquefois même de restreindre, les libertés individuelles pour permettre à tous d'exercer paisiblement leur liberté à eux et pour assurer la primauté de la morale, du bien général, du bien commun et de l'utilité publique. Quand l'Etat définit, organise, réglemente, limite les libertés pour ces motifs-là, dans l'intérêt général, il ne fait que remplir son devoir. Cela lui est permis. Cela est légitime. Mais lorsqu'il intervient pour supprimer, restreindre, limiter les libertés au nom, cette fois, de la raison d'Etat, pour se protéger contre une opposition qu'il estime dangereuse, pour détruire la liberté fondamentale qu'il devrait être chargé de coordonner et de garantir, c'est contre l'intérêt général qu'il intervient »<sup>898</sup>.*

521. Le 13 novembre 2015, une série d'attentats revendiqués par l'organisation autoproclamée *Etat islamique*<sup>899</sup> touche Paris et Saint-Denis en Ile-de-France. Le 14 novembre,

---

<sup>897</sup> Les évolutions récentes concernant cette lutte seront abordées dans le second titre de la présente thèse.

<sup>898</sup> Extrait du discours de TEITGEN, P. Séance plénière de l'Assemblée consultative du Conseil de l'Europe, 7 septembre 1949.

<sup>899</sup> L'Etat islamique, abrégé en EI, est une organisation terroriste, militaire et politique, d'idéologie salafiste djihadiste ayant proclamé le 29 juin 2014 l'instauration d'un califat sur les territoires sous son contrôle. De l'été 2014 au printemps 2019, il forme un proto-Etat en Irak et en Syrie où il met en place un système totalitaire. Son essor est notamment lié aux déstabilisations géopolitiques causées par la guerre d'Irak et la guerre civile syrienne.

le Président de la République François Hollande décrète l'état d'urgence. Il s'agit d'un régime restrictif des libertés publiques pouvant être appliqué par une loi sur tout ou partie du territoire national, caractérisé par l'extension des pouvoirs ordinaires de police des autorités administratives. Pratiquement, cela veut dire que l'autorité administrative, dans un souci d'efficacité, voit ses pouvoirs s'étendre considérablement au détriment du contrôle judiciaire normalement exercé sur certaines mesures. A titre d'exemple, les préfets peuvent faire procéder à des perquisitions administratives dans les domiciles, de jour comme de nuit alors qu'en temps normal ces perquisitions ne peuvent être effectuées qu'après autorisation d'un juge. Les préfets peuvent également ordonner la fermeture provisoire de salles de spectacle, de débits de boissons et de lieux de réunions de toute nature, ainsi qu'interdire des réunions et des manifestations sur la voie publique. L'état d'urgence autorise également le ministre de l'Intérieur à assigner à résidence des personnes susceptibles de porter atteinte à l'ordre public.

522. Face à cet état d'exception qui permet une politique sécuritaire dans un contexte de péril de la Nation (Paragraphe 1), les avocats sont mobilisés afin de lutter contre les dérives liberticides de l'application du texte de l'état d'urgence et de celui qui a permis d'en sortir (Paragraphe 2).

#### Paragraphe 1 : L'état d'urgence face au péril de la Nation.

523. Afin de comprendre pourquoi ce texte est dangereux pour les libertés fondamentales et quel est le rôle de l'avocat dans la défense de ces dernières, il est nécessaire de présenter l'état d'urgence de sa création (A) jusqu'à ce qu'il soit appliqué en 2015 à la suite des attentats du 13 novembre (B).

##### A) La création de l'état d'urgence dans le contexte de la guerre d'Algérie.

**524. Hors-la-loi.** L'idée d'un *état d'urgence* est en réalité plus ancienne que les années 1950. Depuis la Révolution française de 1789, à chaque fois qu'un régime républicain est apparu en France, c'est suite à un chamboulement important de l'ordre en place, souvent

populaire et parfois militaire. Ce contexte troublé au début de l'ordre républicain légitime dès la Terreur que ceux qui s'opposent à ce régime soient alors considérés comme *hors-la-loi*, ce qui se comprend comme opposés à la loi républicaine. Dès lors, ces derniers se plaçant eux-mêmes en dehors de cette loi, ne peuvent pas par la suite prétendre à bénéficier de ce qu'elle permet de garantir notamment en termes de libertés fondamentales<sup>900</sup>. C'est dans cette idée que la loi d'état d'urgence trouve sa légitimité. Certes, elle donne des pouvoirs discrétionnaires et parfois disproportionnés à l'Administration qui portent nécessairement atteintes aux libertés individuelles et collectives, mais ceux qui seront les « victimes » de cette atteinte liberticide sont des personnes qui se placent elles-mêmes hors de la garantie de ces libertés en refusant le modèle républicain et en le mettant en péril. Cette dernière notion de *péril* est centrale dans la compréhension du recours à l'état d'urgence et plus largement à des législations liberticides commandées par la *raison d'Etat*<sup>901</sup>. Les grands textes garantissant les droits fondamentaux, à l'image de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, prévoient d'ailleurs un large panel d'exceptions commandées par cette dernière.

**525. *Etat d'urgence et guerre d'Algérie.*** La loi de 1955 s'inscrit dans un dispositif plus large visant à rétablir de l'ordre et de la protection des personnes et des biens dans les départements de l'Algérie française dans un contexte insurrectionnel. La justification du législateur (et des gouvernements de Pierre Mendès France<sup>902</sup>, puis d'Edgar Faure<sup>903</sup>) est de dire que l'état actuel du droit français n'est pas prévu et surtout armé pour faire face à un contexte d'émeutes sur une partie du territoire.

526. Dès 1955 une partie de l'opinion s'oppose très fermement à cette loi – notamment des députés de la gauche socialiste et communiste – qui qualifie ce texte de « loi scélérate », de

---

<sup>900</sup> C'est notamment ce que va théoriser Saint-Just. Sur ce point lire par exemple : CALORENNI, F. (2012). Indépendance, égalité et possession. Saint-Just et le « trinôme républicain ». *Annales historiques de la Révolution française*. Numéro 370, Octobre-Décembre.

<sup>901</sup> Sur cette question, lire : DELMAS-MARTY, M. (1989). *Raisonner la raison d'Etat. Vers une Europe des droits de l'Homme*. Paris : Presses Universitaires de France.

<sup>902</sup> Pierre Mendès France, né le 11 janvier 1907 à Paris et mort le 18 octobre 1982 dans la même ville, est un homme d'État français. Député, ministre puis Président du conseil des ministres de 18 juin 1954 au 5 février 1955 sous la présidence de René Coty. Il parvient à conclure la paix en Indochine, à préparer l'indépendance de la Tunisie et à amorcer celle du Maroc, mais ses tentatives de réforme en Algérie entraînent la chute de son gouvernement.

<sup>903</sup> Edgar Faure, né le 18 août 1908 à Béziers et mort le 30 mars 1988 à Paris, est un homme d'État français. Radical, il est ministre au sein de nombreux gouvernements, dans lesquels lui sont confiés d'importants portefeuilles, il est président du Conseil des ministres en 1952 et de 1955 à 1956, sous la IV<sup>e</sup> République. Ministre sous les présidences du général de Gaulle puis de Georges Pompidou, il est président de l'Assemblée nationale de 1973 à 1978. Il est élu à l'Académie française en 1978.

« loi de la terreur » ou encore « d'état de siège fictif aggravé »<sup>904</sup>. A noter également un article de Roland Drago dans la Revue de Droit Public<sup>905</sup>. Edgar Faure présente pourtant cette loi comme protectrice des libertés individuelles puisqu'elle permet une alternative à l'état de siège<sup>906</sup>. La multiplication des attentats, des sabotages de lignes et voies de communication, d'incendies criminels, d'attaques à main armée, ainsi que l'organisation de maquis fini de convaincre les députés de la nécessité d'un texte de circonstance permettant au gouverneur général d'Algérie<sup>907</sup> d'agir rapidement en prenant des mesures coercitives sans nécessairement passer par la force armée qui ne semble plus suffire. Le texte est finalement adopté en un temps record. Présenté par le gouvernement le 30 mars, il est voté par l'Assemblée nationale le lendemain<sup>908</sup>. La première mission est de démanteler les réseaux capables de commettre des actes de terrorisme et d'apporter un soutien humain ou logistique au FLN. Il y a donc un travail de police à faire, mais également d'opinion : l'idée est d'empêcher les algériens d'adhérer à ces organisations.

527. Dans ce contexte, la législation sur l'état d'urgence est donc pensée comme un instrument capable de contrôler sur un territoire à la fois l'espace, mais également les idées et les individus. Par-là, elle s'affranchie des libertés fondamentales individuelles ou collectives, jugées trop contraignantes pour lutter efficacement dans un contexte insurrectionnel.

**528. Instrument de lutte contre une menace intérieure.** L'idée est également de doter les autorités civiles de pouvoirs suffisamment étendus afin qu'il ne soit pas nécessaire de déclarer l'état de siège<sup>909</sup> impliquant l'armée et officialisant une situation de guerre civile. L'autre intérêt est symbolique : laisser une compétence aux autorités civiles plutôt qu'aux autorités militaires permet de ne pas marquer une différence entre le territoire métropolitain et les départements de l'Algérie française, risquant d'accroître le sentiment nationaliste de l'autre côté de la méditerranée. La gauche française alors au pouvoir, pas profondément convaincue

---

<sup>904</sup> THENAULT, S. (2007). L'état d'urgence (1955-2005). De l'Algérie coloniale à la France contemporaine : destin d'une loi. *Le mouvement social*. Numéro 218, pages 63 à 78.

<sup>905</sup> DRAGO, R. (1955). L'état d'urgence (lois des 3 avril et 7 août 1955) et les libertés publiques. *Revue de Droit Public*. Page 671.

<sup>906</sup> CASSIA, P. (2016). *Contre l'état d'urgence*. Dalloz. Page 15.

<sup>907</sup> Le gouverneur général d'Algérie était mandaté par la République pour exercer le commandement général et la haute administration dans les départements de l'Algérie française.

<sup>908</sup> BEAUD, O. et GUERIN-BARGUES, C. (2018). *L'état d'urgence. Une étude constitutionnelle, historique et critique*. 2ème édition, LGDJ.

<sup>909</sup> L'état de siège, défini par une loi du 9 août 1849, est un régime restrictif des libertés publiques pouvant être appliqué par décret sur tout ou partie du territoire en cas de menace étrangère ou d'insurrection, et caractérisé par l'accroissement du contenu des pouvoirs ordinaires de police, par la possibilité d'un dessaisissement des autorités civiles au profit des autorités militaires, et par l'élargissement de la compétence des tribunaux militaires.

de la nécessité d'une décolonisation de l'Algérie, voit plutôt dans la modernisation de cette partie du territoire la seule issue favorable à un maintien de l'Algérie au sein de la République<sup>910</sup>. Il est donc nécessaire pour eux de maintenir des autorités administratives capable d'agir et de porter les réformes indispensables notamment sur l'alphabétisation de la population et sur une meilleure égalité des droits civiques et politiques. Sur un plan juridique, surtout, une qualification militaire des nationalistes en action empêcherait la compétence des tribunaux de droit commun et aurait quelque part légitimé les revendications de ces derniers qui présentent le conflit comme une guerre d'indépendance vis-à-vis d'une puissance colonialiste étrangère, lorsque la stratégie française est de présenter les événements comme des soulèvements internes dans des départements français.

529. L'avantage de ce texte est donc qu'il est rédigé en des termes généraux permettant de ne pas stigmatiser la situation en Algérie et donc d'en faire une partie du territoire à part du reste de la République. L'article 1er déclare ainsi :

*« L'état d'urgence peut être déclaré sur tout ou partie du territoire métropolitain, de l'Algérie ou des départements d'outre-mer, soit en cas de **péril imminent** résultant de graves atteintes à l'ordre public, soit en cas d'événements présentant, par leur nature et leur gravité, un caractère de calamité publique »<sup>911</sup>.*

**530. Mise en place de l'état d'urgence.** La mise en place de l'état d'urgence en Algérie va se faire progressivement. Elle est circonscrit dans un premier temps aux zones dans lesquelles les soulèvements sont les plus véhéments, puis à l'ensemble du territoire avant d'être étendue à toute la métropole à la suite des événements du 13 mai 1958<sup>912</sup>. Les critiques dès

---

<sup>910</sup> SEVILLIA, J. (2018). *Les vérités cachées de la Guerre d'Algérie*. Fayard.

<sup>911</sup> La lettre de cet article n'a pratiquement pas changé aujourd'hui, si ce n'est la disparation de la référence à l'Algérie comme partie intégrante du territoire de la République, le rajout de la Nouvelle-Calédonie depuis qu'elle dispose d'un statut particulier et enfin qu'une référence à la Constitution de 1958 : « *L'état d'urgence peut être déclaré sur tout ou partie du territoire métropolitain, des départements d'outre-mer, des collectivités d'outre-mer régies par l'article 74 de la Constitution et en Nouvelle-Calédonie, soit en cas de péril imminent résultant d'atteintes graves à l'ordre public, soit en cas d'événements présentant, par leur nature et leur gravité, le caractère de calamité publique* ».

<sup>912</sup> Le putsch d'Alger ou coup d'État du 13 mai est le coup d'État mené à Alger (département d'Alger) le mardi 13 mai 1958, conjointement par l'avocat et officier parachutiste de réserve Pierre Lagaillarde, les généraux Raoul Salan, Edmond Jouhaud, Jean Gracieux, l'amiral Auboyneau avec l'appui de la 10<sup>e</sup> division parachutiste du général Massu et la complicité active des alliés de Jacques Soustelle.

Dans le contexte de la guerre d'Algérie et d'une lutte pour le pouvoir, il avait pour but d'empêcher la constitution du Gouvernement Pierre Pflimlin et d'imposer un changement de politique allant dans le sens du maintien de l'Algérie française au sein de la République. Le putsch se solde par un échec et provoque l'appel du Général de Gaulle à la tête du gouvernement qui mettra fin à la IV<sup>e</sup> République.



1955 – notamment de la part des communistes – font état de craintes que ce texte puisse trouver à s'appliquer ailleurs que sur le territoire algérien et porte atteinte aux libertés individuelles et collectives de la population.

C'est un gouvernement de gauche qui, en mai 1958 comme en novembre 2015, établit l'état d'urgence sur l'ensemble du territoire. En 1958, la justification est celle de la menace réelle sur le système républicain même, suite au putsch des généraux à Alger. Jacques Duclos, représentant du groupe communiste à l'Assemblée cite Saint-Juste « *Pas de liberté pour les ennemis de la liberté* »<sup>913</sup>. Néanmoins, les réticences perdurent et plusieurs appels sont faits pour que les mesures de l'état d'urgence soient précisément ciblées.

A chaque fois, l'état d'urgence n'est déclaré que pour une courte durée. En Algérie, il dure trois mois. En France, puisqu'il faut en demander la reconduction à chaque nouveau gouvernement, il ne dure que quelques jours seulement<sup>914</sup>. Le Général de Gaulle s'en abstient à son arrivée au pouvoir en juin 1958.

**531. Premières modifications du texte sur l'état d'urgence.** La première modification de la loi, toujours dans le contexte de la guerre en Algérie, intervient par une ordonnance du 15 avril 1960 qui prévoit que le Gouvernement peut seul mettre en place l'état d'urgence pour une durée de douze jours. Au-delà de cette période, l'accord de l'Assemblée nationale est requis. L'état d'urgence se calque donc sur la procédure de l'état de siège prévu par l'article 36 de la nouvelle Constitution<sup>915</sup>. Un rapprochement entre les deux mesures est opéré avec toujours la différence notable que dans l'état d'urgence aucun pouvoir supplémentaire n'est donné à l'armée, ce qui s'explique au vu des événements récents en 1960 par une défiance du politique à l'égard de cette dernière. L'idée est de dire qu'en cas de nouveau soulèvement de l'armée, les autorités civiles peuvent disposer d'outils capables de défendre les institutions. Or de ce point de vue, l'autorisation du Parlement pour mettre en place l'état d'urgence est jugée trop contraignante et lourde pour faire face à une situation par définition urgente. Dès lors, l'état

---

<sup>913</sup> THENAULT, S. (2007). L'état d'urgence (1955-2005). De l'Algérie coloniale à la France contemporaine : destin d'une loi. *Le mouvement social*. Numéro 218, pages 63 à 78.

<sup>914</sup> Article 3 de la loi du 3 avril 1955 dans sa version originale : « *La loi fixe la durée de l'état d'urgence qui ne peut être prolongée que par une loi nouvelle.*

*Toutefois, en cas de démission du gouvernement ou de vacance de la présidence du conseil, le nouveau gouvernement devra demander la confirmation par le Parlement de la loi déclarant l'état d'urgence dans un délai de quinze jours francs à compter de la date à laquelle il a obtenu la confiance de l'Assemblée nationale. Si cette demande n'est pas présentée dans le délai prescrit la loi sera caduque ».*

<sup>915</sup> Article 36 de la Constitution de 1958 : « *L'état de siège est décrété en Conseil des ministres. Sa prorogation au-delà de douze jours ne peut être autorisée que par le Parlement* ».



d'urgence est perçu comme un état de siège contournant l'armée, les forces de police étant placées sous l'autorité des préfets, eux-mêmes soumis directement au gouvernement<sup>916</sup>. Ce contournement de l'armée est d'ailleurs bien utile lors des événements du 22 avril 1961<sup>917</sup> à l'occasion desquels un nouvel état d'urgence est proclamé par le conseil des ministres en métropole. Il durera deux ans, jusqu'au 31 mai 1963 afin de faciliter l'indépendance de l'Algérie puis face à la menace que représente l'OAS<sup>918</sup>, même après les accords d'Evian<sup>919</sup>. Cette période d'état d'urgence est d'ailleurs celle qui est la moins contrôlée, puisque conjuguée à l'application de l'article 16 de la Constitution de 1958<sup>920</sup>, le Président de la République peut se passer de l'accord de l'Assemblée nationale pour la renouveler.

Après la guerre d'Algérie, le texte est oublié jusqu'aux années 1980.

## B) L'application de l'état d'urgence avant 2015.

**532. *Etat d'urgence et Nouvelle-Calédonie.*** Si l'état d'urgence reste dans l'arsenal juridique des outils mis à disposition du gouvernement en cas de péril de la République, il n'est plus utilisé en France métropolitaine avant l'année 2005. Il est néanmoins mobilisé localement en outre-mer dans les années 1980 pour faire face à plusieurs crises. De fait, il est déclaré en Nouvelle-Calédonie et dans ses dépendances le 12 janvier 1985 par le Haut-commissaire de la

---

<sup>916</sup> HARDY, M. LEMOINE, H. et SARMANT, T. (2002). *Pouvoir politique et autorité militaire en Algérie française. Hommes, textes, institutions, 1945-1962*. Paris : SHAT/L'Harmattan.

<sup>917</sup> Le putsch des généraux du 21 avril 1961, également appelé putsch d'Alger, est une tentative de coup d'État, fomentée par une partie des militaires de carrière de l'armée française en Algérie, et conduite par quatre généraux (Maurice Challe, Edmond Jouhaud, Raoul Salan et André Zeller). Ils déclenchèrent cette opération en réaction à la politique choisie par le président de la République, Charles de Gaulle, et son gouvernement, qu'ils considéraient comme une politique d'abandon de l'Algérie française.

<sup>918</sup> L'Organisation de l'armée secrète ou Organisation armée secrète, surtout connue par le sigle OAS, est une organisation politico-militaire clandestine française, créée le 11 février 1961 pour la défense de la présence française en Algérie par tous les moyens, y compris le terrorisme à grande échelle.

<sup>919</sup> Les accords d'Évian sont le résultat de négociations entre les représentants du Gouvernement de la République française et du Gouvernement provisoire de la République algérienne (GPRA) pour mettre fin à la guerre d'Algérie.

<sup>920</sup> Article 16 de la Constitution de 1958 : « Lorsque les institutions de la République, l'indépendance de la Nation, l'intégrité de son territoire ou l'exécution de ses engagements internationaux sont menacés d'une manière grave et immédiate et que le fonctionnement régulier des pouvoirs publics constitutionnels est interrompu, le Président de la République prend les mesures exigées par ces circonstances, après consultation officielle du Premier ministre, des Présidents des Assemblées ainsi que du Conseil constitutionnel ».

République sur l'île<sup>921</sup> dans le cadre des *Événements*<sup>922</sup> politiques qui secouent ce territoire français de 1984 à 1988 et plus précisément après l'assassinat d'Eloi Machoro<sup>923</sup> par le GIGN le 12 janvier 1985. Le Haut-commissaire ayant autorité pour déclarer cet état d'urgence depuis une loi du gouvernement Fabius portant sur le statut de l'île de 1984<sup>924</sup>. C'est à l'occasion de cette crise que se pose pour la première fois la question de la constitutionnalité d'une mesure d'exception permettant de donner des pouvoirs considérables à l'administration, prévue et organisée par un texte à valeur législative. Ce sont les députés du RPR<sup>925</sup>, alors dans l'opposition, qui saisissent le Conseil constitutionnel à l'occasion de la loi visant à prolonger l'état d'urgence en Nouvelle-Calédonie au-delà des douze jours pendant lesquels l'approbation du pouvoir législatif n'a pas à être demandé par le pouvoir exécutif. Le Conseil constitutionnel rejette le recours au motif que la loi de 1955 n'est pas contraire à la Constitution de 1958<sup>926</sup>.

533. Toujours dans le cadre de cette crise dans le pacifique, l'état d'urgence est déclaré le 29 octobre 1986 sur l'ensemble du territoire de Wallis-et-Futuna par l'administrateur supérieur<sup>927</sup>. Il est levé le lendemain. Enfin, il est établi le 24 octobre 1987 dans les communes de la subdivision des Îles du Vent en Polynésie française par le haut-commissaire de la République et est levé le 5 novembre de la même année.

---

<sup>921</sup> Le Haut-commissaire de la République en Nouvelle-Calédonie est le représentant de l'État français en Nouvelle-Calédonie, avec rang de préfet, généralement appelé localement dans les médias *Hausnaire*.

<sup>922</sup> Les *Événements* désignent une période de guerre civile qui opposa partisans et opposants à l'indépendance vis-à-vis de la France du Territoire d'outre-mer (TOM) de Nouvelle-Calédonie entre 1984 et 1988. Marquée par plusieurs morts dans les deux camps, la mise en place de l'état d'urgence, une présence renforcée des forces militaires françaises et une importante couverture médiatique tant nationale qu'internationale, elle a profondément marqué l'histoire contemporaine de cet archipel de l'océan Pacifique. La violence atteint son paroxysme avec la prise d'otages d'Ouvéa de 1988. La paix civile est rétablie avec la signature des accords de Matignon le 26 juin 1988.

<sup>923</sup> Éloi Machoro, né dans la tribu de Nakéty située entre les villages de Canala et Thio (Nouvelle-Calédonie) en 1945 et mort le 12 janvier 1985 près de La Foa, est un homme politique indépendantiste kanak de l'Union calédonienne (UC) un des partis politiques composants le Front de libération nationale kanak et socialiste (FLNKS) en Nouvelle-Calédonie.

<sup>924</sup> Loi n°84-821 du 6 septembre 1984 portant statut du territoire de la Nouvelle-Calédonie et dépendances.

<sup>925</sup> Le Rassemblement pour la République (RPR) est un ancien parti politique français, classé à droite, se réclamant du gaullisme, c'est-à-dire des idées et de l'œuvre politiques de Charles de Gaulle.

Créé en 1976 sous l'impulsion de Jacques Chirac, qui le préside jusqu'en 1994, d'abord en conflit avec Valéry Giscard d'Estaing, le RPR est la principale force d'opposition lors des deux septennats de François Mitterrand (1981-1995). Participant du déroulement des trois cohabitations (1986-1988, 1993-1995, 1997-2002), il contribue à l'élection (1995) et à la réélection (2002) de Jacques Chirac à la présidence de la République. Conformément au souhait de son principal fondateur, il se dissout, en 2002, au sein de l'Union pour un mouvement populaire (UMP).

<sup>926</sup> Conseil constitutionnel. 25 janvier 1985. *Loi relative à l'état d'urgence en Nouvelle-Calédonie et dépendances*. N° 85-187 DC.

<sup>927</sup> Ce poste a été créé en 1961, par la loi qui a donné à Wallis-et-Futuna le statut de territoire d'outre-mer (TOM). Il succède au résident qui jusqu'alors représentait la France dans l'archipel, durant le protectorat de Wallis-et-Futuna. Depuis le décret no 87-859 du 26 octobre 1987, l'administrateur supérieur a également rang de préfet.

**534. *Etat d'urgence et émeutes des banlieues.*** Aussi, outre ces dernières applications courtes et locales de l'état d'urgence, ce dernier n'est plus utilisé pendant près de cinquante ans. Cette longue période explique la surprise des français lorsque Dominique de Villepin déclare son application en 2005 afin de faire face aux émeutes des banlieues. La France redécouvre ce texte conçu cinquante ans auparavant dans un contexte de guerre en Algérie, avant même l'instauration de la V<sup>e</sup> République et dont la dernière application en Nouvelle-Calédonie reste floue.

535. Lorsque l'état d'urgence est déclaré le 8 novembre 2005, puis prolongé par l'Assemblée nationale jusqu'au 21 février 2006, il est intéressant d'analyser le vocabulaire utilisé par le gouvernement qui semble réticent à employer le terme *d'état d'urgence* renvoyant trop directement à la guerre d'Algérie et donc au passé colonial de la France. L'application d'une loi créée pour maintenir l'ordre en Algérie dans ce qui est devenue par la suite leur guerre d'indépendance apparaît en 2005 disproportionnée. Ce sont des juristes, qui les premiers, critiquent l'application de ce texte normalement réservé pour les situations de péril de la République. Les événements de 2005 interrogent sur le contrôle du recours à ce texte. Lors des émeutes des banlieues, la République française était-elle véritablement en péril ? De fait, une analyse de l'application de ce texte en 2005 montre qu'il a été principalement utilisé afin de mettre en place des couvre-feux dans les quartiers sensibles, alors qu'en pratique les maires ont déjà ce pouvoir, puis pour interdire des rassemblements dans les villes de Paris et de Lyon. Pratiquement, si l'utilité sécuritaire de l'application de ce texte a questionné, certains y voient une stratégie politique de la part de Dominique de Villepin. Il a voulu apparaître – dans un moment de concurrence avec son ministre de l'intérieur Nicolas Sarkozy en vue des élections présidentielles de 2007 – comme un homme fort, afin de flatter les revendications sécuritaires d'une partie de son électorat<sup>928</sup>. Ce constat est alarmant : comment l'application d'une loi qui donne des pouvoirs si discrétionnaires à l'Administration peut-elle résulter d'un calcul politique à des fins électorales ?

536. Le gouvernement lève finalement l'état d'urgence au tout début de la nouvelle année 2006, une fois les fêtes terminées, à savoir le 4 janvier.

---

<sup>928</sup> THENAULT, S. (2007). L'état d'urgence (1955-2005). De l'Algérie coloniale à la France contemporaine : destin d'une loi. *Le mouvement social*. Numéro 218, pages 63 à 78.

**537. Critiques contre l'état d'urgence.** L'application de la loi sur l'état d'urgence est – il s'agira de s'attarder sur cette question – controversée en 2005. Plusieurs critiques : symbolique d'abord avec le passé colonial de la France, la façon dont ce passé est perçu dans l'hexagone et surtout par la population issue de l'immigration de pays anciennement colonisés. L'application d'une loi créée lors de la guerre d'Algérie, à des émeutes ayant lieu dans des banlieues habitées majoritairement par des populations issues originellement du Maghreb, n'a pas manqué de faire réagir certains intellectuels<sup>929</sup>. D'autant que les applications des années 1980 ont également touché des territoires français dans lesquels naissent un nationalisme local et une volonté indépendantiste de peuples colonisés. Il faut néanmoins noter que le texte tel que rédigé en 2005 est majoritairement le fruit des modifications apportées à celui de 1955 dans les dernières années de la guerre d'Algérie où l'état d'urgence se trouve justifié non pas par l'action du FLN mais plutôt par celle de l'OAS qui refuse la victoire de l'Algérie indépendante sur l'Algérie française. Cette problématique ne ressurgit pas en 2015 où l'on peut facilement substituer le terme de *terroriste* à celui de *hors-la-loi*, quand bien même ceux qui tentent de mettre la République en péril sont de nationalité française.

538. Outre les manœuvres politiques soupçonnées, ce sont surtout des juristes – parmi lesquels de nombreux avocats et professeurs de droit – qui dénoncent une application abusive d'un texte au fort potentiel liberticide<sup>930</sup>. Ces critiques ressurgissent après 2015 pour un état d'urgence qui va durer presque deux ans.

Maintenant que l'historique de l'état d'urgence est donné, il s'agit d'analyser dans quelle mesure les avocats sont mobilisés dans le *répertoire d'action collective* de ceux qui militent contre ce texte.

## Paragraphe 2 : Le recours aux avocats pour lutter contre un texte liberticide.

539. La mobilisation de la profession d'avocat contre l'état d'urgence est d'abord timide dans ses premières applications avant de se durcir en 2005 (A), puis d'apparaître véritablement

---

<sup>929</sup> *Ibid.*

<sup>930</sup> ROUSSEAU, D. (2006). L'état d'urgence, un état vide de droit(s). *Revue Projet*. Numéro 291, pages 19 à 26.

comme le dernier rempart contre une dérive qu'elle estime sécuritaire dès l'instauration de celui-ci en novembre 2015 (B).

A) Mobilisation de la profession d'avocat face à l'état d'urgence avant 2015.

*« L'état d'urgence est une réponse de court terme inadaptée à un grave problème se posant sur le long terme non pas seulement en France, mais dans la plupart des Etats »<sup>931</sup>.*

**540. Avocats et état d'urgence de 1955 à 2005.** Des réticences concernant l'état d'urgence apparaissent dès l'adoption du texte en 1955. Elles sont majoritairement le fruit de politiques de gauche et d'intellectuels qu'ils soient juristes ou pas. Cependant, il n'y a pas de réelle mobilisation de la profession d'avocat contre le texte à l'époque. A noter tout de même l'intervention d'André Cheneboit, avocat et rédacteur en chef du Monde, qui alerte l'opinion sur le caractère extraordinaire de l'état d'urgence et donc potentiellement incontrôlable du fait même de sa généralité qui permet d'en faire un usage dans un autre contexte que celui des incidents en Algérie<sup>932</sup>. A relever également une première forme d'interrogation juridique à laquelle des avocats participent sur la régularité du processus de sortie de l'état d'urgence dans les années 1960. De fait, la problématique de la sortie de l'état d'urgence s'est posée en 1963 comme en 2017, notamment parce qu'un risque justifiant la mise en place de la mesure s'inscrit dans la durée et prolonge une mesure qui par définition n'a pas vocation à s'éterniser. Néanmoins, concernant les critiques présentées à l'époque, il est difficile de les analyser puisqu'une multiplication de mesures d'exception se sont superposées durant cette période. Il peut tout de même être mentionné l'intervention de Paul Coste-Floret<sup>933</sup>, professeur de droit et député appelant en janvier 1963 à la sortie de l'état d'urgence, pour qui toute législation d'exception engendre un obstacle à la vocation contestataire du droit et à l'exercice des libertés

---

<sup>931</sup> CASSIA, P. (2016). *Contre l'état d'urgence*. Dalloz. Page 15.

<sup>932</sup> André Cheneboit dans le Monde du 24 mars 1955.

<sup>933</sup> Paul Coste-Floret, né le 9 avril 1911 à Montpellier et mort le 27 août 1979 dans sa ville natale, est un homme politique français. Professeur de droit à la faculté d'Alger, il s'engage dans la Résistance. Il est conseiller d'André Philip et directeur du cabinet de François de Menthon. Il est procureur adjoint au Tribunal de Nuremberg, puis député et ministre sous la IV<sup>e</sup> République. Favorable au retour du général de Gaulle au pouvoir, il est membre du Comité consultatif constitutionnel qui prépare la Constitution de 1958. Nommé par le président du Sénat, Alain Poher, il siège au Conseil constitutionnel du 23 février 1971 à sa mort.

fondamentales des citoyens<sup>934</sup>. Un autre argument avancé durant cette période est la question de savoir si la dissolution de l'Assemblée nationale du 10 octobre 1962 a automatiquement entraîné la fin de l'état d'urgence avant que le Général de Gaulle ne cesse officiellement de le prolonger le 31 mai 1963. Le Conseil d'Etat eu à répondre à cette question à l'occasion d'une décision prise au nom de l'état d'urgence entre ces deux dates. En 1969, *a posteriori*, le Conseil d'Etat juge illégale cette décision. La réponse du Conseil est tardive mais hautement symbolique sur la défiance des institutions à un état d'urgence qui a tendance à s'inscrire dans le temps sans qu'un contrôle suffisant ne puisse en encadrer l'exercice.

**541. Balance des intérêts.** Dès le commencement de son existence, l'état d'urgence présente un double visage paradoxal qui interroge à chaque fois que l'exécutif y a recours : faut-il suspendre certaines libertés fondamentales lorsque les institutions qui les garantissent sont en danger ? Autrement dit, dans quelle mesure est-il opportun de porter atteinte à une liberté afin de la sauvegarder ? Il s'agit ici d'opérer une balance des intérêts qui ne cesse d'être mouvante au fur et à mesure que la question se pose. Au préalable : est-il nécessaire d'y recourir ? Pendant : jusqu'où aller afin que ce qui est présenté comme l'ultime recours permettant de sauver la République ne la mette pas en danger ? Enfin : quand la mesure ne se justifie-t-elle plus ? Ces trois questions ressurgissent lors des applications ultérieures des prérogatives prévues par la loi de 1955 et sont posées avec force par la profession d'avocat durant la période 2015-2017. La profession apparaît alors comme le dernier rempart contre une dérive qu'elle estime sécuritaire.

**542. Avocats et état d'urgence de 2005 à 2015.** Néanmoins, il faut attendre 2005 pour que les avocats s'intéressent véritablement à la question de la sauvegarde des libertés fondamentales dans un contexte de période d'état d'urgence. Lors de son application dans les années 1980 il n'y a pas de réel mouvement de la profession, sans doute parce que cette application fut locale et très éloignée de la métropole. En revanche, dès 2005, les avocats s'emparent immédiatement du sujet et saisissent le Conseil d'Etat en le questionnant sur le moment où doit cesser l'état d'urgence afin d'éviter une censure *a posteriori* comme dans les années 1960. La menace d'une censure par le Conseil d'Etat plane immédiatement sur l'état d'urgence dans le cas d'une utilisation prolongée qui devient illégitime. La requête est finalement rejetée le 14 novembre 2005. Le Conseil d'Etat justifie le recours à l'état d'urgence

---

<sup>934</sup> ISRAËL, L. (2005). *Robes noires, années sombres. Avocats et magistrats en résistance pendant la Seconde Guerre mondiale*. Paris : Fayard.

au regard des circonstances très précises des violences urbaines continues depuis le mois d'octobre 2005, laissant ainsi une porte ouverte à d'autres recours si l'état d'urgence n'est pas levé, dès lors que ces circonstances disparaîtront.

543. Un second recours est d'ailleurs déposé par un collectif de soixante-quatorze juristes et examiné le 9 décembre 2005. Si le recours est de nouveau rejeté, le Conseil d'Etat met en garde le politique contre une utilisation abusive de l'état d'urgence en reprenant le raisonnement qu'il a donné dans sa première décision : dès lors que les circonstances changent, il doit être levé. Le Conseil d'Etat rejette néanmoins le recours dans la mesure où l'approche des fêtes de fin d'année semble maintenir le risque de nouveaux débordements dans les quartiers sensibles. Ce péril justifiant pour le Conseil d'Etat un maintien de l'état d'urgence.

544. De manière plus générale, dans la lignée du Conseil constitutionnel qui estime en 1985 que l'état d'urgence n'est pas inconstitutionnel, le Conseil d'Etat se prononce en 2006 sur la conventionnalité de la mesure et estime que celle-ci est conforme à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales<sup>935</sup>.

L'état d'urgence est finalement assez rapidement levé et la mobilisation encore fébrile de la profession n'a plus lieu d'être.

## B) La mobilisation de la profession d'avocat contre l'état d'urgence en 2015.

**545. Etablissement de l'état d'urgence en 2015.** Lorsque l'état d'urgence est déclaré du fait des attentats de Paris et de Saint-Denis du 13 novembre 2015, la réaction des instances représentatives de la profession et en particulier celle du Syndicat des Avocats de France, est cette fois-ci immédiate et dépasse rapidement la simple mise en garde du politique abordée précédemment.

546. Le cas de la lutte contre l'état d'urgence entre 2015 et 2017 est un peu particulier comparé aux autres thématiques abordées puisque – mention en sera faite dans le second titre de cette partie – le processus de *mise sur agenda* n'est pas à l'initiative des avocats. Il faut comprendre par-là que la médiatisation de l'état d'urgence n'est pas le fait de la profession. Elle

---

<sup>935</sup> Conseil d'Etat. 24 mars 2006, *Rolin et Boisvert*, numéro 286834.



n'est pas à l'origine du débat public sur la question. L'action en termes de *mise sur agenda* portée par les avocats est donc, en qualité d'experts juridiques, de tenter d'orienter ce débat sur le caractère liberticide de la mesure. Par ailleurs, la problématique n'est plus celle de l'acquisition de nouveaux droits mais de la sauvegarde de libertés et de droits préexistants menacés par l'application du texte sur l'état d'urgence. Dans ce contexte, l'avocat n'est plus l'épée du droit, mais son bouclier<sup>936</sup>. Cette position de défense – qui correspond peut-être mieux à l'image que ce fait la profession d'elle-même que celle de l'arme du droit – explique sans doute la position de défiance quasi-unanime des avocats dès le début de l'application de l'état d'urgence des suites d'actes de terrorisme.

**547. Etat d'urgence et terrorisme.** De fait, le recours à l'état d'urgence pour des actes de terrorisme ne va pas de soi. La loi de 1955 n'y fait d'ailleurs aucunement référence. Il s'agit d'un mot qui n'est pas usité à l'époque. Cependant, la formule de cette loi est suffisamment floue pour que soit justifiée son application « *en cas de péril imminent résultant d'atteintes graves à l'ordre public, soit en cas d'évènements présentant, par leur nature et leur gravité, le caractère de calamité publique* ». L'idée est de favoriser des mesures administratives à des fins préventives afin d'empêcher de nouvelles atteintes à l'ordre public et de retrouver des personnes encore vivantes impliquées dans celles ayant eu lieu le 13 novembre. Afin d'y parvenir, l'état d'urgence permet le contrôle des déplacements<sup>937</sup>, celui de la presse et des réunions, la remise des armes comme en application de l'état de siège et la collecte de renseignements sur la préparation d'actes insurrectionnels ou terroristes.

**548. Prorogations de l'état d'urgence.** L'état d'urgence est prorogé à six reprises. D'abord pour de courtes durées : en novembre 2015, en février 2016 puis en mai 2016. Puis pour de plus longues durées en juillet 2016, en décembre 2016 et en juillet 2017. Se dégagent donc deux périodes. La première où les prorogations sont justifiées par l'organisation en France

---

<sup>936</sup> ABEL, R. (1998). *Speaking law to power. Occasions for cause lawyering*. In SARAT, A. et SCHEINGOLD, S. *Cause Lawyering: Political Commitments and Professional Responsibilities*. Oxford University Press.

<sup>937</sup> Interdiction de circulation dans certains lieux, à certaines heures, création de zones où le séjour des personnes est réglementé, interdiction de séjour, assignation à résidence.



d'évènements particuliers (COP21<sup>938</sup>, UEFA Euro 2016<sup>939</sup> et Tour de France 2016<sup>940</sup>) et pendant laquelle un projet de loi constitutionnelle est mené et échoue. Puis une seconde période où les prorogations sont justifiées par la survenance de nouvelles attaques au premier rang desquelles la tuerie du 14 juillet 2016 sur la promenade des anglais à Nice<sup>941</sup>. Au total, l'état d'urgence – par nature une mesure temporaire – est effectif du 14 novembre 2015 au 30 octobre 2017, soit presque deux ans. C'est également la première fois où il est possible d'en mesurer les effets et la portée puisqu'il est moins dilué contrairement à son application durant les années 1950 et 1960 à d'autres mesures d'exception. Dans les années 1980 son application est locale et en 2005 elle est courte et pour un péril qui ne nécessite pas d'avoir un vrai recours aux procédures qu'il permet. Au stade de l'étude de la mobilisation de la profession, il est opportun de restreindre notre analyse sur l'instauration de l'état d'urgence en novembre 2015. L'étude des différentes prorogations est l'objet de développements dans le prochain titre de cette présente thèse.

**549. Désuétude du texte.** Pour cette première réelle application, juridiquement les difficultés apparaissent dès le 14 novembre lorsqu'il est question d'appliquer un texte écrit en 1955 dans un contexte très différent. Tout de suite, est apparue la nécessité de moderniser les dispositions prévues par la loi de 1955 afin d'en augmenter l'efficacité. C'est ce que va faire la loi du 20 novembre 2015<sup>942</sup>. Le gouvernement prend donc, entre le 14 novembre et le 20 novembre 2015, un risque inconsidéré puisqu'il décide d'appliquer une loi qui n'a pratiquement pas changée depuis 1955 alors même que la procédure de QPC permet au juge ordinaire puis constitutionnel, à partir de 2010, de traiter très facilement de la question de sa constitutionnalité et donc éventuellement de faire tomber toutes les mesures prises en urgence dans le cadre de ses dispositions. Pourtant, il apparaît évident que cette première version de l'état d'urgence

---

<sup>938</sup> La Conférence de Paris de 2015 sur les changements climatiques a eu lieu du 30 novembre au 12 décembre 2015 au Bourget en France. Elle est à la fois la 21<sup>e</sup> conférence des parties (d'où le nom COP21) à la Convention-cadre des Nations unies sur les changements climatiques (CCNUCC) et la 11<sup>e</sup> conférence des parties siégeant en tant que réunion des parties au protocole de Kyoto (CMP11). Chaque année, les participants de cette conférence se réunissent pour décider des mesures à mettre en place, dans le but de limiter le réchauffement climatique.

<sup>939</sup> Le Championnat d'Europe UEFA de football masculin 2016, officiellement nommé UEFA Euro 2016, est la quinzième édition du Championnat d'Europe de football, compétition organisée par l'Union des associations européennes de football (UEFA) et rassemblant les meilleures équipes masculines européennes. Il se déroule en France du 10 juin au 10 juillet 2016.

<sup>940</sup> Le Tour de France, souvent appelé « Le Tour » ou « la Grande Boucle », est une compétition cycliste par étapes masculine qui a lieu principalement en France chaque année, tout en traversant occasionnellement les pays voisins. La 103<sup>ème</sup> édition se déroule du 2 au 24 juillet 2016.

<sup>941</sup> Ces trois dernières prorogations seront analysées dans le B du présent paragraphe.

<sup>942</sup> Loi n° 2015-1501 du 20 novembre 2015 *prorogeant l'application de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence et renforçant l'efficacité de ses dispositions*.

issue des années 1950 est en 2015 contraire aux garanties constitutionnelles en ce qu'elle ne prévoit pas suffisamment de contrôle par le législateur sur les mesures ordonnées par le ministre de l'Intérieur et les préfets<sup>943</sup>. Lors du vote de la loi du 20 novembre, le Premier ministre Manuel Valls demande d'ailleurs aux parlementaires de ne pas saisir le Conseil constitutionnel<sup>944</sup>.

**550. Adaptations du texte.** En comparaison à la lettre de 1955, plusieurs mesures sont abandonnées, comme le contrôle de la presse et la compétence des juridictions militaires. Des dispositions sont modifiées afin de faciliter le recours à certaines mesures jugées préventives comme l'assignation à résidence. De nouvelles prérogatives permettent le recours à des mesures plus modernes comme la surveillance électronique ou la possibilité d'accéder aux données stockées dans un système informatique et de les copier. Enfin, de nouvelles dispositions permettent par leur rédaction plus floue que les règles prévues dans le code de la sécurité intérieure d'élargir les cas où la dissolution d'une association est possible ou les cas dans lesquels une poursuite est envisageable pour apologie du terrorisme<sup>945</sup>. A l'issue de ce texte, deux types de mesures sont en fait prévues par l'état d'urgence. Celles qui sont considérées comme simples : il s'agit de restrictions à la liberté d'aller et venir<sup>946</sup>, de la possibilité pour le ministre de l'Intérieur et les préfets d'ordonner la remise d'armes et de munitions légalement détenues<sup>947</sup> et, enfin, la possibilité de recourir à des réquisitions de biens et de personnes<sup>948</sup>. Il existe ensuite des mesures aggravées qui nécessitent qu'une zone soit strictement délimitée pour leur application par décret du premier ministre. C'est le cas pour les assignations à

---

<sup>943</sup> Sur ce point lire : CASSIA, P. (2016). *Contre l'état d'urgence*. Dalloz. Page 27. Pour l'auteur, un nombre important de mesures prises entre le 14 novembre et le 20 novembre sont par nature irrégulières.

<sup>944</sup> Officiellement dans un souci d'efficacité, la saisine du Conseil constitutionnel aurait retardé l'application d'une loi par définition urgente.

<sup>945</sup> En résumé, la loi prévoit de :

- Moderniser et élargir l'assignation à résidence à toute personne à l'égard de laquelle il existe une raison sérieuse de penser que son comportement constitue une menace pour la sécurité et l'ordre public.
- Interdire à la personne assignée à résidence d'entrer directement ou indirectement en contact avec des personnes soupçonnées également de préparer des actes portant atteinte à l'ordre public.
- Ouvrir la possibilité de dissoudre les associations ou groupements de fait qui participent, facilitent ou incitent à la commission d'actes portant atteinte grave à l'ordre public et comportent en leur sein des personnes assignées à résidence.
- Étendre la possibilité de perquisitions administratives à tous les lieux, y compris ceux qui ne sont pas des domiciles, hormis les locaux affectés à l'exercice d'un mandat parlementaire ou à l'activité professionnelle des avocats, magistrats ou journalistes.
- Supprimer le contrôle de la presse et de la radio prévu dans le texte de 1955 (jamais utilisée).
- Placer les mesures prises au titre de l'état d'urgence sous le contrôle du juge administratif.

<sup>946</sup> Article 5 de la Loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence.

<sup>947</sup> Article 9 de la Loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence.

<sup>948</sup> Article 10 de la Loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence.

résidence<sup>949</sup>, pour la fermeture de débits de boissons ou de lieux de culte<sup>950</sup>, ou encore pour les perquisitions<sup>951</sup>, la dissolution de certaines associations par le Conseil des ministres<sup>952</sup> et le blocage de certains sites internet par le ministre de l'Intérieur<sup>953</sup>. Comme en 1955, l'instauration de l'état d'urgence s'accompagne d'autres mesures d'exception à l'échelle internationale, européenne ou nationale (comme le rétablissement du contrôle aux frontières ou l'activation du plan Vigipirate<sup>954</sup> et de l'opération Sentinelle<sup>955</sup>).

*551. Mobilisation des avocats contre le texte prévoyant l'état d'urgence.* C'est sur le développement et surtout l'encadrement de ces mesures que les avocats sont mobilisés par des acteurs militants<sup>956</sup>. A partir du moment où l'état d'urgence porte atteinte à des libertés fondamentales garanties à la fois par la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789 et par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, son application doit nécessairement être contrôlée, notamment par l'autorité judiciaire qui est la gardienne des libertés individuelles afin que cette atteinte légitimée par un but recherché précis ne devienne pas disproportionnée. Les textes qui garantissent ces libertés prévoient souvent eux-mêmes les limites qui peuvent y être apportées. La première de ces limites est que seul l'Etat peut dans certain cas précis porter atteinte à ces libertés qu'il se doit normalement de garantir. Il n'y a donc que la loi qui peut y porter atteinte et seulement lorsque cette atteinte est strictement justifiée par la nécessité. Cette dernière se retrouve textuellement dans la Déclaration de 1789<sup>957</sup> et est étendue à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales. Pour l'état d'urgence, le premier contrôle revient au pouvoir législatif. La loi du 20 novembre 2015 dispose d'ailleurs que :

---

<sup>949</sup> Article 6 de la Loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence.

<sup>950</sup> Article 8 de la Loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence.

<sup>951</sup> Article 11-1° de la Loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence.

<sup>952</sup> Article 6-1 de la Loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence.

<sup>953</sup> Article 11-II de la Loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence.

<sup>954</sup> Le plan Vigipirate est un des outils du dispositif français de lutte contre le terrorisme. Il se situe dans le champ de la vigilance, de la prévention et de la protection. Il peut être prolongé par d'autres plans gouvernementaux dans le champ de l'intervention. Il relève du Premier ministre et associe tous les ministères.

<sup>955</sup> L'opération Sentinelle est une opération de l'armée française déployée au lendemain des attentats des 7, 8 et 9 janvier 2015, pour faire face à la menace terroriste sur le territoire national et protéger les « points » sensibles du territoire. Elle est renforcée lors des attaques du 13 novembre 2015 en Île-de-France.

<sup>956</sup> A l'image de la *Ligue des droits de l'Homme* par exemple.

<sup>957</sup> Article 8 : « La Loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment **nécessaires**, et nul ne peut être puni qu'en vertu d'une Loi établie et promulguée antérieurement au délit, et légalement appliquée ».

*« L'Assemblée nationale et le Sénat sont informés sans délai des mesures prises par le Gouvernement pendant l'état d'urgence. Ils peuvent requérir toute information complémentaire dans le cadre du contrôle et de l'évaluation de ces mesures »<sup>958</sup>.*

552. La commission des lois de l'Assemblée nationale prend le rôle d'une commission d'enquête afin de vérifier l'application faite de l'état d'urgence par le gouvernement et l'Administration. Le Parlement a également pour but de relayer les recommandations du Défenseur des droits<sup>959</sup> et de celles de la Commission nationale consultative des droits de l'Homme<sup>960</sup>. Pourtant, durant cette période le Parlement ne s'interroge jamais sur la réelle efficacité de la mesure, se contentant de proroger en reprenant les arguments avancés par le Gouvernement, ce que les avocats vont immédiatement dénoncer :

*« Il est regrettable qu'aucun débat transparent ne soit aujourd'hui possible pour discuter des mesures de sécurité qui sont mises en œuvre par les pouvoirs publics. Dans ces situations exceptionnelles, il est essentiel que des institutions indépendantes (CNIL, CNCTR, CNCDH, Défenseur des droits, Contrôleur des lieux de privation de libertés, par exemple) puissent disposer des compétences, des moyens et de toutes informations nécessaires pour contrôler l'efficacité des mesures de sécurité. Le secret défense ne devra plus leur être opposé »<sup>961</sup>.*

553. La prorogation de mai 2016 est d'ailleurs prise dans une Assemblée nationale quasi-déserte<sup>962</sup>. A noter tout de même la Commission d'enquête relative aux moyens mis en œuvre par l'Etat pour lutter contre le terrorisme depuis le 7 janvier 2015<sup>963</sup>, qui dans son rapport du 5 juillet 2016 précise que :

---

<sup>958</sup> Article 4-1 de la loi n° 2015-1501 du 20 novembre 2015.

<sup>959</sup> Voir par exemple la Déclaration du 18 décembre 2015 de Jacques Toubon, défenseur des droits, sur la nécessité de combiner les exigences de la sécurité avec le respect des libertés individuelles et publiques.

<sup>960</sup> Assimilée à une Autorité Administrative Indépendante (AAI), elle est une structure de l'Etat qui assure en toute indépendance, auprès du gouvernement et du parlement un rôle de conseil et de proposition dans le domaine des droits de l'homme, du droit et de l'action humanitaire et du respect des garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques.

<sup>961</sup> Communiqué du Syndicat des Avocats de France du 17 novembre 2015. [www.lesaf.org](http://www.lesaf.org), site internet du Syndicat des Avocats de France [consulté le 30 novembre 2017].

<sup>962</sup> Statistiques de l'activité parlementaire sous la XIV<sup>e</sup> législature, Site de l'Assemblée nationale : <http://www.assemblee-nationale.fr> [consulté le 26 avril 2019].

<sup>963</sup> L'Assemblée nationale a créé le 26 janvier 2016 une commission d'enquête relative aux moyens mis en œuvre par l'état pour lutter contre le terrorisme depuis le 7 janvier 2015 de trente membres, conformément au chapitre IV de son Règlement.

*« Les mesures prises pendant l'état d'urgence n'ont pas été évoquées par les spécialistes de la lutte contre le terrorisme comme jouant un rôle particulier dans celle-ci ».*

**554. Transfert de compétence.** Ce constat justifie une sortie de l'état d'urgence imminente, avant – il en sera fait mention – que les attentats du 14 juillet 2016 à Nice ne viennent finalement la remettre en question. L'autre organe de contrôle c'est l'autorité judiciaire et c'est ici que les principales critiques se cristallisent puisque l'état d'urgence opère un transfert de compétence de l'autorité judiciaire vers l'autorité administrative. De fait, la loi de 1955 permet aux autorités administratives (Gouvernement, mais également et surtout les préfets) de prendre des mesures de police administrative qui n'ont pas réellement d'équivalent en droit commun<sup>964</sup> et également des mesures qui sont normalement de la compétence exclusive de l'autorité judiciaire dans leur mission de police judiciaire<sup>965</sup>. Ce transfert a eu une résonance particulière en 2015 qu'elle n'avait pas en 1955 dans la mesure où l'exercice de pouvoirs discrétionnaires par l'administration était quelque chose de relativement courant, comme nous le verrons avec le droit pénitentiaire. A titre d'exemple, les préfets disposent alors naturellement de certains pouvoirs de police judiciaire qui leurs sont retirés depuis. En 2015, immédiatement, les avocats font part de leurs craintes de voir des mesures qui sont fortement attentatoires à l'exercices de libertés fondamentales sortir du giron du contrôle de l'autorité judiciaire au profit de celui de l'autorité administrative :

*« L'Etat de droit, est un équilibre fragile entre respect des droits fondamentaux et sauvegarde de l'ordre public, équilibre protégé et contrôlé par des garanties juridictionnelles. L'état d'urgence lui, a pour objet d'autoriser ce que l'Etat de droit interdit. Les lois successives sur la sécurité, le renseignement et l'anti-terrorisme qui n'ont pourtant pas permis d'éviter ces attaques ainsi que les propositions actuelles du Chef de l'Etat d'accroître dans l'urgence les pouvoirs de l'exécutif (Etat d'urgence et révision constitutionnelle) sont inquiétantes en ce qu'elles accentuent encore la dérive vers la constitution d'un Etat policier, sans contre-pouvoir effectif. Elles sont une menace pour les libertés fondamentales. Dès lors, toute restriction des libertés ne doit concerner que les personnes sérieusement suspectées et ne peut se faire que dans un*

---

<sup>964</sup> Il en est ainsi de l'institution de zones de protection où le séjour des personnes est réglementé ou de la fermeture de salles de spectacles, du contrôle de la presse...

<sup>965</sup> En particulier les perquisitions à domicile de jour et de nuit et l'assignation à résidence.

*cadre strict de proportionnalité, décidée par un juge et permettant un exercice effectif du contradictoire et des droits de la défense. C'est pourquoi, la lutte contre le terrorisme doit être placée sous le contrôle du pouvoir juridictionnel et ne doit pas être laissée aux seuls représentants de l'Etat ou au Ministre de l'Intérieur »<sup>966</sup>.*

555. Plus particulièrement ce transfert se fait au détriment du juge des libertés et de la détention. Au demeurant, les critiques se font également sur les largesses que permet la formulation floue des articles de la loi de 1955 en vigueur en 2015 :

*« Avant de modifier la loi et de conférer à l'Etat des pouvoirs accrus, il faut que celui-ci s'interroge sur ce qui n'a pas permis d'éviter une telle abomination. La réponse des autorités se veut martiale, elle n'est pas une assurance de sécurité et ne garantit en rien le respect de nos libertés »<sup>967</sup>.*

Par exemple, la disposition qui permet au ministre de l'Intérieur d'assigner à résidence une personne prévoit la possibilité de recourir à cette mesure lorsqu'il existe à l'encontre de la personne « *des raisons sérieuses de penser que son comportement constitue une menace pour la sécurité et l'ordre publics* ». Le contour délimité par cette formulation n'est pas précis et n'est pas fondé sur des considérations juridiques. Dès 1955, si le juge administratif dispose d'un pouvoir d'appréciation *a posteriori* des mesures prises dans le cadre de l'état d'urgence, son contrôle se doit d'être moins rigoureux que pour le droit commun. De fait, dans ce dernier, les mesures attentatoires aux libertés publiques doivent être strictement justifiées par la nécessité d'assurer le maintien de l'ordre public. Dans le cadre de l'état d'urgence, il n'a à opérer qu'un contrôle restreint puisqu'il a simplement à vérifier que les mesures sont justifiées par un souci de maintien de l'ordre dans une période troublée<sup>968</sup>. La loi du 20 novembre 2015 prévoit un contrôle plus précis de l'autorité administrative puisqu'elle précise que toutes les mesures prises dans le cadre de l'état d'urgence peuvent être vérifiées par le juge administratif et surtout dans les conditions prévues par le code de justice administrative. Le rôle du juge judiciaire se limite lui à un contrôle de légalité formel de la procédure. Il ne peut donc pas apprécier l'opportunité du recours aux mesures. De ce point de vue, le Conseil constitutionnel estime que le juge

---

<sup>966</sup> Communiqué du Syndicat des Avocats de France du 17 novembre 2015. [www.lesaf.org](http://www.lesaf.org), site internet du Syndicat des Avocats de France [consulté le 30 novembre 2017].

<sup>967</sup> Appel unitaire du Syndicat des Avocats de France du 26 novembre 2015. [www.lesaf.org](http://www.lesaf.org), site internet du Syndicat des Avocats de France [consulté le 30 novembre 2017].

<sup>968</sup> HEYMANN-DOAT, A. (2016). L'état d'urgence, un régime juridique d'exception pour lutter contre le terrorisme ? *Archives de politique criminelle*. Numéro 38, pages 59 à 74.

judiciaire n'est pas dépourvu de son rôle de protection des libertés individuelles dans une décision QPC qui concerne les assignations à résidence prévues par l'état d'urgence dans la mesure où celles-ci, de courte durée, ne sont pas des mesures privatives de liberté<sup>969</sup>. L'évolution des règles concernant la garantie d'un procès équitable permettent également un meilleur contrôle des mesures en 2015 qu'en 1955. De fait, l'application du code de justice administrative permet le recours au référé et la compétence du juge administratif admet de manière plus générale la possibilité de former une QPC et une application par le juge des droits garantis par les traités internationaux. La possibilité de former une QPC a permis au Conseil constitutionnel, dans une série de décisions importantes, de donner compétence au juge administratif pour s'assurer que les mesures prises dans le cadre de l'état d'urgence soient nécessaires et proportionnées à la finalité poursuivie<sup>970</sup>. L'opportunité d'établir contre une décision de l'administration, dans le cadre de l'état d'urgence, un référé-liberté apporte également une limite puisque cette procédure induit le contrôle d'une atteinte grave et manifestement illégale à une liberté fondamentale par le juge. En pratique il existe donc un garde-fou en la personne du juge administratif, même si son contrôle est différent du droit commun puisque la notion de *nécessité* n'aura pas la même conception dans le cadre de l'état d'urgence. Le Conseil d'Etat a d'ailleurs pris des largesses avec ce contrôle puisqu'il a justifié une mesure d'assignation à résidence qui n'était pas justifiée par le contexte terroriste<sup>971</sup> mais par la nécessité du bon déroulement de la COP 21. Ce transfert de l'autorité judiciaire à l'autorité administrative fait du ministre de l'Intérieur, des préfets et donc indirectement des forces de police et de gendarmerie le bras armé de la politique publique en matière de terrorisme y compris dans des champs qui sont normalement en dehors de leur compétence.

556. C'est le risque pour l'Etat de droit que ce transfert opère, qui a conduit la profession d'avocat à se placer immédiatement et fermement comme détracteur de la mesure d'état d'urgence et à former le 26 novembre 2015 un appel unitaire à l'initiative du Syndicat des Avocats de France et cosigné par de très nombreuses associations de défense de droits<sup>972</sup>.

---

<sup>969</sup> Conseil constitutionnel, 22 décembre 2015, N° 2015-527 QPC.

<sup>970</sup> Pour une assignation à résidence : Conseil constitutionnel, 22 décembre 2015, N° 2015-527 QPC.

Pour une perquisition administrative : Conseil constitutionnel, 19 février 2016, N° 2016-536 QPC.

Pour une fermeture provisoire de salles de spectacle, débits de boissons et lieux de réunion ou d'une interdiction de réunion : Conseil constitutionnel, 19 février 2016, N° 2016-536 QPC.

<sup>971</sup> Conseil d'Etat, 11 décembre 2015, numéro 395009.

<sup>972</sup> Appel unitaire du Syndicat des Avocats de France du 26 novembre 2015. [www.lesaf.org](http://www.lesaf.org), site internet du Syndicat des Avocats de France [consulté le 30 novembre 2017].



## **Conclusion de chapitre :**

557. Ce premier chapitre permet de faire la lumière sur la façon dont la profession d'avocat peut dans une vocation militante être mobilisée par un groupe qui choisit de l'utiliser dans son *répertoire d'action collective*. Autrement dit, contrairement à ce qui sera abordé dans le prochain chapitre, ici la profession – sans doute parce que ce ne sont pas directement ses intérêts qui concernent ces thématiques – ne se mobilise pas elle-même directement, mais va être sollicitée par un *agent extérieur*. Il existe plusieurs cas de figures. Dans une première hypothèse, il s'agit d'une situation de coopération avec le politique. Ce fut développé dans la première partie de cette thèse, historiquement l'avocat apparaît comme un agent de contestation légitime, qui du fait de cette légitimité est un intermédiaire entre le politique et le public. Cette position de porte-parole explique qu'en tant qu'experts du droit les avocats sont régulièrement mobilisés par les autorités publiques pour avis, dans le cadre par exemple de projets de lois que ce soit au stade de sa construction ou lorsqu'elle risque d'être compromise avant sa promulgation par le Conseil constitutionnel. Sans attendre d'être sollicitées, les instances représentatives de la profession se permettent régulièrement de faire un appel aux autorités publiques sur des questions précises. C'est le cas pour les thématiques étudiées de la garde à vue, des conditions de détention, du respect de la jurisprudence européenne sur la transcription à l'état civil français de l'acte de naissance d'enfants nés d'une gestation pour autrui à l'étranger ou encore de la protection des libertés individuelles et collectives lors de l'application en France de l'état d'urgence.

558. Néanmoins, depuis la révolution numérique, l'avocat est dans son rôle de porte-parole du public et surtout d'expert juridique et judiciaire contesté par d'autres professionnels et par des algorithmes capables avec une grande efficacité et rapidité de répondre aux questions des justiciables et des autorités publiques. Ce nouveau défi que constitue cette concurrence doit être pris en compte par la profession et peut même devenir pour elle un atout indéniable.

559. Lorsqu'il n'est plus question de coopération, les avocats peuvent – dans une deuxième hypothèse – également être sollicités puis mobilisés par un agent extérieur, justiciable, pour faire avancer une cause ou pour tenter de garantir des droits et libertés menacés. Du point de vue de la mobilisation pour faire avancer une cause, l'exemple développé est celui de la gestation pour autrui lorsque celle-ci est pratiquée à l'étranger et que les parents



d'intention souhaitent ensuite faire transcrire à l'état civil français l'acte de naissance étranger de cet enfant. La France a été réticente à cette transcription<sup>973</sup> et les parents d'intention ont décidé de mobiliser des avocats afin de faire condamner la France par la Cour européenne des droits de l'Homme. Une fois cette condamnation effective, la profession a plusieurs fois appelé l'Administration française à prendre en considération cette condamnation.

560. Enfin, la troisième hypothèse est celle de la protection des libertés fondamentales dans le cadre de l'état d'urgence et de la lutte contre le terrorisme. C'est un cas particulier puisqu'il ne s'agit plus ici de participer à ce qui peut être perçu comme un progrès social. Pour l'état d'urgence, la profession est mobilisée pour protéger les libertés fondamentales qui sont mises en danger par l'application du texte de 1955 sur l'état d'urgence et le transfert de compétences qu'il opère de l'autorité judiciaire vers l'autorité administrative. Dans ce cadre, les avocats sont apparus comme les derniers boucliers face à une dérive leur semblant sécuritaire.

561. Ces trois exemples de mobilisation de la profession d'avocat par un *acteur extérieur* permettent de mettre en perspective trois positions que peut adopter l'avocat militant : l'allié, l'épée et le bouclier. Cependant, dans certaines hypothèses – qu'il s'agit de développer maintenant – l'avocat n'attend pas d'être mobilisé par un *acteur extérieur* – même s'il est toujours tributaire d'un client qui doit le saisir – lorsque les intérêts de sa profession sont en jeu, il peut devenir une véritable force de contestation sociale allant jusqu'à pousser le législateur par le biais de condamnations judiciaires à modifier sa législation.

---

<sup>973</sup> Nous verrons dans les prochains chapitres que sa position a évolué sur cette question.

## **Chapitre 2 : L’avocat qui se mobilise.**

562. Lorsqu’une cause concerne ses propres intérêts, soit parce qu’il s’agit de l’exercice de la profession d’avocat elle-même (Section 1), soit parce qu’il s’agit de défendre une conception de la Justice qui – il en a été fait mention – constitue l’essence même de son métier (Section 2), l’avocat est capable de se mobiliser afin de porter une action. C’est le cas dans la première hypothèse pour la garde à vue entre 2009 et 2011 et pour la seconde hypothèse depuis les années 1990 pour le droit pénitentiaire.

## **Section 1 : La capacité du barreau à être à l'origine d'une mobilisation pour défendre ses intérêts : l'exemple de la garde à vue.**

563. A la fin des années 2000, l'augmentation exponentielle du nombre de garde à vue, le faible contrôle du déroulement de la procédure et l'évolution du droit européen sur ce sujet (Sous-Section 1) conduit le barreau à placer la question de la présence de l'avocat dès le début de la mesure sur le devant de la scène médiatique et judiciaire (Sous-Section 2).

### **Sous-Section 1 : L'inadéquation apparente de la procédure de garde à vue en France avec les droits fondamentaux.**

564. La garde à vue est une mesure relativement récente qui a peu fait l'objet de contrôles dans un premier temps (Paragraphe 1). En 2009, son fonctionnement interroge – dans un contexte de mouvement sécuritaire dans la politique pénale de la France influé par l'élection de Nicolas Sarkozy à l'Elysée – du fait de la condamnation par la Cour européenne des droits de l'Homme de la Turquie sur des griefs transposables à la procédure française (Paragraphe 2).

#### **Paragraphe 1 : Histoire et déroulement de la procédure de garde à vue.**

565. L'influence de la Cour européenne des droits de l'Homme est importante dans l'évolution législative de la mesure de garde à vue. Avant les années 1990, elle n'est que très peu encadrée (A) et le contrôle de son déroulement par une autorité indépendante est impossible avant la mise en place du Contrôleur général des lieux de privation de liberté en 2007 (B).

A) Histoire de la garde à vue.

**566. Définition.** Il s'agit de la « mesure par laquelle un officier de police judiciaire retient dans les locaux de la police, pendant une durée légalement déterminée, toute personne qui, pour les nécessités de l'enquête, doit rester à la disposition des services de police »<sup>974</sup>. Elle existe officiellement depuis la loi du 31 décembre 1957 portant institution d'un code de procédure pénale. La construction de la garde à vue est un phénomène très récent puisque jusqu'à la Révolution française de 1789, il existe en France une confusion entre les fonctions de police et de justice. Confusion malgré l'ordonnance criminelle de 1670<sup>975</sup> qui divise la procédure en trois phases : information, instruction et jugement. Le code de l'instruction criminelle de 1808<sup>976</sup> confie également les modalités de l'enquête aux magistrats. L'ancêtre de la garde à vue n'est alors qu'une mesure conservatoire avant la présentation du suspect au juge.

567. Quant à la position de l'avocat, il n'a en principe aucun rôle dans cette phase préparatoire. Sous l'Ancien Régime, la procédure pénale est inquisitoire et secrète. La présence de l'avocat n'est effective ni pendant la phase d'information, ni pendant la phase d'instruction. Il faut attendre le décret du 9 octobre 1789 pour que l'avocat soit présent pendant la phase d'instruction, mais cette présence est muette<sup>977</sup>.

**568. Prémices de la garde à vue.** Les prémices de la garde à vue apparaissent avec la loi du 8 décembre 1897 qui autorise la présence de l'avocat au cours de l'instruction préparatoire<sup>978</sup>. La mesure conservatoire devient une mesure d'enquête confiée aux officiers de police judiciaire et non plus aux magistrats. Cependant, ces rétentions arbitraires qui ont pour but d'obtenir les aveux du suspect hors présence de l'avocat demeurent parfaitement illégales jusqu'à la loi de 1957<sup>979</sup>.

---

<sup>974</sup> GUINCHARD, S. GUILLIEN, R. et VINCENT, Jean. (2009). *Lexique des termes juridiques 2010*. Dalloz.

<sup>975</sup> L'Ordonnance criminelle dite de 1670, signée à Saint-Germain-en-Laye en août 1670, enregistrée par le Parlement de Paris le 26 août 1670, est un texte de procédure pénale français entré en vigueur au 1er janvier 1671 jusqu'à la Révolution française. Voulue par Louis XIV, cette Grande ordonnance est l'un des premiers textes français reprenant de nombreuses règles de procédure pénale.

<sup>976</sup> Envisagé dès 1801 et promulgué le 16 novembre 1808, le Code d'instruction criminelle est un recueil de textes juridiques organisant la procédure pénale en France. Il adopte une synthèse entre le modèle accusatoire et le modèle inquisitoire.

<sup>977</sup> LAURENT, E. et MAVIDAL, J. (1877). *Tome IX. Du 16 septembre au 11 novembre 1789*. In *Archives parlementaires de 1787 à 1860*. Paris : Librairie administrative de Paul Dupont.

<sup>978</sup> Loi du 8 décembre 1897 ayant pour objet de modifier certaines règles de l'instruction préalable en matière de crimes et délits. JORF du 10 décembre 1897 page 6907.

<sup>979</sup> DUMONTET, B. (2004). L'avocat et la garde à vue : aspects pratiques et critiques. *AJ pénal*, page 275.

Même après cette loi, la garde à vue est considérée comme une prérogative policière. Aucune intervention de l'avocat n'est prévue. L'évolution se fait à partir des années 1990 avec l'intervention d'une toute nouvelle juridiction : la Cour européenne des droits de l'Homme.

**569. Codification de la garde à vue.** Si la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales – que la France ratifie le 3 mai 1974 – n'est pas un code de procédure, elle pose des principes fondamentaux que les Etats doivent garantir. Or, il apparaît immédiatement que la France ne respecte pas les garanties posées par la Convention dans sa pratique de la garde à vue. C'est à partir de ce constat qu'est issue la première loi qui intéresse notre sujet : celle du 4 janvier 1993<sup>980</sup>. Dans son article 6 paragraphe 1, la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales pose le principe selon lequel tout gardé à vue a le droit de s'entretenir avec un avocat. Pour se conformer à ce texte, le législateur français reconnaît ce principe dans la loi du 4 janvier 1993 puis dans celle du 24 août de la même année<sup>981</sup>. Ces deux textes sont ensuite complétés par deux autres lois : la loi Guigou du 15 juin 2000<sup>982</sup> et la loi Perben II du 9 mars 2004<sup>983</sup>.

**570. Lacune des textes.** Si ces textes permettent d'introduire en France le principe selon lequel le gardé à vue doit pouvoir s'entretenir avec son avocat, ils ne prévoient pas qu'il doit l'être dès le début de la mesure. Rapidement se pose la question de savoir quelle interprétation donner aux dispositions de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales ? Quand elle pose le principe de l'obligation de l'entretien du gardé à vue avec son avocat, est-ce que cela signifie que ce dernier doit être présent dès le début de la mesure ? La chambre criminelle de la Cour de cassation répond à cette interrogation et considère que non, l'absence de l'avocat au début de la garde à vue n'est pas contraire aux dispositions de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales<sup>984</sup>.

---

<sup>980</sup> Loi n° 93-2 du 4 janvier 1993 portant réforme de la procédure pénale.

<sup>981</sup> Loi n° 93-1013 du 24 août 1993 modifiant la loi n° 93-2 du 4 janvier 1993 portant réforme de la procédure pénale.

<sup>982</sup> Loi n° 2000-516 du 15 juin 2000 renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes.

<sup>983</sup> Loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité.

<sup>984</sup> Cass. Crim., 20 mars 2007, pourvoi n°06-89.555. Non publié au bulletin.

Pourtant, les conditions dans lesquelles se déroule la garde à vue interroge le Contrôleur général des lieux de privation de liberté.

B) Le déroulement d'une procédure de garde à vue.

**571. Garde à vue et CGLPL.** Depuis l'année 2007, un nouvel acteur fait la lumière sur les conditions dans lesquelles se déroule une mesure de garde à vue : le CGLPL (Contrôleur général des lieux de privation de liberté). Ce contrôleur, mis en place par la loi du 30 octobre 2007<sup>985</sup> peut « visiter à tout moment, sur l'ensemble du territoire français, tout lieu où des personnes sont privées de liberté »<sup>986</sup>. Il s'agit notamment des locaux de garde à vue des services de police et de gendarmerie : « Le Contrôleur général veille à ce que les personnes privées de liberté soient traitées avec humanité et dans le respect de la dignité inhérente à la personne humaine ». Le 11 août 2009 Gino Necchi, Martine Clément et Bertrand Lory rendent un rapport de visite de l'hôtel de Police d'Evry, en Essonne<sup>987</sup>. Ils relatent les constatations faites dans les cellules de garde à vue :

*« Trois cellules sont alignées côte à côte, les deux autres sont en léger retrait. Leurs dimensions varient de 7m<sup>2</sup> à 11m<sup>2</sup>. Aucune fenêtre ne permet un éclairage naturel. Elles sont sombres et dégradées. Les murs sont couverts de graffitis, la plupart, par incision dans le plâtre. Un bac flanc (...) est situé au fond de celles-ci. Si plusieurs personnes peuvent s'y asseoir, une seule peut s'y allonger. Les bouches d'aération sont obstruées. Un arrêt du chauffage durant l'hiver a été signalé aux contrôleurs ».*

Concernant les cellules de dégrisement :

*« Trois cellules de dégrisement, de 4m60 chacune, sont (...) inoccupées et propres. Elles sont équipées de WC à la turque. Ces cellules n'apparaissent pas à l'écran du poste du chef de garde. Elles ne sont pas équipées de bouton d'appel (...).*

<sup>985</sup> Loi n° 2007-1545 du 30 octobre 2007 instituant un Contrôleur général des lieux de privation de liberté.

<sup>986</sup> [www.cglpl.fr](http://www.cglpl.fr), missions et actions du CGLPL. [consulté le 27 février 2014].

<sup>987</sup> CGLPL. (2009). *Rapport de visite de l'hôtel de police d'Evry du 11 août 2009*.

*Un avocat a rapporté aux contrôleurs que des gardés à vue lui avait dit qu'ils avaient subi de la part des fonctionnaires des violences dans cette zone ».*

Concernant l'espace dédié aux entretiens avec l'avocat :

*« Il ne peut être employé le terme de bureau d'entretien et de consultation concernant un coin dans un espace borgne, de 4m<sup>2</sup> environ (...). Cet espace est un passage obligé pour accéder aux sanitaires des gardés à vue et pour ceux des fonctionnaires. Également, il dessert le local de douche. Ce dernier a été condamné et transformé en dépôt pour stocker repas et matelas. Il a été signalé aux contrôleurs qu'il n'est pas rare que, en plus des odeurs d'urine qui imprègnent le lieu, le lavabo soit bouché et déborde entraînant une flaque d'eau nauséabonde jusque dans le lieu réservé aux entretiens ».*

**572. Difficultés relevées en garde à vue.** Lorsqu'une personne est placée en garde à vue, elle doit être fouillée. Après la palpation, elle est invitée à se dessaisir de tout objet de valeur ou pouvant représenter un danger pour elle-même ou pour les autres (lunettes, ceinture, soutien-gorge...). Une fouille à corps peut être décidée par l'Officier de police judiciaire (OPJ). Les contrôleurs relèvent que souvent ces procédures sont effectuées sans que les personnes soient ensuite mises en garde à vue, mais seulement pour prendre de l'avance au cas où elles le seraient. Les locaux ne sont pas prévus pour le nombre de plus en plus important de gardes à vues et les salles d'audition trop peu nombreuses. Souvent les gardés à vue doivent attendre leur tour dans les voitures de police :

*« Pour les conditions de rétention en garde à vue, c'est souvent assez dégoûtant, mais le problème c'est que les commissariats et les gendarmeries n'ont pas été conçus pour. On est dans des trucs où on vous met l'alcoolique et la personne interpellée pour autre chose dans la même cellule ».* Expert numéro 2, Chercheur au CNRS, spécialiste des rapports Police/Justice.

**573.** Lorsque les personnes doivent passer la nuit au commissariat – excepté en hiver – elles ne disposent ni de matelas ni de couvertures et dorment à même le sol. Lors du passage des contrôleurs, seuls des biscuits ont été distribués aux gardés à vue en guise d'alimentation. Ces derniers sont notifiés de leurs droits, ils peuvent passer un appel téléphonique à un proche, ont un examen médical, puis un entretien avec leur avocat. Le bâtonnier de l'ordre des avocats

d'Evry estime que « *les locaux des gardes à vue sont déplorables et d'une saleté repoussante* ». Il regrette un « *défaut de surveillance des gardés à vue, dans leur intérêt, car les fonctionnaires ont tellement de tâches à accomplir qu'ils ne peuvent pas visionner les écrans autant que nécessaire. Le bureau dédié aux entretiens avec les avocats constitue en réalité l'antichambre des toilettes, les odeurs sont repoussantes, la pièce ne bénéficie d'aucune aération et l'exigence de confidentialité n'est pas respectée. Dans ces conditions, certains avocats refusent de se rendre au commissariat* ».

Le CGLPL rend plusieurs autres rapports de visites similaires dans d'autres commissariats et gendarmeries et tire la sonnette d'alarme. Il participe à l'ouverture du débat sur la procédure de garde à vue en France.

Paragraphe 2 : Contexte national et international à l'ouverture des débats sur la procédure de garde à vue en France.

574. Avec la condamnation de la Turquie par la Cour européenne des droits de l'Homme (A) le débat sur les conditions du déroulement de la mesure de garde à vue s'intensifie durant l'année 2009 à l'initiative – il s'agira de le développer dans la prochaine Sous-Section – des avocats (B).

A) La condamnation de la Turquie par la Cour européenne des droits de l'Homme.

**575. *Salduz et Dayanan contre Turquie*.** Malgré la position de la Cour de cassation qui considère en 2007 que la procédure de garde à vue n'est pas contraire aux garanties prévues par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, le spectre d'une condamnation de la France par la Cour européenne des droits de l'Homme revient lorsque la Turquie est sanctionnée par la Cour suprême européenne. Si cette condamnation – à travers deux arrêts – ne concerne pas directement la France et sa procédure pénale, elle obtient rapidement une résonance particulière dans l'Hexagone puisque la procédure montrée du doigt en Turquie n'est pas très différente de celle en vigueur en France.



576. La Turquie est donc condamnée par la Cour européenne des droits de l'Homme à deux reprises. La première fois le 27 novembre 2008 dans un arrêt *Salduz contre Turquie*<sup>988</sup> et le 13 octobre 2009 dans une décision *Dayanan contre Turquie*<sup>989</sup>. La Cour relève qu'en l'espèce l'avocat n'est pas présent lors du premier interrogatoire du gardé à vue et analyse ce manquement comme une violation de la Convention. En France, les juridictions s'interrogent sur la façon d'accueillir cette décision qui condamne un autre pays. C'est alors le début de divergences entre cours d'appel et tribunaux de grande instance sur cette question. Certains se réfèrent traditionnellement à la jurisprudence de la chambre criminelle et d'autres font le parallèle entre la situation en Turquie et la situation en France en adoptant l'interprétation de la Cour européenne des droits de l'Homme pour annuler des gardes à vue. Conjointement, en 2009, le ministère de la justice émet un argumentaire sur la question, concluant à la conformité du droit français à la jurisprudence européenne :

*« Dans les arrêts Salduz contre Turquie du 27 novembre 2008 et Dayanan contre Turquie du 13 octobre 2009, la Cour européenne des droits de l'Homme, pour conclure à la violation des dispositions de l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, relève que le requérant n'a pu se faire assister d'un avocat durant sa garde à vue. (...) En droit français, les dispositions relatives à la garde à vue permettent toujours à la personne concernée d'avoir accès à un avocat pendant la garde à vue. (...) Il importe donc de souligner que l'absence d'un avocat au cours des interrogatoires ne peut constituer une cause de nullité de la garde à vue et des actes subséquents dont cette mesure est le support nécessaire »*<sup>990</sup>.

Malgré cette circulaire, le débat est lancé et s'intensifie.

---

<sup>988</sup> CEDH. 27 novembre 2008, *Salduz contre Turquie*. Requête numéro 36391/02.

La Turquie est condamnée par la Cour Européenne des Droits de l'Homme pour le fait de ne pas avoir permis à Yusuf Salduz, un mineur de 17 ans soupçonné d'appartenance au PKK, d'être assisté par un avocat lors de son audition réalisée durant sa garde à vue. La cour indique « le prévenu peut bénéficier de l'assistance d'un avocat dès les premiers stades des interrogatoires de police ».

<sup>989</sup> CEDH. 13 octobre 2009, *Dayanan contre Turquie*. Requête numéro 7377/03.

Dans cet arrêt, la Cour précise que « l'équité d'une procédure pénale requiert d'une manière générale que le suspect jouisse de la possibilité de se faire assister par un avocat dès le moment de son placement en garde à vue ou en détention provisoire ».

<sup>990</sup> Ministère de la justice, direction des affaires criminelles et des grâces, sous-direction de la justice pénale générale, bureau de la police judiciaire. *Argumentaire sur l'absence de l'avocat en garde à vue – conséquences procédurales*.

B) L'apogée des débats sur les conditions du déroulement de la garde à vue en France.

**577. Inadéquation des règles de la garde à vue avec le droit européen.** Le débat sur les conditions de la garde à vue atteint son paroxysme pendant le quinquennat du président Nicolas Sarkozy et s'inscrit dans une plus vaste réflexion de réforme pénale. Denis Salas, magistrat français, montre le paradoxe du discours présidentiel sur cette question. Le gouvernement veut mener à la fois une politique pénale de plus en plus sécuritaire, répressive et rapide – il s'agit de la politique dite du *temps réel* – tout en créant un authentique pouvoir judiciaire doté d'une procédure plus contradictoire<sup>991</sup> :

*« J'entends que mon propos soit au-delà des termes convenus, un moment de vrai dialogue entre deux des trois pouvoirs nécessaires à l'équilibre de la démocratie : le pouvoir exécutif et le pouvoir judiciaire. Oui, le mot est lâché. J'ai dit pouvoir judiciaire. Je n'ignore pas bien sûr que les pères fondateurs de notre V<sup>e</sup> République ont veillé à ne retenir dans notre constitution que le vocable autorité judiciaire »<sup>992</sup>.*

Dans le même temps, devant le Congrès de Versailles, le président réaffirme qu'il veut mettre en place une politique dite de *tolérance zéro* :

*« Comment peut-on parler de justice quand il y a 82 000 peines non exécutées parce qu'il n'y a pas assez de place dans les prisons ? »<sup>993</sup>.*

578. Cette position ambiguë du Gouvernement s'explique par la place donnée au discours sécuritaire par le Président Nicolas Sarkozy lors de sa campagne pour les présidentielles de 2007, lorsque paradoxalement il a conscience que la France risque une condamnation sur la question de la garde à vue. Le pays vient d'ailleurs d'être repris par la Cour européenne des droits de l'Homme dans l'arrêt *Medvedyev contre France* du 10 juillet 2008 concernant le statut du parquet, qui pour Strasbourg n'est pas une autorité judiciaire indépendante. Une réforme est nécessaire :

---

<sup>991</sup> SALAS, D. (2010). *La réforme pénale : un tournant du quinquennat ?* Essai sur le populisme pénal, pluriel.

<sup>992</sup> Discours du Président de la République (audience solennelle de début d'année de la Cour de cassation), 7 janvier 2009.

<sup>993</sup> Extrait du discours de Nicolas Sarkozy devant le Parlement réuni en Congrès le 22 juin 2009.

« Il faut mettre en place l'habeas corpus à la française. Ce sera une révolution... J'ajouterai que pour ma part, je suis prêt à discuter de l'indépendance du parquet. Le parquet doit obéir à sa hiérarchie dans le cadre de la mise en œuvre d'une politique pénale. Mais je vous rassure tout de suite, dans le cadre de son action d'enquête, le parquet doit être totalement libre. Nous ferons des propositions »<sup>994</sup>.

**579. Projet de réforme.** Le projet de réforme est confié au comité Léger<sup>995</sup> et porte finalement principalement sur une éventuelle suppression du juge d'instruction et sur une réforme de la procédure criminelle de la Cour d'assises. Ce projet reste théorique. Dans la pratique, ce début de quinquennat est marqué à la fois par un contrôle croissant des institutions (policières et judiciaires) par le gouvernement et par des évolutions positives d'indépendance de la justice avec la réforme constitutionnelle de 2008. Celle-ci crée la question prioritaire de constitutionnalité (QPC) et prévoit une nouvelle composition du Conseil supérieur de la magistrature.

580. Ces débats s'inscrivent également dans des oppositions fortes entre plusieurs acteurs sociaux : les politiques de gauche contre le gouvernement de droite ; les avocats contre les syndicats de police<sup>996</sup> ; le mouvement des droits de l'Homme et les media de gauche (*Le Nouvel Observateur* par exemple) contre ceux de droite (à l'image du *Figaro*).

L'initiative de dénonciation des conditions de la garde à vue viennent alors du barreau.

## **Sous-Section 2 : L'initiative du barreau dans la dénonciation des conditions de garde à vue en France.**

581. Au stade de l'étude de la mobilisation de la profession qui est le nôtre, il ne s'agit pas ici d'anticiper sur les développements concernant la médiatisation qui feront l'objet du prochain chapitre. Néanmoins dans le cas de la garde à vue, il est nécessaire d'aborder la question de la création d'un débat public au stade de la mobilisation de la profession, puisque

---

<sup>994</sup> Extrait d'un entretien avec D. Olivennes et M. Labro, *Le Nouvel Observateur*, 2-8 juillet 2009.

<sup>995</sup> Du nom de l'avocat général qui le préside.

<sup>996</sup> Par exemple : Agence France Presse. *Garde à vue : des syndicats d'avocats contre un syndicat de police*. 24 novembre 2009.

cette mobilisation s'est faite par le biais d'un travail de *mise sur agenda*<sup>997</sup> de la question de la présence de l'avocat dès le début de la garde à vue. Ce travail est le fruit des instances représentatives de la profession, notamment du Barreau de Paris et du Syndicat des Avocats de France. Se mettent en place des stratégies d'intéressement, voire de collaboration explicite avec certains media dominants (Paragraphe 1), conjointement à la publication de communiqués des instances représentatives de la profession (Paragraphe 2).

Paragraphe 1 : Créer l'évènement au sein de media traditionnels.

582. Afin de créer l'évènement, deux stratégies sont mises en place par les avocats : celle de la médiatisation en elle-même (A), puis celle de la politisation de l'affaire (B).

A) Créer l'évènement à travers la médiatisation.

**583. Mobilisation par la médiatisation.** Lors de la mobilisation des avocats sur la question de leur présence dès le début de la garde à vue, plusieurs formes de media sont sollicités. D'abord la presse traditionnelle. De nombreux acteurs sont par exemple intervenus dans le journal *Le Monde*. Parallèlement, d'autres contenus spécifiques ont été utilisés – il s'agira de les étudier<sup>998</sup> – comme des communiqués de presse, des sites internet ou encore des blogs participants à une stratégie de captation de l'attention médiatique.

584. Plusieurs articles portant sur la mesure de la garde à vue apparaissent à partir de la fin des années 2000 et notamment sur son bilan. Les média constatent une forte augmentation du nombre de gardes à vue depuis la fin des années 1990<sup>999</sup>. *Le Monde* publie un article relatant des témoignages de personnes gardées à vue qui dénoncent les conditions dont se déroulent ces

---

<sup>997</sup> Cette notion – centrale dans une action militante – fera l'objet d'une étude approfondie dans le titre prochain de cette thèse.

<sup>998</sup> Voir la Section *Médiatisation* du titre prochain de la présente thèse.

<sup>999</sup> *Le Monde*. *Le nombre de garde à vue a explosé en sept ans*. 22 avril 2008.

*Le Monde*. *Police : la garde à vue s'étend et se banalise*. 23 avril 2008.

*Sud-Ouest*. *Toujours plus de contrôles et de gardes à vue*. 21 mai 2009.

mesures, elles se disent vexées et traumatisées<sup>1000</sup>. A la fin des années 2000, le nombre de témoignages sur les conditions de détention en garde à vue se multiplient dans les journaux<sup>1001</sup>.

**585. Création d'un débat public.** Le débat est véritablement lancé en novembre 2009 lorsque suite à l'arrestation d'une avocate mise en garde à vue, le bâtonnier de Paris réagit et dénonce les conditions d'exercice de la mesure. Le 16 novembre, il intervient sur France info :

« Elle a été menottée, elle a été mise nue, on lui a mis un doigt dans l'anus. On la traite comme la dernière des dernières des dernières au mépris du respect de la personne humaine le plus élémentaire ».

La réaction est immédiate, *le Monde* titre le 19 novembre « Les avocats français contestent la légalité des procédures de la garde à vue », *L'Humanité dimanche* écrit « Garde à vue : la France est dans l'illégalité totale ». La mobilisation de la profession coïncide dans cet exemple avec la mise en place d'une stratégie de médiatisation<sup>1002</sup>. Les mots du bâtonnier sont volontairement choisis pour choquer, cette affaire est l'occasion de capter l'attention médiatique et d'intéresser l'opinion publique aux conditions de déroulement de la garde à vue par le biais d'un exemple concret. Pour la presse – qui depuis le début du mois de septembre réagit sur le projet de réforme de la *Commission Léger*<sup>1003</sup> – cette affaire permet de dramatiser l'évènement et de revenir sur les condamnations de la Turquie. Le processus de médiatisation déjà timidement lancé prend son essor<sup>1004</sup>. Il s'agit du début de toute une série d'articles de presse, de réactions d'avocats, de magistrats et de syndicats de police autour de la question de la garde à vue. Les uns argumentent que le respect de la personne humaine est bafoué, les autres se défendent de réaliser ce qu'ils peuvent faire avec ce qu'ils ont.

**586. Arguments des avocats.** Les avocats s'engouffrent dans ce mouvement de médiatisation, puisque l'opinion publique est prête à les écouter. Leur première action est de dire dans la presse que la mesure de garde à vue est inconventionnelle au regard de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales et que la Turquie s'est faite condamner à deux reprises sur cette question pour des faits similaires

---

<sup>1000</sup> Le Monde. *Comment j'ai été gardé à vue : nouveau genre littéraire*. 22 avril 2008.

<sup>1001</sup> Par exemple : Médiapart. *Garde à vue : l'ahurissant témoignage d'Hélène*. 16 février 2010.

<sup>1002</sup> Stratégie qui sera étudiée en détail dans le prochain titre de cette thèse.

<sup>1003</sup> Par exemple : Agence France presse. *La réforme de la procédure pénale vue par la commission Léger*. 1er septembre 2009.

<sup>1004</sup> Ce processus sera plus explicitement étudié dans le Titre 2 de la présente Partie.

à la pratique française<sup>1005</sup>. Les barreaux demandent à leurs membres de soulever systématiquement la nullité de toutes les procédures judiciaires au cours desquelles des gardes à vues sont opérées sans l'assistance d'un avocat<sup>1006</sup>. Le bâtonnier de Paris, Me Christian Charrière-Bournazel, lors d'un colloque sur la réforme de la procédure pénale devant l'Assemblée nationale<sup>1007</sup> rapporte que : « *Nous ne pouvons plus nous contenter de demi-mesures. Nos procédures sont nulles, selon la Cour européenne des droits de l'Homme* ».

Après la médiatisation, afin d'asoir sa mobilisation, la profession d'avocat décide de procéder à la politisation de la cause.

## B) Créer l'évènement à travers la politisation.

**587. Mobilisation par la politisation.** Face à ce mouvement de contestation, une réaction politique devient nécessaire. Le Gouvernement fait une *mise sur agenda*<sup>1008</sup>. Il s'agit du passage d'un processus de médiatisation vers celui de politisation. A l'Assemblée nationale, les questions au Gouvernement sur les conditions d'exercice de la garde à vue se multiplient<sup>1009</sup>. Le samedi 21 novembre, le Premier ministre François Fillon prononce un discours devant les personnels pénitentiaires lors de l'inauguration de la maison d'arrêt du Mans-les Croisettes :

« *Parce qu'il ne faut pas confondre l'usage de la garde à vue encadrée et justifiée avec les abus qui peuvent l'entourer, il est en effet apparu nécessaire, évident, de repenser ses conditions d'utilisation et son utilité* ».

Le 23 novembre, plusieurs journaux publient des articles sur la question. Ils reprennent le discours du Premier ministre et l'opposent à celui des barreaux :

---

<sup>1005</sup> Par exemple : New presse. *Garde à vue*. Ordre des avocats au barreau de Paris, 26 novembre 2009.

<sup>1006</sup> Agence France Presse. *Garde à vue : le bâtonnier de Pau appelle à des actions en nullité*. 26 novembre 2009.

<sup>1007</sup> Le Monde. *Les avocats contestent la légalité de la garde à vue*. 19 novembre 2009.

<sup>1008</sup> Notion qui sera plus explicitement étudiée dans le chapitre 1<sup>er</sup> du Titre 2<sup>nd</sup> de la présente Partie, mais qui peut être définie ainsi : « *Ensemble des problèmes faisant l'objet d'un traitement, sous quelque forme que ce soit, de la part des autorités publiques et donc susceptibles de faire l'objet d'une ou plusieurs décisions* ». Lire : HASSENTEUFEL, P. (2010). Les processus de mise sur agenda : solution et construction des problèmes publics. *CNAF/informations sociales*, 157, pages 50 à 58.

<sup>1009</sup> Par exemple : M. Jean-Frédéric Poisson (UMP) sur les conditions d'hygiène des locaux de garde à vue.

*« Face à des auteurs de crimes et de délits graves je n'ai pas d'états d'âme à recourir à l'emprisonnement et la répression, a poursuivi M. Fillon Mais j'ai des exigences qui au nom du respect des droits de l'homme et de la défense des libertés publiques doivent s'imposer à tous »<sup>1010</sup>.*

**588. Réaction policière.** C'est au tour des syndicats de police de réagir à la polémique. Nicolas Comte, secrétaire général de l'Union SGP Unité Police – premier syndicat des gardiens de la paix – résume dans plusieurs articles de presse des 22 et 23 novembre 2009 que :

*« Si M. Fillon veut repenser la garde à vue, il doit également repenser la politique du chiffre dans la police. C'est le gouvernement qui impose le nombre de gardes à vue comme un indicateur essentiel de l'activité des services. Je regrette que le premier ministre sous-entende que les policiers sont responsables de cette situation, en les transformant une fois encore en boucs émissaires »<sup>1011</sup>.*

Le syndicat Alliance parle quant à lui :

*« D'un faux problème sur un vieux débat. (...) Nous ne sommes pas contre l'intervention de l'avocat durant la garde à vue, (...) mais, en vertu de notre système judiciaire, il ne faut pas lui laisser consulter le dossier par exemple. (...) L'avocat ne doit pas intervenir dans le dossier. Il y aurait un mélange des genres et nous protégerions alors le droit des délinquants ».*

589. Les policiers ne se disent pas frontalement hostiles à la présence de l'avocat lors de la garde à vue. De fait, la recherche de l'aveu n'est plus une priorité absolue pour le policier face à un avocat qui dit à son client de garder le silence. Dans les petites affaires, avocat comme policier ont souvent intérêt à ce que le prévenu avoue pour qu'une fois devant le juge, une défense dite de *repenti* puisse être envisageable<sup>1012</sup>. Les peines décidées dans les procédures dites de *plaider coupable* sont souvent moins lourdes que dans une procédure ordinaire :

---

<sup>1010</sup> Agence France presse. *La garde à vue en question*. 23 novembre 2009 ; Bulletin quotidien. *Le premier ministre pense évident de repenser la garde à vue*. 23 novembre 2009 ; L'est républicain. *François Fillon veut qu'une telle mesure demeure un acte grave*. 23 novembre 2009 ; L'Humanité. *François Fillon fait amende honorable sur la garde à vue*. 23 novembre 2009 ; Libération. *Fillon veut repenser la garde à vue*. 23 novembre 2009.

<sup>1011</sup> Agence France Presse. *Garde à vue : un syndicat de police contre les propositions de M. Fillon*. 23 novembre 2009 ; La Charente Libre. *Garde à vue, des syndicats de police critiquent Fillon*. 23 novembre 2009.

<sup>1012</sup> MAYAUD, Y. (2020). Le droit pénal spécial de la dénonciation. *AJ Pénal*. Numéro 1, pages 8 à 10.



*« C'est du traitement de flux pour les policiers, avec des avocats souvent commis d'office ou de permanence qui vont avoir une vision du traitement accès sur l'efficacité, la rapidité et le flux, où finalement il n'y a pas trop de rivalité, il y a plutôt une espèce de cogestion, même si on ne peut pas le dire comme ça ».* Expert numéro 2, Chercheur au CNRS, spécialiste des rapports Police/Justice.

590. Dans les affaires plus importantes, le dossier du policier est déjà très conséquent et l'aveu ne change pas grand-chose à l'issue du procès. De fait, un dossier qui ne se repose que sur l'aveu pour engager la responsabilité pénale d'un individu est un dossier trop fragile. Là où policiers et avocats peuvent s'opposer, c'est sur une question pratique de déroulement de la mesure de garde à vue dans ces affaires importantes :

*« On est plus dans la tension et le conflit parce que l'on a des avocats extrêmement bien armés, qui peuvent jouer aussi bien sur le registre médiatique que sur la procédure, qui ont une relation privilégiée avec leur client, ils sont sur des stratégies de plus long terme. Là on est sur des relations beaucoup plus tendues ».* Expert numéro 2, Chercheur au CNRS, spécialiste des rapports Police/Justice.

591. Lorsque les droits de la défense sont renforcés – c'est notamment le cas avec la loi sur la présomption d'innocence du 15 juin 2000 – revient systématiquement l'idée pour le policier d'un manque de confiance et d'une charge de travail en plus :

*« Ce sont des questions pratiques et basiques, mais si les droits de l'Homme demandaient moins de boulot, ce serait me semble-t-il mieux accepté. Mais là ça veut dire faire des paperasses, accepter une bureaucratie tatillonne parce que nullité de procédure derrière. Et donc tout ça, c'est extrêmement fatigant et pénible, ils pensent que ça nuit à leur efficacité, alors même que sur le fond, ça ne protège pas plus la personne ».*

Les policiers relèvent également des difficultés structurelles, leurs locaux ne sont pas correctement équipés pour que l'entretien entre l'avocat et son client se fasse dans de bonnes conditions. Les effectifs policiers ne sont pas suffisants :

*« Où on met l'avocat pour parler avec le détenu quand on est dans un endroit où l'on a que deux policiers pour tenir un commissariat la nuit ? Ce sont des détails pratiques qui n'ont l'air de rien pour nous puisqu'on est sur des principes, mais*



*pratiquement on est dans des commissariats où l'on se débrouille avec trois personnes ».*

Les policiers – comme les avocats – ont des stratégies de médiatisation et ils essaient de tirer profit de l'attention qui leur est portée sans qu'ils en soient à l'initiative. Lorsque des affaires policières sont mises en avant, il est probable que l'opinion publique y sera attentive. C'est donc l'occasion de faire pression sur les politiques. La police rend publique une affaire intéressante en montrant qu'elle n'a pas les moyens nécessaires pour arrêter l'assassin.

**592. Réaction de l'opposition.** Le débat entre avocats, policiers et politiques est lancé et la presse continue de réagir. Les jours et semaines suivants l'affaires, de nombreux articles sur la question sont publiés dans des media importants<sup>1013</sup>.

593. Les partis de l'opposition et notamment le Parti Socialiste (PS), prennent rapidement une position forte sur le sujet afin de dénoncer les actions du Gouvernement, notamment en présentant les policiers comme responsables pour cacher l'échec flagrant de sa politique de sécurité<sup>1014</sup>:

*« Le PS a estimé lundi que l'augmentation du nombre de gardes à vue était le résultat de la soumission de l'activité policière à la pression statistique de la politique du chiffre, jugeant que le gouvernement était prêt à toutes les arguties sur le sujet ».*

Parallèlement à la mobilisation des avocats par le biais des media, ce sont principalement les instances représentatives de la profession qui sont à l'origine de cette mobilisation.

---

<sup>1013</sup> Le Monde. *Comment repenser la garde à vue ?* 23 novembre 2009 ; Le Monde. *La garde à vue sur le banc des accusés.* 24 novembre 2009 ; Presse Océan. *La garde à vue de Fillon agace les policiers.* 24 novembre 2009 ; Le Monde. *Garde à vue : Le droit est là, mais les conditions sont souvent déplorables.* 24 novembre 2009.

<sup>1014</sup> Agence France Presse. *Gardes à vue en hausse : résultat de la politique du chiffre.* 23 novembre 2009.

Paragraphe 2 : Les avis et recommandations des instances représentatives de la profession.

594. Afin d'analyser cette mobilisation interne à la profession, il est pertinent d'étudier les réactions de deux instances représentatives de la profession d'avocat : le Conseil National des Barreaux (A) et le Syndicat des Avocats de France (B).

A) Le Conseil National des Barreaux.

**595. *Commission Truche.*** Sur l'interrogation de la présence de l'avocat dès la première heure de la garde à vue, il semble que les membres de la profession soient unanimes, donnant un accord de principe à cette présence. Officiellement, cette volonté se vérifie dans la remise d'un rapport adopté par le Conseil National des Barreaux le 28 avril 1997 en guise de contribution à la Commission de réforme de la justice, dite *Commission Truche*. Cette dernière est mise en place par le Président de la république le 21 janvier 1997. Dans sa contribution, le Conseil demande en outre que :

- La personne concernée soit présentée à un juge, sans désemparer, dès l'ouverture de la garde à vue.
- La présence de l'avocat soit autorisée dès la première heure et qu'il puisse assister à toutes les auditions du gardé à vue.
- La garde à vue reste secrète.
- Le gardé à vue ait droit au silence.
- Les conditions matérielles de la garde à vue soient contrôlées périodiquement par les élus et le Barreau.

En juillet 1997, la *Commission Truche* rend au Président Jacques Chirac son rapport préconisant :

- L'intervention de l'avocat dès la première heure de la garde à vue.
- L'intervention de l'avocat en cas de prolongation de la garde à vue.
- L'enregistrement des interrogatoires et confrontations pendant la garde à vue.

**596. Rapport sur la réforme pénale.** Le même Conseil National des Barreaux publie un an après un rapport sur la réforme pénale en concluant que « *La garde à vue constituera un des premiers pas les plus fondamentaux concernant les modifications nécessaires pour parvenir à une réelle égalité des droits de la défense et de ceux de l'accusation* »<sup>1015</sup>.

597. L'étude de ces rapports témoigne d'un avis officiel et franc de la profession sur la volonté de réformer la garde à vue française dans une optique de meilleure protection des libertés fondamentales et individuelles, notamment les droits de la défense.

Dans cette démarche, le Conseil National des Barreaux est accompagné par le Syndicat des Avocats de France.

#### B) Le Syndicat des Avocats de France.

**598. Informer.** Il ne s'agit pas ici de revenir sur les appels à la coopération avec le politique formulés par le Syndicat, mais bien sur la volonté de celui-ci de mobiliser la profession sur la question de la garde à vue. Concrètement, pour favoriser cette mobilisation, le Syndicat des Avocats de France recourt à deux procédés : informer et donner des outils pratiques.

599. Afin d'informer, le Syndicat revient sur les condamnations de la Turquie par la Cour européenne des droits de l'Homme<sup>1016</sup> et dresse un état des lieux de la législation française :

« *La garde à vue est devenue un acte banal, quotidien et presque systématique pour les policiers, alors qu'il s'avère traumatisant pour la plupart de ceux de nos concitoyens qui s'y trouvent confrontés. (...) Au-delà de ces conditions parfaitement indignes qui renvoient plus largement au problème de la détention dans notre pays, le régime juridique actuellement applicable à la garde à vue nous semble condamnable, sinon condamné* »<sup>1017</sup>.

---

<sup>1015</sup> DUMONTET, B. (2004). L'avocat et la garde à vue : aspects pratiques et critiques. *AJ pénal*, page 275.

<sup>1016</sup> CEDH. 27 novembre 2008, *Salduz contre Turquie*. Requête numéro 36391/02 ; et CEDH. 13 octobre 2009, *Dayanan contre Turquie*. Requête numéro 7377/03.

<sup>1017</sup> CESSIEUX, M. (2010). La Garde à Vue à la « française » condamnée par la Cour de Strasbourg. *La lettre du Syndicat des Avocats de France*. Numéro de mars, pages 14 à 16.

Le Syndicat compare ensuite cet état des lieux avec la position du droit européen :

*« La Cour de Strasbourg définit les conditions d'une garde à vue respectueuse des droits et de la dignité de l'homme. Alors que, depuis le 11 septembre 2001, les démocraties occidentales n'ont eu de cesse de se retrancher derrière des législations toujours plus sécuritaires et liberticides, les juges européens rappellent avec force que la justice ne doit pas céder à ces sirènes »<sup>1018</sup>.*

**600. Mise en place d'outils pratiques.** Le Syndicat ne se contente pas d'informer. Afin que la France soit contrainte de respecter la jurisprudence européenne, il met à disposition des avocats un kit permettant de soulever, si nécessaire, la nullité des mesures de garde à vue. Il s'agit ici d'une initiative forte : le Syndicat permet à l'ensemble de la profession d'accéder à une procédure avec des conclusions pré-écrites et une liste des textes et jurisprudences sur lesquels se fonder. Les avocats concernés peuvent ainsi rapidement submerger les juridictions de demandes de nullités qui portent sur le déroulement d'une garde à vue. Ce kit, qui ne fait pas moins de 429 pages aborde un par un tous les points de la procédure de garde à vue qui selon le Syndicat doivent entraîner une nullité pour inconventionnalité et/ou inconstitutionnalité. S'y retrouvent le fait de l'absence de notification du droit au silence ; le défaut de possibilité pour l'intéressé de s'entretenir avec un avocat dès le début de la mesure ; le défaut de possibilité pour l'intéressé d'être assisté d'un avocat tout au long de la mesure et notamment lors des interrogatoires et de tous les actes d'enquête auxquels le gardé à vue participe activement ; et enfin le fait que la mesure soit placée sous le contrôle du procureur de la République qui n'est pas un juge.

601. Le kit expose ensuite les conséquences qui doivent être tirés de ces manquements au vu de la position du droit européen et des obligations de la France au regard de ce dernier. Il s'enrichi au fur et à mesure de l'avancée de la « saga judiciaire » que va connaître la garde à vue durant les années 2010 et 2011<sup>1019</sup>.

Comme pour défendre ses intérêts, la profession peut également être à l'initiative de sa mobilisation lorsqu'il s'agit cette fois de défendre le procès équitable. C'est le cas pour l'exemple du droit pénitentiaire.

---

<sup>1018</sup> Ibid.

<sup>1019</sup> Ce kit est toujours disponible sur le site du SAF : [www.lesaf.org](http://www.lesaf.org) [consulté le 30 novembre 2017].

## **Section 2 : La capacité du barreau à être à l'origine d'une mobilisation pour défendre le procès équitable, l'exemple du droit pénitentiaire.**

602. Oscillant entre conception humaniste et sécuritaire, la peine privative de liberté reste la chasse gardée de l'Administration pénitentiaire qui dispose en la matière de pouvoir exorbitant de droit commun aux caractéristiques singulières. Il n'en reste pas moins que plusieurs facteurs permettent depuis le début des années 1990 une humanisation et une ouverture du droit pénitentiaire révolutionnant complètement sa pratique (Sous-Section 1). Cette révolution du droit pénitentiaire a favorisé l'immixtion du juge et avant lui de l'avocat dans le milieu carcéral, permettant à ce dernier de se mobiliser pour que soient respectés les droits des personnes détenues (Sous-Section 2).

### **Sous-Section 1 : La révolution du droit pénitentiaire.**

603. Avant les avancées des années 1990, le droit pénitentiaire n'est pas considéré comme du droit commun en tant que tel. Les règles de protection des libertés fondamentales garanties par le juge judiciaire et le juge administratif ne s'appliquent que très peu à l'Administration pénitentiaire et aux personnes détenues (Paragraphe 1). Les conséquences sont considérables puisque les décisions rendues par l'Administration à l'encontre d'une personne détenue sont alors considérées comme des *mesures d'ordre intérieur*<sup>1020</sup> et non pas comme des décisions ayant un caractère pénal. Ces décisions ne sont alors pas soumises aux règles du procès équitable garanties par la Constitution et par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales. Toutefois, un processus d'humanisation de cette branche du droit – auquel les avocats ont participé – permet de faire entrer l'avocat en prison (Paragraphe 2).

---

<sup>1020</sup> En contentieux administratif, catégorie juridique en voie de régression dont l'existence s'explique surtout par la crainte d'un encombrement des juridictions, et qui regroupe des décisions administratives mineures dont le juge administratif se refuse à reconnaître en raison du peu d'importance du préjudice causé aux administrés.

Paragraphe 1 : L'exécution de la peine privative de liberté en France, prérogative exclusive de l'Administration pénitentiaire.

604. Historiquement, la peine privative de liberté est largement perçue en France comme une punition pour un individu qui s'est lui-même placé hors du droit et donc de ses droits (A), justifiant un pouvoir discrétionnaire de l'Administration pénitentiaire concernant l'octroi d'une sanction disciplinaire (B).

A) La perception historique de la peine privative de liberté en France.

*« En prison, le rapport ordinaire à la loi est retourné : ce qui n'est pas expressément permis est interdit, et non l'inverse. L'idée que la prison, forme instituée de la coercition et de l'arbitraire, matérialise une enclave autocratique au sein des régimes démocratiques, est une pierre angulaire de la sociologie carcérale. La dénomination courante de la prison comme « zone de non-droit » résume et réprouve de nos jours ce statut hors normes »<sup>1021</sup>.*

**605. Ambiguïté de la peine privative de liberté.** La perception de privation de liberté en France connaît des influences souvent paradoxales. Dans un premier temps la privation de liberté est une mesure préventive ou politique qui permet matériellement de garder le mis en cause à disposition de la Justice. Ce n'est qu'après la Révolution française de 1789 qu'elle devient réellement une peine. Il s'agit alors de la penser. Sur ce point deux courants contradictoires vont s'opposer. D'un côté, l'idée que la peine privative de liberté a pour finalité de « soigner » le délinquant en vue de sa réinsertion. D'un autre, dans un souci de répression, l'emprisonnement est un moyen de s'assurer que le délinquant exécute bien sa peine et qu'il est puni<sup>1022</sup>. L'histoire de la prison oscille toujours entre ces deux finalités avant d'entrer au lendemain de la seconde guerre mondiale – et surtout depuis les années 1990 – dans un lent processus d'humanisation. En revanche, ce qui va perdurer tout le long des XIX<sup>e</sup> et XX<sup>e</sup> siècles, c'est la toute-puissance de l'Administration sur les personnes détenues.

---

<sup>1021</sup> SALLE, G. et CHANTRAINE, G. (2009). Le droit emprisonné ? Sociologie des usages sociaux du droit en prison. *Politix*. Numéro 87, pages 93 à 117.

<sup>1022</sup> FOUCAULT, M. (1975). *Surveiller et punir. Naissance de la prison*. Paris : Gallimard.

**606. Soigner le délinquant.** La première conception – celle de « soigner » le délinquant – trouve son origine dans la religion. L'idée est celle de la réformation de l'âme, de la pénitence<sup>1023</sup>. La pratique n'est pas nouvelle puisqu'elle est courante aux Etats-Unis depuis le XVIII<sup>e</sup> siècle<sup>1024</sup>. Au XX<sup>e</sup> siècle, la médecine et la psychologie remplacent la religion et développent le principe de « défense sociale » visant à allier humanisme et modération dans la réflexion pénologique<sup>1025</sup>. Enfin, au sortir de la seconde guerre mondiale, le législateur opère une première vraie politique d'humanisation du milieu carcéral<sup>1026</sup> – qu'il s'agira d'étudier – influencée par des recherches menées aux Etats-Unis où de réelles expérimentations sont conduites afin d'offrir un traitement aux personnes détenues<sup>1027</sup>. Apparaît alors les concepts de *resocialisation* et de *réinsertion* dans une logique cette fois-ci marxisante. Les questionnements se cristallisent autour de la problématique de la récidive. Concrètement, cette conception a des effets divers : tentative de donner un cadre législatif au droit pénitentiaire ; changement de perspective dans le recrutement et les formations du personnel<sup>1028</sup> ; et ouverture des prisons sur la communauté.

**607. Punir le délinquant.** La seconde conception – celle de « punir » – est animée par l'idée que le délinquant a ce qu'il mérite et qu'à ce titre il doit être privé de ses libertés et isolé. De nombreuses réformes vont dans ce sens afin d'organiser le fonctionnement des prisons sur la base d'un régime disciplinaire et rigoureux, de la Monarchie de Juillet<sup>1029</sup> jusqu'à une loi du 5 juin 1875<sup>1030</sup>. Les prisons sont pensées comme des lieux de punition et d'amendement de la personne détenue par le travail et l'éducation<sup>1031</sup>. S'il est vrai que cette peine se généralise, les premières décennies du XIX<sup>e</sup> siècle s'accompagnent globalement d'un durcissement des conditions de détention. Il existe alors deux formes d'établissements pénitentiaires : les *maisons centrales* pour les personnes détenues condamnées à de longues peines et les *maisons départementales* pour celles condamnées à de courtes peines. En 1839 il est inscrit dans les

<sup>1023</sup> MERLE, R. (1985). La pénitence et la peine. Ethique et Société. Cerf-Cujas.

<sup>1024</sup> ROCHEFOUCAULD-LIANCOURT (de la), F. (1796). *Les prisons de Philadelphie vues par un européen*. Philadelphie : Moreau de St Méry.

<sup>1025</sup> HERZOG-EVANS, M. (2012). *Droit pénitentiaire*. Dalloz. Page 17.

<sup>1026</sup> Sur ce point lire par exemple : COUV RAT, P. (1985). La politique pénitentiaire à l'image de l'expérience française depuis 1945. *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*. Numéro 2, pages 231 à 239.

<sup>1027</sup> NEGRIER-DORMONT, L. (1990). *Le criminologue dans la cité*. Editions européennes Erasmé.

<sup>1028</sup> HERTRICH, V. et FAUGERON, C. (1987). *Les élèves surveillants de 1968 à 1986 : données statistiques*. CESDIP, Etudes et données pénales.

<sup>1029</sup> PETIT, J. (1982). L'amendement ou l'entreprise de réforme morale des prisonniers en France au XIX<sup>e</sup> siècle ? *Déviance et Société*. Numéro 4. Volume 6, pages 331 à 351.

<sup>1030</sup> Loi du 5 juin 1875 sur le régime des prisons départementales.

<sup>1031</sup> O'BRIEN, P. (1988). *Correction ou châtement. Histoire des prisons en France au XIX<sup>e</sup> siècle*. Paris : PUF.

règlements intérieurs de celles-ci qu'il est désormais interdit aux personnes détenues de parler, de fumer, de boire du vin et il est rendu obligatoire de travailler et de porter le costume pénal. En 1942, le prétoire<sup>1032</sup> est créé et le cachot devient la principale sanction disciplinaire en prison<sup>1033</sup>. Le but du prétoire est alors de s'assurer du respect de règles carcérales strictes. L'idée est de dire que la soumission de la personne détenue à une discipline stricte en prison lui permet ensuite de mettre en œuvre cette discipline une fois réintégrée à la société civile, dans une forme de *régénération morale*<sup>1034</sup>. Dans la seconde moitié du XX<sup>e</sup> siècle – et parallèlement au mouvement d'humanisation – cette conception est de nouveau mobilisée par les discours et politiques sécuritaires qui apparaissent d'abord aux Etats-Unis avant de s'exporter en France à partir des années 1970. Depuis, pratiquement toutes les grandes campagnes électorales sont animées par les questions sécuritaires et de lutte contre une criminalité surmédiatisée donnant l'impression erronée qu'elle est en constante augmentation. Des études sont mêmes produites outre-Atlantique et tendent à prouver que placer une personne en détention permet de faire des économies au regard du coût qu'aurait mobilisé son arrestation dans l'hypothèse d'une très probable récidive<sup>1035</sup>.

**608. Perception publique de la peine privative de liberté.** La perception de la peine privative de liberté en France est donc ambivalente. Si de fait – il s'agira de l'aborder en détail – la réalité du droit pénitentiaire s'inscrit dans un processus d'humanisation et de plus grande reconnaissance de droits aux personnes détenues, elle reste enfermée dans un discours public sécuritaire. Le monde carcéral est un milieu par définition fermé et donc mal connu du public. Ce dernier conserve l'idée que les personnes s'étant elles-mêmes placées hors du droit et en dehors de la société ont perdu leur légitimité à revendiquer la garantie de leurs libertés. Cette perception explique peut-être pourquoi le législateur s'est longtemps abstenu dans la mesure du possible de s'immiscer dans les affaires de l'Administration pénitentiaire, disposant d'un droit exorbitant du droit commun. C'est peut-être ce qui explique également que les importantes évolutions en droit pénitentiaire depuis une trentaine d'années sont le résultat d'une initiative judiciaire avant de devenir législatives.

---

<sup>1032</sup> Le prétoire est alors le lieu où se réunie ce qui deviendra par la suite la commission disciplinaire.

<sup>1033</sup> <http://www.vie-publique.fr/politiques-publiques/prison-reinsertion-detenu/chronologie/> [consulté le 30 janvier 2019].

<sup>1034</sup> O'BRIEN, P. (1988). *Correction ou châtiment. Histoire des prisons en France au XIX<sup>e</sup> siècle*. Paris : PUF. Page 56.

<sup>1035</sup> VINDEVOGEL, F. (2007). La remise en question des politiques pénales ultra-répressives : tendance lourde ou évolution conjoncturelle ? *Revue française d'études américaines*. Numéro 133, pages 92 à 113.



B) Le pouvoir discrétionnaire de l'Administration pénitentiaire concernant l'octroi d'une sanction disciplinaire.

« *Le principe du travail, du silence, de l'admirable discipline en un mot dont nous sommes témoins n'est autre que... le pouvoir qui est remis dans les mains des gens dont l'intérêt de tous les jours est de ne point en abuser et de ne s'en servir que pour maintenir l'ordre le plus exact dans la prison* »<sup>1036</sup>.

**609. Décision Préfet de la Guyane.** La complexité dans la définition des contours de la notion de droit pénitentiaire et plus exactement sur l'épineuse question de savoir qui doit être compétent lorsqu'une personne détenue a un comportement déviant au sein d'un établissement pénitentiaire, s'explique par le fait qu'elle se trouve au carrefour de plusieurs compétences : est-ce du ressort de l'administration ? D'un juge ? Dès lors de quel juge ? Administratif ? Judiciaire ? Sur ces questions, l'Administration pénitentiaire détient pendant longtemps un pouvoir discrétionnaire d'appréciation.

610. Sur la question de savoir quel ordre juridique est compétent concernant la peine privative de liberté, le Tribunal des conflits a fixé la ligne de partage en 1952 dans une décision *Préfet de la Guyane*<sup>1037</sup>. En vertu de cette jurisprudence, s'il n'appartient pas au juge administratif de connaître des actes relatifs à la conduite d'une procédure judiciaire ou des litiges relatifs à la nature et aux limites d'une peine infligée par une juridiction judiciaire, le juge administratif est en revanche compétent pour connaître de tout ce qui touche au fonctionnement administratif pénitentiaire. La décision de priver une personne de liberté appartient donc au juge judiciaire, puis une fois la personne emprisonnée, le fonctionnement de l'établissement pénitentiaire appartient à l'Administration. Dans ce schéma, reste alors à déterminer la compétence du juge administratif.

**611. Monopole de l'Administration.** Le législateur lui-même semble pendant longtemps se désintéresser du droit pénitentiaire et laisse volontiers à l'Administration le soin d'administrer les établissements pénitentiaires comme elle l'entend. Les règles qui encadrent le fonctionnement de l'Administration sont majoritairement des décrets ou des circulaires. Un

---

<sup>1036</sup> Alexis de Tocqueville, 7 juin 1831.

<sup>1037</sup> Tribunal des conflits. 27 novembre 1952, *Préfet de la Guyane*, numéro 01420.

décret du 8 novembre 1983<sup>1038</sup> vient isoler les établissements pénitentiaires des services publics. La non-reconnaissance de la mission de ces établissements comme un service public en tant que tel écarte en grande partie la compétence du juge administratif dans le contrôle des décisions que peut prendre l'Administration pénitentiaire. De fait, jusqu'à la fin des années 1980 ces décisions sont très majoritairement considérées comme des *mesures d'ordre intérieur*, c'est-à-dire des actes de l'Administration qui visent à garantir un bon fonctionnement de l'établissement. Les sanctions rendues dans le cadre de commissions disciplinaires sont dénuées d'un quelconque caractère pénal et donc non soumises aux règles procédurales garantant un procès équitable.

612. Il s'agira de l'analyser, cette perception change sous l'influence de la Cour européenne des droits de l'Homme et d'avocats engagés. Cependant, il demeure qu'aujourd'hui encore, même si les commissions disciplinaires connaissent un important mouvement de judiciarisation, l'Administration pénitentiaire reste au cœur de la procédure ; du choix de la sanction<sup>1039</sup> ; puis de l'exécution de la peine lorsqu'une personne détenue a un comportement estimé déviant pendant son incarcération<sup>1040</sup>. Une commission disciplinaire est toujours présidée par un responsable de l'établissement, accompagné de deux assesseurs qui ne sont autres que des surveillants<sup>1041</sup>. Ce premier point apparaît nécessairement comme problématique puisque le risque est d'avoir une Administration à la fois juge et partie. Le choix même de « l'opportunité des poursuites » (s'il est possible d'employer ce vocable dans ce cas précis) appartient au surveillant témoin ou victime du comportement de la personne détenue jugé répréhensible, puisque c'est lui qui va décider s'il est opportun d'établir un rapport d'incident permettant de mettre en œuvre la procédure<sup>1042</sup>. C'est également lui qui détaille et qualifie le comportement de la personne détenue – dans ce rapport – au regard de son appréciation nécessairement subjective. D'autant plus que côtoyant les personnes détenues au quotidien, il est obligatoirement influencé par leurs antécédents et les *a priori* qu'il nourrit à leur propos<sup>1043</sup>.

**613. Absence de garanties.** Lors de la procédure elle-même, les garanties d'équité d'un procès pénal ne sont pas respectées. Jusqu'en 2000 – il s'agira de revenir sur ce point dans les développements qui suivent – la présence d'un avocat n'est pas possible et le respect du

<sup>1038</sup> Décret n° 83-1025 du 28 novembre 1983.

<sup>1039</sup> Article R57-7-7 du code de procédure pénale.

<sup>1040</sup> Article R57-7-30 du code de procédure pénale.

<sup>1041</sup> Article R57-7-6 du code de procédure pénale.

<sup>1042</sup> Article R. 57-7-13 du code de procédure pénale.

<sup>1043</sup> Article R. 57-7-14 du code de procédure pénale.

contradictoire n'est pas assuré. Après les années 2000, ces garanties ne sont toujours pas atteintes au regard de la parité de l'organe de jugement<sup>1044</sup>, de l'impossibilité de faire citer des témoins<sup>1045</sup> et du temps très limité de préparation des dossiers pour la défense. En particulier si est pris en considération le fait qu'en pratique l'avocat commis d'office découvre souvent le dossier quelques minutes seulement avant l'audience, concernant les modes de preuves, même s'ils sont encadrés par un texte depuis 1996, ils reposent toujours sur l'Administration pénitentiaire. Cette dernière peut prendre des mesures préventives comme le confinement en cellule individuelle ordinaire ou le placement en cellule disciplinaire d'une personne détenue, sans attendre la réunion de la commission de discipline<sup>1046</sup>.

Cependant, il n'en reste pas moins que de grands progrès sont faits durant les trois dernières décennies et qu'un véritablement mouvement de judiciarisation s'opère en droit pénitentiaire, permettant à l'avocat de rentrer effectivement en prison.

## Paragraphe 2 : Le processus d'humanisation du droit pénitentiaire.

614. Outre la perception humanitaire en doctrine déjà abordée, pratiquement une politique d'humanisation du milieu carcéral se met lentement en place au sortir de la seconde guerre mondiale (A), avant de considérablement s'accélérer à l'aube des années 1990 grâce à l'influence de la Cour européenne des droits de l'Homme et à l'évolution du droit interne (B).

### A) L'amorce du processus d'humanisation au lendemain de la seconde guerre mondiale.

**615. Réhumaniser le délinquant.** En 1945, la réforme Amor<sup>1047</sup> opère une grande refonte du système pénitentiaire français en quatorze points<sup>1048</sup>. Globalement, cette réforme

---

<sup>1044</sup> Selon les articles R57-7-6 et suivants du code de procédure pénale, la commission disciplinaire est présidée par le chef d'établissement qui décidera de la sanction, assisté par des assesseurs choisis par lui.

<sup>1045</sup> Articles R. 57-7-13 et R. 57-7-14 du code de procédure pénale pour la phase préparatoire et R. 57-7-24 du code de procédure pénale pour la phase décisive.

<sup>1046</sup> Article R57-7-18 du code de procédure pénale.

<sup>1047</sup> Du nom du nouveau directeur de l'Administration pénitentiaire.

<sup>1048</sup> 1. La peine privative de liberté a pour but essentiel l'amendement et le reclassement social du condamné.

institue une politique d'humanisation des conditions de détention afin de parvenir à l'amendement et au reclassement social des condamnés. Le traitement carcéral n'est dès lors plus seulement orienté vers une fonction punitive, mais tente de réhabiliter les personnes détenues, de les *réhumaniser*<sup>1049</sup>.

616. Jusque dans les années 1990, le législateur à travers plusieurs textes s'inscrit dans ce mouvement d'humanisation du droit pénitentiaire. De fait, une circulaire du 14 avril 1969 s'attaque au placement en cellule disciplinaire en divisant par deux la durée maximale pendant laquelle le recours à cette mesure peut être pris pour une personne détenue (de 90 jours à 45 jours). La circulaire interdit également le recours à certaines sanctions dans ces cellules disciplinaires comme le retrait de fourniture de couchage ou l'occlusion des fenêtres. En 1975, de nouveaux centres de détention sont créés, orientés vers la réinsertion et le développement des peines de substitution. La même année, le vocable de punition disciplinaire est remplacé par celui de sanction disciplinaire. Ce dernier point peut sembler anecdotique, pourtant le symbole est important puisqu'il montre une volonté politique de faire de la réponse disciplinaire une mesure d'abord éducative et réparatrice. L'idée est d'accompagner la personne détenue vers une prise de conscience et de responsabilité. Il ne faut pas pour autant en conclure que la commission disciplinaire a pour but le modelage ou le redressement des délinquants<sup>1050</sup>, mais les présidents de ces commissions expliquent – dans une démarche qu'ils veulent humaniste –

---

2. Son exécution est organisée dans la métropole ou en Algérie à l'égard de tous les individus condamnés par les juridictions du continent, de la Corse ou de l'Algérie, pour des infractions de droit commun.

3. Le traitement infligé au prisonnier, hors de toute promiscuité corruptive, doit être humain, exempt de vexations, et tendre principalement à son instruction générale et professionnelle et à son amélioration.

4. Tout condamné de droit commun est astreint au travail et bénéficie d'une protection légale pour les accidents survenus pendant son travail. Aucun ne peut être contraint à rester inoccupé.

5. L'emprisonnement préventif est subi dans l'isolement de jour et de nuit.

6. Il en est de même en principe de l'emprisonnement pénal jusqu'à un an.

7. La répartition dans les établissements pénitentiaires des individus comparés à une peine supérieure à un an a pour base le sexe, la personnalité et le degré de perversion du délinquant.

8. Un régime progressif est appliqué dans chacun de ces établissements en vue d'adapter le traitement du prisonnier à son attitude et à son degré d'amendement. Ce régime va de l'encellulement à la semi-liberté.

9. Dans tout établissement pénitentiaire où sont purgés des peines de droit commun privatives de liberté d'une durée supérieure à un an, un magistrat exclusivement chargé de l'exécution des peines aura seul compétence pour ordonner le transfert du condamné dans un établissement d'un autre type, pour prononcer l'admission aux étapes successives du régime progressif, et pour rapporter les demandes de libération conditionnelle auprès du comité institué par le décret du 16 février 1888.

10. Dans tout établissement pénitentiaire fonctionne un service social et médico-psychologique.

11. Le bénéfice de la libération conditionnelle est étendu à toutes les peines temporaires.

12. Assistance est donnée aux prisonniers pendant et après la peine en vue de faciliter leur reclassement.

13. Tout agent du personnel pénitentiaire doit avoir suivi les cours d'une école technique spéciale.

14. Il pourrait être substitué à la relégation un internement de sûreté en colonie pénale. Cet internement serait en principe perpétuel. Toutefois, le relégué pourrait bénéficier de la libération d'épreuve.

<sup>1049</sup> CERE, J-P. (2001). *Droit disciplinaire en prison*. Paris : L'Harmattan.

<sup>1050</sup> FOUCAULT, M. (1975). *Surveiller et punir. Naissance de la prison*. Paris : Gallimard.

que la personne détenue a le choix, alors même qu'elle est privée de liberté, entre prendre sa vie en main ou rester dans une forme de criminalité qui appelle nécessairement une punition<sup>1051</sup>. Ce changement de perspective concerne à la fois le rôle de la peine privative de liberté et la prise en compte de la personne détenue comme un individu qui reste doté de droits.

Cependant, malgré ces réformes, au tournant des années 1990 les sanctions disciplinaires demeurent encore bien en deçà des exigences de la Justice pénale ou administrative. Elles ne peuvent souffrir d'aucune contestation juridique sérieuse. L'évolution s'opère par le biais de la Cour européenne des droits de l'Homme.

B) L'influence de la Cour européenne des droits de l'Homme et de l'évolution du droit interne dans le processus d'humanisation du droit pénitentiaire.

**617. Influence de la Cour européenne des droits de l'Homme dans le processus d'humanisation du droit pénitentiaire.** La France a longtemps été réticente à voir entrer concrètement dans son ordre interne les grands principes que garantit la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales pour diverses raisons historiques et pratiques<sup>1052</sup>. C'est d'autant plus vrai pour tous les domaines qui touchent au droit administratif. Dans notre perception française, une administration n'est pas une juridiction. Peu importe que ce soit une Autorité Administrative Indépendante ou une commission disciplinaire de l'Administration pénitentiaire. Il n'en reste pas moins que ces autorités prennent des décisions qui sont assorties de sanctions. Dès lors ces décisions entrent dans la définition de ce

---

<sup>1051</sup> Comment se déroule en pratique une commission disciplinaire ? Récit tel que retranscrit dans FERNANDEZ, F. (2015). Lorsque la prison (se) rend justice. Le traitement contemporain de l'indiscipline carcérale. *Déviance et Société*. Numéro 4, volume 39, pages 379 à 404 : « Un jugement en commission disciplinaire est une procédure rapide (entre vingt et trente minutes pour chaque dossier) qui se déroule toujours de la même façon : après un débriefing entre les membres de la commission sur le dossier de celui qui passe en jugement, on fait entrer l'accusé, assisté s'il le souhaite d'un avocat ; le président expose les faits reprochés en lisant le compte rendu d'incident et les conclusions du rapport d'enquête ; il demande à l'accusé de présenter sa version des faits. Une discussion s'engage alors entre le directeur, les surveillants présents et le détenu. Si le détenu est représenté par un avocat, ce dernier peut apporter des éléments d'appréciation du contexte dans lequel s'est déroulée l'infraction. Le président de la commission demande ensuite à l'accusé et à son avocat de se retirer afin qu'il puisse délibérer pendant cinq à dix minutes avec ses assesseurs. Enfin, l'accusé est rappelé et la sanction est prononcée. Il doit alors signer le procès-verbal et on lui précise qu'il peut faire appel de la décision dans les quinze jours en écrivant au directeur interrégional de l'administration pénitentiaire ».

<sup>1052</sup> BONINO, P. (2016). *La France face à la Convention européenne des droits de l'Homme (1949-1981)*. Thèse de doctorat. Université de Cergy-Pontoise.

qu'est la matière pénale au sens de la Cour européenne des droits de l'Homme. La procédure qui les précède doit par conséquent respecter les règles du procès équitable garanties par l'article 6 de la Convention :

*« Si les États contractants pouvaient à leur guise qualifier une infraction de disciplinaire plutôt que de pénale, ou poursuivre l'auteur d'une infraction mixte sur le plan disciplinaire de préférence à la voie pénale, le jeu des clauses fondamentales des articles 6 et 7 se trouverait subordonné à leur volonté souveraine. Une latitude aussi étendue risquerait de conduire à des résultats incompatibles avec le but et l'objet de la Convention »<sup>1053</sup>.*

618. Qu'il s'agisse du déroulement de la procédure devant une commission disciplinaire, du choix et de l'exécution de la sanction qui en découle ou de manière plus générale qu'il s'agisse des conditions de détention en France, un gouffre existait à la fin des années 1980 entre ce que prévoit le droit européen et la pratique carcérale interne.

619. Le 12 février 1987, le *Comité des Ministres du Conseil de l'Europe* vote la recommandation R (87) 3 qui détermine un certain nombre de règles auxquelles l'action disciplinaire doit se conformer dans tous les établissements pénitentiaires<sup>1054</sup>. La menace d'une condamnation explique très certainement pourquoi le Conseil d'Etat – en premier – accélère grandement au début des années 1990 le mouvement d'humanisation des conditions de détention et de protection des droits de la personne détenue. Cette menace devient de plus en

---

<sup>1053</sup> CEDH. 8 juin 1976, *Engel et autres contre Pays-Bas*. Requête numéro 5100/71.

<sup>1054</sup> - L'ordre et la discipline doivent être maintenus dans l'intérêt de la sécurité, d'une vie communautaire bien organisée et des objectifs du traitement poursuivis dans l'établissement.

- Le règlement doit définir la conduite qui constitue une infraction disciplinaire ; le genre et la durée des sanctions qui peuvent être infligées ; l'autorité compétente pour prononcer ces sanctions ; l'autorité à saisir d'un recours et la procédure à suivre en la matière.

- Un détenu ne peut être puni que conformément aux dispositions du règlement et jamais deux fois pour les mêmes faits.

- Le rapport disciplinaire doit être immédiatement transmis aux autorités compétentes qui statuent sans délai.

- Aucun détenu ne peut être puni sans être informé de l'infraction qu'on lui reproche et sans qu'il ait eu la possibilité de présenter sa défense.

- Dans la mesure où cela est nécessaire et réalisable, le détenu doit être autorisé à présenter sa défense par l'intermédiaire d'un interprète.

- Les sanctions collectives, les peines corporelles, la mise au cachot obscur, ainsi que toute punition cruelle, inhumaine ou dégradante doivent être prohibées comme sanctions disciplinaires.

- La sanction de l'isolement disciplinaire et toute autre mesure punitive qui risquerait d'altérer la santé physique et mentale du détenu ne peuvent être infligées que si le médecin, après avoir examiné le détenu, certifie par écrit que celui-ci est capable de les supporter.

- Le médecin doit visiter tous les jours les détenus qui subissent de telles sanctions et doit faire rapport au directeur s'il estime nécessaire de mettre fin à la sanction ou de la modifier pour des raisons de santé physique ou mentale.

plus pressante avec la condamnation d'autres Etats européens, ce qui indique la volonté de la Cour européenne des droits de l'Homme d'intervenir dans le domaine carcéral. Elle le fait sur la base des articles 6 (droit à un procès équitable) et 13 (droit à un recours effectif) de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales<sup>1055</sup>. La France elle-même est par ailleurs condamnée plusieurs fois par la Cour européenne des droits de l'Homme dans les années 2000 pour des questions carcérales<sup>1056</sup>.

**620. Influence de l'évolution du droit interne dans le processus d'humanisation du droit pénitentiaire.** Outre l'influence du droit européen, en interne, la fin des années 1980 et le début des années 1990 voient une évolution conséquente du droit public et du droit de l'application des peines. De fait – comme il en a été fait mention – le statut de *mesure d'ordre intérieur* de la sanction disciplinaire et de sa procédure limite considérablement le recours des usagers contre l'Administration. C'est particulièrement vrai en droit pénitentiaire où l'Administration peut prendre des mesures fortement coercitives sans qu'aucun contrôle ou recours ne sont envisageable. Ces procédés sont légitimés par le Conseil d'Etat tout au long du XX<sup>e</sup> siècle<sup>1057</sup>. Néanmoins, à la fin du XX<sup>e</sup> siècle – dans tous les domaines du droit administratif – le droit public revient progressivement sur l'omnipotence de la notion de *mesure d'ordre intérieur*. Nécessairement, ce mouvement fini – il s'agira de l'étudier – par avoir des répercussions sur le droit pénitentiaire. A côté de cette évolution du droit public apparaît également une véritable réflexion sur les modalités de l'application des peines. A l'image du droit pénitentiaire, le droit de l'application des peines est à l'époque un droit infra-législatif de source principalement réglementaire<sup>1058</sup>. L'évolution de ce droit a lui aussi par ricochet conduit

<sup>1055</sup> CEDH. 21 février 1975, *Golder contre Royaume-Uni*. Requête numéro 4451/70.

CEDH. 28 juin 1984, *Campbell et Fell contre Royaume-Uni*. Requêtes numéro 7819/77 et 7878/77.

<sup>1056</sup> CEDH. 14 novembre 2002, *Mouisel contre France*. Requête numéro 67263/01. Pour traitements inhumains et dégradants d'une personne détenue gravement malade et hospitalisé attaché à son lit par les mains et les pieds.

CEDH. 12 juin 2007, *Frérot contre France*. Requête numéro 70204/01. Traitements inhumains et dégradants du fait de fouilles intégrales à répétition et violation du secret des correspondances.

CEDH. 9 juillet 2009, *Khider contre France*. Requête numéro 39364/05. Les conditions de détention du requérant, classé « détenu particulièrement surveillé », soumis à des transfèrements répétés, placé en régime d'isolement à long terme et faisant l'objet de fouilles corporelles intégrales régulières s'analysent, par leur effet combiné et répétitif, en un traitement inhumain et dégradant.

CEDH. 21 mai 2015, *Yengo contre France*. Requête numéro 50494/12. Violation du droit à un recours effectif.

<sup>1057</sup> Conseil d'Etat. 28 juillet 1932, *Brunaux*. Placement en cellule disciplinaire.

Conseil d'Etat. 8 décembre 1967, *Kayanakis*, numéro 69544. La décision de l'administration pénitentiaire transférant une personne détenue d'une prison à une autre, les décisions du directeur d'une maison d'arrêt lui retirant le bénéfice du régime spécial et le soumettant au régime cellulaire et les décisions du Garde des Sceaux rejetant le recours hiérarchique formé contre ces décisions constituent des mesures d'ordre intérieur qui ne sont pas de la nature de celles qui peuvent être attaquées par la voie du recours pour excès de pouvoir.

<sup>1058</sup> Sur cette évolution lire STEACHELE, F. (1995). *Pratique de l'application des peines*. Litec ; et HERZOG-EVANS, M. (2016). *Droit de l'exécution des peines*. Dalloz.



à une nécessaire évolution du droit pénitentiaire. Cette évolution, aboutissant à une véritable judiciarisation du droit carcéral, permet à l'avocat d'entrer en prison.

### **Sous-Section 2 : L'avocat en prison, mobilisation pour l'augmentation des droits de la personne détenue.**

621. La judiciarisation du droit pénitentiaire qui introduit l'avocat en prison (Paragraphe 1) lui permet de se mobiliser pour l'augmentation et le respect des droits de la personne détenue (Paragraphe 2).

#### **Paragraphe 1 : La judiciarisation du droit pénitentiaire depuis les années 1990.**

622. Le mouvement d'humanisation du milieu carcéral et les influences européennes et internes abordées précédemment permettent aux avocats d'être à l'initiative des premiers recours qui favorisent dans les années 1990 une judiciarisation du droit pénitentiaire (A) du fait de la reconnaissance de l'existence d'une mission de service public de l'Administration pénitentiaire (B).

##### **A) L'initiative des avocats pour une judiciarisation du droit pénitentiaire.**

*« Il nous faut former des avocats qui conçoivent le droit comme un outil au service de la parole des autres et qui refusent les formes d'une application automatique de la norme de droit, des avocats capables de proposer le changement de la jurisprudence si celle-ci n'est pas en cohérence avec les aspirations de telle ou telle composante du mouvement social ou de tel ou tel intérêt personnel équitable. Oui, l'avocat est un organisateur du social, mais il doit être aussi un désorganisateur de*



*normes, un constructeur de normes nouvelles, un agitateur d'idées, bref un révolutionnaire du droit, pour le droit, par le droit »<sup>1059</sup>.*

**623. Application de la CSDH au droit pénitentiaire.** Avant d'étudier ce que l'entrée des avocats en prison leur permet de faire pour les droits des personnes détenues, il s'agit ici d'analyser comment ils participent au processus de judiciarisation du droit pénitentiaire.

624. Lorsque la France ratifie la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales en 1974, les administrativistes ne se sentent pas concernés par l'application dans leur domaine de ce texte et notamment de son article 6 sur le procès équitable. Toutefois, à la fin des années 1980 et au début des années 1990 toute une série de décisions du Conseil d'Etat et de la Cour européenne des droits de l'Homme viennent démystifier le droit administratif. Ces décisions expliquent que les pouvoirs exorbitants de droit commun de l'Administration pour certains contentieux ne peuvent plus se justifier. Elles réduisent notamment – il s'agira de le développer – les contours de la définition de ce qu'est une *mesure d'ordre intérieur*. A partir du moment où une décision touche aux libertés fondamentales d'une personne, cette dernière doit se voir garantir les droits que lui procure l'article 6 de la Convention. Nécessairement cette réalité intéresse le droit pénitentiaire. Conjuguant ce mouvement au fait que le Conseil d'Etat – emboîtant le pas de la Cour de cassation – va reconnaître la compétence du juge administratif pour opérer un contrôle de conventionnalité des lois et des règlements – à l'occasion de l'arrêt *Nicolo* de 1989<sup>1060</sup> – les avocats saisissent l'opportunité de multiplier les recours sur la question du contrôle des actes de l'Administration au regard du droit européen. Ainsi ils reconfigurent considérablement les relations en détention autour de l'exercice des droits<sup>1061</sup>, notamment à travers les associations<sup>1062</sup> de défense des personnes détenues<sup>1063</sup>.

**625. Invocation des garanties prévues par la CSDH par les avocats en droit pénitentiaire.** De fait, si pendant les premières années suivant sa ratification par la France, la Convention n'est qu'assez rarement invoquée devant le juge administratif, cela change à la fin

---

<sup>1059</sup> Intervention de Maître Tiennot Grumbach, alors président du SAF, au XX<sup>e</sup> congrès du Syndicat, à Strasbourg, en 1993.

<sup>1060</sup> Conseil d'Etat. 20 octobre 1989, *Nicolo*, numéro 108243.

<sup>1061</sup> JACOBS, J-B. (1997). *The Prisoners' Rights Movement and Its Impact*. In MARQUART, J. et SORENSEN, J. (1997). *Correctional contexts. Contemporary and classical readings*. Los Angeles : Roxbury. Pages 231 à 247.

<sup>1062</sup> Voir l'action du Groupe d'information sur les prisons (GIP), ou du Comité d'action des prisonniers (CAP).

<sup>1063</sup> ROSTAING, C. (2007). Processus de judiciarisation carcérale : le droit en prison, une ressource pour les acteurs ? *Droit et Société*. Numéro 67, pages 577 à 595.

des années 1980 et au début des années 1990. De 1974 à 1985 inclus, soit pendant les onze premières années suivant la ratification, sont dénombrées 36 décisions du Conseil d'Etat statuant sur des moyens tirés de la Convention. Ce chiffre passe à une trentaine en 1986 et 1987, puis une cinquantaine en 1988 et 1989<sup>1064</sup>. Ces recours ne s'inscrivent pas seulement dans une logique d'opposition à l'Administration pénitentiaire, il y a chez les avocats une réelle volonté d'éducation et de pédagogie. Des études de sociologie carcérale prouvent que l'entrée du droit en prison – qui par définition est une zone de non-droit – a des effets très positifs sur la gestion globale des personnes détenues<sup>1065</sup>. La stratégie des avocats depuis les années 1970 n'a donc pas comme but la simple dénonciation des droits bafoués, mais rejoint souvent une idéologie de gauche visant à démontrer que la peine privative de liberté est avant tout un outil de domination d'une classe. L'incarcération vise avant tout les prolétaires et les marginaux<sup>1066</sup>. Les années 1970 et 1980 sont une véritable rupture dans le discours des avocats qui s'intéressent à la question carcérale. Cette rupture est visible notamment dans les discours des représentants de l'Observatoire Internationale des Prisons qui passent de ce stade de simple dénonciation des conditions de détention – supposant une méfiance à l'égard du droit – à une action concrète qui retourne le droit en instrument de revitalisation des contre-pouvoirs<sup>1067</sup> :

*« Le principe de nos rapports est de pointer l'écart entre ce que disent le droit et la réalité. C'est donc sur la base du droit que nous travaillons et le droit constitue en la matière un outil de travail plutôt infaillible. Il évite l'enflure verbale et le misérabilisme, il nous ramène aux faits. (...) L'institution a tout intérêt à avoir des gens qui lui "rentrent dans le lard" autrement que sur le droit. Ça légitime sa propre coercition ? »<sup>1068</sup>.*

**626. Avancées obtenues par les avocats.** Ces recours conduisent à des premières victoires pour les avocats. Il est jugé que ne constituent pas une *mesure d'ordre intérieur* la décision du directeur d'un hôpital portant atteinte au secret de la correspondance entre une

---

<sup>1064</sup> ABRAHAM, R. (1990). Les incidences de la Convention européenne des droits de l'homme sur le contentieux administratif français. *Revue Française de Droit Administratif*. Page 1053.

<sup>1065</sup> Lire notamment : SALLE, G. et CHANTRAINE, G. (2009). Le droit emprisonné ? Sociologie des usages sociaux du droit en prison. *Politix*. Numéro 87, pages 93 à 117.

<sup>1066</sup> RANCIERE, D. (1998). Brève histoire du Groupe d'information sur les prisons (G.I.P.), 1971-1972. *Mana*. Numéro 5, pages 225 à 235.

<sup>1067</sup> SALLE, G. et CHANTRAINE, G. (2009). Le droit emprisonné ? Sociologie des usages sociaux du droit en prison. *Politix*. Numéro 87, pages 93 à 117.

<sup>1068</sup> MAREST, P. (2004). Observatoire international des prisons, savoir et faire savoir. *Ecorev'*. Numéro 15, page 58.

personne détenue qui s'y trouve soignée et son avocat<sup>1069</sup> ; celle d'installer à l'entrée des prisons des portiques de détection<sup>1070</sup> (affaire à l'initiative du Syndicat des Avocats de France) ; ou encore celle d'un directeur de prison qui refuse la restitution de sommes bloquées sur les comptes nominatifs d'une personne détenue<sup>1071</sup>. En 1992, la Cour administrative d'appel de Nantes reconnaît même la possibilité d'engager la responsabilité de l'Etat pour faute lourde du fait de sévices infligés à une personne détenue dans un établissement pénitentiaire<sup>1072</sup>.

627. Globalement, les avocats s'interrogent et introduisent des recours en droit pénitentiaire autour de plusieurs problématiques : la définition plus rigoureuse des infractions à la discipline ; l'information des personnes détenues quant à leurs droits ; la question de l'autorité de l'Administration pénitentiaire en matière disciplinaire ; les conditions dont le rapport d'incident est établi ; les droits de la défense et notamment l'absence d'intervention de l'avocat ; la possibilité d'un recours contre une décision disciplinaire ; le choix de la sanction ; les conditions du placement en cellule disciplinaire<sup>1073</sup> ; ou encore la problématique du maintien en rétention d'une personne dont la santé devient fragile. Sur cette dernière question, les avocats européens engagent plusieurs recours sur le fondement de l'article 3 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales pour traitements inhumains et dégradants<sup>1074</sup>. La revendication consiste à expliquer que les conditions de santé sont parfois incompatibles avec la peine privative de liberté. Or lorsque cette incompatibilité apparaît alors que la peine est déjà en exécution, la législation française est très souvent défailante<sup>1075</sup>. Cette réflexion permet une prise de conscience d'un droit aux soins en milieu carcéral et aboutit à un rapport du Haut comité de la Santé publique sur ce point en 1993<sup>1076</sup> :

---

<sup>1069</sup> Conseil d'Etat. 12 mars 1980, *Centre hospitalier spécialisé de Sarreguemines*, numéro 12572. Lebon, page 141.

<sup>1070</sup> Conseil d'Etat. 21 octobre 1988, *Syndicat des Avocats de France*, numéro 70066. Lebon, page 373.

<sup>1071</sup> Conseil d'Etat. 3 novembre 1989, *M. Jean-Jacques*, numéro 85424.

<sup>1072</sup> Cour Administrative d'Appel de Nantes. 26 juillet 1991, *Consorts Onno c/ M. le Garde des Sceaux*. Requête numéro 89NT00852. Inédite.

<sup>1073</sup> DARBEDA, P. (1993). L'action disciplinaire en détention : un panorama européen. *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*. Page 808.

<sup>1074</sup> Plusieurs arrêts en Europe sur la question : CEDH. 28 janvier 1994, *Hurtado contre Suisse*. Requête numéro 17549/90.

CEDH. 22 septembre 1993, *Klaas contre Allemagne*. Requête numéro 15473/89.

CEDH. 24 septembre 1992, *Herczegfalvy contre Autriche*. Requête numéro 10533/83.

<sup>1075</sup> DANET, J. (1996). La notion d'état de santé et la détention en Europe. *Revue de Science Criminelle et de droit pénal comparé*. Page 49.

<sup>1076</sup> Rapport « Chodorge » de janvier 1993 sur la santé des personnes détenues comme un objectif de santé publique.

« Entre le droit aux soins, simple « droit-créance », et les contraintes de sécurité inhérentes à la peine de prison, n'est-ce pas au droit de l'exécution de la peine de préciser les principes inscrits dans la Convention européenne et d'organiser une véritable judiciarisation des décisions. Les intervenants du monde carcéral ne cessent de rappeler l'importance pour la réinsertion du condamné qu'il retrouve un minimum d'estime de soi et de souci de sa santé »<sup>1077</sup>.

628. Ces réflexions permettent au début des années 1990 une *mise sur agenda*<sup>1078</sup> de la question de la nécessité d'une judiciarisation du droit pénitentiaire. De fait, le nombre de publications sur la question ne cesse d'augmenter entre 1990 et 1995<sup>1079</sup>, année où le Conseil d'Etat concrétise enfin cette judiciarisation.

B) La reconnaissance de l'existence d'une mission de service public de l'Administration pénitentiaire.

**629. Mission de service public de l'Administration pénitentiaire.** Le processus de judiciarisation du droit pénitentiaire – devenu nécessaire par toutes les influences abordées précédemment – devient concret en 1995 lorsque le Conseil d'Etat rend deux arrêts fondateurs. Si le Conseil prend un tel tournant, c'est parce qu'au préalable il est établi que l'Administration pénitentiaire est en charge d'un service public<sup>1080</sup>. De fait, le premier mouvement s'opère en 1987 lorsqu'une loi du 22 juin<sup>1081</sup> reconnaît clairement cette charge. Même si cette loi dispose que celui-ci reste à part au sein du droit administratif, ce mouvement est une réelle révolution. De fait, la reconnaissance de l'existence d'un service public pénitentiaire permet une application du droit administratif pour les relations juridiques entre l'Administration et les

<sup>1077</sup> Jean Danet, Avocat au barreau de Nantes dans : DANET, J. (1996). La notion d'état de santé et la détention en Europe. *Revue de Science Criminelle et de droit pénal comparé*. Numéro 49.

<sup>1078</sup> La notion de mise à l'agenda est un concept de sociologie de l'action publique. Elle renvoie au passage d'un problème du domaine de la nature ou du privé au domaine public.

<sup>1079</sup> Notamment : PRADEL, J. (1994). *La condition juridique du détenu*. Paris : Editions Cujas ; FAVARD, J. (1987). *Des prisons*. Paris : Gallimard ; BADINTER, R. (1994). *La prison républicaine*. Paris : Librairie générale française ; CERE, J-P. (1994). Le nécessaire contrôle du pouvoir disciplinaire dans les prisons françaises. *Revue de Science criminelle*. Juillet-Septembre ; COUV RAT, P (1995). Le contrôle du juge sur les sanctions disciplinaires du milieu pénitentiaire. *Revue de Science Criminelle et de droit pénal comparé*. Page 381.

<sup>1080</sup> C'est-à-dire une activité destinée à satisfaire un besoin d'intérêt général et qui, en tant que telle, doit être assurée et contrôlée par l'Administration parce que la satisfaction continue de ce besoin ne peut être garantie que par elle.

<sup>1081</sup> Loi n° 87-432 du 22 juin 1987 relative au service public pénitentiaire.

personnes détenues. Toute une série de décisions considérées jusqu'alors comme des *mesures d'ordre intérieur* se retrouvent désormais soumises au droit commun. Cette loi donne ainsi compétence au Conseil d'Etat pour s'immiscer dans le fonctionnement de l'Administration pénitentiaire en contrôlant le bien-fondé de certaines de ses décisions lorsqu'une juridiction administrative est saisie par un avocat d'un recours pour excès de pouvoir<sup>1082</sup>. Une problématique s'installe alors et va toujours accompagner les réflexions sur le droit pénitentiaire : **comment concilier les contraintes inhérentes à la détention et le respect des droits des personnes détenues**<sup>1083</sup> ?

**630. Arrêts Hardouin et Marie.** Le Conseil d'Etat vient reconnaître au cas par cas – il en a été fait mention – que certains actes de l'Administration pénitentiaire puissent être contestés devant le juge administratif<sup>1084</sup>, jusqu'à un premier mouvement de judiciarisation à travers deux arrêts *Hardouin*<sup>1085</sup> et *Marie*<sup>1086</sup>. Dans ces décisions, l'Assemblée du contentieux du Conseil d'Etat opère un revirement de jurisprudence qui réduit considérablement l'étendue de la catégorie des *mesures d'ordre intérieur*. Avec l'arrêt *Marie*, les sanctions disciplinaires ne sont plus considérées comme des *mesures d'ordre intérieur* et ne peuvent donc plus échapper au contrôle du juge administratif<sup>1087</sup> : « *que, eu égard à la nature et à la gravité de cette mesure, la punition de cellule constitue une décision faisant grief susceptible d'être déférée au juge de l'excès de pouvoir* ». Dans cet esprit, un décret du 2 avril 1996<sup>1088</sup> vient donner un cadre réglementaire stricte à la procédure disciplinaire et instaure une enquête préalable qui vise à

---

<sup>1082</sup> Recours juridictionnel dirigé, en vue de les faire annuler pour cause d'illégalité, contre des actes unilatéraux émanant soit d'une autorité administrative, soit d'un organisme privé agissant dans le cadre d'une mission de service public. Se distingue traditionnellement quatre cas d'ouverture de ce recours : incompétence de l'auteur de l'acte, vice de forme affectant des formalités substantielles, détournement de pouvoir et violation de la loi comprise comme une illégalité relative aux motifs ou à l'objet même de l'acte.

<sup>1083</sup> A titre d'exemple : Conseil d'Etat, 30 mars 2005, numéro 276017. Recours en excès de pouvoir contre la circulaire du 18 novembre 2004 par laquelle le garde des sceaux a donné aux services de l'administration pénitentiaire des instructions relatives à l'organisation des escortes pénitentiaires des personnes détenues qui font l'objet d'une extraction en vue d'une consultation médicale à l'extérieur d'un établissement pénitentiaire.

<sup>1084</sup> A titre d'exemple :

- Conseil d'Etat. 3 novembre 1989, *M. Jean-Jacques*, numéro 85424. Refus de restituer des sommes bloquées sur le compte d'une personne détenue.
- Conseil d'Etat. 10 octobre 1990, *Garde des sceaux contre M. H.* numéro 107266. De l'interdiction de recevoir certaines publications.
- Conseil d'Etat. 15 janvier 1992, *M. Michel C.* numéro 97149. Décisions relatives au nombre ou à l'espacement des repas des personnes détenues.

<sup>1085</sup> Conseil d'Etat. 17 février 1995, *Hardouin*, numéro 107766.

<sup>1086</sup> Conseil d'Etat. 17 février 1995, *Marie*, numéro 97754.

<sup>1087</sup> Sur les conséquences de cette décision, lire par exemple : HERZOG-EVANS, M. (1995). Droit commun pour les détenus. *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*. Page 621.

<sup>1088</sup> Décret numéro 96-287 du 2 avril 1996 relatif au régime disciplinaire des personnes détenues et modifiant certaines dispositions du code de procédure pénale.

renseigner les charges pesant sur la personne détenue. Par-là, le chef d'établissement fini de perdre son pouvoir discrétionnaire<sup>1089</sup> concernant le rendu d'une sanction disciplinaire puisque celle-ci n'est dès lors plus une *mesure d'ordre intérieur* insusceptible de recours. Le décret fait état de trente-six fautes listées en trois degrés de gravité<sup>1090</sup>.

**631. Codification du droit pénitentiaire.** Un second mouvement s'opère au tournant des années 2000 animé par les media<sup>1091</sup> et par des rapports parlementaires<sup>1092</sup>. En juillet 1999, Mme Elisabeth Guigou – alors Garde des sceaux – charge un groupe de travail présidé par M. Guy Canivet – premier président de la Cour de cassation – de dresser des pistes d'amélioration pour le contrôle extérieur des établissements pénitentiaires. En mars 2000, ce groupe remet un rapport extrêmement détaillé, formulant de très nombreuses propositions et tendant en particulier à codifier le droit de la prison. C'est-à-dire qu'il appelle à l'élaboration d'une loi qui vient encadrer et supplanter les circulaires ministérielles non normatives, règlements, décrets et usages locaux, ou même les véritables coutumes qui constituent jusqu'alors l'essentiel du socle du droit pénitentiaire en vigueur. Ce point est important parce qu'une loi permet de rétablir une hiérarchie des normes au sein des règles applicables aux établissements pénitentiaires et donc de dépoussiérer rapidement les usages en vigueur. C'est effectivement toute une série de lois qui permet de bouleverser considérablement le droit pénitentiaire. Est également reproché au droit en vigueur à l'époque son caractère flou qui le soumet à un risque de censure car en contrariété avec l'article 34 de la Constitution de 1958 qui prévoit que : « *la loi fixe les règles concernant les droits civiques et les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice de leurs libertés publiques* »<sup>1093</sup>.

**632. Loi du 12 avril 2000.** La première réforme importante est celle du 12 avril 2000<sup>1094</sup>. C'est cette loi qui reconnaît aux avocats la possibilité de défendre les personnes incarcérées qui sont convoquées en commission de discipline. Elle permet également de développer les recours,

---

<sup>1089</sup> LIEBLING, A. (2000). Prison Officers, Policing and the Use of Discretion. *Theoretical Criminology*. Numéro 4, Volume 3, pages 333 à 357.

<sup>1090</sup> Sur l'analyse de ce décret, lire par exemple : LARRALDE, J-M. (1996). Commentaire du décret n° 96-387 du 2 avril 1996 relatif au régime disciplinaire des personnes détenues et modifiant certaines dispositions du Code de procédure pénale. *Actualité Juridique du Droit Administratif*. Page 780 ; ou COUV RAT, P. (1996). Le régime disciplinaire des détenus depuis le décret du 2 avril 1996. *Revue de Science Criminelle et de droit pénal comparé*. Page 709.

<sup>1091</sup> Lire sur ce point VASSEUR, M. (2000). *Médecin-chef à la prison de la santé*. Le cherche midi.

<sup>1092</sup> FLOCH, J. (2000). *La France face à ses prisons*. Rapport de la commission d'enquête de l'Assemblée Nationale sur la situation dans les prisons françaises.

CABANEL, G-P. (2000). *Prisons : une humiliation pour la République*. Rapport du Sénat numéro 449.

<sup>1093</sup> HERZOG-EVANS, M. et PECHILLON, E. (2000). L'entrée des avocats en prison. *Recueil Dalloz*, page 481.

<sup>1094</sup> Loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations.



favorisant ainsi un renforcement du contrôle juridictionnel de l'action de l'Administration pénitentiaire et de mettre en lumière les pratiques illégales de cette dernière. Il s'agit d'une première avancée. Néanmoins, le texte fait une distinction entre les décisions de l'Administration qui demandent une motivation et celles qui n'en exigent pas. Les premières sont désormais soumises à plus grand contrôle juridique puisqu'elles ne peuvent être prises qu'après que le destinataire ait pu effectivement présenter ses observations. L'Administration doit alors prendre en compte ces observations. Lorsque ce sont de simples réponses à des demandes des personnes détenues (gracieuses ou hiérarchiques), en revanche, le pouvoir de l'Administration reste discrétionnaire. La question est de savoir alors quelles seront les mesures qui doivent être motivées et quelles sont celles qui sont considérées comme de simples demandes ? Plus exactement, la loi du 12 avril 2000 permet de faire entrer définitivement le droit pénitentiaire dans le giron du droit administratif. Or depuis une loi du 11 juillet 1979<sup>1095</sup>, il existe une obligation pour l'Administration de motiver ses actes administratifs. Par conséquent cette loi s'applique désormais au domaine pénitentiaire. Le texte permet donc un renforcement considérable de l'application du principe du contradictoire et des droits de la défense en milieu carcéral. Par sa formulation, cette loi vient d'ailleurs assurer que le juge ne peut pas en pratique déroger au principe du contradictoire concernant les décisions de l'Administration pénitentiaire.

**633. Loi du 30 juin 2000.** La loi du 30 juin 2000<sup>1096</sup>, entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2001, crée le référé-liberté<sup>1097</sup>. Ce processus conduit à de nombreuses affaires où le juge de référé-liberté peut être saisi de demandes afin de faire cesser des atteintes graves et manifestement illégales portées aux libertés fondamentales des personnes détenues. Plus généralement, la problématique ici est celle de l'articulation entre plusieurs articles de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales. De fait, les conditions d'intervention du juge des référés sur le fondement de l'article L. 521-2 du code de justice administrative diffèrent selon qu'il s'agisse d'assurer la sauvegarde des droits

---

<sup>1095</sup> Loi n° 79-587 du 11 juillet 1979 relative à la motivation des actes administratifs et à l'amélioration des relations entre l'administration et le public.

<sup>1096</sup> Loi n° 2000-597 du 30 juin 2000 relative au référé devant les juridictions administratives.

<sup>1097</sup> Le référé-liberté est une procédure permettant au juge des référés administratifs, en cas d'urgence, d'ordonner les mesures nécessaires à la sauvegarde d'une liberté fondamentale à laquelle une collectivité publique ou un organisme chargé d'une mission de service public aurait porté une atteinte grave et manifestement illégale dans l'exercice d'un de ses pouvoirs. Cette atteinte peut être représentée aussi bien par un simple comportement que par une décision juridique.

protégés par les articles 2<sup>1098</sup> et 3<sup>1099</sup> de la Convention d'une part et du droit protégé par l'article 8<sup>1100</sup> de la même Convention d'autre part. Le paragraphe 2 de ce dernier article prévoyant expressément – sous certaines conditions – que des restrictions puissent être apportées à son exercice. Le juge des référés doit donc opérer une balance des intérêts entre ces différents principes garantis par des textes de même valeur normative. L'article 2 qui garantit le droit à la vie fait peser sur l'Administration pénitentiaire une obligation de résultat. Le juge est exigeant vis-à-vis de l'Administration dans la mesure où la personne détenue se retrouve dans une situation de totale dépendance. Sur ce fondement, la France est condamnée par la Cour européenne des droits de l'Homme le 4 février 2016 pour le suicide d'une personne détenue<sup>1101</sup>. L'article 3 concerne l'interdiction des traitements inhumains et dégradants. Lorsque la carence de l'autorité publique crée un danger caractérisé et imminent pour la vie des personnes ou les expose à être soumises, de manière caractérisée, à un traitement inhumain ou dégradant – portant ainsi une atteinte grave et manifestement illégale à ces libertés fondamentales – et que la situation permet de prendre utilement des mesures de sauvegarde dans un délai de quarante-huit heures, le juge du référé-liberté peut prescrire toutes les mesures de nature à faire cesser la situation résultant de cette carence. Enfin, l'article 8 prévoit le droit au respect de la vie privée et familiale.

634. A de nombreuses occasions, l'utilisation de cette procédure permet de faire condamner des atteintes aux libertés fondamentales des personnes détenues et plus généralement d'améliorer leurs conditions de détention. A titre d'exemple, une décision du

---

<sup>1098</sup> « Article 2 - Droit à la vie.

1. Le droit de toute personne à la vie est protégé par la loi. La mort ne peut être infligée à quiconque intentionnellement, sauf en exécution d'une sentence capitale prononcée par un tribunal au cas où le délit est puni de cette peine par la loi.
2. La mort n'est pas considérée comme infligée en violation de cet article dans les cas où elle résulterait d'un recours à la force rendu absolument nécessaire :
  - Pour assurer la défense de toute personne contre la violence illégale ;
  - Pour effectuer une arrestation régulière ou pour empêcher l'évasion d'une personne régulièrement détenue ;
  - Pour réprimer, conformément à la loi, une émeute ou une insurrection ».

<sup>1099</sup> « Article 3 - Interdiction de la torture.

Nul ne peut être soumis à la torture ni à des peines ou traitements inhumains ou dégradants ».

<sup>1100</sup> « Article 8 - Droit au respect de la vie privée et familiale.

1. Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance.
2. Il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui ».

<sup>1101</sup> CEDH. 4 février 2016. *Isenc contre France*. Requête numéro 58828/13.



Conseil d'Etat en référé-liberté du 22 décembre 2012 relève une carence de l'Administration pénitentiaire de la prison des Beaumettes à Marseille du fait de la prolifération de rats. Le Conseil d'Etat considère que cette prolifération affecte la dignité des personnes détenues et porte ainsi une atteinte grave et manifestement illégale à une liberté fondamentale. Il donne injonction à l'Administration de réaliser un diagnostic des prestations de lutte contre les animaux nuisibles à intégrer dans le prochain contrat de dératisation et de désinsectisation du centre pénitentiaire ainsi que, dans l'intervalle, une opération d'envergure susceptible de permettre la dératisation et la désinsectisation de l'ensemble des locaux de ce centre.

**635. Judicialisation du droit pénitentiaire.** Comme les années 1990, les années 2000 sont fortement marquées par cette judicialisation du droit pénitentiaire dans une idée plus générale d'humanisation du système carcéral. Le souffle est à l'origine européen. En 2006, le Conseil de l'Europe édite sa troisième version des *Règles pénitentiaires européennes*<sup>1102</sup> qui donne des recommandations générales pour les états membres sur la façon de gérer le fonctionnement de leur système carcéral. L'objectif est de proposer aux Etats un guide des règles minimales relatives à la vie en prison. Ce corpus est constitué de cent-huit règles qui régissent les questions de santé, d'ordre et de sécurité, le contrôle des prisons ou encore le personnel administratif. Ces règles qui se veulent humanistes vont profondément marquer les textes français de cette décennie et rejoignent la problématique générale déjà abordée : réussir à concilier maintien de l'ordre et obligation de respecter la dignité et les droits fondamentaux de chaque personne détenue. La loi pénitentiaire du 24 novembre 2009 rappelle d'ailleurs ce nécessaire équilibre dans son article 1<sup>er</sup> : « *Le régime d'exécution de la peine de privation de liberté concilie la protection de la société, la sanction du condamné et les intérêts de la victime avec la nécessité de préparer l'insertion ou la réinsertion de la personne détenue afin de lui permettre de mener une vie responsable et de prévenir la commission de nouvelles infractions* »<sup>1103</sup>. Cette loi réduit encore la durée maximale du recours possible au quartier disciplinaire (de 45 jours à 20 jours) et instaure un code de la déontologie. A la lumière de ces textes, l'Administration décide de faire de la commission disciplinaire l'ultime recours. L'idée est de la rendre moins systématique, chaque incident devant être traité individuellement au regard des circonstances et de la personnalité de la personne détenue<sup>1104</sup>.

---

<sup>1102</sup> Le texte d'origine a été adopté en 1973 puis révisé en 1987.

<sup>1103</sup> Loi n° 2009-1436 du 24 novembre 2009 pénitentiaire.

<sup>1104</sup> FERNANDEZ, F. (2015). Lorsque la prison (se) rend justice. Le traitement contemporain de l'indiscipline carcérale. *Déviance et Société*. Numéro 4, volume 39, pages 379 à 404.

636. Plus généralement, une vraie réflexion s'est engagée autour de la sanction et de son utilité en fonction du type de détenu. Deux profils semblent émerger des études menées en France<sup>1105</sup> sur ce sujet : les *vulnérables* et les *dangereux*, avec toutes les considérations sociales propres à la prison<sup>1106</sup>. La réponse disciplinaire va prendre en compte ces considérations, avec toute la subjectivité qui en découle, notamment du fait du fonctionnement particulier du système carcéral où les surveillants<sup>1107</sup> et les présidents de commissions connaissent les personnes détenues au quotidien. Le processus de judiciarisation carcérale et d'accès au droit est une ressource nouvelle pour les personnes détenues et donc – il s'agira de le développer ci-après – pour leurs avocats<sup>1108</sup>, qui dénoncent depuis une dizaine d'années – au contraire – un mouvement de déshumanisation du milieu carcéral.

Paragraphe 2 : L'avocat comme garant des droits de la personne détenue.

637. L'entrée de l'avocat en prison (A) lui permet d'être à l'initiative d'actions visant à garantir toujours plus de droits aux personnes détenues (B).

A) L'entrée de l'avocat en prison.

**638. Assistance pendant les commissions disciplinaires.** La judiciarisation du droit pénitentiaire permet à l'avocat d'intégrer le système carcéral. En faisant entrer la sanction disciplinaire dans la catégorie des sanctions pénales telles que définies par la Cour européenne des droits de l'Homme, les règles du procès équitable garanties par l'article 6 paragraphe 1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales

---

<sup>1105</sup> *Ibid.*

<sup>1106</sup> Sont considérés comme vulnérables les étrangers, les homosexuels, les dépendants aux drogues... Ainsi les personnes dites vulnérables peuvent servir de *chèvre*, c'est-à-dire endosser la responsabilité pour l'action d'une autre personne détenue contre rétribution ou par peur des représailles. Dans ce cas, la commission essaie de prendre du temps pour déterminer s'il faut punir ou protéger. A contrario lorsqu'il s'agit d'une personne détenue dangereuse, la prise de décision est souvent beaucoup plus expéditive.

<sup>1107</sup> Ce sont les surveillants qui établissent les rapports d'incidents. Lors de la commission disciplinaire, deux surveillants sont assesseurs du président de la commission.

<sup>1108</sup> ROSTAING, C. (2007). Processus de judiciarisation carcérale : le droit en prison, une ressource pour les acteurs ? *Droit et Société*. Numéro 67, pages 577 à 595.

trouvent désormais à s'appliquer. Parmi ces règles, est prévue la possibilité de recourir à l'assistance d'un avocat. Le décret du 2 avril 1996 permet à ce dernier de contribuer à l'exercice des recours des personnes détenues contre les sanctions disciplinaires. Cependant, ils n'assistent pas encore ses clients pendant les commissions. Ce sera l'autre apport fondamental de la loi du 12 avril 2000, outre le fait de permettre un meilleur respect du principe du contradictoire. Les avocats ont désormais accès aux audiences disciplinaires afin d'assister les personnes détenues. En embrassant les règles propres à la fois au droit pénitentiaire public et au droit pénitentiaire pénal, cette loi finie de faire entrer le droit pénitentiaire dans le droit commun. Peu après, la loi du 15 juin 2000<sup>1109</sup> étend l'assistance des avocats aux personnes détenues pendant les procédures d'application des peines. Ils sont également autorisés à préparer les recours en appel contre les décisions du juge de l'application des peines.

**639. *Rôle de l'avocat en prison.*** La présence de l'avocat est importante – même si en pratique les praticiens interrogés ont souvent le sentiment de ne servir à rien – parce qu'elle leur permet de soulever des irrégularités de fond pour les utiliser ultérieurement à l'occasion de recours. Mention en a été faite dans la première partie de cette thèse, la présence de l'avocat est également déterminante dans le comportement des autres protagonistes, ici particulièrement dans le comportement du président de la commission. Dans la pratique, encore près d'un quart des personnes détenues qui passent en commission disciplinaire ne souhaitent pas être assistées d'un avocat. Or, des études tendent à montrer qu'en l'absence de ce dernier, il y a une liberté de ton et une latitude des sanctions plus grande de la part du président<sup>1110</sup>.

640. Cependant, à ce stade l'avocat ne fait qu'assister la personne détenue. Il ne la représente pas en tant que tel, il ne prend pas sa place dans le prétoire, il l'assiste dans celui-ci. De fait, le régime pénitentiaire disciplinaire réglementaire prévoit la présence obligatoire de la personne détenue. Également, si une décision du Tribunal administratif de Versailles en date du 8 avril 2004<sup>1111</sup> prévoit que l'assistance de l'avocat au conseil de discipline est obligatoire et que l'Administration ne peut pas se contenter de l'envoi d'un formulaire type au barreau, une décision du Conseil d'Etat du 23 février 2011 explique quant à elle, que si la loi du 12 avril 2000 impose que la personne détenue soit informée en temps utile de la possibilité pour elle de

---

<sup>1109</sup> Loi n° 2000-516 du 15 juin 2000 renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes

<sup>1110</sup> FERNANDEZ, F. (2015). Lorsque la prison (se) rend justice. Le traitement contemporain de l'indiscipline carcérale. *Déviance et Société*. Numéro 4, volume 39, pages 379 à 404.

<sup>1111</sup> Tribunal administratif de Versailles, 8 avril 2004, numéro 0302152.

se faire assister par un avocat, l'absence de ce dernier pour des raisons qui ne sont pas imputables à l'Administration ne peut pas avoir pour conséquence de rendre la procédure irrégulière<sup>1112</sup>.

**641. *L'avocat intermédiaire de la personne détenue.*** Les avocats sont de plus en plus sollicités dans le cadre de procédures engagées par les personnes détenues contre des décisions ou des pratiques de l'Administration pénitentiaire. L'avocat reste une des seules personnes en contact avec la personne détenue en dehors des autorités de contrôle. Surtout, il peut correspondre avec elle de façon confidentielle : la loi du 24 novembre 2009 prévoit effectivement la libre communication de la personne détenue avec son avocat, l'absence de restrictions concernant les visites de ce dernier et la création d'un parloir spécial dans lequel la conversation ne peut être ni écoutée ni contrôlée. Une circulaire du 27 mars 2012 prévoit que si les effets personnels de l'avocat peuvent être contrôlés sous un tunnel à rayons X lorsqu'il entre en prison, ils ne peuvent en revanche pas être ouverts. De même, si le téléphone portable comme tout support électronique de stockage est interdit, ils peuvent néanmoins rentrer avec un ordinateur portable ou un dictaphone.

Cette place nouvelle de l'avocat en prison – si elle ne peut pas être considérée en tant que telle comme du militantisme – permet néanmoins à ce dernier d'occuper une place privilégiée dans le milieu fermé qu'est l'espace carcéral, favorisant – il s'agira de l'analyser – la mobilisation de la profession dans la protection et l'acquisitions de droits pour les personnes détenues.

#### B) L'intervention de l'avocat auprès des personnes détenues.

**642. *Intervention de l'avocat en prison.*** Plus concrètement, l'entrée de l'avocat en prison lui permet de se mobiliser pour l'augmentation ou la garantie des droits des personnes détenues. Aujourd'hui, il peut intervenir pratiquement à plusieurs occasions :

- En commission disciplinaire.
- Lors de poursuites administratives ou judiciaires pour des faits commis en détention.

---

<sup>1112</sup> Conseil d'Etat. 23 février 2011, numéro 313965.

- A l'occasion d'un projet d'aménagement de peine.
- Pour toute demande visant à faire respecter les droits de la personne détenue.

Ces opportunités lui permettent de formuler des recours en excès de pouvoir ou en référés-libertés dans un but militant.

**643. Condamnations de la France par la CEDH.** Concrètement, les avocats français ont permis la condamnation de la France par la Cour européenne des droits de l'Homme à plusieurs reprises : pour traitement inhumains et dégradant du fait de la taille des cellules le 2 octobre 2014<sup>1113</sup> ; du temps de confinement dans celles-ci le 25 avril 2013<sup>1114</sup> ; des conditions de soins le 14 octobre 2002<sup>1115</sup>, le 4 et le 11 juillet 2006<sup>1116</sup>, le 10 avril 2007<sup>1117</sup>, le 21 décembre 2010<sup>1118</sup>, le 23 février et 19 juillet 2012<sup>1119</sup>, ou encore le 19 février 2015<sup>1120</sup>, allant jusqu'à la reconnaissance d'une obligation positive pour l'Administration pénitentiaire de protéger le droit à la vie de la personne détenue<sup>1121</sup> ; de la question des fouilles corporelles<sup>1122</sup> ; du difficile déplacement en prison d'une personne handicapée<sup>1123</sup> ; de l'âge de la personne détenue<sup>1124</sup>.

**644. Action de l'OIP.** L'Observatoire International des Prisons intervient régulièrement pour faire condamner la France – notamment sur la question de la surpopulation carcérale et des voies de recours des personnes détenues – pour obtenir des conditions de détentions conformes au droit international. En multipliant les requêtes de même nature, l'association française cherche à obtenir un *arrêt pilote* comme ce fut le cas pour l'Italie en 2013<sup>1125</sup> ou pour la Roumanie en 2017<sup>1126</sup>. Ce type de décision permet à la haute juridiction d'enjoindre à un pays de prendre des mesures sans pour autant lui dicter sa politique pénale. La Cour élabore la

<sup>1113</sup> CEDH. 2 octobre 2014, *Fakailo dit Safoka et autres contre France*. Requête numéro 2871/11.

<sup>1114</sup> CEDH. 25 avril 2013, *Canali contre France*. Requête numéro 40119/09.

<sup>1115</sup> CEDH. 14 novembre 2002, *Mouisel contre France*. Requête numéro 67263/01.

<sup>1116</sup> CEDH. 4 juillet 2006, *Ramirez Sanchez contre France*. Requête numéro 59450/00.

CEDH. 11 juillet 2006, *Rivière contre France*. Requête numéro 33834/03.

<sup>1117</sup> CEDH. 10 avril 2007, *Sediri contre France*. Requête numéro 44310/05.

<sup>1118</sup> CEDH. 21 décembre 2010, *Raffray Taddei contre France*. Requête numéro 36435/07.

<sup>1119</sup> CEDH. 23 février 2012, *CG contre France*. Requête numéro 27244/09.

CEDH. 19 juillet 2012, *Ketreb contre France*. Requête numéro 38447/09.

<sup>1120</sup> CEDH. 14 février 2015, *Helhal contre France*. Requête numéro 10401/12.

<sup>1121</sup> CEDH. 16 octobre 2008, *Renolde contre France*. Requête numéro 5608/05.

<sup>1122</sup> CEDH. 20 janvier 2011, *El Shennawy contre France*. Requête numéro 51246/08.

<sup>1123</sup> CEDH. 24 octobre 2006, *Vincent contre France*. Requête numéro 6253/03.

<sup>1124</sup> CEDH. 27 mai 2002, *Papon contre France*. Requête numéro 54210/00.

<sup>1125</sup> CEDH. 27 mai 2013, *Torreggiani et autres contre Italie*. Requêtes numéros 43517/09, 46882/09, 55400/09, 57875/09, 61535/09, 35315/10 et 37818/10.

<sup>1126</sup> CEDH. 25 avril 2017, *Rezmives et autres contre Roumanie*. Requêtes numéros 61467/12, 39516/13, 48231/13 et 68191/13.

procédure de l'arrêt pilote pour se doter d'une méthode permettant d'identifier les problèmes structurels sous-jacents aux affaires répétitives dirigées contre de nombreux pays et demander aux États concernés de traiter les problèmes en question. Lorsque de nombreuses requêtes ayant la même origine sont introduites devant la Cour, celle-ci peut décider d'appliquer à l'une ou à plusieurs d'entre elles un traitement prioritaire selon la procédure de l'arrêt pilote. Dans le cadre de cette procédure, la Cour n'a pas seulement pour fonction de se prononcer sur la question de savoir s'il y a eu ou non violation de la Convention européenne des droits de l'homme dans telle ou telle affaire, mais aussi d'identifier le problème systémique et de donner au gouvernement concerné des indications claires sur les mesures de redressement qu'il doit prendre pour y remédier. L'OIP-SF y parvient au début de l'année 2020 pour la problématique liée à la surpopulation carcérale<sup>1127</sup>.

645. Au point de vue interne, l'OIP-SF vient en soutien d'avocats qui introduisent au nom des personnes détenues des recours en référé avec des résultats intéressants. A titre d'exemple, le Conseil d'État a opéré le 7 juin 2019 un important revirement de jurisprudence, estimant que les décisions de placement ou de maintien à l'isolement font naître une présomption d'urgence<sup>1128</sup>. Conséquence : le juge des référés doit désormais systématiquement contrôler les motifs de sécurité invoqués par l'administration pour justifier une mesure d'isolement et les personnes détenues n'ont a priori plus à prouver la nocivité de cette mesure. Autre exemple, avec la CIMADE<sup>1129</sup> et le GISTI<sup>1130</sup>, l'OIP-SF fait condamner le 13 mars 2019 la préfecture du Val-de-Marne à l'occasion de laquelle il est rappelé qu'il appartient aux services préfectoraux ainsi qu'à l'administration pénitentiaire de mettre en place des procédures permettant le recueil et l'instruction des demandes d'asile formulées en détention<sup>1131</sup>.

---

<sup>1127</sup> 30 janvier 2020, *J.M.B et autres contre France*. Requête numéro 9671/15 et 31 autres.

<sup>1128</sup> Conseil d'État. 7 juin 2019, numéro 426772.

<sup>1129</sup> La Cimade (à l'origine acronyme de *Comité inter-mouvements auprès des évacués*) est une association loi de 1901 de solidarité active et de soutien politique aux migrants, aux réfugiés et aux déplacés, aux demandeurs d'asile et aux étrangers en situation irrégulière.

<sup>1130</sup> Le Groupe d'information et de soutien des immigrés, abrégé en GISTI, anciennement le Groupe d'information et de soutien des travailleurs immigrés, est une association à but non lucratif de défense et d'aide juridique des étrangers en France, dont le siège social est situé à Paris

<sup>1131</sup> <https://oip.org> [consulté le 17 octobre 2019].

## **Conclusion de Chapitre :**

646. Même si l'avocat reste tributaire d'une saisine par un justiciable pour être mobilisé, il est capable dans certaines hypothèses et particulièrement quand ce sont les intérêts de la profession qui sont en jeu, d'influer cette mobilisation. C'est le cas pour la garde à vue. Face à l'évolution de la jurisprudence européenne, la profession comprend rapidement qu'elle peut faire condamner et évoluer la législation française. Elle est à l'initiative d'une publicisation du débat sur les incohérences de la procédure, créant une véritable *mise sur agenda* grâce à un double processus de médiatisation et de politisation de la question. Surtout, le Syndicat des Avocats de France met en place un kit de nullités afin que les avocats français puissent facilement et rapidement soulever devant les juridictions ce qui apparaît pour la profession comme étant inconstitutionnel et/ou inconstitutionnel. L'idée est d'inonder les juridictions de ces questions afin d'accélérer la réflexion autour de la problématique et de permettre une censure des textes sur la garde à vue afin que le législateur soit contraint de les modifier.

647. Les avocats vont également se mobiliser dans un autre domaine qui leur était fermé jusqu'alors : le droit pénitentiaire. A la fin des années 1980 et au début des années 1990 un mouvement d'humanisation du droit pénitentiaire conjugué à une influence du droit européen ayant sa définition propre de ce qu'est la matière pénale, ainsi qu'une évolution du droit interne public et d'application des peines, permet aux avocats de se mobiliser pour une judiciarisation du droit pénitentiaire. Jusque-là le « non droit » pénitentiaire restait le monopole quasi-exclusif de l'Administration pénitentiaire. Une fois cette judiciarisation acquise grâce à des décisions du Conseil d'Etat, puis grâce à la publication de nouvelles lois, l'avocat fait son entrée en prison. Une seconde forme de mobilisation de la profession apparaît alors : sa place nouvelle dans le monde carcéral fait de l'avocat un acteur privilégié dans la dénonciation des conditions de détention en France. Dès lors celui-ci se mobilise dans la défense des droits de la personne détenue et dans l'acquisition de nouveaux droits pour cette dernière, il peut amorcer un processus militant.

## Conclusion de Titre :

648. Afin de créer une action collective militante, l'avocat doit avant tout être mobilisé. Deux hypothèses se présentent alors : soit il est mobilisé par un acteur extérieur, soit il se mobilise lui-même. Les quatre thématiques choisies : droit pénitentiaire ; garde à vue ; gestation pour autrui et défense des libertés face à l'état d'urgence sont de bonnes illustrations de ces différentes formes de mobilisations.

649. Lorsque l'avocat est **mobilisé par un acteur extérieur**, ce peut-être à deux fins : dans une logique de coopération avec le politique ou dans une logique de contentieux avec celui-ci. La **coopération avec le politique** est une forme de mobilisation possible dans la mesure où l'avocat reste un intermédiaire privilégié entre le public et les autorités. Dès lors, en tant qu'expert juridique et judiciaire, l'avocat et plus particulièrement les instances représentatives de la profession sont sollicités par le politique ou émettent des avis ou recommandations sur des projets de loi. Néanmoins, ce rôle de porte-parole du public est aujourd'hui remis en question par la concurrence d'autres professions et surtout par la concurrence d'algorithmes issus de la révolution numérique qui transforment profondément la pratique de l'activité d'avocat. Ces derniers doivent s'adapter à ces changements qui peuvent devenir un atout considérable, mais qui amenuisent ce rôle d'intermédiaire propice au militantisme de coopération.

650. L'*acteur extérieur* peut également être un justiciable qui entre en **contentieux avec le politique**. Deux hypothèses encore à travers les thématiques étudiées. **La première** lorsque l'acteur extérieur saisit un avocat comme instrument dans son *répertoire d'action collective* pour faire progresser une cause : c'est l'exemple de la gestation pour autrui. L'avocat ici est mobilisé dans un premier temps pour infléchir la position de l'Administration française, concernant la transcription de l'acte de naissance d'un enfant né à l'étranger d'une gestation pour autrui à l'état civil français. Ce fléchissement est rendu possible grâce au droit européen. Une fois la France condamnée par la Cour européenne des droits de l'Homme, la profession s'est mobilisée pour contraindre une Administration réticente à respecter cette nouvelle jurisprudence. **La seconde**, lorsqu'il ne s'agit plus de conquérir de nouveaux droits, mais d'en garantir le respect lorsqu'ils sont menacés. C'est l'exemple de la défense des libertés fondamentales durant l'état d'urgence. Dans ce cas, l'avocat n'est plus ni un allié, ni une épée,



mais devient un bouclier – souvent le dernier – pour lutter contre une dérive qu’il estime sécuritaire et liberticide.

651. Lorsque les intérêts de la profession sont en jeu, la profession est capable de **se mobiliser elle-même**. Pour faire évoluer le droit, l’avocat doit toujours être saisi par un justiciable, mais les instances représentatives de la profession et notamment le Syndicat des Avocats de France sont capables d’influer sur un contentieux qu’elles souhaitent voir émerger afin qu’une évolution soit possible. C’est l’exemple de la garde à vue. Les avocats, au début de la décennie 2010, mettent en place toute une stratégie de *mise en agenda* dans le débat public puis d’inondation de contentieux devant les juridictions pour faire condamner la législation encadrant la pratique de la garde à vue. Double logique ici : médiatisation et politisation d’un côté, mise en place d’un kit de nullités de l’autre.

652. Concernant le droit pénitentiaire, la mobilisation se fait en deux temps. D’abord la profession participe activement à la judiciarisation de ce « non droit » jusque-là monopole quasi-exclusif de l’Administration pénitentiaire. Puis cette judiciarisation permet de faire entrer l’avocat en prison. La profession glisse alors dans une seconde phase de mobilisation afin de garantir et d’acquérir de nouveaux droits aux personnes détenues.

Maintenant que sont étudiées les différentes hypothèses dans lesquelles la profession est capable de se mobiliser, il s’agit désormais de voir quels instruments elle utilise pour mener à bien son action militante.

## **Titre 2 : Militer autour du droit et par le droit.**

653. Chronologiquement, afin de favoriser l'émergence d'un mouvement social, la mobilisation doit être suivie du développement d'une *capacité organisationnelle*. Cette dernière permet aux avocats qui disposent des moyens de se faire entendre et qui ont accès aux centres de décision, d'entreprendre un changement du cadre légal ou réglementaire. A cette fin, l'avocat va utiliser le droit.

654. L'un des premiers à théoriser le droit comme une arme fut Michael McCann<sup>1132</sup>, qui dans ses théories de *mobilisation du droit*, montre que cette mobilisation est un système de valeurs qui est culturel et symbolique<sup>1133</sup>. De fait, Alexis de Tocqueville montre que le rôle de ceux qu'il appelle *les légistes* est de constituer un contrepoids à la tyrannie de la majorité : « *Le juriste est la charnière entre le prince et le peuple* »<sup>1134</sup>. L'avocat trouve une place centrale dans le jeu politique en même temps que se développe la démocratie :

« *Le légiste est à la fois issu du peuple et hors de lui, passeur mais aussi agent-double, personnage respecté en tant que défenseur de la cause du peuple, tout en se révélant pour le pouvoir qui sait le mobiliser un adjuvant précieux, nécessaire pour manier le droit autant que pour incarner une autorité légitime* »<sup>1135</sup>.

Autrement dit, le rôle de l'avocat, tel qu'il est perçu dans l'imaginaire collectif (se dessine la figure de l'avocat pénaliste défendant la veuve et l'orphelin), devient crucial puisqu'il incarne la justice face à l'oppression, le représentant du peuple issu du peuple face aux dominants. Paradoxalement néanmoins, l'autorité du légiste permet de légitimer pour celui qui sait la manier, une assise du pouvoir.

655. L'utilisation du droit comme une arme est aujourd'hui étudiée sous le terme de *cause lawyering*, qui désigne à la fois un courant de recherche d'origine américaine et le type

---

<sup>1132</sup> Michael McCann est l'une des grandes figures de la sociologie du droit contemporaine aux Etats-Unis. Professeur de sciences politiques, il s'intéresse en particulier au phénomène des *mobilisations juridiques*, c'est-à-dire à l'usage du droit par des mouvements sociaux mobilisés en faveur de causes touchant à la justice sociale. Ses recherches ont porté notamment sur des mouvements contestant des discriminations structurelles de genre ou raciales dans le monde du travail.

<sup>1133</sup> MCCANN, M. (2006). Law and Social Movements. *Annual Review of Law and Social Science*, Volume 2, 17-38.

<sup>1134</sup> DE TOCQUEVILLE, A. (1951). *De la démocratie en Amérique*. Paris : Gallimard.

<sup>1135</sup> ISRAËL, L. (2009). *L'arme du droit*. Contester, SciencesPo les Presses, page 43.

d'activité étudié dans ces travaux<sup>1136</sup>. Ce terme est créé dans les années 1990 pour regrouper sous un même nom différentes figures de juristes « *Avocats militants de gauche, avocats spécialisés dans la défense des minorités ou des droits des femmes, juristes travaillant dans des associations ou des institutions favorisant l'accès au droit des plus démunis* »<sup>1137</sup>. Les premiers travaux de recherche d'auteurs nord-américains comme Austin Sarat<sup>1138</sup> ou Stuart Scheingold consistent à interroger la manière dont les *causes lawyers* se situent au sein de leur groupe professionnel et quelles tensions ils y font apparaître. Ces études montrent que ces juristes – en se mettant au service de causes dévalorisées – sont eux-mêmes marginalisés. Ils sont perçus dans le monde judiciaire comme des éléments perturbateurs qui « *rompent avec l'apparente neutralité du droit et de la justice pour mieux les mettre au service de causes politiques et sociales* »<sup>1139</sup>. Cependant les enjeux dépassent vite la seule sphère judiciaire puisqu'en facilitant l'accès au droit et en se rapprochant de populations défavorisées, le rôle des *causes lawyers* s'étend à toute la sphère politique :

« *L'Etat est en premier susceptible d'être interpellé par des demandes exprimées par le droit (...) en établissant les conditions dans lesquelles le pouvoir du droit peut s'adresser, voire être retourné, contre l'Etat* »<sup>1140</sup>.

656. Le *cause lawyering* permet de transformer et de multiplier les niveaux de décision et d'intervention possibles, notamment avec l'émergence des juridictions internationales. Ces deux facteurs (développement du *cause lawyering* et des juridictions internationales) favorisent la mondialisation d'un droit. Ils s'appuient sur des valeurs transnationales et circulent via des réseaux internationaux afin de sensibiliser l'opinion publique sur un point juridique, tout en permettant de retourner le droit contre l'Etat lors d'un procès.

657. Une fois mobilisés, deux outils principaux organisent une action militante dans le *répertoire d'action collective* des avocats. Le premier, la *mise sur agenda* (chapitre 1) gravite

---

<sup>1136</sup> FILLIEULE, O. MATHIEU, L. et PECHU, C. (2009). *Dictionnaire des mouvements sociaux*. SciencesPo les presses.

<sup>1137</sup> Ibid.

<sup>1138</sup> Austin Sarat, de son vrai nom William Nelson Cromwell, est un professeur de droit et de science politique au Amherst Collège à Amherst dans le Massachusetts.

<sup>1139</sup> FILLIEULE, O. MATHIEU, L. et PECHU, C. (2009). *Dictionnaire des mouvements sociaux*. SciencesPo les presses.

<sup>1140</sup> Ibid.

autour du droit, le second intéresse quant à lui directement l'exercice même de la profession :  
il s'agit du procès (chapitre 2).

## **Chapitre 1 : Militer autour du droit, la *mise sur agenda*.**

658. La notion de *mise sur agenda* est un concept de sociologie de l'action publique. Elle renvoie au passage d'un problème du domaine de la nature ou du privé, au domaine public par mobilisation des media de masse. Ces derniers ont un effet important sur la formation de l'opinion publique. Ils imposent le calendrier de certains événements et la hiérarchie de sujets. Deux étapes à cette *mise sur agenda* : mobilisation de media (Section 1) afin de favoriser la création d'un débat national (Section 2).

## **Section 1 : Médiatisation.**

659. Comment, lorsque l'on est avocat, peut-on interpellier le politique pour créer un débat ? La première solution est de rendre publique la cause, d'appeler les media à en parler ou d'en parler soi-même :

*« Créer l'évènement, travailler à sa mise en scène, produire une représentation la plus autonome possible de ses propres intérêts et de son identité est essentiel pour les agents de la critique sociale. L'on sait que celui qui sélectionne et présente l'information détermine en majeure partie l'horizon événementiel au sein duquel elle fait sens et s'ouvre à la compréhension »<sup>1141</sup>.*

Néanmoins, avant d'aborder ces procédés de médiatisation (Sous-Section 2), il est nécessaire de mesurer l'influence réelle d'une médiatisation et surtout de déterminer s'il est toujours opportun pour un avocat – dans une volonté militante ou plus généralement dans sa stratégie de défense – d'avoir recours à ces procédés (Sous-Section 1).

### **Sous-Section 1 : Influence et opportunité de la médiatisation.**

660. Si l'influence des media sur l'opinion publique n'est plus aujourd'hui à démontrer (Paragraphe 1), il n'apparaît pas toujours qu'il soit opportun d'y recourir (Paragraphe 2).

#### **Paragraphe 1 : Influence des media.**

661. Le rôle de relai dans le processus de persuasion de l'opinion publique des media (A) est transcendé par l'avènement d'internet, des réseaux sociaux et plus globalement de la révolution numérique (B).

---

<sup>1141</sup> FILLIEULE, O. MATHIEU, L. et PECHU, C. (2009). *Dictionnaire des mouvements sociaux*. SciencesPo les presses, page 349.

A) Relai dans le processus de persuasion de l'opinion publique.

**662. *Emergence de la communication de masse.*** La problématique de l'influence des media, notamment dans le contexte électoral, est ancienne puisque déjà étudiée au XIX<sup>e</sup> siècle<sup>1142</sup>. Néanmoins elle change considérablement et fait l'objet de nouvelles études plus approfondies avec l'émergence de la communication de masse au lendemain de la seconde guerre mondiale. Notamment avec l'avènement de la télévision, puis bien entendu depuis deux décennies d'internet et de la révolution numérique qui l'a accompagné.

**663. *Agenda-building.*** Dans les années 1970, une nouvelle génération de chercheurs remet en question les théories de ses aînés<sup>1143</sup> qui ont abouti à ne relever qu'un effet limité des media<sup>1144</sup> : ce sont les travaux sur la fonction d'agenda<sup>1145</sup>. Les études sur l'*agenda-building* démontrent que les élites politiques sont influencées dans la conduite de leurs politiques publiques par l'agenda des media et par celui des citoyens, c'est-à-dire par les préoccupations de l'opinion publique. Il y a en fait une interaction entre ces trois agendas : celui des media, celui des pouvoirs publics et celui de l'opinion publique. Chacun des trois étant influencé par, tout en influençant les deux autres. Ainsi les pouvoirs politiques peuvent par exemple mobiliser les media pour interpeler l'opinion publique sur une question qu'ils souhaitent voir débattue. Néanmoins, dans l'étude qui est la nôtre une seule voie d'interactions est intéressante : comment les media (mobilisés par les avocats) influencent l'opinion publique qui doit elle-même être prise en compte par les institutions politiques et judiciaires.

**664. *Rôle de relai.*** Des études démontrent que les media influencent l'opinion publique grâce à la *mise sur agenda*. Le public tire des media la plus grande part de ses informations. Il apprend sur les questions qui lui sont posées en fonction de l'insistance avec laquelle les media

---

<sup>1142</sup> Lire par exemple : DE TOCQUEVILLE, A. (1951). *De la démocratie en Amérique*. Paris : Gallimard ; ou encore : ZARKA, Y-C. (2002). Démocratie et pouvoir médiatique. *Cité*. Numéro 2, pages 119 à 129.

<sup>1143</sup> Sur ce point lire par exemple : BERELSON, B. (1971). *Content Analysis in Communications Research*. Macmillan Pub Co ; ou encore : KATZ, E. et LAZARSFELD, P. (2005). *Personal Influence: The Part Played by People in the Flow of Mass Communications*. Routledge.

<sup>1144</sup> D'après cette théorie des *effets limités*, les effets des media sur les changements d'attitudes politiques et de comportement des citoyens sont limités par la force de l'identification partisane et par des processus d'exposition, de perception et de mémorisation sélectives.

<sup>1145</sup> MCCOMBS, M. et SHAW, D. (1972). The agenda-setting function of mass media. *Public Opinion Quarterly*. Volume 36, pages 176 à 187.

COBB, R. et ELDER, C. (1983). *Participation in American Politics : The Dynamics of Agenda-building*. Johns Hopkins University Press.

parlent ou rendent compte des problèmes débattus<sup>1146</sup>. De fait, il existe une relation nette entre le degré de préoccupation des citoyens exprimé à propos de certains problèmes et la quantité d'informations consacrées par les media à ces mêmes sujets. L'émergence de cette sensibilité du public vis-à-vis des enjeux considérés est fortement liée à un haut degré de couverture médiatique<sup>1147</sup>. Dans cette perspective, les media ne font pas que refléter une opinion, ils sont un relai essentiel pour la communication entre gouvernants et gouvernés, entre hommes politiques et citoyens. Loin de servir purement et simplement de réceptacle ou de lieu d'accueil des opinions, les media sont fondés à anticiper et insister sur des problèmes qui ne préoccupent pas l'opinion de prime abord<sup>1148</sup>. C'est en cela qu'ils sont intéressants pour les avocats.

**665. Stratégie de sensibilisation.** Néanmoins, le lien entre médiatisation et intérêt de l'opinion publique n'est pas toujours aussi automatique et efficace. S'il veut que l'opinion publique s'intéresse à sa cause, l'avocat devra réfléchir la médiatisation dans une stratégie plus globale. De fait, l'opinion publique, loin d'être exclusivement orientée par les informations qu'elle reçoit, est sensible au contenu symbolique des événements, aux éléments du monde réel qui ont une implication pour la vie quotidienne<sup>1149</sup>. Il ne suffit donc pas pour les avocats de médiatiser une affaire, il faut que cette communication s'inscrive dans une stratégie de sensibilisation capable de toucher et donc éventuellement de mobiliser l'opinion publique. Il y a donc tout un aspect de psychologie cognitive sur la réception des messages persuasifs à prendre en compte<sup>1150</sup>, d'autant plus que l'impact médiatique est limité dans le temps (de quatre à six semaines) et non cumulatif<sup>1151</sup>. Le choix par l'avocat du moment de cette médiatisation se révèle donc primordial.

**666. Agences de communication.** A cette fin, il peut faire appel à des agences de communication qui se sont spécialisées dans la communication des avocats. Ces agences se proposent de prendre en charge les relations publiques des professionnels, de la gestion de la

---

<sup>1146</sup> MCCOMBS, M. et SHAW, D. (1972). The agenda-setting function of mass media. *Public Opinion Quarterly*. Volume 36, pages 176 à 187.

<sup>1147</sup> FUNKHOUSER, R. (1973). The issues of the sixties : An exploratory study in the dynamics of public opinion. *Public Opinion Quarterly*. Numéro 37, pages 62 à 75.

<sup>1148</sup> BREGMAN, D. (1989). La fonction d'agenda : une problématique en devenir. *Hermès, la Revue*. Numéro 4, pages 191 à 202.

<sup>1149</sup> MCKUEN, M. et COOMBS, S. (1981). *More than news : media power in public affairs*. Beverly Hills : Sage Publications.

<sup>1150</sup> PETTY, R. ; OSTROM, P. et BROCK, T. (1981). *Cognitive responses in persuasion*. Hillsdale : Lawrence Erlbaum.

<sup>1151</sup> WINTER, J. et EYAL, C. (1981). Agenda-setting for the civil rights issue. *Public Opinion Quarterly*. Numéro 45, pages 376 à 383.



relation avec les clients à la communication sur les réseaux sociaux qui peut alors prendre un aspect plus militant. L'idée pour cet intermédiaire consiste en la construction d'une véritable stratégie éditoriale de l'avocat afin d'améliorer la visibilité de celui-ci. A l'heure de la révolution numérique, une telle stratégie devient indispensable pour l'avocat tant d'un point de vue marketing que militant<sup>1152</sup>.

Le recours à des agences de communication démontre l'importance que prennent les nouveaux moyens de communication issus de la révolution numérique dans le processus de visibilité de toute action.

## B) Rôle accru à l'heure de la révolution numérique.

**667. Révolution numérique.** La révolution numérique – déjà abordée – a considérablement renforcé le rôle des media dans l'influence de l'opinion publique. Ils sont devenus plus nombreux, plus efficaces dans la rapidité de circulation de l'information et plus *sociaux* dans le sens où le développement des réseaux socio-numériques permet aux citoyens de participer en direct à la diffusion de l'information et d'y réagir instantanément. L'avènement d'internet et le développement des nouvelles technologies du numérique permettent deux mouvements : multiplication et rapidité de l'information / participation accrue du public à la circulation de l'information. Pour englober ces deux phénomènes, il est possible de parler de *media sociaux*<sup>1153</sup>. Ce terme – usité en sociologie<sup>1154</sup> – fait sens dans les développements présentés ici en ce qu'il permet d'étudier dans leur ensemble ces nouveaux moyens de communication que la profession d'avocat – il s'agira de l'analyser<sup>1155</sup> – a su apprivoiser. Il faut néanmoins indiquer qu'il est fortement contesté justement parce qu'il ne fait pas la

---

<sup>1152</sup> Sur ce point lire : DESMOULINS, L. ALLOING, C. et MOHLI, V. (2018). L'influence n'est-elle que donnée(s) ? Médiations et négociations dans les agences de communication « influenceurs ». *Communication & Organisation*. Numéro 54, pages 29 à 40.

<sup>1153</sup> CHAREST, F. GAUTHIER, A-M. et GRENON, F. (2013). Appropriation et stratégies d'intégration des médias sociaux par les professionnels de la communication. *Communication & organisation*. Numéro 43, pages 269 à 280.

<sup>1154</sup> HEINDERYCKX, F. (2015). Le tournant numérique. *Hermès, La Revue*. Numéro 71, pages 87 à 91.

<sup>1155</sup> Voir la prochaine Sous-Section sur les procédés de médiatisation.

différence entre tous ces nouveaux moyens qui ont pourtant des spécificités et des utilisations propres<sup>1156</sup>.

**668. Nouveaux outils.** Quels sont ces nouveaux outils qui permettent une circulation plus rapide de l'information et une interaction accrue entre les différents protagonistes qui nous intéressent ici : avocat, media, public et politique ? Chronologiquement, il s'agit d'abord des blogs, c'est-à-dire des pages mises en ligne et donc accessibles par tous sur lesquelles l'auteur partage ses réflexions. D'une importance certaine dans les années 2000, leur influence s'est réduite au profit des réseaux sociaux qui permettent une meilleure interaction. Viennent donc ensuite les réseaux dits *socio-numériques* (couramment *réseaux sociaux*) au premier plan desquels *Facebook* et *Twitter*<sup>1157</sup>. Ces services web permettent aux utilisateurs de construire un profil public ou semi-public au sein d'un système, de gérer une liste d'utilisateurs avec lesquels ils partagent un lien, de voir et naviguer sur leur liste de liens et sur ceux établis par les autres au sein du système<sup>1158</sup>. Enfin, moins visibles du grand public mais très important – il s'agira de le développer – en pratique : les communautés en ligne, c'est-à-dire ces espaces sur lesquels des professionnels comme des avocats peuvent créer un réseau de partage d'informations et d'entre-aide propre à leur activité ou idéologie commune. Les réseaux socio-numériques sont donc devenus de véritables systèmes d'exploitation. Des masses de données, riches par leur diversité et importantes par leur quantité, sont désormais disponibles sur la toile.

**669. Interactions avec le public.** Dans la diffusion d'idées et d'informations, ces nouveaux media apparaissent révolutionnaires en ce qu'ils facilitent l'interaction avec le public – même s'ils ne l'inventent pas, la presse écrite prévoyant depuis longtemps des espaces de réponse – mais surtout parce qu'ils permettent à tout à chacun « de se faire media ». En pratique dans la profession d'avocat il est des blogs qui sont tenus par des praticiens et qui sont particulièrement suivis. C'est également le cas de comptes *Twitter* et dans une moindre mesure de comptes *Facebook* de certains membres du barreau. Leur influence s'étend en dehors de la seule sphère juridique<sup>1159</sup>. A cet égard, peuvent être cités le blog de Maître Eolas *Journal d'un*

---

<sup>1156</sup> Voir sur ce point : BOUQUILLION, P. et MATTHEWS, J. (2010). *Le Web collaboratif. Mutations des industries de la culture et de la communication*. Grenoble : Presses universitaires de Grenoble.

<sup>1157</sup> *Twitter* est un réseau social de microblogage géré par l'entreprise *Twitter Inc.* Il permet à un utilisateur d'envoyer gratuitement de brefs messages, appelés tweets, sur internet, par messagerie instantanée ou par SMS.

<sup>1158</sup> ELLISON, N. (2007). Social Network Sites : Definition, History, and Scholarship. *Journal of Computer-Mediated Communication*. Numéro d'octobre, pages 210 à 230.

<sup>1159</sup> Ces moyens de communication utilisés par les avocats seront spécifiquement étudiés dans la prochaine Sous-Section.

Julien Ortin  
avocat<sup>1160</sup> et les comptes *Twitter* de @FrenchyLawyer, ou en droit pénitentiaire de @DelphineBoesel, @ChStPalais, @MathildeR0BERT, ou encore @A\_Mox qui font partie des plus suivis et influents. Ces comptes qu'ils soient personnels ou publics gommant dans une certaine mesure les frontières entre ce qui est privé de ce qui est public<sup>1161</sup>, offrant une fenêtre de visibilité sur la pratique personnelle individuelle d'une activité professionnelle. Ces instruments permettent de faire de ces professionnels des *lanceurs d'alerte*.

670. La révolution numérique permet donc l'émergence de nouveaux media, de nouveaux espaces de circulation de l'information, plus rapides et plus accessibles pour les avocats leur permettant d'interagir avec le public et le politique de manière efficace dans le cadre d'une mobilisation militante puisqu'ils peuvent éventuellement eux-mêmes « se faire media ». Il d'agira d'étudier dans les développements qui vont suivre comment en pratique ces instruments anciens et nouveaux sont utilisés par les avocats. En amont il faut néanmoins s'interroger sur l'opportunité pour ces derniers d'y recourir.

## Paragraphe 2 : Opportunité de la médiatisation.

671. Stratégiquement, la médiatisation d'une affaire peut se révéler bénéfique pour la défense militante d'une cause (A), ou à l'inverse peut participer à créer un effet loupe contre-productif (B).

### A) Stratégie de médiatisation.

*« C'est la stratégie de Schéhérazade, quand la vie politique vous condamne à mort commencez par raconter des histoires, des histoires si captivantes si émouvantes qu'on oubliera la condamnation capitale qui vous frappe. Cette stratégie relève d'une*

---

<sup>1160</sup> <https://www.maitre-eolas.fr/> [consulté le 14 novembre 2019].

<sup>1161</sup> Sur cette reconfiguration du privé et du public sur la toile, lire par exemple : MIEGE, B. (2010). *L'espace public contemporain*. Grenoble : Presses universitaires de Grenoble.

*pure fiction mais elle est seule visible dans les médias et réduit à l'inconsistance tout récit concurrent »<sup>1162</sup>.*

**672. Construction d'une grille d'interprétation.** La célérité avec laquelle les informations sont diffusées et avec laquelle elles atteignent le public est un atout considérable dans la stratégie militante de l'avocat diffuseur puisqu'elle lui permet de donner sa version et de construire les faits dans l'esprit du public avec sa grille d'interprétation, de présenter la cause de la façon qui sert le mieux ses intérêts. Si ce phénomène existe déjà avec les media traditionnels qui ont toujours dû réagir à chaud – souvent sans avoir le temps d'identifier et d'analyser les circonstances et les effets de ce dont il leur faut rendre compte dans l'urgence<sup>1163</sup> – il est amplifié par les nouveaux media numériques. L'avocat peut ainsi créer une interaction partisane via un media ou en se faisant directement le relai de l'information en fournissant un cadre déjà construit d'interprétation. La séduction demeure un atout incontestable, l'histoire la mieux racontée devenant la vérité de l'opinion publique. La médiatisation d'une cause est donc une forme de mobilisation qui demande de l'organisation pour être utile. Il faut produire ses propres cadres d'interprétation et construire des scènes d'apparition publique alternatives, tout en conjuguant avec le monopole des media dominants, pour doter la protestation d'un langage, c'est-à-dire transformer une injustice en scandale :

*« Ce qui est certain, c'est que la médiatisation permet aussi à mon sens d'essayer de faire un petit peu d'éducation, c'est-à-dire d'expliquer aux personnes qui suivent certains procès le sens de certaines causes, en particulier si on parle de la question des droits des détenus. Lorsqu'on réussit à obtenir des décisions s'agissant de la prison des Baumettes avec l'OIP où on obtient du juge qu'il contraigne l'administration à faire un certain nombre de travaux, à dératiser, à refaire l'ensemble des fenêtres, vous avez d'abord une médiatisation sur ce que vous avez pu obtenir et derrière à travers cette décision, donc la fenêtre médiatique qui existe, la possibilité de faire passer un discours sur l'état des prisons en France et derrière sur ce que devrait être la politique pénitentiaire française ». Avocat numéro 17, Barreau de Paris.*

**673. Risques de la médiatisation pour le client.** Néanmoins la question de l'opportunité de la médiatisation s'avère délicate puisqu'elle caractérise souvent les reproches qui peuvent

---

<sup>1162</sup> SALAS, D. (2010). L'avocat, les médias et son client. *Revue pénitentiaire et de droit pénal*. Numéro spécial.

<sup>1163</sup> Sur ce point lire : MANN, P. (1991). *L'action collective, mobilisation et organisation des minorités actives*. Paris : Armand Colin.

être adressés au militantisme dans la profession. Si la médiatisation apparaît comme la meilleure stratégie pour faire la lumière sur une cause, elle n'est pas toujours la meilleure stratégie pour la défense individuelle du client et peut constituer pour lui un risque :

*« Vous ne tenez pas de discours politique devant un juge. Il déteste ça. Vous évitez de médiatiser si ce n'est pas nécessaire, les juges détestent ça ».* Avocate numéro 32, Barreau de Paris.

674. Lorsqu'un tel risque existe, les avocats interrogés expliquent que la médiatisation devient le dernier recours. Autrement dit lorsque l'affaire leur est défavorable, la médiatisation apparaît comme l'ultime espoir de retourner l'opinion des juges ou jurés :

*« C'est vraiment, principalement, au cas par cas. C'est plutôt quand pour moi, le dossier n'est pas bon, ou quand le dossier a besoin d'une espèce d'appui parce qu'on sait que c'est déjà perdu, que c'est très très compliqué. Il faut laisser au juge le temps, un temps qui est hors media, clairement ».* Avocate numéro 49, Barreau de Paris.

*« Ma stratégie au départ n'était pas de médiatiser l'affaire. Je ne voyais pas la nécessité de le faire au vu du dossier qui était suffisamment favorable à la défense. Si nous sommes modérés et si nous développons avec courtoisie et modération nos arguments, cela suffira à convaincre au moins cinq jurés, pensais-je. C'était sans compter sur l'hostilité du président. (...) Il a réussi à faire basculer dans son camp deux jurés sur les cinq qui étaient acquis à la Défense. Et le rapport de force s'est donc retourné contre nous. C'est à ce moment-là que j'ai décidé de médiatiser l'affaire »<sup>1164</sup>.*

Ces derniers propos sont ceux de Jacques Vergès discourant à propos de sa stratégie dans l'affaire *Omar Raddad*. Constatant que la majorité du jury lui devient défavorable il décide de médiatiser pour imposer sa grille d'interprétation, pour transformer le prisme donné. Cela devient l'affaire du jardinier marocain contre la justice coloniale. Se retrouve ici la défense de sa cause, avec pour but de susciter un mouvement de contestation dans l'opinion publique au travers de déclarations et de publications. Se retrouve également l'idée de transformer une injustice en un scandale.

---

<sup>1164</sup> VERGES, J. (1994). *Intelligence avec l'ennemi*. Michel Lafon. Page 151.

**675. Stratégie.** Une réelle stratégie de médiatisation existe donc : sert-elle la cause ? Surtout ne desserre-t-elle pas le client ? C'est ici que la compétence des agences de communication peut s'avérer primordiale. Si l'avocat opte pour la médiatisation, une véritable stratégie se met ensuite en place dans sa construction. Il ne s'agit pas de raconter n'importe quelle histoire. Il faut trouver celle qui donne sens aux yeux du public, qui outrepassse l'anecdote pour hisser ce dernier à la hauteur du significatif. Lorsque les avocats y parviennent, le processus semble efficace puisqu'une fois qu'une interprétation est donnée, il est difficile pour ses détracteurs de la retourner :

*« Avec des relais dans les media qui sont totalement filtrés, avec des déformations parfois sidérantes. On est peu de chose, même quand on essaie d'être entendu et de faire des analyses techniques assez poussées, on se rend compte qu'on est finalement peu de chose ». Juriste numéro 4, Reims, responsable d'une association, elle dénonce les effets de la médiatisation des avocats en matière de gestation pour autrui.*

A l'inverse, la meilleure stratégie n'est pas toujours la médiatisation, qui – démonstration vient d'en être faite – peut s'avérer dangereuse pour le client. Dans ce cas, l'avocat choisi plutôt une stratégie dite de *discrétion*.

#### B) Stratégie de discrétion.

*« Il y a vraiment dans une stratégie d'avocat cette question : vous ne médiatisez pas tout et n'importe quoi. Il y a des choses qui ont été médiatisées, moi je ne les aurais jamais médiatisées, c'est contre-productif par rapport à la défense des justiciables ».* Avocate numéro 53, Barreau de Paris.

**676. Risque de l'effet loupe.** La médiatisation n'est pas toujours opportune, si d'un côté elle peut faire avancer une cause mais que de l'autre côté elle risque de produire un effet loupe sur une affaire. Cet effet loupe oblige alors tous les protagonistes et notamment le juge, à prendre une position ferme et tranchée là où sans cette médiatisation il aurait pu faire preuve d'une plus grande souplesse, alors souvent profitable à la défense :

*« Je pense à la médiatisation des avis de certains procureurs de la République qui étaient défavorables à l'adoption de l'enfant du conjoint. Je n'aurais jamais médiatisé ces avis, qui d'abord étaient marginaux et puis ce n'est pas le procureur qui fait la décision, c'est le tribunal. (...) En médiatisant, vous faites un effet loupe sur une position minoritaire, vous donnez des idées à d'autres et en fait, vous faites tâche d'huile et vous rendez les choses compliquées. C'est exactement ce qui s'est passé en matière de gestation pour autrui. (...). La médiatisation qu'ils ont choisie de faire, a été totalement, à mon avis, contre-productive. C'est-à-dire qu'elle a eu des effets absolument délétères sur tous les autres dossiers. Notamment depuis les arrêts qui ont été rendus par la Cour de cassation le 13 septembre 2013, cette médiatisation a été diffusée partout et notamment dans les administrations, de sorte que les fonctionnaires ont eu l'attention attirée sur ces problèmes et questions de GPA et donc ont vraiment choisi le chemin de « on ouvre un parapluie et on refuse les passeports », ou en tout cas on met les dossiers en attente ». Avocate numéro 10, Barreau de Paris.*

Lorsque c'est possible, la médiatisation peut également être faite de façon à concilier les intérêts du client et ceux de la cause :

*« Il y a d'autres affaires autour desquelles on n'a fait aucune publicité. Ou alors on a fait de la publicité mais sans donner la moindre précision ni sur la ville, ni sur le nom des parties, ni sur quoi que ce soit (...). Ce qui nous intéresse, ce n'est pas l'identité d'une personne précise, on n'a pas de problème particulier avec telle personne en jeu dans telle affaire. Nous, ce que nous voulons c'est faire avancer le respect sur le droit des enfants. Donc, oui, on fait la lumière, mais sur les affaires, pas sur les gens. Il y a une différence ». Avocate numéro 3, Barreau de Paris.*

**677. Figure de référence.** De manière générale les avocats interrogés expliquent qu'il est rarement bon de médiatiser une affaire pour elle-même. Cette stratégie qui renvoie plus ou moins directement à celle de la *rupture* – déjà abordée – est peu usitée. Il est nécessaire de distinguer cette forme de médiatisation sur une affaire en particulier – qui est dangereuse pour le client – avec une forme de médiatisation plus globale, plus anonyme et qui ne place pas la focale sur des justiciables réellement identifiés, mais plutôt sur une situation juridique considérée comme injuste et que l'avocat souhaite transformer en scandale populaire :



« Les grandes affaires médiatiques ont presque toutes abouti à une condamnation. Ça n'a pas forcément bien marché. Les juges n'aiment pas quand ils ont le sentiment que l'avocat essaie de s'immiscer dans leur travail dans une affaire en particulier ». Avocat numéro 42, Barreau de Nantes.

678. Il est certain qu'il est plus facile pour transformer une injustice en scandale populaire d'avoir une *figure de référence*. C'est-à-dire un justiciable qui par le biais de son affaire devient un symbole : celui de l'injustice dénoncée. Toutefois, cette médiatisation peut d'un point de vue personnel être dangereuse et contre-productive pour lui. L'avocat doit prendre en considération ces éléments dans sa stratégie. Globalement les avocats expliquent d'ailleurs être réticents à la presse judiciaire qui assiste aux assises :

« C'est une perception de la justice, des problèmes sociaux qui se règlent en matière de justice, type *corrida*. Plus ça va, plus je trouve ça pitoyable. Et les journalistes sont grandement responsables de ça : les journalistes judiciaires. Vous prenez Durand-Souffland, ce journaliste qui écrit au Figaro, alors pour lui c'est formidable, il est au spectacle. Vous allez sur Twitter pour voir son machin, il met « frissons d'assises, frissons d'assiettes », parce qu'il est aussi critique gastronomique. Il se goinfre, puis il crache dans la soupe après. Très bien ! C'est lamentable, on ne va pas aux assises pour frissonner. On ne se masturbe pas aux assises, ça ne se fait pas. C'est indécent. Ben lui, pas comprendre. Or, c'est un peu la vedette de ce petit milieu très fermé, comme une petite loge bien pourrie qu'est la presse judiciaire ». Avocat numéro 2, Barreau de Paris.

La stratégie de médiatisation ne repose donc que très rarement sur cette presse qu'est la presse judiciaire et sur cette forme de procès que sont les assises.

**679. Médiatisation subie.** Une autre problématique intervient lorsque l'origine de la médiatisation est extérieure. Qu'elle soit le fruit d'une consœur ou un confrère, ou celui d'un autre protagoniste. Alors, l'avocat qui n'a pas provoqué cette médiatisation la subie :

« Vous savez, le problème c'est que nous ne sommes pas tout seul. Si l'avocat de votre adversaire, ou n'importe qui d'autre d'ailleurs, choisi la médiatisation, vous êtes obligé de suivre même si ça ne vous semble pas être une bonne chose ». Avocat numéro 25, Barreau de Toulouse.



Certains avocats vont même jusqu'à dénoncer une stratégie narcissique de certains de leurs consœurs et confrères qui procèdent à la médiatisation dans le seul but d'accroître leur propre notoriété :

*« Vous avez des avocats engagés qu'on n'accusera absolument jamais d'avoir recherché un profit financier, ni même médiatique, d'être tout sauf narcissique et c'est toute la différence avec l'avocat de foire, qui pose de plus en plus de problèmes. C'est une dénaturation de la fonction d'avocat et de son message politique ».* Avocat numéro 4, Barreau de Paris.

*« Je l'utilise quand il faut l'utiliser. Evidemment. Ça fait partie des outils que vous avez à votre disposition. Mais, il faut être dans l'objectif de défendre son client et non pas de se mettre en avant. Il y a des avocats qui n'ont pour objectif que de se mettre en avant. Je ne citerai pas de noms, à vous de les trouver. Il y a des avocats qui utilisent les media parce que ça sert la défense de leurs clients. Moi, je me mets tout à fait dans la seconde catégorie, c'est-à-dire que je sais utiliser les media pour défendre mes clients. Je n'ai pas besoin de me mettre en avant, pour faire quoi ? »* Avocate numéro 24, Barreau de Paris.

Sachant que dans cette stratégie rentre en jeu d'autres éléments propres à chaque cas, comme la personnalité de l'individu ou la notoriété personnelle de l'avocat en question :

*« Le problème des avocats, c'est qu'ils sont dans le champ public, comme les acteurs et comment est-ce qu'on fait pour exister ? Pour tracer son destin ? Ça c'est une problématique qui se pose et qui se posera de plus en plus avec le grand nombre ».* Avocat numéro 52, Barreau de Paris.

680. Les stratégies de médiatisation ou de discrétion ne sont pas toujours issues d'une logique militante. N'importe quel avocat – surtout pénaliste – doit se poser cette question stratégique. Néanmoins, dans l'étude du militantisme dans la profession qui est la nôtre, cette stratégie est d'autant plus importante qu'elle peut opposer l'intérêt de la cause et l'intérêt du client. Une fois cet équilibre mesuré par l'avocat, s'il choisit ou subit une stratégie de médiatisation, il doit alors avoir recours à des procédés de médiatisation.

## **Sous-Section 2 : Procédés de médiatisation.**

681. Pour une organisation contestataire comme la profession d’avocat, l’utilisation des media constitue un moyen institutionnel de réaliser des buts non institutionnels en communiquant avec le reste de la profession sur une question. L’avocat favorise alors la communication interne (Paragraphe 1). Il peut également, conjointement ou indépendamment, avoir recours aux media traditionnels et numériques pour étendre le potentiel de mobilisation par l’information d’une large partie de la population. Il neutralise alors les opposants potentiels par l’imposition du sens à donner à son action. Il fait le choix d’une communication externe (Paragraphe 2).

### **Paragraphe 1 : Communication interne.**

682. Au niveau interne, la communication peut, en dehors des interactions de face à face, reposer sur des moyens d’information et de communication très divers et plus ou moins adaptés aux buts fixés. Se retrouve le procédé le plus visible qu’est l’organisation de manifestations internes à la profession. Il s’agit de colloques ou de formations, le plus souvent organisées par les instances représentatives de la profession ou par des associations (B). Moins visible et pourtant très efficace, la profession sait créer à plusieurs niveaux des réseaux internes de communication. Il s’agit d’échange d’informations et d’entre-aide professionnelle permettant une réelle sensibilisation (A).

#### **A) Réseaux internes.**

**683. Social software.** Les nouvelles technologies – mention en a été faite – permettent un accroissement et une facilitation du recours à la médiatisation pour les avocats. Les media sont plus nombreux, ils relayent l’information plus rapidement et sont surtout plus accessibles. L’avocat peut lui-même se faire media. Cette utilisation des media numériques est la plus visible, mais pas la plus courante. De fait, l’utilisation au quotidien de ces technologies par les

avocats – dans une logique de communication – se fait en interne, à travers des réseaux qui permettent l'échange d'informations et l'entre-aide entre confrères et consœurs.

684. Ces réseaux numériques qui s'inscrivent dans ce que les sociologues appellent le web 2.0 ou web relationnel et participatif<sup>1165</sup> constituent un outil nommé *social software*<sup>1166</sup>. Cet outil peut prendre plusieurs formes : groupes sur *Facebook*, conversations communes sur *Whatsapp*<sup>1167</sup> ou sur *Messenger*<sup>1168</sup> ou encore boucles de courriels (*mailing-list*). Ces dispositifs offrent des potentialités non seulement pour partager, mais aussi pour créer collectivement des savoirs. Ils présentent des caractéristiques similaires de partage de l'information, de mise en relation et de participation des utilisateurs à la production collective de biens communs numériques. Si l'utilisation des outils de *social software* est beaucoup étudiée dans l'entreprise<sup>1169</sup>, son utilisation au sein de professions libérales ne fait pas l'objet de recherches poussées. Pourtant ces nouveaux réseaux constituent un outil révolutionnaire pour ces professionnels au premier rang desquels les avocats pour lesquels leur activité s'exerce souvent de manière solitaire. Ces nouveaux réseaux leur permettent donc d'interagir avec d'autres avocats comme peuvent le faire des salariés travaillant au sein de la même entreprise.

**685. Groupes informels.** Ces boucles ou groupes interviennent à différents niveaux. Il y a d'abord ceux qui sont complètement informels, spontanés et qui ne dépendent d'aucune organisation structurée. Ces derniers se retrouvent majoritairement sur *Facebook*. Il en existe plusieurs qu'ils soient généraux : *Avocats entre nous* ; *Services entre amis avocats*, ou qu'ils soient spécialisés dans un domaine juridique en particulier. Ces groupes sont parfois juxtaposés à des *pages*<sup>1170</sup> qui leur permettent une visibilité et une interaction avec les justiciables, notamment par le biais du service *Messenger*. N'importe quel utilisateur du réseau social peut écrire sur cette interface afin qu'un avocat de la boucle lui réponde. Il s'agit finalement de

---

<sup>1165</sup> O'REILLY, T. (2007). What is Web 2.0: Design Patterns and Business Models for the Next Generation of Software. *Communications & Strategies*. Numéro 1, page 17.

<sup>1166</sup> Un *Social software* (Un logiciel social ou logiciel relationnel en français) est un système logiciel facilitant la communication de groupe, la construction et la solidification de liens sociaux, le travail collaboratif, le jeu à plusieurs, la création collective, organisés autour des outils de l'internet.

<sup>1167</sup> *WhatsApp* (ou *WhatsApp Messenger*) est une application mobile multiplateforme qui fournit un système de messagerie instantanée chiffrée de bout en bout aussi bien par Internet que par les réseaux mobiles.

<sup>1168</sup> *Messenger* (ou *Facebook Messenger*) est un système de messagerie instantanée créé par la société *Facebook*, et incorporé au réseau social *Facebook*.

<sup>1169</sup> Lire par exemple : GIANDOU, A. (2010). Débat. Les usages des systèmes d'information dans les grandes entreprises : une rétrospective. *Entreprises et histoire*. Numéro 60, pages 170 à 184 ; ou : ABECASSIS-MOEDAS, C. et BENGHOZY, J-P. (2007). TIC et organisations. *Revue française de gestion*. Numéro 173, pages 109 à 111.

<sup>1170</sup> La page web est l'unité de consultation de la toile.

cliniques juridiques<sup>1171</sup> en ligne via *Facebook*. Néanmoins la grande majorité des groupes du réseau social sont dits *fermés*, c'est-à-dire seulement accessibles pour les membres et servent à échanger des informations, des expériences et à demander des conseils à des confrères ou confrères ayant le même domaine de compétence.

**686. Groupes structurés.** Se retrouvent ensuite les réseaux internes à des organisations plus ou moins structurées qui peuvent également prendre la forme d'un groupe *Facebook* mais qui généralement se traduisent pas des conversations créées soit via une application comme *Whatsapp* ou *Messenger*, soit par une *mailing-list*. Ce peut-être également des plates-formes d'échanges de documents de type *google-drive*<sup>1172</sup> ou *dropbox*<sup>1173</sup>, comme des plates-formes d'échanges internes à certaines organisations. L'espace adhérents du site internet du Syndicat des Avocats de France en est une illustration. L'utilisation de ces conversations, groupes et plates-formes de partages se retrouvent très majoritairement dans les associations spécialisées dans la défense de droits ;

*« L'A3D<sup>1174</sup> a été fondée sur un constat : peu d'avocats interviennent en droit de l'application des peines et/ou en droit pénitentiaire, ou du moins rares sont ceux qui le font vraiment. Il semblait nécessaire de créer un réseau professionnel permettant à ces confrères de se rencontrer, d'échanger, de s'entre-aider. L'A3D fonctionne aujourd'hui grâce à une boucle mail, sur laquelle les confrères échangent quotidiennement sur une difficulté, une recherche de jurisprudence, un débat sur la confrontation de deux normes, les stratégies contentieuses. Dans une profession généralement décrite comme individualiste et solitaire, l'A3D est parvenue à fonder un réseau de solidarité entre confrères. Les victoires et parfois les échecs sont partagés, permettant l'édition cette année d'un recueil de jurisprudence à destination des membres du réseau. L'A3D est par ailleurs régulièrement contactée par des familles de personnes détenues qui sollicite le nom d'un avocat susceptible de traiter, à l'aide*

---

<sup>1171</sup> Une clinique juridique est un service d'orientation juridique gratuit.

<sup>1172</sup> *Google Drive* est un service de stockage et de partage de fichiers dans le cloud lancé par la société *Google*. Le *cloud computing*, en français l'informatique en nuage (ou nuagique ou encore infonuagique au Québec), consiste à utiliser des serveurs informatiques distants par l'intermédiaire d'un réseau, généralement Internet, pour stocker des données ou les exploiter.

<sup>1173</sup> *Dropbox* est un service de stockage et de partage de copies de fichiers locaux en ligne proposé par *Dropbox, Inc.*, entreprise localisée à San Francisco, en Californie.

<sup>1174</sup> L'A3D est une association composée d'avocats inscrits sur l'ensemble du territoire français, métropolitain et ultra-marin, présents dans toutes les régions pénitentiaires et exerçants en droit pénitentiaire et en droit de l'application des peines.

Julien Ortin

*juridictionnelle, le dossier de leur proche détenu. Le bureau se charge alors de transmettre la demande à l'ensemble des adhérents de l'association et en priorité aux Confrères du ressort de l'établissement pénitentiaire concerné. Enfin, elle se donne pour mission d'organiser et d'assurer la formation des confrères sur tout le territoire ».*  
Avocate numéro 8, Présidente d'une association de défense de droits, Barreau de Paris.

687. L'instantanéité de ces réseaux permet à un avocat d'avoir très rapidement une réponse à une interrogation ; de pouvoir orienter des clients vers des consœurs ou des confrères plus compétents ou géographiquement plus accessibles ; et de partager des expériences. Ces réseaux constituent surtout un incroyable outil de diffusion et de communication au sein de la profession, à plusieurs échelles : locales ou par spécialités, mais également au niveau du Conseil National des Barreaux ou du Syndicat des Avocats de France. En plus de l'information essentielle à la mobilisation, les plates-formes permettent de diffuser rapidement des outils militants, comme ce fut le cas – il en a été fait mention – avec le kit de nullités lors de la mobilisation pour une censure de la procédure de garde à vue. Dans le domaine pénitentiaire, l'association A3D représente un bon exemple de l'efficacité de ces réseaux d'un point de vue militant. Le recueil de jurisprudences et le partage des victoires fondent une base de données utile dans le combat de chacun des membres pour la garantie et l'obtention de nouveaux droits aux personnes détenues. L'association permet également de donner une visibilité à ces professionnels et donc de capter une clientèle plus large. Une fois saisis ils sont susceptibles de développer leur action militante. Enfin, ce réseau permet d'organiser des *class actions*. A titre d'exemple, l'A3D participe à la condamnation de la France sur pas moins de trente-neuf établissements ayant donné lieu à un arrêt pilote de la Cour européenne des droits de l'Homme<sup>1175</sup>.

Ces réseaux internes sont favorables à des manifestations au sein de la profession.

## B) Manifestations internes.

**688. Formations.** La communication interne aux mouvements porte à la fois sur l'organisation tactique et stratégique, ainsi que sur la manipulation des structures

---

<sup>1175</sup> CEDH. 30 janvier 2020, *J.M.B et autres contre France*. Requête numéro 9671/15 et 31 autres.

d'interprétation des consœurs et confrères. Le but est de consolider les engagements dans le temps. Elle se fait le plus souvent à travers des organisations structurées : les instances représentatives de la profession et surtout les associations. Parmi les thématiques choisies pour étudier ce phénomène, le droit pénitentiaire s'illustre comme l'exemple le plus probant. La formation est la première structure d'interprétation sur laquelle un avocat peut avoir de l'influence sur ses consœurs et confrères. Le caractère relativement récent du droit pénitentiaire explique le faible nombre d'avocats réellement compétent en la matière. Pour porter cette cause, tout un premier travail de formation se met en place. Le droit pénitentiaire est inexistant des domaines de spécialisations étudiés dans les écoles d'avocat<sup>1176</sup>. Il a fallu mener un combat au niveau des barreaux pour que des professionnels puissent se spécialiser une fois en exercice. La formation permet de sensibiliser la profession dans le sens souhaité – à savoir ici celui d'une plus grande défense des droits de la personne détenue – et de donner une grille de lecture des problématiques militantes commune à l'ensemble du barreau. Les associations de défense de droits des personnes détenues l'ont compris assez rapidement. Le plus grand recours aux avocats dans le domaine pénitentiaire et l'extrême technicité de ce dernier nécessite un travail d'information important afin que la présence de cet avocat en prison soit utile, ou du moins non contre-productive. C'est ainsi que l'A3D – association d'avocats pour la défense des droits des personnes détenues déjà rencontrée – alerte à l'échelle parisienne l'Ordre sur ce manque de formation en droit pénitentiaire :

*« A l'occasion de la prochaine réouverture de la maison d'arrêt de la Santé, l'A3D tenait à attirer l'attention du Barreau de Paris sur le défaut de formation des avocats intervenant au titre de la commission d'office en matière pénitentiaire, et sur la nécessité de mettre en place des formations obligatoires et préalables à leur intervention dans l'intérêt des personnes incarcérées. (...) A ce titre, l'A3D a proposé de mettre à la disposition du conseil de l'ordre son expertise et de participer, s'il le souhaitait, à l'organisation et la préparation de ces formations, afin d'en faciliter la mise en place avant le mois de janvier, date de la réouverture de la maison d'arrêt de la Santé. Sans formation spécifique, l'A3D craignait que les avocats du Barreau de Paris ne soient pas en mesure d'assurer la défense effective des personnes détenues les ayant sollicités ».*

---

<sup>1176</sup> A titre d'exemple, le programme de l'Ecole de Formation du Barreau (EFB) de Paris est disponible sur leur site : <http://www.efb.fr> [consulté le 21 novembre 2019].

Alerte qui aboutit au vote d'un programme de formation au niveau du Barreau de Paris<sup>1177</sup> :

« Un vote unanime du CO du Barreau de Paris qui réaffirme sa volonté de former des #avocats compétents pour défendre efficacement justiciables parmi les plus vulnérables, à savoir les personnes placées sous écrou. Merci à l'@AssociationA3D et à @AmelieMorineau de nous avoir alertés »<sup>1178</sup>.

**689. Information interne.** L'information, qui participe également à la formation, se matérialise principalement par l'organisation de colloques, de tables rondes et de débats sur des sujets que certains avocats souhaitent voir plus grandement soutenus par le reste de la profession. Les congrès du Syndicat des Avocats de France sont notamment l'occasion de développer les thématiques sur lesquels les avocats syndiqués aimeraient que s'emparent leurs consœurs et confrères. Ce travail est important par exemple dans la dénonciation de la situation des droits fondamentaux face à la création d'un *droit pénal de l'ennemi*<sup>1179</sup> lors de l'état d'urgence. Par exemple, lors du Congrès de Strasbourg en 2017 des débats sont organisés sur la question de la compétence du juge administratif dans le contrôle de l'état d'urgence, au détriment de celle du juge judiciaire. Ces discussions ont un réel but pédagogique<sup>1180</sup>. S'il ne s'avère pas pertinent de revenir sur toutes ces manifestations organisées par les instances représentatives et par les associations, celles-ci sont nombreuses<sup>1181</sup> et participent à la construction d'une structure d'interprétation commune à l'ensemble de la profession. La formation et l'information au sein même du barreau constituent donc des outils importants pour les avocats qui entendent défendre une cause. Ils leur permettent d'échafauder une grille de lecture commune à la profession favorisant ainsi à terme la communication externe.

---

<sup>1177</sup> Le conseil de l'Ordre du barreau de Paris décide la mise en place d'une formation de 3 heures avant janvier 2019 permettant notamment aux avocates et avocats volontaires y ayant participé d'effectuer les permanences pénitentiaires à la maison d'arrêt de la Santé à compter de janvier 2019. Le conseil de l'Ordre du barreau de Paris décide également la mise en place d'une formation qualifiante de 8 heures minimum à partir de janvier 2019 permettant notamment aux avocates et avocats y ayant participé d'être inscrits sur les listes de commissions d'office en matière pénitentiaire.

<sup>1178</sup> Twitte d'Emmanuel Daoud, membre du Conseil de l'Ordre du Barreau de Paris, @EmmanuelDaoud sur Twitter, le 12 septembre 2018.

<sup>1179</sup> Voir le paragraphe *L'avocat bouclier des libertés et droits fondamentaux* du prochain chapitre de la présente thèse.

<sup>1180</sup> Tous ces documents sont disponibles sur le site du SAF, rubrique « Les congrès ». [www.lesaf.org](http://www.lesaf.org), site internet du Syndicat des Avocats de France [consulté le 21 novembre 2019].

<sup>1181</sup> Elles se retrouvent sur les sites internet de ces institutions et associations.

Paragraphe 2 : Communication externe.

690. Une fois l'action engagée, le mouvement doit s'il veut survivre, rechercher le soutien de l'Etat et la sympathie du public. Il doit donner une image de respectabilité et de légitimité à son action (A). Assurer toutes ces tâches implique une lutte cognitive avec les opposants pour la définition du sens de l'action. Dans cette lutte, la stigmatisation de l'adversaire joue souvent un rôle crucial (B).

A) Information du public.

**691. Information externe.** Lorsqu'il est opportun de recourir à une médiatisation, le rôle des media peut-être déterminant pour le militantisme de la profession d'avocat. Néanmoins, encore faut-il que cette médiatisation puisse emporter l'adhésion de l'opinion publique afin que cette dernière puisse ensuite jouer son rôle de pression sur les institutions politiques et judiciaires. L'avocat, comme n'importe quelle organisation mobilisée, doit dès lors donner une image de respectabilité et de légitimité. De ce point de vue, la profession bénéficie de par son histoire, son statut et sa culture, d'une légitimité naturelle. L'avocat est perçu comme un fauteur de trouble légitime doué d'une expertise difficilement contestable. Il est dès lors plus facile pour lui de convaincre le public.

692. Pour mener à bien cette information, il dispose de plusieurs outils : les communiqués et avis, les manifestations, l'utilisation de media traditionnels et numériques... Les communiqués et avis – notamment ceux des instances représentatives de la profession – sont déjà étudiés à plusieurs reprises dans cette thèse, il n'apparaît donc pas opportun de revenir dessus, démonstration étant déjà faite de leur influence, notamment dans l'initiative de la mobilisation de la profession sur une question donnée. A ce stade, il est intéressant d'analyser l'utilisation qui est faite par les avocats des media traditionnels et numériques pour relayer les informations qu'ils souhaitent voir débattues dans l'opinion publique au travers des exemples de la garde à vue et du droit pénitentiaire.

**693. Exemple de la garde à vue.** Concernant la garde à vue – mention en a été faite – l'initiative de la mobilisation a été portée en grande partie par les avocats qui font rapidement



le choix de la médiatisation, en amont même des premières procédures judiciaires qui permettent sa condamnation. Il n'apparaît pas opportun de revenir à ce stade sur les différents procédés de médiatisation qui sont utilisés puisqu'ils se confondent avec les éléments déjà développés dans l'initiative de la mobilisation de la profession (stratégies de médiatisation et de politisation de la question). Néanmoins, il est tout de même possible de mentionner la place particulière que prend l'avocat dans les media à cette occasion. Après le discours du bâtonnier de Paris Me Christian Charrière-Bournazel et les premières réactions médiatiques déjà évoquées, la presse – séduite par le sujet – fait éclater plusieurs scandales relatifs à la garde à vue<sup>1182</sup> et plusieurs grands journaux publient des articles relatifs au procès des avocats contre la garde à vue presque tous les mois entre novembre 2009 et juillet 2010, comme *Le Monde*<sup>1183</sup>, *Libération*<sup>1184</sup> ou encore *Le Figaro*<sup>1185</sup>. Les avocats deviennent des intervenants privilégiés dans

---

<sup>1182</sup> Par exemple : Le Monde. *Comment j'ai été gardé à vue : nouveau genre littéraire*. 22 avril 2008.

Le Monde. *Garde à vue : Le droit est là, mais les conditions sont souvent déplorables*. 24 novembre 2009.

Libération. « *J'ai dû me mettre toute nue* ». 8 février 2010.

Le Monde. *Polémiques autour de la garde à vue de mineurs à Paris*. 9 février 2010.

Libération. *Martin Hirsch connaît la garde à vue*. 15 février 2010.

<sup>1183</sup> Le Monde. *Un rapport critique les conditions de garde à vue*. 23 novembre 2009.

Le Monde. *La garde à vue sur le banc des accusés*. 24 novembre 2009.

Le Monde. *Pressions constitutionnelles sur la garde à vue*. 7 décembre 2009.

Le Monde. *Garde à vue : tous coupables ?* 17 décembre 2009.

Le Monde. *Tensions entre juges et policiers sur la garde à vue*. 14 janvier 2010.

Le Monde. *Toutes les erreurs judiciaires ou presque naissent en garde à vue*. 16 février 2010.

Le Monde. *Un tribunal pose la question de la constitutionnalité de la garde à vue*. 1<sup>er</sup> mars 2010.

Le Monde. *La garde à vue en procès*. 29 mars 2010.

Le Monde. *Procès de la garde à vue : dialogue de sourds entre policiers et avocats*. 1<sup>er</sup> avril 2010.

Le Monde. *La querelle de la garde à vue au Conseil constitutionnel*. 1<sup>er</sup> juin 2010.

Le Monde. *Les conditions de garde à vue sont-elles constitutionnelles ?* 20 juillet 2010.

<sup>1184</sup> Libération. *Fillon veut repenser la garde à vue*. 23 novembre 2009.

Libération. *Garde à vue*. Repères. 8 février 2010.

Libération. *La garde à vue tenue à l'œil par les magistrats*. 8 février 2010.

Libération. *Garde à vue : fronde policière*. 11 février 2010.

Libération. *Garde à vue : l'aveu désavoué*. 25 mars 2010.

Libération. *Conseil constitutionnel*. Repères. 29 mai 2010.

Libération. *Les « sages » plancheront sur la garde à vue*. 1<sup>er</sup> juin 2010.

Libération. « *La moitié des erreurs judiciaires reposent sur des aveux* ». 9 juillet 2010.

Libération. *La garde à vue interpellée devant le Conseil constitutionnel*. 21 juillet 2010.

<sup>1185</sup> Le Figaro. *Réforme de la garde à vue : ce que propose Alliot-Marie*. 10 février 2010.

Le Figaro. *Garde à vue : Une réforme urgente*. 26 mars 2010.

Le Figaro. *Les élus veulent réformer la garde à vue*. 26 mars 2010.

Le Figaro. *Garde à vue : police et justice face à face au tribunal*. 31 mars 2010.

les tribunes journalistiques<sup>1186</sup>, à l'image de Maître Eolas<sup>1187</sup>, avocat qui s'est déjà ardemment penché sur la question sur son blog personnel<sup>1188</sup>.

**694. Exemple du droit pénitentiaire.** L'exemple demeure d'autant plus pertinent pour les conditions de détention. La méconnaissance et les fantasmes qui les entourent justifient un réel travail d'information du public. De fait, une étude de la fondation Jean Jaurès<sup>1189</sup> relayée par le media FranceInfo en avril 2018 mentionne que 50% des français estiment que les conditions de détention en France ne sont pas assez sévères et que les personnes détenues sont « *trop bien traitées* »<sup>1190</sup>. Ils souhaitent que l'Etat consacre moins de moyens aux prisons. Cette enquête révèle un durcissement de la vision qu'ont les français de la prison et de ses fonctions. Un réel travail d'information pour les avocats qui défendent les droits des personnes détenues, ou plutôt un combat contre la désinformation apparaît nécessaire :

*« Depuis l'évènement dramatique survenu à la maison centrale, ultra sécurisée, d'Alençon Condé sur Sarthe, le mardi 5 mars 2019, les propos les plus extravagants et mensongers sont proférés sur la prison, les régimes de détention de personnes dites radicalisées, les mesures de sécurité imposées aux prisonniers et à leurs proches. Comme à chaque incident d'une particulière gravité en détention des voix s'élèvent pour réclamer plus de sécurité, plus de coercition, plus de fouilles, plus d'enfermement. Si les questions sont évidemment légitimes pour identifier d'éventuels dysfonctionnements, force est de constater que l'émotion est toujours mauvaise*

---

<sup>1186</sup> Le Monde. *Les avocats à l'assaut de la garde à vue « à la française »*. 17 novembre 2009.

Le Monde. *Les avocats contestent la légalité de la garde à vue*. 19 novembre 2009.

Le Monde. *Comment repenser la garde à vue ?* 23 novembre 2009.

Libération. *Les gardes à vue dans la mire des avocats*. 5 décembre 2009.

Le Monde. *Nouvelle offensive des avocats contre les conditions de garde à vue*. 1<sup>er</sup> mars 2010.

Le Figaro. *Garde à vue : les avocats saisissent les Sages*. 2 mars 2010.

Le Monde. *Garde à vue : pour en finir avec l'hypocrisie, par Clarisse Taron et Alain Mikowski*. 12 mars 2010.

Le Monde. *Au tribunal de Paris, plaidoyer européen pour la présence d'un avocat en garde à vue*. 30 mars 2010.

Le Monde. *Procès de la garde à vue : le barreau de Paris remporte la manche*. 20 mai 2010.

Le Monde. *La garde à vue, une exception française, par le Club « Droits, justice & sécurités »*. 20 juillet 2010.

Le Monde. *Garde à vue : feu nourri des avocats devant le Conseil constitutionnel*. 21 juillet 2010.

<sup>1187</sup> Le Monde. *Toutes les erreurs judiciaires ou presque naissent en garde à vue*. 16 février 2010.

<sup>1188</sup> Journal d'un avocat. *Les gardes à vue sont-elles légales ?* 23 novembre 2009.

<sup>1189</sup> Première des fondations politiques françaises, la Fondation Jean-Jaurès est à la fois un *think tank*, un acteur de terrain et un centre d'histoire au service de tous ceux qui défendent le progrès et la démocratie dans le monde. <https://jean-jaures.org> [consulté le 26 novembre 2019].

<sup>1190</sup> FranceInfo. *Les Français veulent des conditions de détention plus sévères pour les détenus et moins de moyens pour les prisons*. 9 avril 2018.

*conseillère : elle annihile la raison au profit de réponses sommaires et de solutions simplistes sans équilibre ni proportion »<sup>1191</sup>.*

695. De tels communiqués de presse se multiplient : ceux du Syndicat des avocats de France<sup>1192</sup>, de l'OIP-SF<sup>1193</sup>, ou encore d'associations comme l'A3D. Néanmoins, les tentatives de lutte contre la désinformation se font majoritairement au cas par cas sur les réseaux sociaux. Plusieurs avocats sont suivis sur ces réseaux par des media traditionnels, ce qui permet ensuite à ces derniers de relayer les arguments donnés par la profession. Sachant également que ces avocats n'hésitent pas à interpellier directement certains journalistes :

*« Chers @ndemorand et @LeaSalame, je ss désolée d'avoir dit un peu brutalement que vs n'y « compreniez rien », ce n'était pas une injure (moi par exemple je ne comprends rien à l'économie, je ne sais tjrs pas ce qu'est le PIB). Alors je vs en prie, écoutez-moi une seconde. #Peines. Juste une seconde parce que le sujet de l'exécution des peines est récurrent, que vous ne parvenez jamais à y répondre parce que vous avez les mêmes idées reçues que vos invités sur le sujet. On déconstruit ensemble ? ».*

696. Dans une série de Tweets du 8 janvier 2019, l'avocate A\_Mox revient sur des propos sur les prisons tenus à la radio et explique pourquoi ils sont faux. Elle interpelle les journalistes sur leur manque de contradiction. Ces tweets vont ensuite être très rapidement repris par des media traditionnels, notamment par FranceInter<sup>1194</sup>. Les journalistes interpellés reviennent finalement le lendemain sur les propos tenus par leur invité pour les démentir :

*« Je ne sais pas si vous nous avez lu, ici ou ailleurs, @ndemorand, mais merci d'avoir indiqué ce matin à l'antenne que votre invité d'hier avait raconté n'importe quoi en matière de #Peines et de #Justice ».*

---

<sup>1191</sup> Communiqué de l'association A3D : *La sécurité de tous ne peut s'acheter au prix de la dignité de quelques-uns*. 6 mars 2019. <https://www.association-a3d.fr> [consulté le 26 novembre 2019].

<sup>1192</sup> Lire par exemple : *Incarcérations en hausse : les mineur.e.s ne sont pas épargné.e.s !* 7 avril 2017. [www.lesaf.org](http://www.lesaf.org), site internet du Syndicat des Avocats de France [consulté le 30 novembre 2017].

<sup>1193</sup> Lire par exemple : *Ducos : la ministre de la Justice rappelée à l'ordre pour non-respect d'une décision de Justice*. 4 juillet 2019. <https://oip.org> [consulté le 17 octobre 2019].

<sup>1194</sup> FranceInter. *Non, il n'y a pas « des dizaines de milliers de peines de prison ferme qui ne sont pas exécutées »*. 8 janvier 2019.

Concernant le droit pénitentiaire, cette lutte se fait parfois entre avocats eux-mêmes et dans ce cas majoritairement à travers les réseaux sociaux au premier rang desquels *Twitter* :

*« J'entends l'#avocat des policiers dans le procès des #bonbonnes à la radio ce matin dire des absurdités sur l'absence de période de sûreté. « Sur une peine de 30 ans, c'est assurément faire moins de 15 ans de #prison » N'importe quoi !!! #grossefatigue »*<sup>1195</sup>.

**697. Image de légitimité et de respectabilité.** En résumé, pour qu'une stratégie de médiatisation fonctionne, l'organisation mobilisée doit acquérir une image de légitimité et de respectabilité. De ce point de vue les avocats sont nettement avantagés puisqu'ils disposent encore naturellement de ces deux vertus aux yeux du public. La crédibilité dont ils sont pourvus facilite l'écoute du public lorsqu'ils prennent la parole au travers des media, ce qui fait de l'avocat un acteur militant important. Néanmoins, ce dernier n'est pas le seul acteur à prendre la parole et la stratégie de médiatisation a souvent davantage pour but une lutte contre la désinformation que d'information du public. Ce constat se révèle particulièrement flagrant sur les conditions de détention où le public a naturellement une vision répressive de ce que doit être le droit pénitentiaire. Dans cette lutte contre la désinformation, la profession recourt aux communiqués et avis de ses instances représentatives ou d'associations militantes, mais également de plus en plus souvent des réseaux sociaux qui deviennent un relai précieux pour les avocats qui sont suivis par des journalistes ou qui peuvent y interpellier ces derniers.

Une fois que les media sont interpellés, la stratégie de communication et de lutte contre la désinformation passe également par la stigmatisation de l'adversaire.

## B) Stigmatisation de l'adversaire.

**698. Exemple du droit pénitentiaire.** La stratégie de médiatisation passe majoritairement par un combat contre ce qui est vu comme de la désinformation. Plus largement, cette stratégie s'inscrit dans une lutte cognitive avec les opposants pour la définition du sens de l'action. Cette lutte renvoie à l'idée déjà abordée du combat dans l'interprétation

---

<sup>1195</sup> Twitte de @DelphineBOESEL, avocat au Barreau de Paris et présidente de l'OIP, 15 octobre 2019.

d'une cause par le public. Ce combat prend une double forme : l'information du public – abordée précédemment – par le recours aux media qui permet aux avocats de donner leur grille de lecture de la problématique soulevée, mais également par la stigmatisation de l'adversaire qui permet de rendre moins crédible et moins légitime le discours de ce dernier en comparaison de celui des avocats. Concernant la garde à vue, cette stratégie de stigmatisation de l'adversaire s'est opérée de façon parfois violente par media interposés entre d'un côté les syndicats de police et de l'autre les avocats. Cette dichotomie se retrouve en droit pénitentiaire entre ceux qui sont partisans d'une plus grande sévérité en milieu carcéral et les avocats qui souhaitent protéger les droits des personnes détenues.

**699. Cercle vicieux.** Que ce soit face au gouvernement ou face aux syndicats du personnel pénitentiaire, l'argument récurrent des avocats réside en la démonstration du cercle vicieux dans lequel s'inscrivent ces deux forces qui souhaitent toujours plus de répression. L'idée est la suivante : face aux violences dans les prisons, l'augmentation de la répression crée un climat de tensions encore plus grand entre les personnes détenues et leurs surveillants, climat aboutissant lui-même à une hausse des violences<sup>1196</sup>. De fait, les avocats vont par exemple lors de la contestation du personnel pénitentiaire du début de l'année 2019, soulever cette contradiction dans le discours à la fois du gouvernement et des syndicats de personnels pénitentiaires :

*« Le gouvernement, pour tenter de faire face à une colère syndicale, a fait le choix d'instrumentaliser le régime disciplinaire, foulant aux pieds les préconisations des instances de protection des droits de l'homme. Pansement sur une jambe de bois, ce décret enferme encore l'administration pénitentiaire dans une logique fondée essentiellement sur la répression et la coercition, éloignant toujours plus la possibilité d'un apaisement du climat en détention »<sup>1197</sup>.*

*« Conscient de la gravité de l'agression subie par deux surveillants, l'OIP rappelle néanmoins une nouvelle fois que la privation de droits et la détérioration des conditions de vie des personnes incarcérées à Condé-sur-Sarthe ne feront qu'aggraver*

---

<sup>1196</sup> HERZOG-EVANS, M. (2019). Décret du 13 février 2019 sur la discipline pénitentiaire : un raidissement institutionnel et une occasion manquée. *AJ Pénal*. Page 139.

<sup>1197</sup> Communiqué de l'OIP-SF : *Discipline en prison : un décret scélérat*. 25 février 2019. <https://oip.org> [consulté le 17 octobre 2019].

*le climat délétère qui règne en détention, affectant tant les personnes détenues que les personnels pénitentiaires »<sup>1198</sup>.*

700. Régulièrement, les avocats démontrent que plus qu'être contre-productif, le discours politique démagogique tendant à dénoncer le laxisme des institutions judiciaires et pénitentiaires est dangereux pour les droits de l'Homme et pour nos sociétés démocratiques :

*« Imposer un traitement inhumain et dégradant aux prisonniers, qu'ils soient définitivement condamnés ou toujours présumés innocents, qu'ils soient radicalisés ou non, ne peut avoir comme effet que de créer les conditions d'un futur désastre. Ainsi, Guillaume PELTIER (Les Républicains) a récemment déclaré que « cet homme n'aurait jamais dû être dans une unité de vie familiale » tandis qu'il est encore question pour Louis ALLIOT (Rassemblement national) « de laxisme généralisé » quand le système pénitentiaire n'a jamais connu autant de sécurité. Nous appelons les responsables politiques à la mesure. Il s'agit de vies humaines ; celles des personnels pénitentiaires comme celles des personnes enfermées. Dans ce contexte de fièvre, nous rappelons que jamais et nulle part la sécurité de tous ne pourra s'acheter au prix de la dignité de quelques-uns »<sup>1199</sup>.*

La stigmatisation de l'adversaire apparaît encore plus flagrante lorsque les avocats s'attaquent à l'usage démesuré de la violence dans les prisons par le personnel pénitentiaire :

*« Derrière les portes closes des prisons, des personnes détenues sont régulièrement victimes de violences physiques de la part d'agents pénitentiaires. Après une enquête d'une ampleur inédite, l'OIP publie aujourd'hui un rapport qui dresse un état des lieux de ces violences, décrypte les rouages qui leur permettent de se perpétuer et propose des recommandations pour mettre fin au déni et à l'impunité »<sup>1200</sup>.*

La stratégie de médiatisation n'est pas une fin en soi, ce n'est qu'une étape dans le processus de création d'un débat.

---

<sup>1198</sup> Communiqué de l'OIP-SF : Quatorzième jour de blocage à Condé-sur-Sarthe : une prison au bord de l'explosion. 19 mars 2019. <https://oip.org> [consulté le 17 octobre 2019].

<sup>1199</sup> Communiqué de l'association A3D : La sécurité de tous ne peut s'acheter au prix de la dignité de quelques-uns. 6 mars 2019. <https://www.association-a3d.fr> [consulté le 26 novembre 2019].

<sup>1200</sup> Communiqué de l'OIP-SF : Violences des surveillants de prison : brisons le silence. 3 juin 2019. <https://oip.org> [consulté le 17 octobre 2019].

## **Section 2 : Création d'un débat national.**

701. La médiatisation a pour finalité la création d'un débat national qui permet lui-même d'emporter l'adhésion de l'opinion publique susceptible alors de devenir un outil de pression sur les institutions politiques et judiciaires. Afin de créer un débat national, il est nécessaire pour l'avocat de transformer le cas particulier d'un justiciable en « affaire » (Sous-Section 1). Une fois ce préalable établi, l'avocat doit ensuite orienter le débat dans le sens qui lui est le plus favorable (Sous-Section 2).

### **Sous-Section 1 : L'affaire.**

702. Transformer une intervention judiciaire en intervention publique permet à l'avocat de créer un débat national (Paragraphe 2), il s'agit de l'émergence de l'*affaire*, qui trouve ses origines en France autour de deux procès célèbres des XVIII<sup>e</sup> et XIX<sup>e</sup> siècles (Paragraphe 1).

#### **Paragraphe 1 : Historique de l'affaire.**

703. En amont, pendant et après le procès – il s'agira de l'analyser plus précisément ci-après – l'occasion est donnée pour l'avocat de transformer une intervention judiciaire en véritable intervention publique mêlant histoire politique, idéologie et droit. L'éventualité de la survenance d'un procès devient l'occasion de créer un débat national autour d'une question. Il s'agit de l'émergence de l'*affaire*. Historiquement cette transformation d'une intervention judiciaire en intervention publique est ancienne et remonte à l'antiquité, notamment au procès de Socrate<sup>1201</sup>. En France, traditionnellement il est fait référence à deux célèbres affaires des XVIII<sup>e</sup> et XIX<sup>e</sup> siècles où des avocats font appel à des hommes de lettres – ou l'inverse – pour créer un débat national autour d'un procès : l'affaire Calas (A) et l'affaire Dreyfus (B).

---

<sup>1201</sup> Sur cette question lire par exemple : MOSSE, C. (1996). *Le procès de Socrate*. Bruxelles : Complexe.



A) L'affaire Calas.

**704. *Avocats et hommes de lettres.*** Lorsque l'affaire Calas est évoquée, rapidement le nom de Voltaire<sup>1202</sup> apparaît incontournable. Même constat lorsqu'est envisagée l'affaire Dreyfus, avec cette fois-ci le nom d'Emile Zola<sup>1203</sup>. Deux affaires profondément politiques et deux hommes de lettres qui s'engagent pour défendre ce qui leur apparaît comme un terrible abus de pouvoir. La célébrité de Voltaire et Zola ainsi que leur rôle absolument primordial dans le dénouement de ces affaires fait presque oublier qu'ont participé pour chacune d'elles des avocats qui choisissent de contribuer à la création d'un débat idéologique pour tenter de sauver ou de réhabiliter leur client. Pour l'affaire Calas, il s'agit des avocats Théodore Sudre<sup>1204</sup> et Alexandre-Jérôme Loiseau de Mauléon<sup>1205</sup>. Ce sont les avocats de Jean Calas et des membres de sa famille durant son procès. Un autre avocat, Jean-Baptiste Elie de Beaumont<sup>1206</sup>, défend quant à lui, les intérêts de la famille Calas pour la réhabilitation du père et le rétablissement de leurs droits pour les autres membres de la famille.

**705. *Condamnation à mort de Jean Calas.*** Cette première affaire est celle d'un marchand protestant toulousain accusé d'avoir assassiné son fils Marc-Antoine, n'ayant pas supporté que ce dernier envisage de se convertir au catholicisme dans une France du XVIII<sup>e</sup> siècle secouée trop régulièrement par de terribles guerres de religion entre les deux confessions<sup>1207</sup>. Plus singulièrement, la mémoire de la ville de Toulouse s'est forgée par sa résistance à l'invasion des huguenots<sup>1208</sup>. L'affaire outrepassa le temps du procès. Elle s'étend

---

<sup>1202</sup> François-Marie Arouet, dit Voltaire, né le 21 novembre 1694 à Paris et mort dans la même ville le 30 mai 1778 (à 83 ans), est un écrivain et philosophe français qui a marqué le XVIII<sup>e</sup> siècle.

<sup>1203</sup> Émile Zola est un écrivain et journaliste français, né le 2 avril 1840 à Paris, où il est mort le 29 septembre 1902. Considéré comme le chef de file du naturalisme, c'est l'un des romanciers français les plus populaires, les plus publiés, traduits et commentés au monde. Ses romans ont connu de très nombreuses adaptations au cinéma et à la télévision.

<sup>1204</sup> Théodore Sudre est un avocat toulousain du XVIII<sup>e</sup> siècle.

<sup>1205</sup> Alexandre-Jérôme Loiseau de Mauléon né en 1728 et mort en 1771 est un avocat français au Parlement de Paris, défenseur des fils de Jean Calas lors de son procès en réhabilitation et proche de Jean-Jacques Rousseau.

<sup>1206</sup> Jean-Baptiste-Jacques Élie de Beaumont, né à Carentan le 9 octobre 1732 et mort à Paris le 10 janvier 1786, est un avocat français.

<sup>1207</sup> À partir du XVI<sup>e</sup> siècle, un schisme provoqué par les idéaux de la Réforme conduit à une opposition entre protestants et catholiques sous la forme d'une sanglante guerre civile. Les premières persécutions contre ceux qui adhèrent aux idées nouvelles commencent dans les années 1520. Néanmoins il faut attendre les années 1540 et 1550, pour voir le développement des clivages. À la fin du règne de Henri II le conflit se politise. Les guerres de Religion (huit au total) commencent en 1562 et se poursuivent entrecoupées de périodes de paix jusqu'en 1598, avec la mise en place de l'édit de Nantes. Elles trouvent ensuite un prolongement aux XVII<sup>e</sup> (siège de La Rochelle, révocation de l'édit de Nantes) et XVIII<sup>e</sup> siècles (guerre des Camisards), jusqu'à l'arrêt des persécutions sous Louis XVI (édit de Versailles en 1787).

<sup>1208</sup> GARRISSON, J. (2004). *L'affaire Calas, miroir des passions françaises*. Le Grand Livre du Mois. Page 9.



de 1761 à 1765, c'est-à-dire de la mort du fils de Jean Calas au rétablissement de sa veuve dans ses droits et à la réhabilitation de la mémoire de son défunt époux. Cette période se divise en deux étapes : de la mort de Marc-Antoine au procès de son père en 1762, puis de ce dernier jusqu'au procès en réhabilitation en 1765. C'est surtout la seconde période qui est intéressante ici puisque c'est à ce moment-là que la mort de Marc-Antoine et la condamnation de son père deviennent une affaire nationale outrepassant les remparts de la ville de Toulouse.

706. De la première période il faut retenir que si les faits du déroulement des événements du 13 octobre 1791 rue des Filatiers font encore aujourd'hui débats – tout comme la culpabilité de Jean Calas – il est acquis depuis longtemps que l'enquête opérée par le Capitoul<sup>1209</sup> David de Beaudrigue est bâclée et que toute la procédure qui en a suivi est construite pour démontrer la culpabilité du père pour l'assassinat du fils. En atteste la fiche constituée par les Capitouls pour interroger les différents accusés, composée de quarante-deux questions. Toutes tendent au même but : pousser les personnes détenues à reconnaître que Marc-Antoine a été exécuté par sa famille<sup>1210</sup>. Sous cette stratégie d'enquête se cache une volonté politique : dénoncer l'existence d'un complot huguenot – cet ennemi de l'intérieur – notamment en tentant de démontrer des liens entre les Calas et d'autres familles toulousaines nouvellement converties et soupçonnées de pratiquer en secret leur ancienne religion<sup>1211</sup>. Les Capitouls font de Marc-Antoine Calas un véritable martyr de la foi catholique, multipliant les cérémonies religieuses en son honneur. Le procès se tient finalement au début de l'année 1762 devant le Parlement de Toulouse tout aussi convaincu de la culpabilité de Jean Calas que les Capitouls. Face à toute une ville, un avocat : Théodore Sudre. Entre décembre 1761 et janvier 1762 il publie trois textes<sup>1212</sup> dénonçant les vices de procédure, les raisons qui ont conduit la famille Calas à mentir<sup>1213</sup> et les arguments de nature affective inconciliable avec un parricide. Puis il démonte

---

<sup>1209</sup> *Le capitoulat de Toulouse* est la forme d'administration communale qui a dirigé la ville de Toulouse aux périodes médiévales et modernes, de 1147 à 1789. Les magistrats de la ville étaient *les capitouls*, élus chaque année par les différents quartiers (ou capitoulats) de la ville, afin de constituer le conseil municipal ou Consistoire. Toulouse étant une ville ayant le droit de justice et de défense, ainsi que la seigneurie d'un vaste territoire alentour, leurs attributions étaient non seulement administratives, mais aussi judiciaires et militaires. Leurs fonctions étaient reconnues par le roi comme nobles et anoblissantes. L'établissement du Parlement de Toulouse au XV<sup>e</sup> siècle réduisit leurs prérogatives judiciaires. Avec la Révolution française, le capitoulat est aboli, comme les autres institutions locales.

<sup>1210</sup> GARRISSON, J. (2004). *L'affaire Calas, miroir des passions françaises*. Le Grand Livre du Mois. Page 78.

<sup>1211</sup> Question numéro 20 de la liste.

<sup>1212</sup> SUDRE, T. (1762). *Mémoire pour le Sieur Jean Calas, négociant de cette ville ; dame Anne-Rose Cabibel son épouse ; et le sieur Jean-Pierre Calas, un de leurs enfants*. Toulouse : J. Rayet.

<sup>1213</sup> Les Calas aurait dans un premier temps tenté de cacher le suicide de leurs fils afin que le cadavre de celui-ci ne subisse pas les pratiques alors réservés à ceux ayant eu recours à cette fin de vie prohibée par la religion catholique.

les témoignages à charge point par point. Alexandre-Jérôme Loiseau de Mauléon fournit un travail comparable pour la défense d'autres membres de la famille Calas<sup>1214</sup>.

707. Le 9 mars 1762 Jean Calas est finalement condamné par le Parlement de Toulouse à la torture et au supplice de la roue<sup>1215</sup>, exécutés dès le lendemain par les Capitouls.

**708. Réhabilitation de Jean Calas.** Commence alors la seconde partie de l'affaire Calas, celle à laquelle Voltaire a donné une résonnance nationale et même internationale puisque des soutiens pro-Calas se développent en Angleterre et en Suisse<sup>1216</sup>. Lorsque Voltaire fait appel à l'avocat Elie de Beaumont, il souhaite donner à son combat pour la mémoire de Jean Calas une dimension juridique. Le but est de démontrer par des arguments de droit que la procédure et le procès du protestant toulousain ne lui ont pas rendu justice. Afin de donner une dimension nationale et internationale à ce qui est alors resté une affaire locale, Elie de Beaumont procède à la rédaction de factums à l'occasion desquels il revient à la fois sur la personnalité de Jean Calas et sur les incohérences procédurales et probatoires des éléments à charges ayant conduit à la condamnation de ce dernier. Afin d'œuvrer à la réhabilitation de Monsieur Calas, il opère un double travail. Premièrement il insiste sur ses vertus morales. Secondement, il démontre que la procédure n'est instruite qu'à charge dans une volonté politique et par le biais d'erreurs grotesques et manifestes.

709. Elie de Beaumont démonte l'image construite de Jean Calas – conduisant à sa condamnation – de fanatique protestant incapable de supporter l'idée que son fils se convertisse à une autre religion :

*« Des parents qui consentaient au catholicisme de l'un de leurs enfants, qui continuaient d'aimer et de garder une domestique dont les insinuations avaient changé croyance, qui permettaient que leur aîné entra dans une profession ouverte aux seuls catholiques, n'avaient pas sans doute cet enthousiasme féroce, qui étouffe la voix du sang et le cri de la nature ; aussi tout le monde convient qu'ils s'attachaient surtout à*

---

<sup>1214</sup> LOISEAU de MAULEON, A-J. (1762). *Mémoire pour Donat, Pierre et Louis Calas*. Daniel Aillaud.

<sup>1215</sup> Au milieu du Moyen Âge, apparaît un nouveau mode d'exécution au cours duquel le condamné à mort, après avoir eu les membres et la poitrine brisés en étant écartelé sur le sol ou sur une croix en bois, reste exposé sur une roue jusqu'à ce que mort s'ensuive. Selon la résistance du patient, l'agonie sur la roue pouvait durer de quelques instants à plusieurs jours. Les juges atténuaient parfois la sentence par un retentum, enjoignant au bourreau d'étrangler le patient à un moment donné.

<sup>1216</sup> GARRISSON, J. (2004). *L'affaire Calas, miroir des passions françaises*. Le Grand Livre du Mois. Page 153.

*inspirer à leurs enfants l'amour de leurs semblables, et la pratique des vertus morales »*<sup>1217</sup>.

Sur le fond, il soulève les incohérences entre les faits et les éléments retenus contre le commerçant toulousain :

*« Deux chirurgiens voient le cadavre, et ce cadavre paraît froid à tous, en même temps qu'ils voient ses cheveux nullement dérangés, son linge nullement déchiré, ni même en désordre, son habit proprement plié sur le comptoir, nulle contusion sur la peau ; tous indices d'une mort qu'aucun combat n'avait précédé »*<sup>1218</sup>.

710. Il dénonce les fautes de procédure<sup>1219</sup> commises au regard de l'ordonnance de 1670, dont notamment l'absence de procès-verbal. Il démontre l'incompétence des experts mobilisés, les inscriptions de faux auxquels ont eu recours les autorités publiques et l'éloignement de témoins pourtant centraux qui auraient sans aucun doute permis d'innocenter Jean Calas. Il présente les impossibilités morales, physiques et légales pour le père de tuer son fils. Il dénonce ensuite la vindicte populaire qui a pris le pas sur la raison :

*« Voici par quels évènements rassemblés les esprits sont soulevés et donnent peu à peu à cette affreuse rumeur une force qui lui réfutaient la raison et la nature »*<sup>1220</sup>.

Il dénonce enfin une atteinte à la présomption d'innocence :

*« Il est de règle et d'équité naturelle qu'un monitoire qui s'accorde pour découvrir si un crime a été commis, ne présuppose point l'existence de ce crime, ou que s'accordant seulement pour découvrir lequel de plusieurs crimes a été commis, il n'en présuppose pas plutôt qu'un autre. Ces principes qui assurent l'honneur et la vie des Citoyens, ne furent point observés à l'égard de ces infortunés, que tout entraînait à la mort »*<sup>1221</sup>.

---

<sup>1217</sup> ELIE DE BEAUMONT, J-B. (1762). *Mémoire à consulter et consultation pour la dame Anne-Rose Cabibel, veuve Calas, et pour ses enfants*. Paris : Imprimerie Le Breton. Page 6.

<sup>1218</sup> ELIE DE BEAUMONT, J-B. (1762). *Mémoire à consulter et consultation pour la dame Anne-Rose Cabibel, veuve Calas, et pour ses enfants*. Paris : Imprimerie Le Breton. Page 9.

<sup>1219</sup> Qui selon lui prouvent bien que pour tous les protagonistes alors présents il s'agit sans aucun doute d'un suicide et non d'un assassinat.

<sup>1220</sup> ELIE DE BEAUMONT, J-B. (1762). *Mémoire à consulter et consultation pour la dame Anne-Rose Cabibel, veuve Calas, et pour ses enfants*. Paris : Imprimerie Le Breton. Page 12.

<sup>1221</sup> ELIE DE BEAUMONT, J-B. (1762). *Mémoire à consulter et consultation pour la dame Anne-Rose Cabibel, veuve Calas, et pour ses enfants*. Paris : Imprimerie Le Breton. Pages 13 et 14.

**711. Politisation de l'affaire.** Au-delà de la procédure, c'est son caractère politique – il s'agira de revenir sur ce point – qui caractérise une affaire. Ici la question politique appartient à la sphère religieuse et s'inscrit dans la défiance généralisée que les autorités catholiques concèdent alors à leurs concitoyens protestants. Elie de Beaumont tente de prouver cette thèse. La stratégie consiste en la démonstration qu'il ne s'agit pas seulement d'une erreur judiciaire, mais d'un cas de fanatisme religieux voulant faire – à travers Jean Calas – du protestant un monstre :

*« Au milieu de l'Eglise tendue de blanc, s'élève un magnifique catafalque ; sous le ciel est placé un squelette humain emprunté par le fanatisme et représentant Marc-Antoine. Dans une main il tient un papier, sur lequel on lit « Abjuration de l'Hérésie » et dans une autre, une palme, emblème de son martyr »<sup>1222</sup>.*

**712. Théâtralisation de l'affaire.** La stratégie de l'avocat dans la lignée de celle de Voltaire est simple : théâtraliser l'affaire pour créer un débat dans l'opinion publique et emporter sa conviction. Dans les faits, la mobilisation concerne principalement l'élite parisienne : nobles, ministres, contrairement à l'affaire Dreyfus – abordée ultérieurement – où l'ensemble du pays s'engouffre dans le débat. A Toulouse, le combat est déjà perdu. L'ensemble de la population est convaincu de la culpabilité de Jean Calas. La réhabilitation devra se faire à Paris. Faire de l'histoire du marchand toulousain une véritable *affaire* rentre dans une stratégie plus grande de Voltaire : la défense d'une cause, à savoir celle de la tolérance notamment religieuse. La stratégie fonctionne avant et après la réhabilitation de Jean Calas. Celui-ci devient un symbole contre l'intolérance religieuse, notamment dans plusieurs œuvres littéraires et picturales françaises et européennes<sup>1223</sup>.

**713.** Le 9 mars 1795, Jean Calas et sa famille sont définitivement réhabilités par une assemblée de quatre-vingts juges et par le conseil du roi. Le roi accorde en outre à la famille une pension de 36 000 livres.

La stratégie adoptée est la même un siècle plus tard dans l'affaire Dreyfus.

---

<sup>1222</sup> ELIE DE BEAUMONT, J-B. (1762). *Mémoire à consulter et consultation pour la dame Anne-Rose Cabibel, veuve Calas, et pour ses enfants*. Paris : Imprimerie Le Breton. Pages 17 et 18.

<sup>1223</sup> Voir par exemple la pièce de théâtre allemande *Der Fanatisme oder Jean Calas*, écrite en 1780 par C.F. WEISSE, ou encore les nombreuses peintures et gravures de Destrem (1879), de Chodowiecki (1768), ou encore de Toulouse-Lautrec (1892).

B) L'affaire Dreyfus.

**714. Contexte de l'affaire Dreyfus.** Cette affaire intervient au XIX<sup>e</sup> siècle, dans lequel la méfiance à l'égard d'une autre religion ne se focalise plus vraiment autour du protestantisme, mais plutôt à l'encontre du judaïsme. Le contexte politique apparaît également très différent de l'affaire Calas puisque la France est une jeune république. L'affaire bouleverse la société française pendant douze ans, de 1894 à 1906, la divisant profondément et durablement en deux camps opposés, les *dreyfusards* partisans de l'innocence de Dreyfus et les *antidreyfusards* partisans de sa culpabilité. Cette affaire représente une étape supplémentaire dans la création d'un débat public en comparaison avec l'affaire Calas, puisque si la première concerne majoritairement le microcosme de l'élite parisienne, dans le cas de Dreyfus c'est l'ensemble de la société française qui s'engouffre dans le débat.

715. Alfred Dreyfus est un capitaine de l'armée française d'origine alsacienne et de confession juive. L'Alsace étant rattachée à l'Empire Allemand en 1871 dans un contexte d'antisémitisme, il est accusé de trahison pour espionnage au service de l'Allemagne. À son paroxysme en 1899, l'affaire révèle les clivages de la France de la Troisième République, où l'opposition entre les camps *dreyfusard* et *antidreyfusard* suscite de très violentes polémiques nationalistes et antisémites, diffusées par une presse influente. Elle s'achève en 1906, par un arrêt de la Cour de cassation qui innocent et réhabilite définitivement Dreyfus.

**716. Des avocats dans le débat.** Quatre avocats participent à la création d'un débat public autour de l'affaire Dreyfus qui intéresse rapidement les plus hautes sphères politiques du pays, d'Auguste Scheurer-Kestner<sup>1224</sup> alors vice-président du Sénat, à Georges Clémenceau –

---

<sup>1224</sup> Auguste Scheurer-Kestner, né à Mulhouse (Haut-Rhin) le 11 février 1833 et mort à Bagnères-de-Luchon (Haute-Garonne) le 19 septembre 1899, est un chimiste, industriel et homme politique français. Il va défendre l'innocence du capitaine auprès du ministre de la guerre, Jean-Baptiste Billot, et auprès du président de la République, Félix Faure.

ancien député à l'époque – en passant par Jean Jaurès. C'est avocats sont Louis Leblois<sup>1225</sup>, Edgar Demange<sup>1226</sup>, Fernand Labori<sup>1227</sup> et Henry Mornard<sup>1228</sup>.

**717. Louis Leblois.** L'avocat Louis Leblois, ami d'enfance de Marie-Georges Picquart<sup>1229</sup>, occupe un rôle central dans le dénouement de l'affaire Dreyfus. Mari-Georges Picquart – sans doute le premier convaincu de l'innocence de Dreyfus – enquête sur les manœuvres du commandant Ferdinand Walsin Esterhazy<sup>1230</sup> visant à faire accuser Dreyfus à sa place. Informant sa hiérarchie de ses doutes, Picquart est éconduit et envoyé en Tunisie. Craignant pour sa vie il décide de mettre dans la confidence son ami Louis Leblois, qui va lui-même contacter le sénateur Auguste Scheurer-Kestner avec lequel ils vont exposer l'affaire à Emile Zola<sup>1231</sup>. Louis Leblois apparaît comme celui qui est véritablement à l'initiative de l'affaire Dreyfus et du débat national qui en découle. Il n'est cependant pas l'avocat de Dreyfus, étant lui-même inquiété dans l'affaire et suspendu du barreau<sup>1232</sup>.

**718.** Pour Louis Leblois, l'objectif est simple : mobiliser des personnes influentes sur la scène politique et médiatique afin d'informer et d'interroger l'opinion publique sur une question : la culpabilité du capitaine Dreyfus. Il inscrit cette interrogation dans une défense plus grande que la seule personne physique du capitaine : celle contre l'injustice et contre l'antisémitisme<sup>1233</sup>.

---

<sup>1225</sup> Louis Leblois (28 juin 1854 - 5 janvier 1928), fils du grand pasteur libéral Georges-Louis Leblois, fut un avocat et un écrivain français. Il défendit Alfred Dreyfus lors de l'Affaire Dreyfus.

<sup>1226</sup> Charles Gabriel Edgar Demange, né le 22 avril 1841 à Versailles et mort le 11 février 1925 en son domicile dans le 5<sup>e</sup> arrondissement de Paris, est un juriste français. Il fut l'avocat du capitaine Dreyfus lors de ses deux condamnations, ses plaidoiries sur le doute n'ayant pas empêché les verdicts des conseils de guerre de Paris et Rennes.

<sup>1227</sup> Fernand Gustave Gaston Labori, né à Reims le 18 avril 1860 et mort à Paris le 14 mars 1917, est un avocat et homme politique français. Il fut l'avocat de Lucie Dreyfus puis de Zola, du colonel Picquart et du sénateur Trarieux en 1898.

<sup>1228</sup> Henri Mornard, né en 1859 et mort en 1928 est un avocat français. Il fut l'avocat de Lucie Dreyfus pour la cassation de la condamnation de 1894, puis celui d'Alfred Dreyfus pour la révision du jugement de Rennes.

<sup>1229</sup> Marie-Georges Picquart, né le 6 septembre 1854 à Strasbourg et mort le 19 janvier 1914 à Amiens, est un général et homme politique français.

<sup>1230</sup> Marie Charles Ferdinand Walsin Esterhazy, né le 16 décembre 1847 à Paris et mort le 21 mai 1923 à Harpenden en Angleterre, est un officier français, commandant au 74<sup>e</sup> régiment d'infanterie de ligne, dont la trahison a été à l'origine de l'affaire Dreyfus.

<sup>1231</sup> LEBLOIS, L. (2011). *L'affaire Dreyfus : l'iniquité, la réparation : les principaux faits et les principaux documents*. Saint-Martin-de-Bonfossé : Théolib.

<sup>1232</sup> Sur le rôle de ces trois protagonistes, lire : LEBLOIS, L. (1914). *Comment fut rouverte l'affaire Dreyfus : le rôle du colonel Picquart, celui de Me Leblois, celui de Scheurer-Kestner : exposé sommaire des faits*. Paris : Ligue des droits de l'homme.

<sup>1233</sup> ORIOL, P. (2014). *L'histoire de l'affaire Dreyfus : de 1894 à nos jours*. Paris : les Belles lettres. Pages 355 à 369.

« *Aidé des amis que j'aurais convaincus, j'espérais susciter, dans les milieux dirigeants, un mouvement favorable à la révision... L'heure venue, le gouvernement serait saisi* »<sup>1234</sup>.

719. Afin d'y parvenir, Me Leblois joue également un rôle important dans les charges qui pèsent à l'encontre d'Esterhazy qui est pourtant innocenté le 11 janvier 1898. De ce point de vue, la stratégie de Leblois apparaît maladroite dans la mesure où voulant protéger son ami Picquart, il est limité dans les informations qu'il peut communiquer<sup>1235</sup>. Il n'en reste pas moins qu'en réussissant à convaincre Monsieur Scheurer-Kestner, c'est lui qui constitue le premier jalon de la mobilisation *dreyfusarde*<sup>1236</sup>.

**720. Edgar Demange, Fernand Labori et Henry Mornard.** Les avocats Edgar Demange, Fernand Labori et Henry Mornard défendent les intérêts de la famille Dreyfus. Il faut un certain courage à ces hommes, qui comme Louis Leblois mettent en péril leur carrière d'avocat pour défendre un homme (voire leur vie, Henry Mornard reçoit de nombreuses lettres de menaces de mort et Fernand Labori est la victime d'un attentat à Rennes en 1899). Il faut bien comprendre que les enjeux de l'affaire Dreyfus sont énormes. Ils remettent en cause la puissante institution qu'est l'armée et avec elle toutes les autres institutions républicaines. Les crispations autour de l'affaire sont importantes et les dreyfusards sont perçus comme des ennemis de l'intérieur contre lesquels tout l'appareil étatique se met en branle. D'ailleurs tous les grands protagonistes de l'affaire sont eux-mêmes inquiétés par la justice : Zola, Picquart, Leblois<sup>1237</sup>...

721. Confrontés à un déséquilibre significatif des forces en présence, les avocats affinent leur stratégie et tentent de retourner l'opinion publique en leur faveur afin que le gouvernement, puis l'institution judiciaire, ne puissent plus soutenir aveuglément l'armée sans eux-mêmes se désavouer. Devant le conseil de guerre de Paris, du 19 au 22 décembre 1894, Edgar Demange obtient que ses premières conclusions soient lues avant le huis clos et que le public sache que

---

<sup>1234</sup> LEBLOIS, L. (1914). *Comment fut rouverte l'affaire Dreyfus : le rôle du colonel Picquart, celui de Me Leblois, celui de Scheurer-Kestner : exposé sommaire des faits*. Paris : Ligue des droits de l'homme. Page 14.

<sup>1235</sup> Ibid. Page 473.

<sup>1236</sup> Il faut néanmoins noter que globalement Leblois est abandonné par les dreyfusards après le procès Zola. Ils lui reprochent ses discours à demi-mot et ses nombreuses maladroites. La défense des dreyfusards se fait désormais par le biais d'autres avocats.

<sup>1237</sup> TONNERRE-SEYCHELLES, S. (2018). Après « J'accuse...! », les procès de Zola. *Le Blog Gallica*.

PAGES, A. (2019). Picquart, héros méconnu de l'affaire Dreyfus. *Histoire et Civilisations*. Numéro 55, page 10.



l'authenticité du bordereau est contestée<sup>1238</sup>. Le 12 février 1898, il témoigne au procès Zola et dit que la loi a été violée en 1894<sup>1239</sup> mais que, sans volonté politique, il n'est pas possible de faire la lumière sur l'affaire Dreyfus. Il prouve qu'il s'agit de la lutte entre sémites et antisémites<sup>1240</sup>. Daté du 24 avril 1899, Henry Mornard écrit un mémoire pour la première cassation<sup>1241</sup> qui dépasse les six-cents pages et demande que soit mis fin à un martyr qui n'a que trop duré. Après la seconde condamnation<sup>1242</sup>, le 10 septembre, Me Mornard s'entretient avec le président du Conseil et suggère la grâce avant qu'un nouveau pourvoi soit déposé. S'il déconseille, en juin 1901 et juin 1902, des pourvois sans faits nouveaux, il présente, en novembre 1903, la seconde requête en révision. Il dépose un mémoire en janvier 1904 et signe, le 25 avril 1905, le mémoire pour la seconde cassation, préparé en étroite liaison avec son client. La stratégie fonctionne :

*« La révision s'imposait. Le président du Conseil le comprit ; secondé par le garde des Sceaux ; il eut raison de tous les obstacles et la Cour de cassation fut enfin saisie »*<sup>1243</sup>.

722. Sur plus de sept-cents pages, Me Mornard demande à la Cour de statuer au fond sans renvoi puisque l'acquiescement d'Esterhazy<sup>1244</sup> empêche qu'il soit procédé à des débats oraux entre toutes les parties. Son argumentation, plaidée une dernière fois du 5 au 7 juillet 1906

---

<sup>1238</sup> Le personnel du Service de Renseignements militaire (SR) affirme de manière constante qu'en septembre 1894, la *voie ordinaire* avait apporté au contre-espionnage français une lettre, surnommée par la suite *le bordereau*. Cette lettre-missive, partiellement déchirée en six grands morceaux, écrite sur du papier pelure, non signée et non datée, est adressée à l'attaché militaire allemand en poste à l'ambassade d'Allemagne : Max von Schwartzkoppen. Elle établit que des documents militaires confidentiels – mais d'importance relative – sont sur le point d'être transmis à une puissance étrangère.

<sup>1239</sup> Le 22 décembre, après plusieurs heures de délibérations, le verdict tombe. À l'unanimité des sept juges, Alfred Dreyfus est condamné pour intelligence avec une puissance étrangère à la peine maximale applicable en vertu de l'article 76 du code pénal : la déportation perpétuelle dans une enceinte fortifiée, c'est-à-dire au bagne ainsi qu'à la destitution de son grade et à la dégradation militaire. Dreyfus n'est pas condamné à mort, celle-ci ayant été abolie pour les crimes politiques depuis 1848.

<sup>1240</sup> ORIOL, P. (2014). *L'histoire de l'affaire Dreyfus : de 1894 à nos jours*. Paris : les Belles lettres. Pages 29 à 32.

<sup>1241</sup> Le 3 juin 1899, les chambres réunies de la Cour de cassation cassent le jugement de 1894 en audience solennelle. L'affaire est renvoyée devant le Conseil de guerre de Rennes. Le 5 juin 1899, Alfred Dreyfus est prévenu de la décision de cassation du jugement de 1894.

<sup>1242</sup> Le 9 septembre 1899, la Cour rend son verdict : Dreyfus est reconnu coupable de trahison mais avec circonstances atténuantes (par 5 voix contre 2), condamné à dix ans de réclusion et à une nouvelle dégradation. Contrairement aux apparences, ce verdict est au bord de l'acquiescement à une voix près.

<sup>1243</sup> Propos de Louis Leblois, recueillis dans : LEBLOIS, L. (1914). *Comment fut rouverte l'affaire Dreyfus : le rôle du colonel Picquart, celui de Me Leblois, celui de Scheurer-Kestner : exposé sommaire des faits*. Paris : Ligue des droits de l'homme. Page 21.

<sup>1244</sup> Esterhazy est présenté le 10 janvier 1898 devant un Conseil de guerre. Il est acquitté à l'unanimité dès le lendemain, après trois minutes de délibéré.



devant les chambres réunies de la Cour de cassation, débouche sur l'arrêt de réhabilitation du 12 juillet 1906<sup>1245</sup>.

723. Il aura donc fallu douze années pour qu'Alfred Deyfus soit réhabilité, pour que la pression de l'opinion publique oblige la Cour de cassation à mettre fin à une affaire qui devient beaucoup trop gênante. Avant l'opinion publique, il a fallu la mobilisation de politiques comme Auguste Scheurer-Kestner et Jean Jaurès<sup>1246</sup>, d'Emile Zola et encore avant eux d'avocats : de Louis Leblois qui est à l'initiative de l'affaire à Henry Mornard et Edgar Demange qui mettent leur vie et leur carrière en danger pour que le capitaine Dreyfus soit réhabilité. Il s'agit d'un processus de création d'une affaire.

#### Paragraphe 2 : Création d'une affaire.

724. La transformation d'un cas particulier en « affaire » passe par la mobilisation d'intermédiaires hors du champ juridique et médiatique *stricto sensu* (B) et par une politisation de la question soulevée en mobilisant une idéologie (A).

##### A) Politisation et idéologie.

725. *Construction d'une cause.* Le 4 octobre 2019 le journal Libération titre « GPA : victoire pour l'emblématique couple Mennesson », après la décision de la Cour de cassation reconnaissant Madame Mennesson comme la mère de ses filles nées dix-neuf ans plus tôt d'une gestation pour autrui en Californie. Comment le cas particulier des époux Mennesson est-il devenu « emblématique » ?

726. La construction d'une cause<sup>1247</sup> permet de sortir de l'espace confiné de la querelle ou de la controverse technique pour accéder à un public plus vaste. Un tel mouvement se

---

<sup>1245</sup> Le 12 juillet 1906 la Cour de cassation, toutes chambres réunies, annule sans renvoi le jugement rendu à Rennes en 1899 et prononce l'arrêt de réhabilitation du capitaine Dreyfus.

<sup>1246</sup> C'est Jean Jaurès qui permit que l'affaire soit réouverte en 1902.

<sup>1247</sup> ISRAËL, L. (2001). Usages militants du droit dans l'arène judiciaire : le cause lawyering. *Droit et société*. Numéro 49, pages 793 à 824.

construit et répond à une réelle stratégie de communication et de politisation. La première étape pour transformer un cas particulier en affaire consiste donc à détourner la seule problématique juridique pour le rattacher à une idéologie plus grande susceptible de heurter, choquer, attirer l'attention du public. Apparaît dès lors un enjeu de qualification : le choix des mots est primordial. De fait, pour la gestation pour autrui, toute une stratégie de communication a été mise en place autour de l'intérêt de l'enfant avec la notion de « fantômes de la République ». L'expression – loin d'être anodine – renvoie dans l'histoire de France à la défense de plusieurs causes : de celle des fusillés de la première guerre mondiale à celle pour la reconnaissance du vote blanc dans la prise en compte des résultats électoraux<sup>1248</sup>. Pour la gestation pour autrui, le terme est employé dès 2009 dans les media<sup>1249</sup> et devient récurrent à l'approche de ce qui devient l'affaire Mennesson<sup>1250</sup>, notamment lors de la promulgation de la circulaire Taubira<sup>1251</sup>. Les plus farouches opposants à cette pratique s'attèlent même à détruire « le mythe » des enfants fantômes de la République :

« L'argumentation des partisans de la légalisation de la GPA et de son business abject repose sur l'existence supposée des « fantômes de la République », ces enfants nés de GPA à l'étranger mais non reconnus par la France. « C'est un mensonge : il faut mettre fin à ce mythe des « fantômes de la République » s'indigne Ludovine de La Rochère, Présidente de La Manif Pour Tous »<sup>1252</sup>.

**727. Rattachement à une idéologie.** Cette stratégie de communication permet la création de symboles favorisant – comme abordé précédemment avec les études de Turner et

<sup>1248</sup> Lire par exemple : *Libération*. *Les fantômes muets de la République*. 27 mai 2019.

<sup>1249</sup> *Libération*. *Gestation pour autrui : les enfants fantômes de la République*. 20 mai 2009.

<sup>1250</sup> Le terme se retrouve dans de nombreux articles parmi lesquels : Agence France Presse. *La longue attente des Mennesson, parents de jumelles nées de mère porteuse*. 5 avril 2011 ; L'Humanité. *Christiane Taubira lance le mariage homosexuel*. 12 septembre 2012 ; L'Humanité. *Mères porteuses, enfants sans statut ?* 9 janvier 2013.

<sup>1251</sup> Le 23 janvier 2013, une circulaire est adressée par la garde des Sceaux, Madame Taubira, aux tribunaux pour leur demander de ne plus refuser la délivrance des certificats de nationalité française (CNF) pour des enfants nés à l'étranger, au seul motif qu'ils concernent des enfants issus d'une gestation pour autrui (Circulaire de la Direction des affaires civiles et du Sceau du 25 janvier 2013 relative aux conditions de délivrance des certificats de nationalité française aux enfants nés à l'étranger de français, lorsqu'il apparaît avec suffisamment de vraisemblance, qu'il a été fait recours à une convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui. NOR : JUSC1301528C). Plusieurs articles de presse emploient alors l'expression d'enfants fantômes de la République comme par exemple : JDD. *GPA : la circulaire Taubira fait un tollé à droite*. 30 janvier 2013 ; ou Le Parisien. *Circulaire Taubira : la droite s'insurge contre la GPA, la gauche dément*. 30 janvier 2013.

<sup>1252</sup> Communiqué de La Manif Pour Tous. 1<sup>er</sup> juillet 2015. *La Manif pour tous* (LMPT) est le principal collectif d'associations à l'origine des plus importantes manifestations d'opposition à la loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe en France.

Killian<sup>1253</sup> – les interactions autour d’une définition collective de la situation<sup>1254</sup>. Ces symboles permettent de rattacher la problématique juridique à une idéologie politique et/ou sociale qui transcende le seul cas particulier d’un justiciable. Le mécanisme de politisation idéologique se construit souvent autour des mêmes enjeux et problématiques. Il s’agit notamment soit de l’acquisition de nouvelles libertés, comme dans les *Nouveaux Mouvements Sociaux* – et qui se retrouve dans les thématiques de la gestation pour autrui ou du droit pénitentiaire par exemple – soit de la défense de ces libertés menacées souvent par des considérations sécuritaires et le développement d’un *droit de l’ennemi*, comme c’est le cas pour la lutte des avocats contre les mesures de l’état d’urgence. Cette notion de droit de l’ennemi, ou plus exactement de politique criminelle de l’ennemi – pour reprendre les termes de l’auteur Günther Jakobs<sup>1255</sup> – répond à la logique selon laquelle la menace que constitue l’ennemi de la Nation – qu’incarne notamment un terroriste – justifie une plus grande atteinte à ses droits de la défense. Le calcul de cette atteinte étant proportionnel à la balance des intérêts que constitue d’un côté le droit à un procès équitable et, de l’autre, la sûreté et la sécurité de l’Etat. Cette terminologie, choisie soigneusement, est reprise par les avocats qui luttent au quotidien pour que l’atteinte à ces libertés fondamentales ne devienne pas disproportionnée. De nombreux cas sont recensés lors de l’application entre 2015 et 2017 de l’état d’urgence en France, comme l’exemple ci-dessous à l’occasion d’un recours devant le Conseil constitutionnel concernant la création d’un délit de consultation habituelle de sites terroristes :

« *Ce n’est pas en ôtant du cerveau du citoyen, selon le mot de Tocqueville, le trouble de penser, qu’on peut espérer triompher de tous ceux qui veulent précisément qu’on ne pense pas. Cette question est aussi vieille que la démocratie elle-même* ». Extrait de la plaidoirie de Maître François Sureau. Conseil constitutionnel, audience du 31 janvier 2017<sup>1256</sup>.

---

<sup>1253</sup> TURNER, R. et KILLIAN, L. (1957). *Collective Behavior*. Englewood Cliffs, Prentice-Hall.

<sup>1254</sup> Pour une critique de ce vocabulaire sentimental en matière de GPA, voir : FRISON-ROCHE, M-A. (2016). *Sophistique juridique et GPA. Recueil Dalloz*. Numéro 2, pages 85 à 87.

<sup>1255</sup> JAKOBS, G. (2009). Aux limites de l’orientation par le droit : le droit pénal de l’ennemi. *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*. Numéro 7.

<sup>1256</sup> Retranscription : SUREAU, F. (2017). *Pour la liberté. Répondre au terrorisme sans perdre raison*. Tallandier Essais. Page 19.

Il ne s'agit pas dans cet exemple de la création d'une *affaire* à proprement parler, mais il s'agit d'une bonne illustration du rattachement par l'avocat d'une cause à un symbole qui parle au plus grand nombre : ici la sacro-sainte liberté d'expression et de penser.

728. Ainsi, la première étape à la création d'une affaire consiste en une politisation d'un cas particulier en la rattachant à une idéologie capable de favoriser une interaction symbolique du plus grand nombre. Néanmoins, faut-il encore pour qu'une transformation en affaire s'opère, que l'information soit relayée au public, ce qui nécessite des intermédiaires autre que les simples media.

#### B) Mobiliser des intermédiaires.

*« Pour contrer l'aveuglement sécuritaire de nos gouvernements, agrégeons à nos luttes tous ceux qui pourront les éclairer de nouveaux mots et d'idées neuves. Convoquons les ressorts philosophiques, historiques, sociologiques ou encore psychologiques. Il y a fort à parier que d'autres textes suivront ce prétendu dernier »*  
Avocat à propos de la loi n° 2017-1510 du 30 octobre 2017 renforçant la sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme, membre du Syndicat des Avocats de France.  
Barreau de Paris<sup>1257</sup>.

**729. Nécessité d'aide extérieure.** Lorsqu'une cause est créée et qu'elle commence à être médiatisée, il faut encore convaincre certains intermédiaires influents pour en faire une affaire susceptible d'emporter l'adhésion du plus grand nombre. Démonstration en a été faite avec les affaires Calas et Dreyfus à travers les personnages de Voltaire et d'Emile Zola. Une réhabilitation n'est possible que lorsque le monde littéraire et avec lui les élites intellectuelles et politiques de l'époque se mobilisent. Les choses sont similaires aujourd'hui, si ce n'est que les hommes de lettres ont souvent laissé leur place à d'autres personnalités publiques du monde artistique ou politique. L'idée pour un avocat ou pour les associations qu'il conseille est donc de mobiliser ces élites afin qu'elles s'intéressent au sujet et se positionnent publiquement dans

---

<sup>1257</sup> QUINQUIS, M. (2017). Le projet de loi « renforçant la sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme » : la nuit qui tombe. *La lettre du Syndicat des Avocats de France*. Numéro d'octobre, pages 34 et 35.

le sens souhaité. Il s'agit de la sollicitation d'une *aide extérieure* pour reprendre le terme d'Anthony Oberschall<sup>1258</sup>.

**730. Choix de l'aide extérieure.** Ces relais ou aide extérieure peuvent être de plusieurs ordres. Lorsque la cause est suffisamment médiatique les avocats sollicitent des experts permettant de légitimer – s'il en est besoin – leurs arguments. Cette stratégie est utilisée lors de la lutte contre la normalisation des mesures de l'état d'urgence pour laquelle les avocats n'ont pas été à l'origine de la création du débat, mais à défaut de le subir, ont tenté de l'orienter. Lorsque le ministre de l'Intérieur, Gérard Collomb, présente en Conseil des ministres le jeudi 22 juin 2017 une loi visant à sortir de l'état d'urgence, une tribune – ayant pour but d'alerter le gouvernement français sur les risques d'une loi qui, au nom de la sécurité des français, ne préserve pas les libertés fondamentales – sollicite l'ONG Human Rights Watch<sup>1259</sup>. C'est également régulièrement le cas pour les droits des personnes détenues<sup>1260</sup>.

**731.** Lorsque l'avocat souhaite atteindre un panel plus étendu, il apparaît plus efficace de solliciter des personnalités publiques, politiques ou artistiques. L'étude des dernières tribunes sur les thèmes abordés montre que le recours aux personnalités artistiques est le plus rare. Il est privilégié en plus de personnalités politiques lorsque le sujet est sociétal : qu'il touche notamment à l'identité ou à la famille. C'est le cas en 2014 à propos de la reconnaissance à l'état civil des enfants nés d'une gestation pour autrui à l'étranger où se retrouvent des personnalités aussi variées que la maire de Paris Anne Hidalgo, l'animatrice de télévision et ex-ministre Roselyne Bachelot, la philosophe Elisabeth Badinter, la sociologue Irène Théry, les écrivains Pascal Bruckner et Annie Ernaux, le Grand maître du Grand Orient de France Daniel Keller ou encore les acteurs Daniel Auteuil et Bruno Solo<sup>1261</sup>, ainsi que de très nombreux avocats.

Une fois le débat crée autour d'une affaire, il s'agit encore d'orienter celui-ci dans le sens souhaité.

---

<sup>1258</sup> OBERSCHALL, A. (1973). *Social conflict and social movements*. USA : Prentice-Hall series in sociology.

<sup>1259</sup> Human Rights Watch (HRW) est une ONGI qui se donne pour mission de défendre les droits de l'Homme et le respect de la Déclaration universelle des droits de l'homme.

<sup>1260</sup> Lire par exemple concernant les conditions de travail en prison : *Le Point*. Travail en prison : le cri d'alerte de 300 universitaires. 23 juin 2018 ; ou concernant les violences sur les personnes détenues : Libération. Violences sur les détenus : brisons le silence. 23 juin 2019.

<sup>1261</sup> Le Figaro. 170 personnalités demandent la reconnaissance d'enfants issus de GPA. 17 décembre 2014.

## **Sous-Section 2 : Orienter le débat.**

732. Dans le débat, le but pour l’avocat est de susciter l’indignation afin d’orienter le public dans le sens souhaité (Paragraphe 1), sachant que ce débat peut intervenir avant un procès ou après une condamnation (Paragraphe 2).

### **Paragraphe 1 : Susciter l’indignation.**

733. Comment la médiatisation d’un sujet (si ce n’est d’une affaire) permet-elle de susciter l’indignation afin d’orienter le débat dans le sens souhaité ? Pour tenter de répondre à cette question, il est pertinent d’analyser le débat auquel de nombreux avocats ont participé concernant la défense des libertés fondamentales face aux mesures de l’état d’urgence. L’étude de ce dernier est particulièrement probante puisqu’il n’est pas créé par les avocats contrairement à ceux autour de la garde à vue ou des droits des personnes détenues. Dans le cas de l’état d’urgence, la profession s’est adaptée, ce qui nécessite – à défaut d’avoir pu présenter une première grille de lecture de la problématique – d’orienter le débat vers l’indignation souhaitée. Deux points principaux cristallisent les critiques des avocats donnant lieu à un véritable débat national : la justification des prorogations de l’état d’urgence et l’efficacité des mesures (A), ainsi que le projet de constitutionnalisation de mesures de l’état d’urgence et les lois de sortie envisagées (B).

#### **A) La justification des prorogations de l’état d’urgence et l’efficacité des mesures.**

**734. *Eveiller les consciences.*** Dans la configuration post-attentats, les avocats peinent à faire entendre leur voix et à convaincre que l’atteinte aux libertés fondamentales n’est pas justifiée par des considérations sécuritaires. La peur qui a envahi la France rend de prime abord leur position pratiquement inaudible, comme le titre le journal l’Opinion le 15 janvier 2016<sup>1262</sup>.

---

<sup>1262</sup> L’Opinion. *Etat d’urgence, procédure pénale : les avocats peinent à « réveiller les consciences »*. 15 janvier 2016.

La population ne comprend pas réellement les enjeux juridiques présentés, notamment sur la question du transfert de compétence entre le juge judiciaire et le juge administratif. Dans ce cas particulier, le combat mené par les avocats ne se réalise pas par la création d'un débat autour d'une affaire. Il s'agit ici de tenter d'éveiller les consciences sur des risques liberticides, dans un débat dont ils ne sont pas à l'initiative. Ils renouvellent cette stratégie à chaque nouvelle prorogation de l'état d'urgence, critiquant à la fois la dangerosité de celui-ci et l'efficacité des mesures.

**735. Critique des prorogations de l'état d'urgence.** Après la déclaration de l'état d'urgence le 14 novembre 2015 et sa première prorogation le 26 novembre 2015 – abordée précédemment – la loi du 19 février 2016<sup>1263</sup> le proroge une deuxième fois à compter du 26 février 2016 pour une durée de trois mois. L'état d'urgence est justifié par la nécessité de déstabiliser les filières terroristes. Les perquisitions ont permis de saisir des armes, des stupéfiants et des moyens financiers au service de ces filières<sup>1264</sup>. La loi a également été justifiée par la nécessité d'amplifier des missions de renseignement afin de ficher des profils présentés comme *à risque*, notamment grâce aux données informatiques recueillies pendant des perquisitions.

736. Une troisième prorogation à compter du 26 mai 2016 et pour une durée de deux mois est votée le 20 mai 2016<sup>1265</sup>. Cette prorogation est justifiée par un souci de sécurité alors que la France est en charge de l'organisation d'événements sportifs, à savoir la Coupe d'Europe de Football en juin 2016 et le Tour cycliste de France en juillet 2016. A la fin de l'UEFA Euro 2016, les politiques qu'ils soient membres de l'exécutif ou du Parlement ne semblent plus envisager de nouvelle prorogation au-delà du mois de juillet. Néanmoins, l'attaque du 14 juillet 2016 sur la promenade des anglais à Nice<sup>1266</sup> bouleverse le calendrier de sortie de l'état d'urgence et donne lieu à trois nouvelles prorogations.

---

<sup>1263</sup> Loi n° 2016-162 du 19 février 2016 prorogeant l'application de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence.

<sup>1264</sup> Lorsque l'état d'urgence est institué, l'administration peut procéder à des perquisitions s'il existe « *des raisons sérieuses de penser [qu'un] lieu est fréquenté par une personne dont le comportement constitue une menace pour la sécurité et l'ordre publics* », là où soit la flagrance est nécessaire, soit dans le cadre d'une enquête préliminaire, le consentement de l'intéressé, pour procéder dans la procédure ordinaire à une telle mesure.

<sup>1265</sup> Loi n° 2016-629 du 20 mai 2016 prorogeant l'application de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence.

<sup>1266</sup> La promenade des Anglais est une avenue longeant le bord de mer dans la baie des Anges, à Nice. Son histoire, liée aux débuts du tourisme international, et sa situation exceptionnelle, en bord de mer, longée par des hôtels prestigieux, en font l'une des plus célèbres avenues du monde.



737. Dès la fin de la première période, une série de critiques est avancée par les avocats à l'encontre de l'état d'urgence. Trois premiers points cristallisent ces critiques : la délimitation spatiale de la mesure, sa délimitation temporelle et son efficacité réelle. Ces trois points s'inscrivent dans une problématique plus générale déjà abordée : l'état d'urgence porte atteinte à certaines libertés individuelles et collectives : liberté d'aller et de venir, liberté de réunion, liberté d'expression et l'inviolabilité du domicile. Les avocats tentent alors de susciter l'indignation du public sur ces points.

**738. Critique de la délimitation spatiale.** Concernant la *délimitation spatiale*, la particularité en 2015 tient à la délimitation géographique des mesures. Qu'elles soient aggravées ou renforcées – comme abordé précédemment<sup>1267</sup> – ces mesures sont déclarées applicables sur l'ensemble du territoire métropolitain dès le 14 novembre 2015, puis étendues aux départements d'outre-mer par décret du 18 novembre de la même année<sup>1268</sup>. A partir du 19 novembre 2015, l'état d'urgence sous toutes ses formes est donc applicable à l'ensemble du territoire de la République française à l'exception de quelques collectivités ultramarines<sup>1269</sup>. Ce ressort géographique étendu est validé par le Conseil d'Etat dans chacun de ses avis sur les lois de prorogation de l'état d'urgence. Plusieurs critiques apparaissent sur ce point. Dans un premier temps, le Conseil d'Etat justifie la proportionnalité de cette extension de l'état d'urgence à l'ensemble du territoire de la République en raison de l'organisation par la France d'évènements sportifs comme la Coupe d'Europe de Football en juin 2016 et le Tour cycliste de France en juillet 2016. De fait, ces évènements peuvent donner lieu à d'importants rassemblements de fans sur l'ensemble de ce territoire. Cependant, le Conseil d'Etat continue à trouver justifiée cette délimitation géographique de la mesure d'urgence après ces évènements, sans expliquer pourquoi un choix si étendu est toujours nécessaire. Le Gouvernement justifie quant à lui cette extension par la proximité de certains de ces territoires avec des terres directement en lien avec le djihad<sup>1270</sup>. La critique formulée par les avocats est juridique, puisque le Conseil constitutionnel dans sa décision du 19 février 2016<sup>1271</sup> considère que l'état d'urgence doit être limité dans le temps et dans l'espace. L'application de l'état d'urgence sur l'ensemble du territoire de la République française est donc contraire à l'exigence constitutionnelle d'une

<sup>1267</sup> Celles qui doivent faire l'objet d'une délimitation d'application stricte.

<sup>1268</sup> Extension à la Guadeloupe, la Guyane, la Martinique, la Réunion, Mayotte, Saint-Barthélemy et Saint Martin.

<sup>1269</sup> Exception pour les Terres australes et antarctiques françaises, pour la Polynésie française, pour la Nouvelle-Calédonie, pour Saint-Pierre-et-Miquelon et pour les îles de Wallis et Futuna.

<sup>1270</sup> CASSIA, P. (2016). *Contre l'état d'urgence*. Dalloz. Page 26.

<sup>1271</sup> Conseil constitutionnel. 19 février 2016. *Perquisitions et saisies administratives dans le cadre de l'état d'urgence*. N° 2016-536 QPC.



délimitation spatiale stricte de cette application. De fait, peut-on réellement considérer que le péril soit imminent sur l'ensemble du territoire de la République, quand bien même ce péril est justifié par l'organisation d'un événement sportif qui se produit à plusieurs centaines de kilomètres ? Les avocats interviennent de nombreuses fois dans les journaux pour tenter d'éveiller l'attention du public sur ce point, mais constatent eux-mêmes qu'ils sont confrontés à des difficultés<sup>1272</sup>.

**739. Critique de l'étendue temporelle de l'état d'urgence.** La deuxième critique formulée par les avocats concerne l'étendue temporelle de l'état d'urgence. Il connaît six prorogations, alors qu'il est normalement un régime provisoire. Chaque prorogation est votée par le Parlement qui en fixe la durée et cible les mesures applicables. Or, à la lecture de la loi de 1955, il est fait mention de « la » loi de prorogation, ce qui laisse sous-entendre que pour les artisans de l'état d'urgence il ne peut y avoir par définition qu'une seule prorogation<sup>1273</sup>. Il est possible de s'interroger sur le caractère imminent du péril lorsque l'état d'urgence est prorogé à plusieurs reprises. Les justifications du Gouvernement lors des demandes de prorogation questionnent les avocats. De fait, la demande de mai 2016 est par exemple justifiée par des attentats commis à Istanbul, en Côte d'Ivoire et à Bruxelles. Cette justification apparaît comme peu cohérente dans la mesure où lors des deux précédentes prorogations, le Premier ministre semble faire de l'adoption de la loi renforçant la lutte contre le crime organisé, le terrorisme et leur financement, le moyen de sortir de l'état d'urgence. L'adoption de la loi du 3 juin 2016<sup>1274</sup> n'empêche pas une nouvelle prorogation, avec pour justification l'organisation par la France de l'Euro 2016 de football. L'état d'urgence est prorogé pour deux mois alors que la compétition sportive n'en dure qu'un seul, sur l'ensemble du territoire alors que seulement quelques grandes villes sont hôtes de l'événement et alors même que des mesures exceptionnelles afin d'assurer la sécurité pendant la compétition ont été mises en place. Enfin, la grande majorité des actions entreprises sur le fondement de l'état d'urgence le sont durant les premiers mois d'application. Dès le début de l'année 2016, il s'agit surtout du droit commun qui est appliqué<sup>1275</sup>. Pourquoi dès lors maintenir dans le temps un état d'exception ? La question est soulevée par les avocats par la voix du Conseil National des Barreaux qui demande le 23 janvier au Gouvernement de

---

<sup>1272</sup> L'Opinion. *Etat d'urgence, procédure pénale : les avocats peinent à « réveiller les consciences »*. 15 janvier 2016.

<sup>1273</sup> CASSIA, P. (2016). *Contre l'état d'urgence*. Dalloz. Page 31.

<sup>1274</sup> Loi n° 2016-731 du 3 juin 2016 renforçant la lutte contre le crime organisé, le terrorisme et leur financement, et améliorant l'efficacité et les garanties de la procédure pénale.

<sup>1275</sup> RAIMBOURG, D. et POISSON, J-F. (2016). *Rapport d'information sur le contrôle parlementaire de l'état d'urgence*. Paris : Assemblée Nationale. Numéro 4281, le 6 décembre.

renoncer à la prorogation<sup>1276</sup>. La même explication se répète inlassablement à la fois chez les juristes<sup>1277</sup> et chez les sociologues<sup>1278</sup> qui ont étudié cette question. Ils dénoncent une volonté politique d'amélioration de l'image du Gouvernement pour le Premier ministre de l'époque (Manuel Valls) et le Président de la République François Hollande par l'utilisation prolongée de l'état d'urgence, comme cela avait été le cas lors de sa précédente utilisation en 2005. Le Gouvernement tente de donner l'impression d'un Etat ferme, capable de protéger ses concitoyens face à un péril. Outre l'éventuelle efficacité de la mesure dans la lutte contre le terrorisme, ce détournement politique que tentent de démontrer les avocats est clair et s'inscrit dans une démagogie sécuritaire, alors même que la survenance répétée d'attentats importants à Paris montre la faiblesse du système de sécurité du pays.

**740. Critique de l'efficacité des mesures de l'état d'urgence.** Plusieurs critiques sont avancées sur ce dernier point. D'abord celles des politiques de l'opposition qui ont rapidement rompu l'union sacrée pour dénoncer le fait que ces attaques auraient pu être évitées avec une meilleure politique gouvernementale. Ensuite les spécialistes des questions de sécurité ont interrogé les réponses policières mises en œuvre. Néanmoins ces critiques ne prospèrent pas dans l'espace public et restent des considérations internes à l'Assemblée nationale<sup>1279</sup>. Des études sont menées sur le lien entre l'Etat et la Police depuis les années 1990 par rapport aux conséquences néfastes du sécuritarisme : le premier devient tributaire de la seconde dans un souci de légitimation de son action et ne peut plus la critiquer<sup>1280</sup>. L'Etat devient dès lors un *Etat de sécurité*<sup>1281</sup>. Cet état d'esprit a d'autant plus de chances de prospérer dans le contexte terroriste. Toutefois, même cet objectif de l'état d'urgence n'apparaît pas comme étant concluant puisqu'au sein des policiers eux-mêmes il semble que l'état d'exception ne soit pas perçu comme un état de grâce. En témoigne les mouvements sociaux que connaît la profession

---

<sup>1276</sup> La Croix. *Les avocats s'inquiètent de la prolongation de l'état d'urgence*. 23 janvier 2016.

<sup>1277</sup> Sur ce point lire : CASSIA, P. (2016). *Contre l'état d'urgence*. Dalloz et BEAUD, O. et GUERIN-BARGUES, C. (2018). *L'état d'urgence. Une étude constitutionnelle, historique et critique*. 2ème édition. LGDJ.

<sup>1278</sup> Sur cette question lire : MOUHANA, C. (2017). *Etat d'urgence, état des lieux : abus de police et usure démocratique*. *Sociologie*. Numéro 4, volume 8.

<sup>1279</sup> Sur ce point lire par exemple FENECH, G. et PIETRASANTA, S. (2016). *Rapport fait au nom de la commission d'enquête relative aux moyens mis en œuvre par l'État pour lutter contre le terrorisme depuis le 7 janvier 2015*. Paris : Assemblée Nationale. Numéro 3922, du 5 juillet.

<sup>1280</sup> Sur ce point lire par exemple : NAPOLI, P. (2003). *Naissance de la police moderne*. Paris : La découverte ; Ou encore : MANN, P. (1994). *Pouvoir politique et maintien de l'ordre. Portée et limites d'un débat*. *Revue française de sociologie*. Volume 35, numéro 3, pages 435 à 455.

<sup>1281</sup> Pour reprendre le terme du philosophe italien Giorgio Agamben. Sur ce point lire : AGAMBEN, G. (2015). *De l'Etat de droit à l'Etat de sécurité*. *Lemonde.fr*. Le 23 décembre.

à la fin de cette période<sup>1282</sup>. Des études démontrent d'ailleurs qu'en plus d'avoir été inefficace sur du long terme, l'état d'urgence a en plus participé à dégrader l'image du gouvernement et de la police, ainsi que les rapports entre ces derniers et la population<sup>1283</sup>. En conclusion, si l'état d'urgence apparaît efficace dans un premier temps puisqu'il permet d'agir rapidement après un événement grave<sup>1284</sup>, il ne semble plus être justifié lorsqu'il s'inscrit dans la durée que par une volonté communicationnelle afin de rassurer la population<sup>1285</sup>. Or cet affichage politique ne s'avère pas neutre : il a des effets concrets et sévères sur les libertés individuelles des personnes concernées par ces mesures. Les avocats s'appuient sur cet argument pour tenter d'orienter le débat :

*« Le problème, c'est qu'une fois que le pays sera installé dans ce régime, on demandera au gouvernement de justifier la fin de l'état d'urgence, dans une logique inversée. François Hollande a dit que le combat serait mené jusqu'à ce que le terrorisme soit éradiqué. Mais est-ce qu'il le sera dans trois mois ? Hélas, je n'en suis pas sûr ».*  
Déclaration de l'avocat Henri Leclerc pour le Journal Libération<sup>1286</sup>.

741. Ces interrogations sur la nécessité de reconduire dans le temps une mesure par définition temporaire questionnent sur l'efficacité en elle-même de l'état d'urgence. L'analyse de la période montre que toutes les mesures prévues par les dispositions de l'état d'urgence ne sont pas utilisées et que d'autres s'avèrent inutiles parce que le droit commun permet d'agir avec une efficacité équivalente. Le meilleur exemple concerne les mesures qui sont justement

---

<sup>1282</sup> A l'automne 2016 plusieurs manifestations de policiers s'organisent afin de dénoncer les conditions de travail de la profession, majoritairement à Paris puis en banlieue et en province.

<sup>1283</sup> MOUHANA, C. (2017). Etat d'urgence, état des lieux : abus de police et usure démocratique. *Sociologie*. Numéro 4, volume 8.

<sup>1284</sup> Notamment, comparé à la procédure ordinaire, l'état d'urgence permet aux préfets de faire procéder à des perquisitions administratives dans les domiciles, de jour comme de nuit, alors qu'en temps normal ces perquisitions ne peuvent être effectuées qu'après autorisation d'un juge. Ces perquisitions peuvent toutefois se faire en présence d'un officier de police judiciaire.

Les préfets peuvent également ordonner la fermeture provisoire de salles de spectacle, de débits de boissons et de lieux de réunions de toute nature, ainsi qu'interdire des réunions et des manifestations sur la voie publique.

L'état d'urgence autorise également le ministre de l'Intérieur à assigner à résidence des personnes susceptibles de porter atteinte à l'ordre public.

<sup>1285</sup> Sur l'efficacité limitée des mesures de l'état d'urgence, lire notamment le rapport de l'Assemblée nationale du 5 juillet 2016 : FENECH, G. et PIETRASANTA, S. (2016). *Rapport fait au nom de la commission d'enquête relative aux moyens mis en œuvre par l'État pour lutter contre le terrorisme depuis le 7 janvier 2015*. Paris : Assemblée Nationale. Numéro 3922, du 5 juillet.

Dans la presse : L'Opinion. *L'état d'urgence, un dispositif dont l'efficacité s'amenuise avec le temps*. 21 juillet 2016.

L'Obs. *L'état d'urgence, un bilan opérationnel en demi-teinte*. 3 juillet 2017.

Médiapart. *Efficacité de l'état d'urgence : les « fake news » du ministre de l'Intérieur*. 12 juillet 2017.

<sup>1286</sup> Libération. Henri Leclerc : « Restreindre nos libertés est une victoire pour eux ». 20 novembre 2015.

rajoutées à la loi de 1955 mentionnées précédemment<sup>1287</sup> : aucune assignation à résidence n'est assortie de surveillance électronique, les associations qui sont dissoutes le sont sur le fondement du code de sécurité intérieure et les poursuites pour l'apologie du terrorisme sur le fondement d'une loi de 2004<sup>1288</sup>. Les mesures les plus utilisées sont l'assignation à résidence<sup>1289</sup> et la perquisition administrative<sup>1290</sup>. L'interdiction de manifester, l'interdiction de circulation et la fermeture des lieux de réunion sont peu mobilisées<sup>1291</sup>. A l'inverse, certaines mesures sont utilisées dans des circonstances étrangères aux questions terroristes. A titre d'exemple, le préfet du Pas-De-Calais fait application autour de Calais de certaines dispositions afin d'empêcher des personnes migrantes de s'introduire dans des véhicules en partance pour le Royaume-Uni. Au fil du temps et au gré des prorogations, certaines mesures sont abandonnées, avec parfois un manque de cohérence. Ainsi la troisième prorogation ne prévoit plus la possibilité pour les préfets de recourir à des perquisitions, ce qui constitue pourtant 80% des mesures prises au nom de l'état d'urgence lors des trois premières phases<sup>1292</sup>. Les prorogations permettent au Gouvernement de continuer à exploiter la peur d'un péril imminent, les perquisitions administratives faisant leur réapparition avec la quatrième prorogation. Enfin, il est surtout alarmant de remarquer que la majorité des mesures prises dans le cadre de l'état d'urgence ne concernent pas des actes de terrorisme<sup>1293</sup>.

742. Ces nombreuses interrogations et incohérences sont soulevées par les avocats afin d'orienter le débat sur la question de l'utilité de l'état d'urgence. Ils dénoncent notamment la

---

<sup>1287</sup> HEYMANN-DOAT, A. (2016). L'état d'urgence, un régime juridique d'exception pour lutter contre le terrorisme ? *Archives de politique criminelle*. Numéro 38, pages 59 à 74.

<sup>1288</sup> Loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique.

<sup>1289</sup> L'assignation à résidence est une mesure décidée par une autorité administrative ou un juge imposant à une personne de résider dans un lieu déterminé. Cette décision impose à la personne qui en fait l'objet de se présenter régulièrement auprès des services de gendarmerie ou de police, principalement en vue de s'assurer qu'elle se conforme bien à ses obligations.

<sup>1290</sup> En France, les perquisitions sont réglementées par le code de procédure pénale. En principe, celles-ci doivent être prises sous l'autorité d'un juge et se dérouler au domicile de la personne entre 6h et 21h.

Avec l'état d'urgence, l'administration peut agir de façon plus rapide. Les perquisitions administratives ne nécessitent pas d'avoir été établies dans le cadre d'une procédure judiciaire ouverte à l'encontre des individus ni d'être réalisées avec l'accord d'un juge. Elles peuvent avoir lieu de jour comme de nuit. Seuls le ministre de l'Intérieur et les préfets peuvent ordonner ces perquisitions.

<sup>1291</sup> HEYMANN-DOAT, A. (2016). L'état d'urgence, un régime juridique d'exception pour lutter contre le terrorisme ? *Archives de politique criminelle*. Numéro 38, pages 59 à 74.

<sup>1292</sup> BEAUD, O. et GUERIN-BARGUES, C. (2018). *L'état d'urgence. Une étude constitutionnelle, historique et critique*. 2ème édition. LGDJ.

<sup>1293</sup> Entre le 14 novembre 2015 et le 25 mai 2016, selon le ministère de la Justice, 605 perquisitions administratives ont abouti à une procédure judiciaire, dont 36 seulement pour des faits en lien avec le terrorisme. Entre le 21 juillet 2016 et le 2 décembre 2016, 65 perquisitions administratives ont abouti à l'ouverture d'une procédure judiciaire dont 25 ont révélé des faits de nature terroriste.

pratique des notes blanches<sup>1294</sup>. Depuis longtemps défenseur des libertés publiques et individuelles, le Barreau de Paris ne manque pas de faire valoir avec force ses positions auprès du législateur et de l'exécutif :

*« Il serait opportun de s'interroger sur la portée et l'utilité même de ces dispositifs. Rappelons à cet égard que la commission de suivi de l'état d'urgence de l'Assemblée nationale a affirmé à plusieurs reprises que les mesures de l'état d'urgence étaient peu efficaces et obsolètes, par comparaison aux outils dont disposent la justice classique et les services de renseignement en matière de lutte contre le terrorisme »*<sup>1295</sup>.

Parallèlement aux mesures de l'état d'urgence, le projet de constitutionnalisation de l'état d'urgence et les lois de sortie de ce dernier sont de meilleures occasions pour les avocats d'éveiller la conscience du public sur leur position.

#### B) Projet de constitutionnalisation de l'état d'urgence et lois de sortie.

*« Répondre aux défis actuels avec ce genre d'initiative, c'est une politique étriquée. Si nous sommes vraiment en guerre, et je le crois, ce n'est pas une vision de la société que je trouve satisfaisante. Plutôt que de parler d'état d'urgence, parlons plutôt de vrais droits. Avoir un discours uniquement libertaire, c'est déplacé, ce n'est pas raisonnable, j'en conviens. Il faut composer entre sécurité et liberté. Mais il n'est pas raisonnable non plus de se focaliser, comme le fait le gouvernement, sur l'aspect purement sécuritaire »*. Déclaration de Frédéric Sicard, alors sur le point de devenir Bâtonnier du Barreau de Paris, pour le journal *Les Echos*<sup>1296</sup>.

**743. Critique du projet de constitutionnalisation de l'état d'urgence.** Pendant l'état d'urgence, ce qui suscite le plus de débat dans l'opinion publique et au sein des avocats – allant jusqu'à entraîner la démission de la garde des Sceaux Christiane Taubira – c'est le projet de

---

<sup>1294</sup> <https://lundi.am/Etat-d-urgence-L-empire-des-notes-blanches> [consulté le 3 septembre 2020].

<sup>1295</sup> POTIER, C. et DAOUD, E. (2017). L'Etat d'urgence dans le droit commun : quand l'exception devient la règle au mépris des libertés. *Fil info des affaires publiques du barreau de Paris - PJJ sécurité intérieure et lutte contre le terrorisme*.

<sup>1296</sup> Les Echos. Frédéric Sicard : « On utilise l'état d'urgence à d'autres fins que la lutte contre le terrorisme ». 23 décembre 2015.

constitutionnalisation de l'état d'urgence. Il s'accompagne de la constitutionnalisation d'une plus grande ouverture à une déclaration de déchéance de nationalité<sup>1297</sup> qui divise considérablement la société française. La thématique de la déchéance de nationalité permet réellement de rendre audible le discours de la profession d'avocat, notamment par le biais de la polémique que crée l'idée d'une déchéance de nationalité. Les avocats participent activement à ce débat qui leur offre une fenêtre pour dénoncer toutes les dérives sécuritaires produites par l'état d'urgence, même si encore une fois, ils ne sont pas à l'initiative des discussions.

744. Le projet de constitutionnalisation surprend dans la mesure où l'exécutif n'y a jamais songé. Ni en 1955 lors de la rédaction de la loi, ni en 1958 lors de la rédaction de la Constitution de la V<sup>e</sup> République<sup>1298</sup>. Le Général De Gaulle semble même s'y opposer ouvertement lorsqu'il consacre l'état de siège dans sa Constitution<sup>1299</sup>. Ce projet n'a pas abouti. François Hollande a pour idée la modification de l'article 36 de la Constitution de 1958 relatif à l'état de siège pour y faire figurer l'état d'urgence. Le texte, peu innovant, se compose de trois alinéas relatifs respectivement aux : conditions d'ouverture ; à l'habilitation du législateur à prendre les mesures de police administrative rendues nécessaires ; et à la nécessité de recourir au Parlement pour une prorogation<sup>1300</sup>. L'exécutif, se retrouve confronté aux réticences à la fois du Conseil d'Etat et du Conseil constitutionnel. Premier point juridique problématique : la sortie par étapes de l'état d'urgence. Le Conseil d'Etat, dans son avis du 11 décembre 2015, considère que ce projet contrevient à l'exigence d'un péril imminent pour maintenir l'état d'urgence. Selon lui, à partir du moment où ce péril a disparu, il ne doit plus être possible de faire perdurer les mesures d'exceptions. Néanmoins – à ce détail prêt – le Conseil d'Etat valide le projet. Chez les juristes, l'accueil est contrasté. Certains, à l'image de Dominique Rousseau<sup>1301</sup> voient dans

---

<sup>1297</sup> La déchéance de la nationalité française est une procédure juridique qui permet de retirer la nationalité française à un national. Cette procédure est l'application particulière en droit français de la peine de déchéance de nationalité qui s'inscrit dans le droit de la nationalité. Suite aux attentats du 13 novembre 2015, le président de la République François Hollande annonce le 16 novembre 2015 au Parlement réuni en Congrès vouloir étendre la déchéance de la nationalité française aux binationaux nés français, sanction déjà prévue par l'article 25 du code civil pour les binationaux naturalisés français. À cet effet, un nouvel article 3-1 serait inséré dans la Constitution du 4 octobre 1958.

<sup>1298</sup> A noter néanmoins la mention d'une révision constitutionnelle allant de ce sens par les comités Vedel de 1993 et Balladur qui a inspiré la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008.

<sup>1299</sup> Sur ce point lire : LE POURHIET, A-M. (2016). Etat d'urgence : une révision constitutionnelle parfaitement inutile. *Marianne.fr*. Mois de février.

<sup>1300</sup> Assemblée Nationale. Projet de Loi constitutionnelle de protection de la Nation. Document n°3381 du 23 décembre 2015.

<sup>1301</sup> ROUSSEAU, D. (2016). En l'état de sa rédaction, l'inscription de l'état d'urgence dans la constitution serait dangereuse pour la démocratie. *La lettre du Syndicat des Avocats de France*. Numéro de mai, pages 20 à 22.



la constitutionnalisation un moyen de limiter le potentiel liberticide de la mesure<sup>1302</sup>. L'auteur explique néanmoins que l'article de la Constitution doit renvoyer à une loi organique afin que le Conseil constitutionnel soit en mesure d'en contrôler les modalités concrètes d'application et que soient restaurées le contrôle du Parlement et surtout du juge judiciaire<sup>1303</sup>. Au contraire, d'autres auteurs comme Olivier Beaud et Cécile Guérin-Bargues s'opposent à ce projet dans la mesure où cette révision a pour but premier d'éviter justement une censure de l'état d'urgence par le Conseil constitutionnel (alors que ce dernier s'est toujours montré – mention en a été faite – plutôt bienveillant à son égard). Le premier argument formel est le suivant : dans la mesure où il est interdit de modifier la Constitution par le biais de l'article 16 pendant l'application de l'état d'urgence, l'initiative de modifier la Constitution pour y intégrer des considérations sur celui-ci alors qu'il est en cours devrait être considérée comme irrecevable. Le second argument porte sur le fond et démontre que la révision de la Constitution se borne à constitutionnaliser l'arbitraire<sup>1304</sup> avec moins de garanties que dans la loi de 1955 (notamment sur les questions de prorogation). Pour ces auteurs, en plus d'être dangereuse, la constitutionnalisation s'avère inutile dans la mesure où d'autres mesures d'exception peuvent toujours être décidées par le législateur. Chez les avocats en revanche, le projet est fortement critiqué :

« *Il ne faut pas changer la Constitution pour faire rentrer de force des mesures contraires à des principes essentiels* ». Déclaration de Maître Patrice Spinosi relatée dans un article du journal *L'Humanité*<sup>1305</sup>.

Finalement les désaccords concernant la déchéance de nationalité conduisent François Hollande, dans une courte déclaration du 30 mars 2016, à retirer l'ensemble du projet de loi constitutionnelle de l'ordre du jour parlementaire.

**745. Critique de la loi du 3 juin 2016.** Avant la loi du 30 octobre 2017<sup>1306</sup> qui permet la sortie de l'état d'urgence, plusieurs lois font progressivement entrer des mesures de l'état d'exception dans le droit commun.

---

<sup>1302</sup> Sur cette doctrine lire : HALPERIN, J-L. (2017). *L'état d'urgence. De l'exception à la banalisation*. Pu. Paris Nanterre. Pages 103 et suivantes.

<sup>1303</sup> BEAUD, O. et GUERIN-BARGUES, C. (2018). *L'état d'urgence. Une étude constitutionnelle, historique et critique*. 2ème édition. LGDJ. Page 140.

<sup>1304</sup> *Ibid.*

<sup>1305</sup> *L'Humanité*. *Constitutionnaliser, c'est banaliser l'état d'urgence*. 23 décembre 2015.

<sup>1306</sup> Loi n° 2017-1510 du 30 octobre 2017 renforçant la sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme.

La première devant être abordée est celle du 3 juin 2016<sup>1307</sup>. Cette dernière entend renforcer l'efficacité de la lutte contre la criminalité organisée et le terrorisme en donnant aux juges et aux procureurs de nouveaux moyens d'investigation. Elle élargit ainsi le cadre préventif et durcit la réponse pénale<sup>1308</sup>. Outre certaines dispositions nouvelles<sup>1309</sup>, plusieurs mesures prévues par l'état d'urgence entrent dans le droit commun même si elles restent conscrrites au terrorisme<sup>1310</sup>. Cette loi est très fortement critiquée sur une disposition précise : elle permet l'utilisation de dispositifs techniques de proximité pour capter directement les données de connexion nécessaires à l'identification d'un équipement terminal ou du numéro d'abonnement de son utilisateur (*IMSI catcher*). Ainsi que le recours aux sonorisation, fixation d'images et captation de données informatiques dans le cadre des enquêtes diligentées par le parquet<sup>1311</sup>. L'utilisation de cet équipement soulève des réticences parmi les avocats dans la mesure où il simule une fausse antenne-relai en s'intercalant entre le réseau de l'opérateur de téléphonie et le matériel surveillé. Par-là, il capte toutes les données dans une zone géographique et non pas seulement celles émises par le matériel surveillé. Son utilisation risque de porter atteinte à la vie privée de personnes de manière non nécessaire. De plus, si les interceptions des communications sont réalisées et menées seulement après autorisation judiciaire, les autorités de surveillance ont les moyens techniques pour utiliser des *IMSI catchers* quand ils le souhaitent et peuvent ainsi contourner cette limitation. Le Syndicat des Avocats de France publie en mars 2016 un article dénonçant ce procédé et présente des contre-propositions au législateur<sup>1312</sup>. Les

---

<sup>1307</sup> Loi n° 2016-731 du 3 juin 2016 renforçant la lutte contre le crime organisé, le terrorisme et leur financement, et améliorant l'efficacité et les garanties de la procédure pénale.

<sup>1308</sup> La loi permet notamment d'allonger la période de sûreté, en renforcement des conditions d'obtention d'une libération conditionnelle, applicable aux condamnations en matière de terrorisme et les peines en matière de trafic d'armes. La libération conditionnelle ne peut être accordée que par le tribunal de l'application des peines et après avis d'une commission chargée de procéder à une évaluation pluridisciplinaire de la dangerosité de la personne condamnée. Le tribunal de l'application des peines peut s'opposer à la libération conditionnelle si celle-ci est susceptible de causer un trouble grave à l'ordre public.

Un article prévoit, de plus, que pour les terroristes condamnés à la réclusion criminelle à perpétuité la cour d'assises aura la possibilité de porter la période de sûreté à 30 ans.

Enfin, elle permet d'allonger la durée des mandats de dépôt pour les personnes détenues provisoirement mises en examen pour des actes terroristes.

<sup>1309</sup> A titre d'exemple : création d'un délit de propagande djihadiste en ligne et nouveau cadre d'usage des armes pour les forces de l'ordre.

<sup>1310</sup> De fait, La loi renforce la retenue pour examen de la situation administrative des personnes dont il existe des raisons sérieuses de penser qu'elles représentent une menace pour la sûreté de l'État ou qu'elles sont en relation directe et non fortuite avec de telles personnes. Elle autorise les perquisitions de nuit dans des domiciles en matière de terrorisme et en cas de risque d'atteinte à la vie.

<sup>1311</sup> En outre, la captation des données informatiques n'est plus réservée à celles qui s'affichent sur un écran ou sont reçues et émises par des périphériques audiovisuels, mais elle est étendue à celles qui sont stockées dans un système informatique.

<sup>1312</sup> SAF. (2016). *Projet de loi renforçant la lutte contre le crime organisé et son financement, et améliorant l'efficacité et les garanties de la procédure pénale. Analyse et contre-propositions*. Lettre du SAF. Le 17 mars.



avocats demandent que l'article de loi prévoyant ce procédé soit supprimé, ou à défaut qu'il soit davantage encadré :

*« Le recours à cette technique devrait impliquer la désignation de la ou les personnes visées par la mesure de surveillance ainsi qu'une motivation écrite établissant l'impossibilité de déterminer le terminal utilisé par la personne et d'ainsi obtenir les données de connexion visées par un autre moyen ».*

**746. Critique de la loi du 30 octobre 2017.** La seconde loi du 21 juillet 2016 – qui proroge l'état d'urgence et fait en même temps entrer des prérogatives de l'état d'exception dans le droit commun – a déjà été abordée. Enfin, la loi du 30 octobre 2017 dite loi SILT<sup>1313</sup> permet une sortie de l'état d'urgence en dotant le droit commun de mesures censées pouvoir faire face à la menace terroriste en lieu et place de l'état d'urgence. Ces deux lois provoquent une indignation des juristes et en particulier des avocats :

*« Cela pourrait s'accepter [la privation des libertés individuelles des citoyens] si ces lois nouvelles avaient l'effet voulu et dotaient la lutte antiterroriste d'un arsenal de mesures exceptionnelles, peut-être démocratiquement dangereuses, mais effectivement utiles. Mais, en toute objectivité, on peut sérieusement en douter. Les deux années que nous venons de passer sous état d'urgence sont illustratives »*<sup>1314</sup> Tribune de l'avocat Patrice Spinosi pour le journal *Le Monde*.

**747.** Pour cause, la loi SILT transfère dans le droit commun trois mesures à l'origine directement prévues par la loi de 1955. Elle permet à l'Administration de fermer un lieu de culte, de créer un périmètre de sécurité de protection afin de filtrer l'accès à un événement donné et d'ordonner une assignation à résidence et une perquisition. Ces mesures ont néanmoins un encadrement plus strict puisqu'elles visent précisément le cas du terrorisme là où la loi de 1955 a un champ d'application plus étendu. De manière identique, l'encadrement est plus strict sur le contrôle de ces mesures, notamment sur les délais<sup>1315</sup> et sur la réintroduction notable du rôle du juge des libertés et de la détention. Le pouvoir de contrôle de ce dernier sur l'opportunité des mesures prises doit néanmoins être relativisé puisque la preuve de raisons sérieuses de croire en la dangerosité potentielle d'un individu est apportée grâce à des documents

<sup>1313</sup> Loi renforçant la Sécurité Intérieure et la Lutte contre le Terrorisme.

<sup>1314</sup> *Le Monde*. *Etat d'urgence* : « On n'arrête pas les attentats avec des lois ». 31 octobre 2017.

<sup>1315</sup> A ce propos, voir la réserve d'interprétation du Conseil constitutionnel : 16 février 2018. N° 2017-691 QPC.

difficilement contestables puisqu'ils émanent des services de renseignement eux-mêmes et puisqu'ils ne sont dotés ni d'en-tête, ni de date, ni de sources<sup>1316</sup>.

748. Il n'en reste pas moins que ces mesures administratives viennent doubler des mesures qui existaient déjà dans la procédure judiciaire, avec des garanties pénales en moins. De plus, ces nouvelles garanties s'accompagnent d'un accroissement des possibilités d'intervention et de recours aux procédures d'exception. De fait, la définition de terrorisme reste malléable, ce qui permet un champ d'application à la loi étendu dont le contrôle par le juge administratif ne peut se faire que postérieurement et de manière exceptionnelle. Cette inscription dans le droit commun de dispositions prévues dans une mesure d'exception sont préoccupantes au regard des premiers bilans faits de l'application de ces mesures sur les libertés individuelles. La plupart des mesures qui sont prises sous l'égide de l'état d'urgence peuvent l'être sous celui du droit commun. Néanmoins, les autorités choisissent d'appliquer la mesure d'exception parce qu'elle permet une plus grande souplesse.

**749. Transfert de compétences.** L'affirmation selon laquelle l'état d'urgence a transféré certaines compétences d'une autorité à l'autre doit être relativisée<sup>1317</sup>. Néanmoins, il est certain qu'il permet d'étendre considérablement les prérogatives de l'Administration dans le cadre de la police administrative ordinaire. Il ne s'agit pas réellement d'un transfert mais plutôt de la création d'un doublon. La seule distinction selon l'autorisé compétence réside dans les règles de contrôle alors même garantes de la protection des droits et libertés. Pour une prérogative identique, l'autorité administrative – ministre de l'Intérieur et préfets – n'est pas soumise aux mêmes contrôles et règles procédurales que le juge judiciaire<sup>1318</sup>.

750. Par définition, la police administrative a un rôle préventif là où la police judiciaire s'affaire à la répression. La banalisation de l'exception à travers les lois de sortie de l'état d'urgence brouille cette dichotomie en permettant un plus grand recours à des mesures répressives dans la prévention opérée par la police administrative. Or cette extension de la répression s'accompagne d'une subjectivisation inquiétante dans la mesure où par définition la

---

<sup>1316</sup> Sur ces « notes blanches » voir : DAOUD, E. et JACQUIN, A. (2017). La loi renforçant la sécurité intérieure ou la pérennisation de la défense empêchée. *AJ Pénal*. Page 482.

<sup>1317</sup> Sur cette relativité, lire : ODINET, G. (2017). Le rôle du juge administratif dans le contrôle de l'état d'urgence. *Les Cahiers de la Justice*. Numéro 2, pages 275 à 280.

<sup>1318</sup> Notamment : Recours pour excès de pouvoir limité à un contrôle de l'illégalité manifeste ; Absence de contradictoire réel dans les procédures ; Juges fonctionnaires d'Etat, alternant entre juridiction administratives et cabinets ministériels.

prévention ne peut pas contrairement à la répression s'appuyer sur des faits empiriques tangibles pour apprécier la dangerosité d'un individu. S'ajoute une porosité entre plusieurs notions qu'il est pourtant nécessaire de distinguer comme la *radicalisation*, le *terrorisme* et l'*économie souterraine*. Parallèlement, tout en étant plus subjective, la police administrative est également moins contrôlée puisque différemment soumise à la rigueur des règles pénales. Ce doublon est donc synonyme de plus de subjectivité et de moins de garanties procédurales alors même que le préfet se voit doter de l'opportunité de recourir à des actes au caractère pénal en lieu et place du procureur de la République ou du juge d'instruction.

751. En fin de compte, la loi de sortie de l'état d'urgence inscrit dans le droit commun la possibilité pour l'Administration d'avoir recours à ce qui est désormais une mesure de police administrative là où jadis le caractère liberticide de la mesure aurait justifié le contrôle d'une autorité judiciaire. La lutte contre le terrorisme à travers ces lois va dans le sens d'une porosité entre les deux formes de polices, mouvement qui semble se dessiner depuis le début des années 2000. Le droit pénal prônant une meilleure prévention lorsque le droit administratif, notamment dans le secteur du terrorisme, s'arme de dispositions coercitives<sup>1319</sup>. Les avocats y sont fortement opposés et le font savoir dans de nombreuses tribunes :

*« Une telle banalisation de l'état d'urgence est un échec pour les libertés individuelles et un aveu d'incompétence fait aux magistrats de l'ordre judiciaire. Il s'agit d'un affront à l'Etat de droit, qui doit assurer à tous les citoyens les garanties fondamentales d'un procès équitable »*<sup>1320</sup>.

752. Plus largement, la banalisation de l'état d'urgence représente un risque pour les sociétés démocratiques. Il montre et favorise une tendance inquiétante de la population à s'accommoder de mesures restrictives de leurs libertés au profit d'un sentiment de sécurité dont la véracité peut être remise en question. Par ces tribunes et interventions, les avocats participent activement au débat sur la question de l'état d'urgence et tentent de susciter l'indignation dans une population qui – aveuglée par la peur – est globalement peu réceptive à ces arguments techniques.

---

<sup>1319</sup> BEAUD, O. et GUERIN-BARGUES, C. (2018). *L'état d'urgence. Une étude constitutionnelle, historique et critique*. 2ème édition. LGDJ. Page 176.

<sup>1320</sup> Libération. *L'état d'urgence dans le droit commun : nous, avocats, nous opposons à une telle mesure*. 8 juin 2017.

Au compte-goutte, ces dispositions jugées liberticides sont – et le seront probablement à nouveau – contestées devant le Conseil constitutionnel, à l’initiative d’avocats et grâce à la procédure de QPC<sup>1321</sup>. Toutefois, c’est alors le temps du procès et non plus de la médiatisation, il s’agit dès lors de le développer ultérieurement.

## Paragraphe 2 : Le temps du débat.

753. Selon les circonstances, il s’avère opportun de créer un débat dans deux hypothèses : soit il s’agit de préparer l’opinion publique en vue d’un procès ou d’une affaire juridique afin que celle-ci puisse faire pression sur les institutions juridiques et populaires lors de ce procès (A). Soit il s’agit de créer un débat après une condamnation (B) : l’avocat décide du débat pour faire évoluer la législation dans le sens souhaité. Dans cette hypothèse, il s’agit du cas où l’issue du procès n’est favorable ni au client ni à la cause défendue, ou à l’inverse du cas où la décision judiciaire va dans le sens de la cause et que l’avocat souhaite donc qu’elle soit connue de tous afin que le législateur soit contraint d’en tenir compte.

### A) Création d’un débat avant condamnation.

**754. Mise sur agenda avant condamnation.** Reprenons ici l’exemple de la garde à vue puisque le débat est réellement créé par les avocats après le discours du bâtonnier du Barreau de Paris. Ce discours permet de lancer la mobilisation pour que leur présence soit effective dès le début de la mesure, puis aboutit à la condamnation du système français de garde à vue. Est-ce que le Barreau de Paris a réellement mesuré les proportions qu’ont pris le débat lorsque son bâtonnier prononce son discours ? Ce n’est pas certain, mais dans ce cas, l’impact que peut avoir la profession sur un débat public se révèle flagrant. Après les media, les policiers et les politiques, les juridictions réagissent à leur tour. Jean-Louis Debré, président du Conseil constitutionnel, apporte le vendredi 4 décembre 2009 un soutien clair aux avocats. Lors de la rentrée du Barreau de Paris, il rappelle qu’il n’y a pour lui « *point de sécurité sans la présence*

---

<sup>1321</sup> Voir par exemple : Conseil constitutionnel. 29 mars 2018. N°2017-695 QPC. Cette décision censure les dispositions de la loi concernant la possibilité de saisir des documents et des objets.

*d'un avocat* ». L'ordre des avocats de Paris lance un appel, lundi 7 décembre, à « tous les intervenants de la société civile et politique » pour que « la garde à vue soit réformée en profondeur » et que l'avocat soit « présent tout au long de sa durée et assiste aux interrogatoires »<sup>1322</sup>.

**755. Résistance de juridictions.** De nombreuses juridictions rentrent individuellement en résistance contre cette mesure de garde à vue décriée et rendent des décisions polémiques. Au mois de février 2010, cinq gardes à vue sont annulées par le tribunal correctionnel de Paris pour non-respect des normes européennes en matière de droit de la défense<sup>1323</sup>. Plus tôt, au mois de décembre, le tribunal de grande instance de Bobigny annule une garde à vue au motif que l'avocat n'est pas présent dès le début de la mesure. Il est suivi par la cour d'appel de Nancy. Dans une tribune du Monde de décembre 2009, de hauts magistrats de la Cour de cassation indiquent que l'augmentation des gardes à vue et des conditions dans lesquelles elles s'exercent ne répondent pas aux exigences des articles 5 et 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales. La décision de la cour d'appel de Nancy faisant l'objet d'un pourvoi en cassation, les conseillers près la Cour de cassation savent qu'ils doivent se prononcer sur la question. Ces décisions sont accueillies très favorablement dans la doctrine juridique<sup>1324</sup>, qui justifie ces annulations de garde à vue par la légitime application du droit européen. L'association *Jamais sans mon avocat* présidée par Maître Orlandi, appelle même les autres juridictions à rendre des décisions similaires<sup>1325</sup>.

**756. Sensibilisation du Parlement.** Un autre acteur joue un rôle important, historiquement proche des avocats : le Parlement. Les sénateurs et les députés se saisissent rapidement de la question, à l'image d'une commission du Sénat qui rend une étude de législations comparées avec d'autres pays européens montrant que le système de la garde à vue à la française est une exception<sup>1326</sup>. Dans cette étude quatre questions sont analysées au regard des textes codifiés de ces pays : les conditions du placement en garde à vue ; les prérogatives de la police pendant la mesure ; les droits de la personne placée en garde à vue ; et la durée de la mesure. Le 4 janvier 2010, le Parlement souligne l'isolement des pratiques françaises quant

<sup>1322</sup> Journal le Monde par Alain Salles le 8 décembre 2009

<sup>1323</sup> France info et le Monde, le 6 février 2010.

<sup>1324</sup> Par exemple BRASSENS, P. (2010). Défaut de notification du droit au silence : une nouvelle garde à vue annulée. *AJ pénal* ; Dalloz, le 7 février 2010 ; ou Journal des greffiers en colère. *Cinq gardes à vues annulées par le tribunal correctionnel de Paris*. Maître Eolas, 6 février 2010.

<sup>1325</sup> Blog Justice et compagnie. *Annulation des PV établis en garde à vue*. 5 février 2010.

<sup>1326</sup> SENAT. (2009). La garde à vue. *Les documents de travail du Sénat, série législation comparée*. Numéro de décembre.

à la présence de l'avocat pendant la procédure. Les conclusions présentées sont les suivantes : les textes étrangers subordonnent le placement en garde à vue à l'existence d'une infraction d'une certaine gravité. A l'exception de la Belgique, la personne bénéficie de l'assistance d'un avocat dès le début de la mesure et les législations encadrent strictement la durée de la privation de liberté. De nombreuses questions au gouvernement émanent du Sénat<sup>1327</sup>. Il s'agit de la démonstration de la *mise sur agenda* mentionnée précédemment. Les avocats viennent de faire de la question un problème politique majeur qu'il faut débattre. Finalement le Parlement bouscule le Gouvernement face à la multiplication de témoignages de personnes gardées à vue dans des conditions traumatisantes, relatés en quelques semaines par un afflux d'articles de presse<sup>1328</sup> :

*« J'ai pour ma part été placée dans une cellule relativement propre et spacieuse tandis que mes deux amies étaient elles dans des cellules leur laissant juste la place de s'asseoir et sentant l'urine à plein nez, recroquevillées dans un coin pour ne pas avoir l'impression de trainer dans la saleté »*<sup>1329</sup>

*« Au commissariat du 13ème, Guillaume partage sa cellule de 3m<sup>2</sup> avec un cadre propre sur lui, étalé de tout son long sur un banc de pierre à disposition. Dormir par terre ou sur le banc, c'était donc pareil. Peu conscient des événements en raison de son ivresse, il s'endort par terre malgré l'odeur de mort, de pisse et de merde ambiante. Il se souvient qu'une caméra était installée dans un coin supérieur de la cellule pour éviter tout débordement de la part des gardés à vue. Elle était recouverte tout comme les murs d'excréments humains »*<sup>1330</sup>.

757. Le 16 février 2010, Jean-François Copé, président du groupe UMP<sup>1331</sup> à l'Assemblée nationale annonce qu'il va créer un groupe de travail sur la garde à vue<sup>1332</sup>, dans un contexte de tensions avec l'opposition qui demande une réforme rapide de la procédure<sup>1333</sup>, mais aussi et surtout avec le Gouvernement lui-même. Jean-François Copé – qui brigue alors la

---

<sup>1327</sup> Par exemple : Question écrite n°11468 de Mme Michèle San Vicente-Baudrin, sénatrice PS du Pas-De-Calais du 24 décembre 2009.

<sup>1328</sup> A l'image du site web d'information Rue89 qui a publié durant l'année 2010 de nombreux témoignages.

<sup>1329</sup> Témoignage d'une collégienne à Rue89, février 2010.

<sup>1330</sup> Blog SOS-crise. *Mes 13 heures de garde à vue. Où sont les valeurs humaines ?* 12 février 2010.

<sup>1331</sup> L'Union pour un mouvement populaire (UMP) était un parti politique français classé à droite de l'échiquier politique.

<sup>1332</sup> Agence France Presse. *Garde à vue : le groupe de travail UMP mis en place la semaine prochaine*. 16 février 2010.

<sup>1333</sup> Agence France Presse. *Garde à vue : Le PS demande une réforme rapide de la procédure*. 16 février 2010.

présidence de l'UMP pour les élections au sein du parti devant se dérouler au mois de novembre de la même année – et Nicolas Sarkozy (et avec lui son Gouvernement), entretiennent des relations tendues depuis le début du mandat de ce dernier et même depuis les élections régionales de 2004<sup>1334</sup>. En février 2010, les deux hommes entament un processus de réconciliation et la question de la réforme de la garde à vue devient l'occasion d'afficher enfin l'unité du parti concrétisant ce que le Figaro a appelé leur *pacte de non-agression*<sup>1335</sup>.

758. En résumé, la garde à vue est un exemple de création d'un débat national à l'initiative des avocats. Ce débat concerne l'ensemble de la classe politique, les institutions judiciaires et les principaux media. Il est produit en vue d'une procédure judiciaire à venir. Le 1<sup>er</sup> mars 2010, le tribunal correctionnel de Paris décide de transmettre un dossier à la Cour de cassation afin de déterminer si la garde à vue est conforme à la Constitution<sup>1336</sup>. La Cour de cassation doit alors déterminer en trois mois si elle renvoie une QPC devant le Conseil constitutionnel avant de se positionner elle-même sur la question de la conventionnalité de la mesure. Il s'agit du temps du procès. La création du débat peut également être faite après la condamnation.

#### B) Création d'un débat après condamnation.

*« Après le procès j'ai écrit un livre en dix jours parce que je voulais que l'opinion en France s'indigne en connaissance de cause »*<sup>1337</sup>.

759. *Sensibiliser l'opinion publique grâce à une condamnation défavorable.* Lorsqu'il n'est pas opportun de créer un débat avant une affaire judiciaire, ou si ce débat n'a pas permis d'aboutir à une condamnation dans le sens souhaité par l'avocat, celui-ci peut envisager la création d'un débat après cette condamnation. L'hypothèse peut également être celle *a contrario* d'un succès judiciaire de la cause défendue qu'il s'agit alors de faire connaître du

---

<sup>1334</sup> Ce qui est une situation inédite dans l'histoire de la V<sup>e</sup> République, où d'ordinaire le patron du groupe majoritaire à l'Assemblée est la courroie de transmission de l'Elysée et non pas le premier contestataire de la majorité.

<sup>1335</sup> Le Figaro. *Sarkozy et Copé à l'heure de la détente*. 2 février 2010.

<sup>1336</sup> Le Monde. *Un tribunal pose la question de la constitutionnalité de la garde à vue*. 1<sup>er</sup> mars 2010.

<sup>1337</sup> VERGES, J. (1994). *Intelligence avec l'ennemi*. Michel Lafon. Page 175.



grand public pour sensibiliser ce dernier à cette cause et/ou pour contraindre le politique à prendre en considération cette condamnation et à modifier éventuellement sa législation.

760. La première hypothèse où il peut être opportun pour un avocat de procéder à l'information du public en vue d'un débat après condamnation rejoint dans une certaine mesure la stratégie de *défense de rupture* déjà abordée. La stratégie consiste en la remise en cause de la légitimité à la fois de la condamnation et de l'institution l'ayant prononcée et/ou la faisant exécuter. Jacques Vergès opte pour cette solution autant pour l'affaire Djamila Bouhired que pour celle d'Omar Raddad. Dans les deux cas, n'ayant pas obtenu l'acquiescement de ses clients, l'avocat fait le choix du débat pour contraindre éthiquement le président de la République (René Coty pour Djamila Bouhired et Jacques Chirac pour Omar Raddad) à revenir sur l'exécution de la peine prononcée. C'est-à-dire commuer la peine de mort de Djamila Bouhired en peine de travaux forcés et obtenir une grâce partielle pour Omar Raddad. La médiatisation intervenant après la condamnation dans cette dernière affaire dépasse d'ailleurs la simple question de la culpabilité d'Omar Raddad et contribue à relancer le débat sur la procédure et les fonctions de la cour d'assises. Cette dernière est accusée de prononcer de lourdes condamnations sans preuves et sans possibilité d'interjeter appel. Ce débat a participé à la réforme de la cour d'assises<sup>1338</sup>. Plus généralement, sans revenir sur le sort particulier du justiciable ayant fait l'objet de la procédure judiciaire, la création d'un débat post-condamnation peut être opportune pour la cause défendue, comme il est possible de le voir dans des affaires touchant de près ou de loin la gestation pour autrui chez ceux qui y sont farouchement opposés :

*« Autant dire que dans une affaire comme ça, oui, on fait de la pub, pour éviter qu'une décision complètement hallucinante soit rendue dans l'indifférence généralisée et en catimini. Du coup nous contribuons à ce que la presse soit au courant et que les gens réalisent : voilà ce que ça donne la gestation pour autrui ». Avocate numéro 3, Barreau de Paris.*

**761. Sensibiliser l'opinion publique grâce à une condamnation favorable.** Enfin, la seconde hypothèse est pédagogique. Il s'agit pour un avocat de médiatiser une condamnation afin de créer un débat alors même que cette dernière est cette fois favorable à la cause qu'il défend :

---

<sup>1338</sup> Loi n° 2000-516 du 15 juin 2000 renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes.



« *C'est important derrière, médiatiquement on dit « Voilà, la France a été condamnée pour une atteinte à la CEDH ». Alors bien sûr, la réponse générale « ah, mais on n'a pas à recevoir de leçons, de toute façon les droits de l'Homme, la France, c'est elle qui les a inventés ». Oui, ben justement. Précisément, la France terre prétendue des droits de l'Homme, elle va se faire condamner, ça veut bien dire qu'il y a un problème et je vais vous expliquer quelles sont les raisons de ce problème. Donc vous attirez effectivement l'attention du public avec les décisions de justice et ça nous permet derrière en termes de message médiatique de faire passer certaines idées de justice, en tout cas le respect d'une certaine forme de justice qui va dans le sens du militantisme ».* Avocat au Conseil numéro 41, Paris.

762. Dès lors la création d'un débat est facilitée parce qu'il est présenté directement avec un argument de poids contre les adversaires de l'avocat. Il a la légitimité de la condamnation judiciaire. Il s'agit d'un atout absolument extraordinaire dans la présentation de ce qu'il veut que soit la grille de lecture de la problématique par le public :

« *Lorsque vous avez des décisions que vous êtes susceptibles d'expliquer, vous pouvez dénoncer une situation : les gens, aujourd'hui, savent que dans les prisons françaises, les détenus sont mal logés, mal nourris, mal lavés et ça ils le savent parce que, précisément, il y a un certain nombre de décisions qui sont rendues. Il y a toujours la possibilité d'avoir un rapport, mais ça n'a pas la même portée médiatique. S'agissant de la prison des Baumettes, par exemple, c'est marquant : la situation est connue depuis un certain temps, un certain nombre de rapports était déjà paru. A partir du moment où vous obtenez la condamnation d'un juge à cet égard, ça existe. C'est vrai. Donc vous avez une fenêtre médiatique où vous pouvez faire passer certaines choses ».* Avocat numéro 17, Barreau de Paris.

## **Conclusion de Chapitre :**

763. Lorsque la mobilisation autour d'une cause est effective, que les avocats en soient à l'initiative ou pas, il peut être opportun pour ces derniers de construire une stratégie de médiatisation afin de favoriser la création d'un débat autour de cette cause. Il s'agit de ce qui s'appelle la *mise sur agenda*. C'est-à-dire faire d'un cas privé une affaire publique, sociétale, afin d'informer dans la perspective d'une évolution ou d'une sauvegarde des intérêts défendus. Deux étapes donc à ce processus de *mise sur agenda* : médiatisation et création d'un débat. Le rôle des media, primordial, n'a cessé de s'accroître avec la révolution numérique venu considérablement accélérer les processus de diffusion de l'information, les réseaux sociaux permettant même de faire des avocats de véritables lanceurs d'alertes et de se faire media. Dès lors lorsqu'il est opportun pour un avocat de médiatiser une affaire, plusieurs outils vont s'offrir à lui. Cette médiatisation peut s'opérer via deux formes de communications : celle interne à la profession que ce soit à travers des manifestations ou le développement importants de réseaux interprofessionnels ; puis celle externe aux avocats par le biais des media traditionnels et numériques.

764. Une fois le processus de médiatisation entamé, les avocats créés parfois et participent toujours au débat national qui en découle, forts de la légitimité naturelle que leur profession leur procure. Ils tentent alors de l'orienter en imposant leur grille de lecture de la problématique soulevée afin que le débat s'oriente dans le sens souhaité. Il s'agit de la lutte pour l'interprétation. Afin de favoriser cette lutte, l'avocat peut faire le choix stratégique de transformer un cas particulier en *affaire* – comme ce fut historiquement le cas pour Calas et Dreyfus – c'est-à-dire en imposant ce cas comme symbole d'une lutte idéologique et politique plus grande. Pour ce faire, il doit procéder à la fois à une politisation de ce qui n'est pour le moment que juridique et/ou judiciaire et mobiliser des réseaux intermédiaires politiques et/ou artistiques, en dehors de la seule sphère médiatique. Cette stratégie d'échanges et de communication peut être opportune soit en amont de la résolution judiciaire de la problématique afin – comme c'est le cas pour l'exemple de la garde à vue – de créer un consensus social large autour de la cause, soit en aval parce que la condamnation ne va pas de le sens du client et/ou de la cause et que l'avocat souhaite la dénoncer dans un ultime combat, ou *a contrario* parce que cette condamnation quand elle est favorable à l'avocat, lui offre une visibilité et une

légitimité favorisant grandement l'imposition de son interprétation dans le débat public permettant d'avancer encore dans la défense de la cause.

765. Les problématiques autour de l'*affaire* et des media permettent donc aux avocats de militer autour du droit, en amont ou en aval d'un procès, qui est lui-même un instrument militant important qu'il s'agit d'analyser maintenant.

## **Chapitre 2 : Militer par le droit, le procès.**

766. Une fois que l’avocat est mobilisé et que la problématique juridique qu’il souhaite voir évoluer a été *mise sur agenda*, la dernière étape consiste à faire juridiquement condamner une pratique ou un texte lors d’un procès (Section 1) afin que le législateur soit contraint de la modifier (Section 2).

## **Section 1 : Faire condamner une pratique ou un texte.**

767. Solliciter le juge, que ce soit pour obtenir une réponse judiciaire sur le fond pouvant servir sa cause ou simplement symboliquement pour faire la lumière sur une pratique que l'on souhaite dénoncer (Sous-Section 1), permet à l'avocat de se doter d'une arme redoutable qu'il pourra opposer au législateur (Sous-Section 2).

### **Sous-Section 1 : Judiciarisation de l'affaire.**

768. Le déclenchement du procès (Paragraphe 1) peut avoir une finalité différente que l'obtention d'une retombée matérielle du fait d'une décision favorable. Ce peut être simplement une vertu symbolique, il s'agit du *procès vitrine* (Paragraphe 2).

#### **Paragraphe 1 : Déclenchement du procès**

769. Quel est l'intérêt d'avoir recours au procès lorsque l'on milite pour une cause ? La réponse à cette interrogation démontre la place centrale que peut prendre l'avocat dans un mouvement social (A). *A fortiori*, ce dernier n'est pas seulement un outil dans le répertoire d'action collective d'un groupe mobilisé, puisqu'il peut lui-même être à l'initiative d'un mouvement judiciaire important (B).

##### **A) Intérêt du procès.**

**770. *Légitimité de la décision juridique.*** Mention en a été faite avec la question de la médiatisation post-condamnation, une décision de justice est un instrument puissant dans le *répertoire d'action collective* d'un groupe menant un mouvement social. Sans s'engager dans

des considérations philosophiques sur le rôle du droit<sup>1339</sup>, ce dernier malgré une apparence de neutralité n'en demeure pas moins intrinsèquement politique<sup>1340</sup>. Il constitue à la fois un instrument politique et en même temps un garde-fou. Dès lors – au prisme de cette dernière fonction – une décision juridique est munie d'une légitimité qui devient difficilement contestable. Le droit, qui crée ses propres représentations à travers les rituels et les usages qui caractérisent son exercice se dote de toute une dimension sociale symbolique. Cette dimension apparaît centrale dans la compréhension de l'efficacité que peut avoir une décision de justice dans une vision militante<sup>1341</sup>. Par définition, le droit incarne ce qui est juste. Des études sociologiques montrent l'influence du droit sur la perception du public de ce qui relève du bien ou du mal<sup>1342</sup>. De fait, l'évolution des mœurs peut susciter la nécessité de faire évoluer la loi. Un changement d'interprétation jurisprudentiel ou le recours à un texte supérieur différent peut y contribuer. Toutefois, le droit peut également permettre une évolution des mœurs sur le moyen ou long terme de par sa nature même et parce que le public s'est approprié les représentations que véhicule le monde du droit et les accepte. Autrement dit, l'évolution des mœurs nécessite une adaptation du droit, mais ce dernier peut également participer à une évolution des mœurs. Comment dès lors faire fléchir le droit dans le sens souhaité afin soit qu'il s'adapte à une idéologie devenue dominante, soit qu'il puisse *a contrario* participer à rendre cette idéologie dominante, lorsque le politique reste inerte ? C'est tout le rôle du procès et la fonction de la décision judiciaire dans son appréhension militante.

**771. *L'arme du droit.*** La mutation des mouvements sociaux et le développement des juridictions dont la jurisprudence est supra-législative donne au juge un pouvoir considérable d'influence du politique et de contre-pouvoir. Cet état du droit fait de l'avocat un instrument privilégié des *Nouveaux Mouvements Sociaux* et de protection des libertés et droits fondamentaux.

**772.** Autrement dit, la fonction même du droit et le rôle des professionnels de ce domaine au premier rang desquels l'avocat – ainsi que la perception qu'en a le public –

---

<sup>1339</sup> Pour tenter de répondre à cette épineuse question, lire l'extraordinaire ouvrage : COMMAILLE, J. (2015). *A quoi nous sert le droit ?* Gallimard.

<sup>1340</sup> ROUYER, M. (2003). La politique par le droit. *Raisons politiques*. Numéro 9, pages 65 à 80.

<sup>1341</sup> Sur cette représentation symbolique lire : GUSFIELD, J. (1981). *The Culture of Public Problems: Drinking, Driving, and the Symbolic Order*. Chicago : University of Chicago Press.

<sup>1342</sup> Lire sur ces questions : COMMAILLE, J. (1994). *L'Esprit sociologique des lois. Essai de sociologie politique du droit*. Paris : Presses Universitaires de France ; COMMAILLE, J. FESTY, P. GUIBENTIF, P. KELLERHALS, J. PERRIN, J-F. ROUSSEL, L. (1983). *Le divorce en Europe occidentale. La loi et le nombre*. Paris : Presses Universitaires de France.

conjugués aux nouveaux pouvoirs qui sont accordés aux juges dans le contrôle de sources du droit supra-législative, font du procès le nouveau terrain du progrès social pour tout groupe mobilisé. Cette place nouvelle du judiciaire dans l'équilibre des pouvoirs fait de l'avocat plus qu'un simple instrument pour ces groupes en ce qu'ils sont capables eux-mêmes d'initier le procès.

## B) Initier le procès.

**773. Kit de nullité.** S'il est certain que l'avocat demeure dans une grande mesure le tributaire de son client, il n'en reste pas moins que sa place et sa connaissance privilégiées du monde du droit en font un expert de la procédure judiciaire. Dès lors, il lui apparaît aisé d'orienter un contentieux quand bien même il reste soumis à la volonté de celui qu'il représente. De fait, à certaines occasions les instances représentatives de la profession et en particulier le Syndicat des Avocats de France n'hésitent pas à constituer de véritables politiques contentieuses. Le but est simple : une fois la profession mobilisée sur un sujet, une fois le processus de médiatisation entamé, encore faut-il aboutir à une décision favorable. La stratégie est simple : submerger les juridictions d'une même question juridique. Afin de faciliter la création de ce contentieux, le Syndicat des Avocats de France présente sur son site des conclusions préédigées concernant un point contentieux pour inciter les avocats à le soulever quasi-systématiquement. Lors de la mobilisation de la profession qui entoure la censure de la garde à vue en 2010 et 2011, le Syndicat des Avocats de France met à disposition de ses membres – comme de toute la profession – un kit de nullité de 429 pages présentant des conclusions préétablies d'atteinte aux dispositions de l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales :

*« In limine litis et avant toute défense au fond, il entend [le concluant] soulever la nullité de la procédure pour violation des dispositions de l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales. Subsidiairement, il entend soutenir que les procès-verbaux d'audition ou de perquisition pendant la garde à vue, sans assistance possible d'un avocat, ne peuvent constituer des éléments de preuve fondant l'éventuelle décision de culpabilité ».*

774. De tels kits sont régulièrement proposés par le Syndicat des Avocats de France dans des domaines variés. Ainsi, un contentieux important a-t-il été soulevé grâce à ce procédé concernant les contrôles au faciès. L'inondation des juridictions de ces demandes de nullité a contraints à renvoyer systématiquement la question à la Cour de cassation dans un souci de contrôle à la fois de conventionnalité et de constitutionnalité. La multitude des questions similaires arrivant simultanément devant la Haute juridiction donne nécessairement à la problématique une importance nécessitant une étude approfondie :

*« Vous pouvez avoir – et c'était le cas au moment du renvoi des QPC – une question présentée de manière répétitive et insistante. Dans ce cas vous vous rendez nécessairement compte de l'importance de la question ».* Magistrat numéro 1, chambre criminelle de la Cour de cassation.

775. La stratégie fonctionne pour la garde à vue, puisque la Cour de cassation accepte de renvoyer prioritairement la question au Conseil constitutionnel avant de se positionner elle-même sur la question de la conventionnalité de la mesure :

*« Si plusieurs fois on vient vous mettre sous le nez une évolution de la CEDH, vous ne pouvez pas l'ignorer. Je suis très attaché au droit de la défense qui joue le rôle important de nous obliger à regarder ».* Magistrat numéro 1, chambre criminelle de la Cour de cassation.

Une fois le procès initié, le but des avocats peut être multiple : dans certains cas, il cherche – il s'agira de développer ce point ultérieurement – une décision favorable ; dans d'autres il souhaite simplement profiter de la fenêtre médiatique qu'ouvre le procès pour sensibiliser le public à un sujet. Il s'agit du *procès-vitrine*.

## Paragraphe 2 : Procès-vitrine.

776. Au-delà de l'apport militant constitué par la condamnation, en amont le procès peut devenir une véritable fenêtre médiatique pour promouvoir une cause. Devenant dès lors principalement symbolique (A) comme ce fut le cas lors d'un procès opposant les avocats à un syndicat de police lors des péripéties qui ont entouré la réforme de la garde à vue (B).



A) Fenêtre médiatique du procès.

**777. Transformation du procès en arène.** Le concept de *procès vitrine* s'inscrit à la lisière de tout ce qui a été développé précédemment sur la stratégie de médiatisation, sur la création d'une affaire et sur les opportunités qu'offrent une condamnation judiciaire.

778. L'avocat cherche à transformer le procès en arène, c'est-à-dire une vitrine à la défense d'une cause : profiter d'un conflit qui oppose des particuliers pour dénoncer ou soutenir une cause plus grande qui concerne la société dans son ensemble. Le but ne réside donc pas en soi en l'obtention d'une condamnation – il s'agira de l'analyser ultérieurement, le plus souvent les dommages et intérêts demandés se révèlent dérisoires – mais dans le travestissement de la fonction du procès en une tribune permettant d'attirer l'attention du public.

**779. Histoire du procès-vitrine.** Cette forme de *procès-vitrine* fait son apparition dès les années 1920 avec la formation de collectifs d'avocats – majoritairement communistes – qui introduisent les premières luttes juridiques afin d'obtenir l'indépendance des colonies françaises. Par l'action de ces collectifs, le procès devient une occasion de toucher un large public, en particulier par l'intermédiaire de la presse. L'exemple le plus frappant et le plus abouti de cette forme de mobilisation est illustré par le collectif FLN en Algérie qui en appelle systématiquement aux garanties de l'Etat de droit, au service des indépendantistes algériens. Il s'agit du développement de la stratégie de *défense de rupture*, abordée précédemment et sur laquelle il est donc inutile de revenir. C'est justement le *procès-vitrine* qui va beaucoup être reproché à Jacques Vergès : la défense de la cause mérite-t-elle de sacrifier le client ?

780. C'est pourquoi aujourd'hui les avocats ayant recours à cette forme de procès n'ont pas réellement un client particulier. Il s'agira de l'analyser pour la garde à vue, la profession l'utilise ponctuellement en se portant elle-même partie civile.

B) Expérience de la garde à vue.

**781. Procès-vitrine de la garde à vue.** Le lundi 29 mars 2010, s'ouvre devant la 17<sup>e</sup> chambre civile du tribunal de grande instance de Paris, un procès qui voit s'affronter des avocats

et des policiers. Plus exactement, cette affaire concerne l'Ordre des avocats de Paris et le Syndicat de police Synergie Officiers<sup>1343</sup>. Le premier reproche au second des propos offensants à l'égard des avocats, qualifiés dans des tracs et à la radio, de personnes cupides et dont la présence lors du début de la garde à vue n'est pas souhaitable. L'Ordre demande que le syndicat soit condamné à lui verser un euro symbolique. Ce procès représente l'occasion pour les deux acteurs de défendre leurs intérêts sur la question de la garde à vue, qui fait alors l'objet d'un important débat public.

782. Lors de l'ouverture des débats, l'Ordre des avocats de Paris a fait appel à Alvaro Gil-Robles<sup>1344</sup>. Il n'est pas choisi par hasard : il est le premier commissaire aux droits de l'Homme du Conseil de l'Europe pendant plus de six ans et défraye la chronique en 2005 après avoir produit un rapport exposant l'état des prisons françaises :

*« De ma vie, sauf peut-être en Moldavie, je n'ai vu un centre pire que celui-là ! C'est affreux ! Les gens s'entassent dans un sous-sol sur deux niveaux, sans aération. Ils se promènent dans une cour minuscule grillagée de tous côtés. Au second niveau, on marche sur la grille, au-dessus de ceux du premier niveau. Les fonctionnaires sont eux-mêmes très gênés. Il faut fermer cet endroit, c'est urgent »*<sup>1345</sup>.

783. Lors du procès, il dénonce les conditions de la garde à vue en France en les comparant à celles en vigueur en Espagne, pays dans lequel l'avocat est présent dès la première heure de la mesure :

*« J'étais assez surpris de certains manquements graves dans les commissariats (...) et par la faiblesse de la présence de l'avocat, (...) il y a des améliorations à apporter pour être plus proche de l'esprit de la Convention européenne de droits de l'Homme »*<sup>1346</sup>.

A ses côtés, toute une série de témoins prestigieux ainsi que des « poids lourds » du barreau, dont Maître Henri Leclerc<sup>1347</sup> et l'ex-bâtonnier de Paris Christian Charrière Bournazel<sup>1348</sup>

---

<sup>1343</sup> Synergie-Officiers est l'un des deux principaux syndicats d'officiers de police français, syndicat du corps de commandement de la police nationale.

<sup>1344</sup> Ancien et tout premier commissaire au droit de l'Homme du Conseil de l'Europe (1999-2006), ancien professeur de droit, et célèbre avocat constitutionnel espagnol.

<sup>1345</sup> Libération du 22 septembre 2005.

<sup>1346</sup> Le Monde le 29 mars 2010.

<sup>1347</sup> Henri Leclerc, né le 8 juin 1934, est un des plus grands avocats pénalistes français.

<sup>1348</sup> Le Figaro 1er avril 2010.

s'enchaînent. Face à lui et pour défendre les intérêts de la police, Frédéric Péchenard, directeur général de la police nationale. Finalement, l'Ordre obtient gain de cause puisque Patrice Ribeiro, secrétaire-général du syndicat Synergie Officiers, est condamné à lui verser un euro symbolique pour s'être exprimé « *de façon caricaturale et outrancière* » et pour avoir « *dépassé les limites admissibles de la liberté d'expression* » en déclarant à la radio que l'insistance des avocats pour être présents en garde à vue relevait « *d'une offensive marchande* »<sup>1349</sup>.

**784. Condamnation symbolique.** Le but de l'ordre des avocats apparaît clairement. La condamnation à un euro symbolique relève de l'exemple. La finalité recherchée est toute autre : l'affaire permet un débat sur les conditions de la garde à vue en France et sur la présence des avocats dès le début de celle-ci. Les avocats utilisent les outils à leur disposition – en outre le droit – pour faire évoluer un débat polémique à travers un *procès vitrine* dont les intérêts défendus ne sont pas des intérêts particuliers mais une cause plus grande qui concerne l'ensemble de la profession et des justiciables. Le procès devient un outil militant au service de la profession d'avocat au niveau institutionnel. Dans ce cas, l'avocat n'utilise pas le vecteur d'un procès aux intérêts particuliers pour défendre une cause globale, mais il s'agit de la représentation de toute la profession – l'Ordre – qui va créer un *procès vitrine*, sans réel intérêt particulier, pour qu'il y ait un débat sociétal. Cette stratégie fonctionne puisque de nombreux organes de presse relatent cette confrontation entre les avocats et les policiers<sup>1350</sup> sous couvert de procès à la garde à vue.

La recherche d'une condamnation peut donc être symbolique, dans tous les cas elle permet de faire avancer la cause défendue. Il s'agit maintenant de voir comment.

## **Sous-Section 2 : Condamnation judiciaire.**

785. Plusieurs juridictions ont aujourd'hui des compétences supra-législatives susceptibles de nous intéresser : les juridictions internationales capables d'opérer un contrôle de conventionnalité des lois, au premier rang desquels la Cour européenne des droits de

---

<sup>1349</sup> LeMonde.fr par Franck Johannès le 20 mai 2010 [consulté le 4 mars 2014].

<sup>1350</sup> Par exemple Le Progrès. *Avocats et policiers s'affrontent sur la garde à vue*. 30 mars 2010 ; Sud-Ouest. *Avocats et policiers à couteaux tirés*. 30 mars 2010 ; La Charente Libre. *La garde à vue en procès*. 30 mars 2010.

l'Homme (Paragraphe 1), mais également des juridictions internes compétentes pour opérer un contrôle de conventionnalité et de constitutionnalité des lois (Paragraphe 2).

Paragraphe 1 : Par la Cour européenne des droits de l'Homme.

786. Dans l'étude des problématiques développées dans cette thèse, l'influence de la Cour de justice de l'Union européenne s'avère moins probante que celle de la Cour européenne des droits de l'Homme. C'est pourquoi elle n'est pas étudiée ici, tout comme les autres juridictions internationales qui n'ont pas la même sphère d'influence que les juridictions locales européennes. Concernant la jurisprudence de la Cour de Strasbourg, elle peut être utilisée par les avocats à la fois contre le législateur (A), mais également contre un juge interne réticent (B).

A) A l'encontre du législateur.

**787. Arrêts pilotes.** L'occasion nous a été offerte à plusieurs reprises dans cette thèse de démontrer l'influence qu'a pu avoir la Cour européenne des droits de l'Homme sur les législations internes, notamment en procédure pénale. De fait la Cour de Strasbourg depuis sa création en 1959 n'a de cesse de bousculer les pratiques judiciaires des Etats membres du Conseil de l'Europe en adoptant des concepts autonomes autour des grands principes présentés dans la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales<sup>1351</sup>. Elle développe le concept des *arrêts pilotes* pour se doter d'une méthode permettant d'identifier les problèmes structurels sous-jacents aux affaires répétitives dirigées contre de nombreux pays et demander aux États concernés de traiter les problèmes en question. Ce nouveau pouvoir normatif constituant un contre-pouvoir aux législations internes dont est désormais dotée la Cour de Strasbourg est très fortement favorisé par l'introduction en 1994 du Protocole numéro 11 à la Convention qui élargit la compétence de la juridiction – désormais

---

<sup>1351</sup> La compétence de la Cour s'étend à toutes les questions concernant l'interprétation et l'application de la Convention et de ses protocoles additionnels. La Cour peut être saisie d'une requête par un État ou par toute personne physique, toute organisation non gouvernementale ou tout groupe de particuliers qui s'estime victime d'une violation de ses droits ou libertés, garantis par la Convention.

permanente – aux requêtes individuelles. Cette extension permet aux avocats d’outrepasser le filtre étatique existant jusqu’alors<sup>1352</sup>.

**788. Conception autonome de la matière pénale.** Les évolutions opérées en procédure pénale sont le fruit de la jurisprudence développée autour de l’article 6 de la Convention sur le procès équitable. La conception autonome européenne de ce que recouvre la matière pénale<sup>1353</sup> permet d’encadrer et de définir la notion de sanction pénale, ce qui bouleverse complètement le droit pénitentiaire européen et français. La Cour considère que la Justice ne saurait s’arrêter à la porte des prisons<sup>1354</sup>. Il apparaît donc opportun d’analyser ici les condamnations de la Cour européenne des droits de l’Homme qui permettent des avancées majeures pour les droits des personnes détenues et qui font donc de cette juridiction une arme puissante dans le *répertoire d’action collective* des avocats. Que la France soit directement condamnée, ou que ce soit un autre pays européen, l’Etat français – rappelons-le – se doit de prendre en compte la condamnation d’un autre pays membre par la Cour européenne des droits de l’Homme<sup>1355</sup>, puisqu’en plus d’avoir *autorité de chose jugée*, ses décisions ont également *autorité de chose interprétée*<sup>1356</sup>.

**789. Exemple du droit pénitentiaire.** En droit pénitentiaire, la Cour s’est dotée de ce véritable pouvoir normatif à travers plusieurs décisions importantes<sup>1357</sup> concernant les personnes détenues : qu’il s’agisse par exemple du droit de disposer d’un recours effectif<sup>1358</sup> ; du droit au respect de la correspondance<sup>1359</sup> et de la vie familiale<sup>1360</sup> ; ou encore du droit de ne pas subir de traitements inhumains et dégradants<sup>1361</sup> et d’être détenu dans des conditions compatibles avec le respect de la dignité humaine<sup>1362</sup>.

<sup>1352</sup> Sur ce point, lire : FERRAN, N. (2014). La personne détenue encore à la recherche de son juge en France. *Déviance et Société*. Numéro 4, pages 469 à 489.

<sup>1353</sup> CEDH. 8 juin 1976, *Engel et autres contre Pays-Bas*. Requête numéro 5100/71.

<sup>1354</sup> CEDH. 28 juin 1984, *Campbell et Fell contre Royaume-Uni*. Requêtes numéro 7819/77 et 7878/77.

<sup>1355</sup> Cass. Ass. Ple., 15 avril 2011, pourvoi n°10-17.049.

Cass. Ass. Ple., 15 avril 2011, pourvoi n°10-30.242.

Cass. Ass. Ple., 15 avril 2011, pourvoi n°10-30.313.

Cass. Ass. Ple., 15 avril 2011, pourvoi n°10-30.316.

<sup>1356</sup> MARGUENAUD, J-P. (2001). *CEDH et droit privé : l'influence de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme sur le droit privé français*. Paris : la Documentation française.

<sup>1357</sup> Pour une étude approfondie, lire : BELDA, B. (2010). *Les droits de l'homme des personnes privées de liberté : contribution à l'étude du pouvoir normatif de la Cour européenne des droits de l'homme*. Bruxelles : Bruylant.

<sup>1358</sup> CEDH. 27 avril 1988, *Rice contre Royaume-Uni*. Requête numéro 9658/82.

<sup>1359</sup> CEDH. 27 avril 1988, *Boyle contre Royaume-Uni*. Requête numéro 9659/82.

<sup>1360</sup> CEDH. 28 septembre 2000, *Messina contre Italie*. Requête numéro 25498/94.

<sup>1361</sup> CEDH. 16 décembre 1997, *Raininen contre Finlande*. Requête numéro 20972/92.

<sup>1362</sup> CEDH. 26 octobre 2000, *Kudla contre Pologne*. Requête numéro 27914/95.

790. Concernant plus spécifiquement la France, celle-ci fait l'objet de plusieurs condamnations de la Cour européenne. En premier lieu sur le fondement des traitements inhumains et dégradants de l'article 3 de la Convention : sur une personne détenue gravement malade et hospitalisée attachée à son lit par les mains et les pieds<sup>1363</sup> ; du fait de fouilles intégrales à répétition et violation du secret des correspondances<sup>1364</sup> ; du fait encore des conditions de détention du requérant, classé *détenu particulièrement surveillé*, soumis à des transfèvements répétés, placé en régime d'isolement à long terme et faisant l'objet de fouilles corporelles intégrales régulières<sup>1365</sup> ; ou encore récemment du fait de la surpopulation carcérale<sup>1366</sup>. En second lieu sur des questions de procès équitable et notamment de recours effectif<sup>1367</sup> consacrés aux articles 6-1 et 13 de la Convention. Toutes ces condamnations ont contraint – il s'agira de l'étudier – le législateur à modifier sa législation dans le domaine carcéral.

**791. Stratégie à long terme de l'avocat.** L'importance d'une condamnation judiciaire d'une juridiction supra-législative est devenue si conséquente qu'elle fait aujourd'hui partie à long terme de la stratégie d'un avocat. Cette stratégie n'est pas – il s'agit de le rappeler – toujours militante. Néanmoins, lorsqu'elle l'est, une décision favorable apparaît comme la meilleure façon de faire évoluer une cause :

*« Il y a un certain nombre d'affaires où on sait que le juge national ne pourra pas aller dans notre sens parce qu'il ne fait qu'appliquer la loi. Le problème vient de cette loi qui est contraire aux droits fondamentaux. Alors on utilise les voies de recours internes parce qu'il faut toutes les épuisées, mais on sait que le combat commencera réellement à Strasbourg. Ce n'est qu'après qu'en interne on pourra faire bouger les choses, une fois une condamnation de la France obtenue ».* Avocate numéro 54, Barreau de Paris.

*« Il y a des cas, qui sont rares mais qui existent, où tout de suite vous vous dites CEDH, bien avant de penser à une QPC. Dès le début. Vous le savez, si vous voulez faire avancer le droit, il faudra passer par là ».* Avocat numéro 31, Barreau de Paris.

---

<sup>1363</sup> CEDH. 14 novembre 2002, *Mouisel contre France*. Requête numéro 67263/01.

<sup>1364</sup> CEDH. 12 juin 2007, *Frérot contre France*. Requête numéro 70204/01.

<sup>1365</sup> CEDH. 9 juillet 2009, *Khider contre France*. Requête numéro 39364/05.

<sup>1366</sup> CEDH. 30 janvier 2020, *J.M.B et autres contre France*. Requête numéro 9671/15 et 31 autres.

<sup>1367</sup> CEDH. 21 mai 2015, *Yengo contre France*. Requête numéro 50494/12.

Ces derniers n'hésitent pas à instrumentaliser le recours à la Cour européenne des droits de l'Homme :

*« C'est un outils stratégique d'une efficacité incroyable [le recours à la CEDH], parce que ça redistribue toutes les cartes. A Strasbourg l'Etat est une partie, au même niveau que vous ».* Avocat numéro 4, Barreau de Paris.

Agir devant la Cour de Strasbourg permet donc à l'avocat de transformer un rapport au législateur qui est naturellement vertical en rapport horizontal où les deux points de vue sont placés sur une même échelle. Ce constat s'applique aussi bien au législateur qu'à un juge interne récalcitrant.

#### B) Contre le juge interne.

**792. Exemple de la GPA.** Si dans l'approche qui est la nôtre au sein de ces travaux, le juge apparaît comme l'allier nouveau de l'avocat face au législateur, il existe des situations où le combat de l'avocat ne se porte pas contre une loi, mais contre son interprétation jurisprudentielle par le juge interne. L'exemple de la reconnaissance à l'état civil français d'enfants nés à l'étranger d'une gestation pour autrui en est une illustration. Là encore, une condamnation par la Cour européenne des droits de l'Homme permet à l'avocat de faire fléchir le juge interne. Il s'agit même souvent du seul recours utile, la Cour de cassation ayant tendance à refuser de transmettre une question prioritaire de constitutionnalité qui porte sur sa jurisprudence<sup>1368</sup>.

793. Que ce soit sur le fondement du principe de l'*indisponibilité de l'état des personnes et du corps humain* ou sur celui de la *fraude à la loi*, l'atteinte à l'ordre public international français que constitue la transcription d'un lien de filiation entre des parents et un enfant issu d'une gestation pour autrui à l'étranger se heurte à l'*intérêt de l'enfant*. Ce dernier rencontre des difficultés pratiques notables du fait de cette interdiction de transcription. Il existe donc sur cette question une balance des intérêts entre d'un côté la protection de l'ordre public et de l'autre la protection de l'intérêt de l'enfant. Si la Cour de cassation choisit fermement de privilégier

---

<sup>1368</sup> MOLFEISSIS, N. (2011). La résistance immédiate de la Cour de cassation à la QPC. *Pouvoirs*. Numéro 137, pages 83 à 99.



l'ordre public, la solution évolue sous l'influence de la Cour européenne des droits de l'Homme. Celle-ci ne se prononce pas sur la possibilité souveraine pour un Etat de légaliser la gestation pour autrui dans sa législation. Elle s'intéresse moins à l'opération de fraude globale des parents qu'à la situation d'un enfant innocent qui voit certaines de ses libertés fondamentales bafouées par le refus des autorités de lui reconnaître une filiation ayant des effets dans le pays dans lequel il évolue. Plus exactement, ce refus porte atteinte à sa vie privée garantie par l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales. La nécessité de trouver un équilibre entre ces deux principes de même valeur normative sur cette question est rappelée par la Cour européenne des droits de l'Homme dès 2011 dans une décision *Negrepontis-Giannisis* contre Grèce, dans laquelle la Cour de Strasbourg se fonde sur l'article 8 de la Convention pour rappeler qu'un nécessaire équilibre doit être trouvé entre « *les intérêts concurrents de l'individu et de la société dans son ensemble* » (Paragraphe 54). En l'espèce le problème est celui du statut juridique valablement créé à l'étranger et correspondant à une vie familiale au sens de l'article 8 que l'Etat grec souhaite outrepasser pour refuser la transcription de l'adoption plénière d'un enfant<sup>1369</sup>.

**794. Condamnation de la France.** Malgré le changement de fondement juridique de la Cour de cassation du principe de l'*indisponibilité de l'état des personnes* vers la *fraude à la loi* pour refuser toute transcription, la France est à son tour condamnée par la Cour européenne des droits de l'Homme dans deux arrêts *Mennesson et Labassée contre France* du 26 juin 2014<sup>1370</sup> : « *le respect de la vie privée exige que chacun puisse établir les détails de son identité d'être humain, ce qui inclut sa filiation (...)* ». La Cour décide de faire primer l'intérêt de l'enfant sur la fraude des parents dans le paragraphe 99 :

« *Il est concevable que le France puisse souhaiter décourager ses ressortissants de recourir à l'étranger à une méthode de procréation qu'elle prohibe sur son territoire (...). Il résulte toutefois de ce qui précède que les effets de la non-reconnaissance en droit français du lien de filiation entre les enfants ainsi conçus et les parents d'intention ne se limitent pas à la situation de ces derniers, qui seuls ont fait le choix des modalités de procréation que leur reprochent les autorités françaises : **ils portent aussi sur celle des enfants eux-mêmes, dont le droit au respect de la vie privée, qui implique que***

---

<sup>1369</sup> CEDH. 3 mai 2011, *Negrepontis-Giannisis contre Grèce*. Requête numéro 56759/08.

<sup>1370</sup> CEDH. 26 juin 2014, *Mennesson contre France*. Requête numéro 65192/11.

CEDH. 26 juin 2014, *Labassée contre France*. Requête numéro 65941/11.



*chacun puisse établir la substance de son identité, y compris sa filiation, se trouve significativement affecté. Se pose donc une question grave de compatibilité de cette situation avec l'intérêt supérieur des enfants, dont le respect doit guider toute décision les concernant ».*

795. Les juges de Strasbourg estiment ici que la France est allée au-delà de ce que lui permettait sa marge d'appréciation. Le juge européen rappelle que les Etats sont souverains sur la question de la légalisation de la pratique de la gestation pour autrui. Néanmoins, le refus de la transcription des actes de naissance des enfants nés d'une gestation pour autrui à l'étranger porte atteinte à leur identité au sein de la société française et donc à leur droit au respect de la vie privée garantie par l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales. Il s'agit donc bien de la vie privée des enfants qui est violée ici et non pas le droit au respect de la vie familiale des parents.

**796. Cas particulier.** Pour autant, il ne faut pas exclure que cette jurisprudence ne concerne qu'un cas particulier de gestation pour autrui, laissant un flou quant à une solution plus générale. De fait, dans l'affaire *Mennesson*, le père d'intention est également le père biologique des enfants. Il demeure une considération biologique qui interroge : la solution aurait-elle été identique dans l'hypothèse où aucun des parents d'intention n'était un parent biologique ? Néanmoins cette décision demande au juge français de faire prévaloir l'intérêt de l'enfant sur l'ordre public et non plus l'inverse, ce que fait la Cour de cassation – contrainte – en 2015 dans deux arrêts du 3 juillet :

*« Mais attendu qu'ayant constaté que l'acte de naissance n'était ni irrégulier ni falsifié et que les faits qui y étaient déclarés correspondaient à la réalité, la cour d'appel en a déduit à bon droit que la convention de gestation pour autrui conclue entre M. X... et Mme Z... ne faisait pas obstacle à la transcription de l'acte de naissance »<sup>1371</sup>.*

797. Dans ces deux arrêts, le père d'intention est également le père biologique des enfants. La Cour de cassation se retranche ici derrière le dernier rempart d'ordre public qu'elle peut encore opposer : la *vérité biologique*. Dans cette lignée, à travers quatre arrêts du 5 juillet 2017<sup>1372</sup> la Cour de cassation accepte la transcription du nom du père d'intention qui est

<sup>1371</sup> Cass. Ass. Ple., 3 juillet 2015, pourvoi n°14-21323.

Cass. Ass. Ple., 3 juillet 2015, pourvoi n°15-50021.

<sup>1372</sup> Cass. Civ1., 5 juillet 2017, pourvoi n°15-28.597.

Cass. Civ1., 5 juillet 2017, pourvoi n°16-16.909.

également le père biologique. En revanche elle refuse la transcription de la mère d'intention puisque selon le principe de vérité, la mère est celle qui a accouché. Cependant, elle permet à la mère d'intention (et plus largement à l'autre parent) de demander ensuite l'adoption plénière ou simple de l'enfant de son compagnon, si les conditions légales de ces dernières sont réunies.

**798. Vérité biologique.** Aujourd'hui l'ordre public a certes reculé, mais surtout changé de fondement. Abandonnant le principe d'*indisponibilité de l'état des personnes*, il se retranche aujourd'hui derrière la *vérité biologique*<sup>1373</sup>. L'ordre public semble faire de la maternité physiologique de la mère porteuse un rempart insurmontable à la reconnaissance directe de toute parenté d'intention. Les questions se tournent désormais autour de ce repli. La Cour de cassation estime que cette solution ne contrevient pas au respect de la vie privée et familiale de l'enfant. Pourtant ce principe interroge les avocats des familles concernées. S'il est vrai qu'il permet à l'ordre public de subsister, il crée une discrimination importante entre deux parents qui se sont pourtant investis de manière égale dans un projet familial. L'adoption plénière apparaît également comme une difficulté qu'il ne faut pas négliger. L'obtention de cette reconnaissance adoptive d'un lien de filiation peut se transformer en un véritable parcours du combattant, incluant tous les risques de la vie durant cette procédure (décès d'un membre du couple ou séparation de celui-ci).

**799. Réticences.** Cette jurisprudence n'a-t-elle pas, à terme, vocation à céder ? Déjà des réticences semblent exister au TGI de Nantes qui à plusieurs reprises a accepté la transcription des actes de naissance d'enfants issus d'une gestation pour autrui à l'étranger en mentionnant les noms tant du père biologique que du parent d'intention<sup>1374</sup>. Sur cette question, la Cour de cassation elle-même a posé la question à la Cour européenne des droits de l'Homme le 4 octobre 2018 dans le cadre de la nouvelle procédure de réexamen des décisions définitives civiles lorsque la France est condamnée par la Cour de Strasbourg. Nouvelle procédure issue de la loi du 18 novembre 2016 sur la modernisation de la justice du XXI<sup>e</sup> siècle<sup>1375</sup>. La Cour de cassation semble douter de l'adéquation entre sa solution et l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, notamment dans l'hypothèse

---

Cass. Civ1., 5 juillet 2017, pourvoi n°16-16.455.

Cass. Civ1., 5 juillet 2017, pourvoi n°16-16.495.

<sup>1373</sup> BRUNET, L. (2018). Le recul de l'ordre public face aux pratiques transfrontalières de gestation pour autrui : trop... ou pas assez ? *AJ famille*. Page 572 à 574.

<sup>1374</sup> Tribunal de grande instance de Nantes, 14 décembre 2017, numéro 16/04096.

<sup>1375</sup> Loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI<sup>e</sup> siècle.

où la mère d'intention a fourni ses ovocytes à la mère porteuse. Quelle réalité biologique faire valoir ici ? Celle de l'accouchement ou celle des gènes ?

**800. Victoire du couple Mennesson.** Dans l'affaire Mennesson, la Cour de cassation accepte finalement le 4 octobre 2019 l'entière transcription en droit français des actes de naissance de jumelles nées par gestation pour autrui en Californie. C'est-à-dire également la transcription de la mère d'intention n'ayant aucun lien biologique avec les enfants sans qu'un recours par l'adoption soit nécessaire. Néanmoins, la Cour de cassation indique que cette solution ne concerne que le cas particulier de cette famille dont les enfants sont aujourd'hui majeurs. Le dernier rempart ne semble donc pas encore tombé, même si l'avocat de la famille Maître Patrice Spinosi indique :

*« Ce combat est définitivement et complètement gagné. (...) Cela fera jurisprudence pour des cas identiques à ceux de la famille Mennesson »*<sup>1376</sup>.

801. Le 18 décembre 2019, la Cour de cassation semble aller au bout de sa rupture puisqu'elle considère que les deux membres d'un couple d'hommes – et non plus le seul père biologique – peuvent être intégralement reconnus en France comme parents d'un enfant né à l'étranger de gestation pour autrui. Les juges internes se rallient à la position des juges européens, le combat se déplaçant aujourd'hui contre le législateur – encore récalcitrant – puisqu'un amendement est déposé devant le Sénat invitant cette question dans le projet de loi bioéthique. Si l'amendement est validé, il reviendrait sur cette dernière jurisprudence de la Cour de cassation<sup>1377</sup>.

Cet exemple prouve que la Cour de cassation n'opère cette lente évolution jurisprudentielle que parce qu'elle est contrainte par la Cour européenne des droits de l'homme. Le recours à une juridiction européenne est devenu un instrument militant important dans la stratégie de l'avocat. Il n'a cependant pas toujours besoin d'aller jusqu'à Strasbourg, les juridictions internes pouvant jouer ce rôle de contre-pouvoir au politique.

---

<sup>1376</sup> FranceInfo. GPA : la filiation du couple Mennesson reconnue par la justice. 7 octobre 2019.

<sup>1377</sup> GPA à l'étranger : le Sénat interdit la transcription dans l'état civil français. <https://www.publicsenat.fr> [consulté le 24 septembre 2020].

Paragraphe 2 : Par une juridiction interne.

802. Le développement des contrôles de constitutionnalité et de conventionnalité dans les années 1970 révolutionne l'usage militant du droit. Aujourd'hui le Conseil constitutionnel (A) et la Cour de cassation (B) deviennent pour les avocats le théâtre de l'expression de leurs revendications, une décision favorable constituant une arme de choix contre le législateur.

A) Conseil constitutionnel.

**803. Rôle accru du Conseil constitutionnel.** Il ne s'agit pas de revenir sur l'évolution du rôle accru du Conseil constitutionnel depuis sa création au début de la cinquième République dans le détail, mais il demeure nécessaire de mentionner deux décennies changeant considérablement sa fonction pour le consacrer en juridiction suprême. La première est la décennie 1970, pendant laquelle la saisine du Conseil constitutionnel est étendue désormais à 60 députés et/ou 60 sénateurs dans le contrôle *a priori* de constitutionnalité, ce qui permet d'augmenter considérablement les cas de contrôle. Durant cette décennie, le Conseil constitutionnel étend les textes à valeur constitutionnelle, élargissant ainsi considérablement l'étendue des principes sur lesquels il peut se fonder pour contrôler les lois<sup>1378</sup>.

804. Le contrôle *a priori* des lois s'illustre en un instrument intéressant pour les avocats lorsqu'ils souhaitent protéger les libertés et droits fondamentaux d'une menace sécuritaire. Entre 2015 et 2017, chaque loi de prorogation de l'état d'urgence est l'occasion pour la profession de s'engager auprès des parlementaires qui saisissent le Conseil constitutionnel pour tenter de faire barrage aux dispositions leur apparaissant les plus attentatoires aux libertés individuelles<sup>1379</sup>.

---

<sup>1378</sup> Conseil constitutionnel. 16 juillet 1971. *Liberté d'association*. N°71-44 DC. Par cette décision, le Conseil constitutionnel donne une valeur constitutionnelle au *préambule de la Constitution de 1958* renvoyant lui-même au *préambule de la Constitution de 1946*, aux *Principes Fondamentaux Reconnus par les Lois de la République* et à la *Déclaration des Droits de l'Homme et du citoyen de 1789*.

<sup>1379</sup> Sur ce point lire l'ouvrage : SUREAU, F. (2017). *Pour la liberté. Répondre au terrorisme sans perdre raison*. Tallandier Essais. L'auteur, avocat au conseil, revient sur trois victoires devant le Conseil constitutionnel pour faire censurer des dispositions issues à l'origine de l'état d'urgence.

**805. Instauration de la QPC.** La seconde décennie marquante est celle des années 2010 lorsqu'entre en vigueur la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008 initiant une nouvelle procédure de contrôle *a posteriori* de constitutionnalité devant le Conseil : la question prioritaire de constitutionnalité (QPC). Nous fêtons les dix ans de cette procédure qui révolutionne la pratique judiciaire. Elle permet de demander au Conseil constitutionnel de se positionner sur une loi déjà entrée en vigueur afin que celui-ci indique si elle est ou n'est pas constitutionnelle. Dans le dernier cas, la loi est purement et simplement abrogée. Il devient facile d'imaginer dès lors quelle arme remarquable constitue la procédure de QPC pour les avocats. Ils actionnent d'ailleurs très rapidement cette nouvelle arme puisque la mesure entre en vigueur en mars 2010 et dès le mois de juillet ils obtiennent une condamnation du texte sur la garde à vue qui date de 1993. Pourtant le texte a déjà fait l'objet d'un contrôle *a priori* avant sa promulgation, ce qui normalement contrevient à la condition de *nouveauté* nécessaire pour que la Cour de cassation accepte de renvoyer la question au Conseil constitutionnel. En 1993 le texte est jugé conforme à la Constitution<sup>1380</sup>. Néanmoins, en 2010, la Cour de cassation estime que des changements de circonstances de faits – à savoir l'explosion du nombre de garde à vue en France depuis une quinzaine d'années et la condamnation de la Turquie par la Cour européenne des droits de l'Homme – justifient que soit de nouveau contrôlée la conformité d'une mesure qui d'exceptionnelle est devenue banale<sup>1381</sup> :

*« Déjà dans le rapport deux éléments sont posés en discussion dans le débat : est-ce qu'il faut considérer comme circonstance nouvelle la jurisprudence de la CEDH et faut-il prendre en compte l'explosion du nombre de gardes à vues sur laquelle il y a eu des études officielles. Pouvait-on rester sur ce qui avait été jugé auparavant par le Conseil constitutionnel, à savoir qu'on était parfaitement conforme ? Par rapport à la QPC, si on est loyal à ce système, lorsque la question est sérieuse il faut transmettre au Conseil constitutionnel et on a estimé qu'elle l'était dans notre décision ». Magistrat numéro 1, chambre criminelle de la Cour de cassation.*

**806.** Le 30 juillet 2010, les sages déclarent la garde à vue de droit commun inconstitutionnelle<sup>1382</sup>.

<sup>1380</sup> Conseil constitutionnel. 11 août 1993. *Loi modifiant la loi n° 93-2 du 4 janvier 1993 portant réforme du code de procédure pénale*. N° 93-326 DC.

<sup>1381</sup> Cass. QPC., 31 mai 2010, pourvois n° 05-87.745 ; 09-86.381 ; 10-81.098 ; 10-90.001 à 10-90.020 ; 10-90.023 ; 10-90.024 ; 10-90.028.

<sup>1382</sup> En opposition à la procédure dérogatoire de garde à vue prévue qui elle est déclarée conforme à la Constitution.

« Considérant que, dans ces conditions, les articles 62, 63, 63-1, 63-4, alinéas 1er à 6, et 77 du code de procédure pénale n'instituent pas les garanties appropriées à l'utilisation qui est faite de la garde à vue compte tenu des évolutions précédemment rappelées ; qu'ainsi, la conciliation entre, d'une part, la prévention des atteintes à l'ordre public et la recherche des auteurs d'infractions et, d'autre part, l'exercice des libertés constitutionnellement garanties ne peut plus être regardée comme équilibrée ; que, par suite, ces dispositions méconnaissent les articles 9 et 16 de la Déclaration de 1789 et doivent être déclarées contraires à la Constitution »<sup>1383</sup>.

Cette décision marque le commencement de nombreuses péripéties qui entourent et aboutissent à la réforme de la garde à vue issue de la loi du 14 avril 2011.

A côté du contrôle de constitutionnalité du Conseil constitutionnel, la Cour de cassation peut opérer à son échelle un contrôle de conventionnalité.

## B) Cour de cassation.

**807. Le contrôle de conventionnalité.** Les années 1970 sont également déterminantes pour le contrôle de conventionnalité. Le 3 mai 1974, la France ratifie la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales. Dès lors se pose rapidement la question de savoir qui est compétent pour opérer un contrôle de conventionnalité des lois à ce texte ? Le 15 janvier 1975, dans sa décision IVG<sup>1384</sup>, le Conseil constitutionnel se déclare incompétent pour opérer un tel contrôle, laissant le champ libre à la Cour de cassation et au Conseil d'Etat. La première accepte rapidement d'endosser cette responsabilité dans une décision *Jacques Vabre*<sup>1385</sup> du 24 mai 1975. A partir de cette date n'importe quel avocat peut demander à n'importe quel juge judiciaire d'opérer un contrôle de conventionnalité de la loi applicable à son litige. Si le juge déclare ce texte inconstitutionnel il est inapplicable. En théorie, la puissance d'une décision de censure de la Cour de cassation au nom d'une non-conformité à une convention internationale n'est donc pas exactement la même qu'une décision de non-conformité au bloc de constitutionnalité par le Conseil constitutionnel. De fait, ce dernier

<sup>1383</sup> Conseil constitutionnel. 30 juillet 2010. N° 2010-14/22 QPC. Considérant n°26.

<sup>1384</sup> Conseil constitutionnel. 15 janvier 1975. *Loi relative à l'interruption volontaire de la grossesse*. N° 74-54 DC.

<sup>1385</sup> Cass. Mixte, 24 mai 1975, *Jacques Vabre*, pourvoi n°73-13.556.

abroge la loi, là où la Cour de cassation ne peut que la rendre inapplicable. Il n'en reste pas moins qu'en pratique les conséquences sont le plus souvent identiques. Une telle décision contraint – il s'agira de revenir sur cette question ultérieurement – le législateur à opérer une réforme. Il s'agit donc d'une arme redoutable dans le répertoire d'action collective de l'avocat.

**809. Exemple de la garde à vue.** Une nouvelle fois, l'exemple de la garde à vue est probant puisque c'est la Cour de cassation qui emporte les régimes dérogatoires là où le Conseil constitutionnel n'attaque que le régime commun. Le caractère prioritaire de la question prioritaire de constitutionnalité contraint la Cour de cassation à renvoyer d'abord la question de la constitutionnalité au Conseil avant de se prononcer elle-même sur la conventionnalité :

*« Nous ne pouvions pas statuer chronologiquement sur la conventionnalité avant la constitutionnalité. Donc il y a eu des premières décisions sur la constitutionnalité en sachant très bien que nous allions statuer sur la conventionnalité ».* Magistrat numéro 1, chambre criminelle de la Cour de cassation.

810. La Chambre criminelle de la Cour de cassation attend donc le 19 octobre 2010 pour pouvoir opérer ce contrôle, qui intervient cinq jours après une condamnation de la France par la Cour européenne des droits de l'Homme. Le 14 octobre 2010, la France est condamnée dans un arrêt *Brusco contre France* où la Cour donne la même solution pour l'Hexagone que celle rendue pour la Turquie :

*« La Cour rappelle également que la personne placée en garde à vue a le droit d'être assistée d'un avocat dès le début de cette mesure ainsi que **pendant les interrogatoires**<sup>1386</sup>, et ce a fortiori lorsqu'elle n'a pas été informée par les autorités de son droit de se taire »<sup>1387</sup>.*

**811. Décision de la Chambre criminelle.** Le 19 octobre 2010, dans trois arrêts<sup>1388</sup>, la Cour de cassation rejoint l'interprétation donnée par la Cour européenne des droits de l'Homme en déclarant inconstitutionnelle toute la procédure de garde à vue. Par cette décision, elle outrepassa donc la solution donnée par le Conseil constitutionnel dans sa décision du 30 juillet.

---

<sup>1386</sup> Mis en gras par nos soins.

<sup>1387</sup> CEDH. 14 oct 2010, Brusco contre France. Requête numéro 1466/07, paragraphe 45.

<sup>1388</sup> Cass. Crim., 19 octobre 2010, pourvoi n°10-82.902.

Cass. Crim., 19 octobre 2010, pourvoi n°10-82.306.

Cass. Crim., 19 octobre 2010, pourvoi n°10-82.051.



Elle déclare que toute la procédure de garde à vue est inconstitutionnelle et pas seulement la procédure de droit commun. Autrement dit, la Cour de cassation va plus loin que le Conseil constitutionnel puisqu'elle considère comme inconstitutionnelle les régimes dérogatoires de la garde à vue<sup>1389</sup> :

*« Le Conseil constitutionnel a estimé que pour les régimes dérogatoires il n'y avait pas de circonstances nouvelles, or nous, sur la conventionalité nous avons pris une décision différente en disant que selon l'exigence européenne, il n'était pas possible d'exclure de manière systématique en raison de la seule nature de l'infraction les garanties prévues par l'assistance de l'avocat. Il fallait sortir du systématisme ».*  
Magistrat numéro 1, chambre criminelle de la Cour de cassation.

**812. Décision de l'Assemblée plénière.** L'Assemblée plénière réitère cette condamnation dans quatre arrêts décisifs du 15 avril 2011<sup>1390</sup> à l'occasion desquels elle rappelle que la France ne doit pas attendre d'être elle-même condamnée par la Cour européenne des droits de l'Homme pour prendre en compte une solution jurisprudentielle concernant un autre Etat membre. A l'occasion de ces arrêts, elle pose également le principe important – il s'agira d'y revenir – selon lequel une décision d'inconventionnalité est d'application immédiate :

*« Mais attendu que les Etats adhérents à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales sont tenus de respecter les décisions de la Cour européenne des droits de l'Homme, **sans attendre d'être attaqués devant elle ni d'avoir modifié leur législation***<sup>1391</sup> »<sup>1392</sup>.

813. Cette décision fait de la juridiction de Strasbourg une véritable cour suprême harmonisant la jurisprudence au niveau européen et dont les solutions doivent être immédiatement prises en compte par les Etats, quand bien même ils ne sont pas partis au litige. Il s'agit d'autant plus de munitions à la portée des avocats afin de contraindre le législateur à modifier sa position.

---

<sup>1389</sup> Ces régimes s'appliquent pour des infractions considérées comme particulièrement graves, comme le terrorisme, et pour lesquelles l'entretien avec l'avocat est reculé et la durée de la mesure plus longue.

<sup>1390</sup> Cass. Ass. Ple. 15 avril 2011, pourvoi n°10-17.049.

Cass. Ass. Ple. 15 avril 2011, pourvoi n°10-30.242.

Cass. Ass. Ple. 15 avril 2011, pourvoi n°10-30.313.

Cass. Ass. Ple. 15 avril 2011, pourvoi n°10-30.316.

<sup>1391</sup> Mis en gras par nos soins.

<sup>1392</sup> Cass. Ass. Ple. 15 avril 2011, pourvoi n°10-30.313.



## **Section 2 : Contraindre le législateur à modifier sa position.**

*« Les décisions du Conseil constitutionnel ne sont susceptibles d'aucun recours. Elles s'imposent aux pouvoirs publics et à toutes les autorités administratives et juridictionnelles ». Article 62 alinéa 3 de la Constitution de 1958.*

814. Comme mentionné précédemment, les juridictions opérant un contrôle de conventionnalité ou de constitutionnalité deviennent de véritables atouts pour les avocats. Elles font du droit non plus une arme de domination de l'Etat, mais une arme contre la domination de l'Etat. Ce renversement est important puisque la légitimité d'une condamnation permet de contraindre le législateur à modifier la loi pour la rendre conforme à ces sources supranationales dans un temps imparti (Sous-Section 1), faisant de l'avocat un véritable contre-pouvoir au politique (Sous-Section 2).

### **Sous-Section 1 : Possibilité de différer les effets d'une condamnation dans le temps.**

815. Dans un souci de sécurité juridique, lorsqu'une décision est prise sur le fondement d'une inconstitutionnalité ou d'une inconstitutionnalité, il existe une possibilité pour le Conseil constitutionnel de différer dans le temps sa déclaration d'inconstitutionnalité afin que le législateur puisse prendre les mesures adéquates (Paragraphe 1). Cette possibilité a été finalement refusée au juge judiciaire lorsqu'il rend une décision d'inconstitutionnalité (Paragraphe 2). Si ces considérations n'intéressent pas directement le militantisme des avocats, elles doivent être étudiées parce qu'elles participent à ce mouvement global qui permet aujourd'hui aux agents du système judiciaire – dans une certaine mesure – de contraindre le législateur.

Paragraphe 1 : Le Conseil constitutionnel.

816. Pour une question de sécurité juridique (B), le juge constitutionnel a la possibilité de différer dans le temps les effets de sa décision d'inconstitutionnalité, comme il l'a fait dans le cas de la garde à vue (A).

A) Possibilité de différer dans le temps les effets d'une décision d'inconstitutionnalité.

*« Une disposition déclarée inconstitutionnelle sur le fondement de l'article 61-1 est abrogée à compter de la publication de la décision du Conseil constitutionnel ou d'une date ultérieure fixée par cette décision. Le Conseil constitutionnel détermine les conditions et limites dans lesquelles les effets que la disposition a produits sont susceptibles d'être remis en cause ».* Article 62 alinéa 2 de la Constitution de 1958.

**817. Diffusion dans le temps des effets d'une décision d'inconstitutionnalité.** Le Conseil constitutionnel dispose de la possibilité de différer dans le temps les effets d'une déclaration d'inconstitutionnalité. Le but est simple : permettre au législateur d'avoir connaissance de cette condamnation afin de prendre les mesures adéquates pour se mettre en conformité avec les dispositions constitutionnelles. Autrement dit, dans le cadre du contrôle de constitutionnalité, en plus de censurer un texte, le Conseil constitutionnel peut également enjoindre le pouvoir législatif à réformer une procédure. Il a recours à ce procédé dans sa décision du 30 juillet 2010 concernant la garde à vue. Il donne au législateur jusqu'au 1<sup>er</sup> juillet 2011 pour la réformer, de sorte que cette inconstitutionnalité n'entraîne pas l'annulation de toutes les procédures de garde à vue alors en cours<sup>1393</sup> :

---

<sup>1393</sup> Conseil constitutionnel. 30 juillet 2010. N° 2010-14/22 QPC. Considérant n°27 : « Considérant, d'une part, que le Conseil constitutionnel ne dispose pas d'un pouvoir général d'appréciation de même nature que celui du Parlement ; qu'il ne lui appartient pas d'indiquer les modifications des règles de procédure pénale qui doivent être choisies pour qu'il soit remédié à l'inconstitutionnalité constatée ; que, d'autre part, si, en principe, une déclaration d'inconstitutionnalité doit bénéficier à la partie qui a présenté la question prioritaire de constitutionnalité, l'abrogation immédiate des dispositions contestées méconnaîtrait les objectifs de prévention des atteintes à l'ordre public et de recherche des auteurs d'infractions et entraînerait des conséquences manifestement excessives ; qu'il y a lieu, dès lors, de reporter au 1<sup>er</sup> juillet 2011 la date de cette abrogation afin de permettre au législateur de remédier à cette inconstitutionnalité ; que les mesures prises avant cette date en application des dispositions déclarées contraires à la Constitution ne peuvent être contestées sur le fondement de cette inconstitutionnalité ».

*« Si, en principe, la déclaration d'inconstitutionnalité doit bénéficier à l'auteur de la question prioritaire de constitutionnalité et la disposition déclarée contraire à la Constitution ne peut être appliquée dans les instances en cours à la date de la publication de la décision du Conseil constitutionnel, les dispositions de l'article 62 de la Constitution réservent à ce dernier le pouvoir tant de fixer la date de l'abrogation et reporter dans le temps ses effets que de prévoir la remise en cause des effets que la disposition a produits avant l'intervention de cette déclaration »<sup>1394</sup>.*

819. Ainsi, l'exemple de la garde à vue prouve-t-il à quel point le Conseil constitutionnel apparaît aujourd'hui comme un véritable contre-pouvoir au politique. Ce constat est accentué par la mise en place de la procédure de question prioritaire de constitutionnalité. Lorsqu'il est saisi par la Cour de cassation ou par le Conseil d'Etat – et avant eux par l'avocat de n'importe quel justiciable – il peut censurer un texte, l'abroger et enjoindre au pouvoir politique de modifier sa législation.

**820. Efficacité de la QPC.** L'anniversaire des dix ans de la question prioritaire de constitutionnalité est l'occasion de faire un point sur le nombre de décisions d'inconstitutionnalité rendues par le biais de cette procédure. Le premier constat est que la QPC représente aujourd'hui – et de loin – la grande majorité du contentieux traité par le Conseil. Entre mars 2010 et juin 2019, 79% des décisions rendues sont des décisions QPC. Parmi elles, seulement 50,8% aboutissent à une déclaration de constitutionnalité<sup>1395</sup>. Lors du contrôle *a priori*, ce chiffre descend même à 47,3%. Les cas de censures sont donc loin d'être isolés.

821. Il faut néanmoins noter une limite : la Cour de cassation ne joue pas toujours le jeu de la question prioritaire de constitutionnalité<sup>1396</sup>. Elle refuse systématiquement de renvoyer une question au Conseil constitutionnel qui porte non pas sur le fond d'un texte mais sur l'interprétation qu'elle en fait<sup>1397</sup>. Autrement dit, elle refuse que soit opéré un contrôle de constitutionnalité de sa propre jurisprudence, sans doute parce que reconnaître cette compétence au Conseil constitutionnel revient à reconnaître la supériorité hiérarchique de cette juridiction.

---

<sup>1394</sup> Conseil constitutionnel. 30 juillet 2010. N° 2010-14/22 QPC.

<sup>1395</sup> Chiffres consultables sur le site du Conseil constitutionnel : <https://www.conseil-constitutionnel.fr/bilan-statistique> [consulté le 11 septembre 2019].

<sup>1396</sup> MOLFESSIS, N. (2011). La résistance immédiate de la Cour de cassation à la QPC. *Pouvoirs*. Numéro 137, pages 83 à 99.

<sup>1397</sup> Par exemple voir l'arrêt suivant : Cass. Crim., 6 février 2018, pourvoi n°17-85.301.

Malgré cette limite, il est indéniable que la question prioritaire de constitutionnalité constitue une arme militante redoutable pour l'avocat, même si la possibilité de différer dans le temps une décision d'inconstitutionnalité – qui se justifie par une question de sécurité juridique – peut limiter les effets immédiats d'une condamnation.

B) Justification de sécurité juridique.

**822. Vide juridique.** La possibilité de différer dans le temps sa décision d'inconstitutionnalité du Conseil constitutionnel se justifie par un souci de sécurité juridique. Lorsqu'une décision d'inconstitutionnalité *a posteriori* est rendue, le texte en question est purement et simplement abrogé, ce qui risque de créer une situation de *vide juridique*. Un vide juridique est une période pendant laquelle un texte de loi est supprimé sans qu'aucun autre ne soit encore venu le remplacer. Cette situation aurait eu dans le cas de la garde à vue comme conséquence dramatique de rendre nulle toutes les procédures en cours basées sur ce texte. Il s'agit ici de tout le paradoxe pour l'avocat qui a recours à cette mesure. Il a réussi à démontrer l'inconstitutionnalité d'un texte, mais cette inconstitutionnalité ne pourra pas dans l'immédiat bénéficier à son client. Lorsque le législateur fait ce choix dans les règles du Conseil constitutionnel, il estime sans doute que la chute immédiate de certaines procédures constitue un danger plus grand pour la société que de continuer pendant un temps à appliquer un texte dont l'inconstitutionnalité est désormais connue. Néanmoins la situation n'est pas sans poser des problèmes pratiques, notamment pour le juge judiciaire qui se retrouve quant à lui saisi de questions de conventionnalité à propos de pratiques qu'il sait déjà inconstitutionnelles, mais qui continuent d'être en vigueur :

*« Le gros problème de la décision prise par le Conseil constitutionnel était qu'on disait que les gardes à vue étaient contraires aux droits de l'Homme et en même temps on continue à placer des gens en garde à vue dans des conditions contraires aux garanties fondamentales, ce qui pose un problème même philosophiquement. (...) Le Conseil constitutionnel aurait pu prendre une décision différente en figeant les choses, ça aurait été dans ce cas facile pour la Cour de cassation. Alors qu'est-ce que nous pouvions faire avec ce problème ? C'est-à-dire que le Conseil autorisait de nouveaux placements en garde à vue et nous nous savions qu'au niveau de la CEDH on*

*continuerait à nous saisir pour faire annuler ces mêmes gardes à vue* ». Magistrat numéro 1, chambre criminelle de la Cour de cassation.

823. Il n'en reste pas moins que cette possibilité est une réelle injonction faite au pouvoir politique. L'idée est pour le Conseil constitutionnel de signifier au législateur que s'il ne prend pas en compte la déclaration d'inconstitutionnalité avant un délai qu'il précise, les effets de la déclaration seront effectifs avec de potentielles conséquences néfastes. Par ce mécanisme, les sages en viennent en quelque sorte à dicter au législateur son calendrier parlementaire.

La question s'est posée à la Cour de cassation de savoir si elle disposait du même pouvoir.

#### Paragraphe 2 : La Cour de cassation.

824. A l'occasion des décisions qui entourent la déclaration d'inconventionnalité de la garde à vue, la chambre criminelle prend l'initiative de différer dans le temps les effets de sa déclaration d'inconventionnalité (A). Finalement, l'Assemblée plénière vient affirmer avec force qu'une déclaration d'inconventionnalité est d'application immédiate (B).

##### A) Initiative de la Chambre Criminelle.

**825. Décision du 19 octobre 2010.** Si les règles du Conseil constitutionnel prévoient la possibilité de différer dans le temps une déclaration d'inconstitutionnalité, ce n'est pas le cas du code de l'organisation judiciaire pour la Cour de cassation qui ne fait aucune mention d'une telle opportunité afin de différer dans le temps une déclaration d'inconventionnalité. Avec l'avènement de la question prioritaire de constitutionnalité, une nouvelle problématique apparaît : un même texte peut se retrouver à la fois soumis à un contrôle de constitutionnalité et de conventionnalité dans un laps de temps très restreint. Dès lors, se pose pour la première fois lors des épisodes judiciaires entourant la garde à vue, la question à la Cour de cassation de

savoir si elle doit s'aligner sur le délai donné par le Conseil constitutionnel. C'est-à-dire si elle peut elle-même différer dans le temps sa décision d'inconventionnalité.

*« La Cour de cassation a eu conscience du fait qu'il pouvait y avoir un problème de bonne administration de la justice avec le Conseil constitutionnel qui, lui, reportait la date de délai donné au législateur pour modifier la loi, ce qui ne touchait pas les situations antérieures et acquises. Nous, généralement lorsque nous appliquons la CSDH, ça s'applique toujours à des situations concrètes déjà intervenues et l'effet est donc en général direct. Si une procédure a été faite de façon contraire aux droits de l'Homme, l'effet doit être immédiat, mais par les décisions que nous prenions de considérer que les textes sur la garde à vue étaient contraires à la convention, l'effet risquait d'être gigantesque. D'une part sur les gardes à vues déjà intervenues, d'autre part sur les gardes à vues à venir ». Magistrat numéro 1, chambre criminelle de la Cour de cassation.*

826. L'initiative est prise par la chambre criminelle, qui dans sa décision du 19 octobre 2010<sup>1398</sup> – soit quelques jours seulement après la condamnation de la France par la Cour européenne des droits de l'Homme dans l'arrêt *Brusco contre France*<sup>1399</sup> du 14 octobre 2010 – décide de s'aligner sur la date imposée par le Conseil constitutionnel pour laisser le temps au législateur de modifier sa législation :

*« Que ces règles prendront effet lors de l'entrée en vigueur de la loi devant, conformément à la décision du Conseil constitutionnel du 30 juillet 2010, modifier le régime juridique de la garde à vue, ou, au plus tard, le 1er juillet 2011 ».*

827. La chambre criminelle prévoit donc que les effets de sa déclaration d'inconventionnalité ne seront effectifs au plus tard qu'au 1<sup>er</sup> juillet 2011, au nom de la bonne administration de la Justice :

*« Ce mécanisme, la chambre criminelle a pensé pouvoir le mettre en œuvre, au nom de valeurs qui ne sont pas exclues par la CEDH : c'est la bonne administration de la justice, et évidemment cela avait le même effet qui était de dire que l'on pouvait continuer à placer des personnes en garde à vue de façon contraire à la CSDH. C'était*

---

<sup>1398</sup> Cass. Crim., 19 octobre 2010, pourvoi n°10-82.902.

<sup>1399</sup> CEDH. 14 octobre 2010, *Brusco contre France*. Requête numéro 1466/07.

*un débat assez difficile* ». Magistrat numéro 1, chambre criminelle de la Cour de cassation.

Ce débat difficile est finalement tranché par l'Assemblée plénière de la Cour de cassation le 15 avril 2011.

## B) Refus de l'Assemblée Plénière.

*« Au regard des effets dans le temps, la prise en compte de situations, il était généralement admis que ça [une décision d'inconventionnalité] ne pouvait être que dans l'intérêt des personnes, or là c'était quand même dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice et non pas des personnes »*. Magistrat numéro 1, chambre criminelle de la Cour de cassation.

**829. Décisions du 15 avril 2011.** L'initiative de la chambre criminelle de laisser un délai au législateur pour réformer le système de garde à vue en s'alignant sur la date posée par le Conseil constitutionnel est brisée par l'Assemblée plénière de la Cour de cassation à l'occasion de quatre arrêts<sup>1400</sup> en date du 15 avril 2011. Dans ces décisions, l'Assemblée plénière explique qu'une déclaration d'inconventionnalité est d'effet immédiat et ne peut être repoussée pour permettre au législateur de modifier sa législation. Le Gouvernement a dû appeler à une application immédiate de sa loi pour éviter que ne tombent en cascade toutes les procédures de garde à vue effectives entre le 15 avril 2011 et le 1<sup>er</sup> juin 2011 (jour où la loi devait effectivement entrer en vigueur). Il le fait à travers une circulaire<sup>1401</sup> où transparait le désarroi du pouvoir politique face à une décision de justice :

*« L'Assemblée plénière n'a pas différé les effets de ses décisions au 1<sup>er</sup> juillet 2011 : elle a, au contraire, considéré que les exigences du procès équitable résultant de l'article 6 de la CSDHLF, dont toute personne gardée à vue doit pouvoir bénéficier,*

---

<sup>1400</sup> Cass. Ass. Ple., 15 avril 2011, pourvoi n°10-17.049.

Cass. Ass. Ple., 15 avril 2011, pourvoi n°10-30.242.

Cass. Ass. Ple., 15 avril 2011, pourvoi n°10-30.313.

Cass. Ass. Ple., 15 avril 2011, pourvoi n°10-30.316.

<sup>1401</sup> Circulaire du Ministère de la Justice et des Libertés du 15 avril 2011 relative aux droits de la personne gardée à vue, suite aux arrêts de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation du 15 avril 2011. NOR : JUSD1110661C

*sont d'application immédiate. Il m'apparaît dans ces conditions que les principes de sécurité juridique et de bonne administration de la justice imposent d'appliquer, dès maintenant et par anticipation, les seules dispositions de la loi nouvelle relatives à la notification du droit au silence et à l'intervention de l'avocat lors des auditions, en mettant immédiatement en œuvre les garanties créées par le législateur, sans attendre la date d'entrée en vigueur fixée par ce dernier ».*

**830. Droits de la personne.** La Cour de cassation décide de privilégier les droits de la personne au dépend de la bonne administration de la Justice. Peu importe donc les conséquences pratiques sur les procédures frappées d'inconventionnalité. Il n'est pas envisageable de continuer d'appliquer une procédure contraire aux droits fondamentaux. Dans le cas de la garde à vue, les conséquences ne sont pas graves puisque la loi de réforme est définitivement votée la veille des arrêts de l'Assemblée plénière. Hasard du calendrier heureux qui suscite néanmoins l'interrogation de savoir si la solution de la Cour de cassation aurait été la même sans ce texte garantissant que les procédures de garde à vue n'allaient pas toutes tomber en cascade :

*« Je n'ai aucun élément qui me donne à penser que la décision de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation a été influencée par la date à laquelle la loi est intervenue. Vraiment, rien ne permet de le penser. (...) Je pense qu'elle aurait décidé la même chose, peu importe le moment où elle est intervenue. Sur cette idée, le débat dans la Cour par rapport à cette innovation – d'ailleurs critiquée par une large partie de la doctrine, même si une autre partie a compris la décision de la chambre criminelle – a fait que l'Assemblée plénière a considéré qu'on ne pouvait pas reporter dans le temps les effets d'une décision d'inconventionnalité, cela ne s'était jamais fait ». Magistrat numéro 1, chambre criminelle de la Cour de cassation.*

**831. Conséquences politiques.** Il n'en reste pas moins que désormais, si les décisions d'inconventionnalité de la Cour de cassation n'ont toujours pas sur le fond la même force qu'une décision d'inconstitutionnalité – puisqu'elles n'abrogent pas le texte mais le rendent simplement inapplicable – le principe nouveau selon lequel les effets de ces décisions ne peuvent pas être différés dans le temps a des conséquences pratiques particulièrement contraignantes pour le pouvoir politique. Ce principe vient en quelque sorte annihiler dans la pratique le parachute qu'avait encore ce dernier lorsque les effets d'une déclaration d'inconstitutionnalité étaient différés. De fait, quand bien même le texte reste en vigueur, les



mesures prises sur son fondement peuvent être toutes contestées devant le juge judiciaire, ce qui fait de l'avocat à l'initiative du recours un réel contre-pouvoir du législateur.

### **Sous-Section 2 : L'avocat contre-pouvoir du législateur.**

832. Dans sa mission militante, l'avocat peut être confronté à deux approches : soit il milite pour contraindre le législateur à réformer (Paragraphe 1), soit au contraire il s'oppose à une réforme et apparaît alors comme le bouclier – souvent le dernier – protégeant les libertés et droits fondamentaux (Paragraphe 2).

#### **Paragraphe 1 : Contraindre le politique à réformer.**

833. Démonstration en a été faite, la condamnation judiciaire obtenue par l'avocat est une arme redoutable dans le *répertoire d'action collective* d'une organisation défendant une cause. Fort de cette légitimité juridique il peut s'en servir pour demander au pouvoir politique de se mettre en conformité avec cette solution rendue (A). Néanmoins, le pouvoir politique ne subit pas systématiquement la condamnation. Celui-ci peut s'en servir dans son discours, notamment lorsqu'il craint que la solution rendue soit accueillie de manière hostile par l'opinion publique (B).

##### **A) La condamnation subie par le pouvoir politique.**

**834. Exemple de la garde à vue.** L'arme du droit devient redoutable puisqu'une condamnation judiciaire d'un texte par une juridiction chargée d'un contrôle de constitutionnalité ou de conventionnalité oblige le pouvoir politique à prendre en compte cette condamnation et à modifier sa législation. C'est le cas avec l'exemple de la garde à vue.

835. Les conséquences des condamnations du Conseil constitutionnel en juillet 2010 et de la Cour de cassation en octobre 2010, sont immédiates et inégales. Du côté de la magistrature

à titre d'exemple, certains donnent comme consigne d'attendre la réaction du pouvoir politique. D'autres choisissent d'anticiper les changements à venir. A titre d'illustration, les présidents de l'instruction de la Cour d'appel de Lyon appellent le 29 novembre 2010 les magistrats instructeurs de leur ressort à ne pas donner de directives aux services de police et de gendarmerie. Le but est qu'ils changent leurs pratiques dans un sens allant vers la présence accrue de l'avocat pendant la période privative de liberté, alors que ces services se disent totalement hostiles à cette manière de procéder. Ils demandent à ces magistrats d'attendre la fin du délai laissé par le Conseil constitutionnel pour ne pas provoquer « *une incertitude accrue pour les OPJ sur la procédure à mettre en œuvre selon les prescriptions diverses et très variées des magistrats mandants* », ainsi qu'une « *atteinte au principe d'égalité entre les justiciables au regard des différentes pratiques ordonnées de façon prétorienne et en dehors de tout cadre légal* »<sup>1402</sup>.

836. Les juges d'instruction du TGI de Créteil appellent le 8 décembre 2010 les OPJ à respecter les principes qui découlent des arrêts de la Cour de cassation du 19 octobre 2010 et de l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'Homme *Brusco contre France*<sup>1403</sup> du 14 octobre 2010. Les OPJ doivent pour les régimes dérogatoires motiver obligatoirement leur décision de restriction de l'assistance du gardé à vue dès le début de la mesure par un avocat. Le gardé à vue doit être informé de son droit de garder le silence et enfin il doit pouvoir bénéficier de l'assistance d'un avocat dans des conditions lui permettant d'organiser sa défense et de préparer avec lui ses interrogatoires auxquels l'avocat doit pouvoir assister<sup>1404</sup>. *A contrario* du côté des syndicats de police, un appel est lancé à respecter la loi en vigueur et à ne pas prendre en compte les condamnations judiciaires<sup>1405</sup>.

**837. Réaction de la Chancellerie.** Enfin, la Chancellerie réagit dans une note du 19 octobre<sup>1406</sup> adressée aux procureurs et présidents de cours d'appels ou de tribunaux de grande instance. Elle revient sur le contenu de la décision de la Cour de cassation en arguant que le projet de réforme du gouvernement – déposé le 13 octobre 2010 à l'Assemblée nationale – intégrera la décision. Cependant, elle rappelle qu'au nom de la sécurité juridique, comme le

---

<sup>1402</sup> Lettre des présidents de la chambre de l'instruction de la Cour d'appel de Lyon aux magistrats instructeur de ce ressort, Lyon, le 29 novembre 2010.

<sup>1403</sup> CEDH. 14 octobre 2010, *Brusco contre France*. Requête numéro 1466/07.

<sup>1404</sup> Note collective des juges d'instruction du TGI de Créteil, le 8 décembre 2010.

<sup>1405</sup> Communiqué du SNOP : *Garde à vue : consignes aux officiers*. Paris, le 21 décembre 2010.

<sup>1406</sup> Note de la Chancellerie du 19 octobre 2010, direction des affaires criminelles et des grâces, sous-direction de la justice pénale générale, bureau de la police judiciaire.

Conseil constitutionnel, la chambre criminelle de la Cour de cassation a décidé de reporter dans le temps les effets de sa décision et qu'il en résulte que « *ces arrêts ne remettent pas immédiatement en cause les régimes actuels de garde à vue et que ceux-ci restent donc en vigueur jusqu'à cette échéance* ». Elle appelle donc les procureurs à diffuser le plus largement possible cette information dans leurs ressorts en veillant à ce que ce différemment dans le temps soit bien pris en compte par les magistrats. Dans le cas contraire, elle demande à ces procureurs de procéder à l'exercice de leurs voies de recours.

**838. Réaction des syndicats.** Le Syndicat de la magistrature réagit à cette note le 21 octobre 2010. Il demande à tous les magistrats du siège et du parquet de ne pas la suivre. Il accuse la Chancellerie de vouloir continuer à violer quotidiennement la Constitution et la Convention<sup>1407</sup>. Le syndicat des avocats de France, dans un communiqué de presse du 19 octobre 2010 rappelle les trois principes énoncés par les décisions de la Cour de cassation le même jour (droit de garder le silence ; assistance effective d'un avocat ; et nécessité impérieuse tenant aux circonstances particulières de l'espèce pour restreindre cette assistance). Il affirme que le projet de loi déposé par le Gouvernement le 13 octobre de la même année n'y répond pas. Il dénonce l'allocution de la Garde des sceaux Michèle Alliot-Marie, qui le 15 octobre – soit le lendemain de la condamnation de la France par la Cour européenne des droits de l'Homme – déclare devant le Conseil National des Barreaux, que la Cour a condamné le régime de 1999 déjà plus en vigueur. Enfin, le syndicat déplore « *qu'au nom du principe de sécurité juridique et de la bonne administration de la justice, la violation par la France des exigences conventionnelles qui s'imposent à elle, (...) puisse perdurer pendant plusieurs mois* ». Il appelle le Gouvernement à revoir d'urgence sa copie et à proposer au Parlement un texte qui mette la France en conformité avec les exigences européennes. Enfin, il demande aux avocats de contester systématiquement la validité « *de toutes les gardes à vue réalisées au mépris des droits fondamentaux reconnus par les plus hautes juridictions européennes et françaises* »<sup>1408</sup>.

**839. Projet de réforme.** Malgré ces premières réactions politiques qui semblent teintées de mauvaise foi et qui s'expliquent probablement par le discours de politique pénale *tolérance zéro* – abordée précédemment – tenu par le Gouvernement Sarkozy, le législateur est finalement contraint de prendre en compte à la fois la condamnation du Conseil constitutionnel et celle de

---

<sup>1407</sup> Contre circulaire du Syndicat de la magistrature en réaction à la note de la Chancellerie du 19 octobre 2010, adressée aux magistrats du siège et du parquet, Paris, le 21 octobre 2010.

<sup>1408</sup> SAF, communiqué de presse « La garde à vue à la française jugée, non seulement contraire à la Constitution, mais aussi à la CSDH : le gouvernement est contraint de revoir son projet », Paris, le 19 octobre 2010.

la Cour de cassation. Il propose une réforme du système de garde à vue qui est définitivement adoptée le 14 avril 2011 :

*« Lorsque le législateur a fait la loi, il a intégré d'une part ce qui était commun au Conseil constitutionnel et à la Cour de cassation et d'autre part sur ce plan-là, il a intégré la jurisprudence de la CEDH puisque dans notre actuel code il n'y a plus de report automatique ». Magistrat numéro 1, chambre criminelle de la Cour de cassation.*

840. Le projet de loi est déposé par le Gouvernement le 13 octobre 2010 et adopté par la commission des lois le 15 décembre 2010. Il passe pour la première fois devant l'Assemblée nationale lors de la séance du 18 janvier 2011, qui commence par l'intervention de monsieur le député Sébastien Huyghe (député UMP du Nord) dans une question au gouvernement. Ce député rappelle que la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme, du Conseil constitutionnel et de la Cour de cassation « impose » au parlement de réformer la procédure de garde à vue. Ce député de la majorité se place donc comme subissant une décision de justice. Dans la continuité du discours des hommes politiques de droite, il soutient les syndicats de police et rappelle que le but de cette réforme est de réussir à concilier des intérêts divergents :

*« Elle doit tout d'abord donner les moyens de mener l'enquête sans entraves afin de permettre la manifestation de la vérité. Elle doit également admettre que le mis en cause puisse exercer ses droits légitimes à la défense. Elle doit en outre accorder à la victime les moyens d'être respectée et protégée, et veiller à ce que, dans les faits, celle-ci n'est pas le sentiment que les rôles sont inversés »<sup>1409</sup>.*

Se retrouve dans ce discours sécuritaire la ligne qui est celle du président Nicolas Sarkozy pendant sa campagne présidentielle : placer la victime au centre du procès et lutter toujours plus contre la délinquance. Cependant, ce discours rappelle qu'il faut néanmoins construire une réforme qui ne risque pas d'être de nouveau censurée par le Conseil constitutionnel ou la Cour européenne des droits de l'Homme.

841. Finalement, l'article 6 de la loi du 14 avril 2011<sup>1410</sup> ajoute un nouvel article au code de procédure pénale : l'article 63-3-1 alinéa 1<sup>er</sup> ainsi rédigé :

---

<sup>1409</sup> Compte rendu intégral de la séance de l'Assemblée nationale du 18 janvier 2011, XIII législature, page 12.

<sup>1410</sup> Loi n° 2011-392 du 14 avril 2011 relative à la garde à vue.

*« Dès le début de la garde à vue, la personne peut demander à être assistée par un avocat. Si elle n'est pas en mesure d'en désigner un ou si l'avocat choisi ne peut être contacté, elle peut demander qu'il lui en soit commis un d'office par le bâtonnier ».*

L'article 8 prévoit quant à lui l'insertion d'un nouvel article 63-4-2 dans le code de procédure pénale qui prévoit que :

*« La personne gardée à vue peut demander que l'avocat assiste à ses auditions et confrontations. Dans ce cas, la première audition, sauf si elle porte uniquement sur les éléments d'identité, ne peut débuter sans la présence de l'avocat choisi ou commis d'office avant l'expiration d'un délai de deux heures suivant l'avis adressé dans les conditions prévues à l'article 63-3-1 de la demande formulée par la personne gardée à vue d'être assistée par un avocat. Au cours des auditions ou confrontations, l'avocat peut prendre des notes ».*

**842. Circulaire du 15 avril 2011.** Le caractère contraignant des condamnations judiciaires pour le pouvoir politique se lit également dans la circulaire du ministère de la Justice et les Libertés du 15 avril 2011 relative aux droits de la personne gardée à vue. Cette circulaire explique bien que la réforme a pour but de mettre le code de procédure pénale en conformité avec les exigences constitutionnelles et conventionnelles issues de condamnations judiciaires :

*« L'objet principal de ce texte est de modifier de façon substantielle les règles applicables en matière de garde à vue afin de mettre celles-ci en conformité avec les exigences énoncées par le Conseil constitutionnel dans sa décision du 30 juillet 2010 et les principes résultant de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales (CSDH/LF), tels que rappelés par la Chambre criminelle de la Cour de cassation dans ses arrêts du 19 octobre 2010 »<sup>1411</sup>.*

**843.** La garde à vue constitue donc un exemple probant de la contrainte imposée par des juridictions – à savoir ici le Conseil constitutionnel et la Cour de cassation saisis par des avocats – à un pouvoir politique qui est peu enclin à faire une place plus grande à l'avocat dans la procédure de garde à vue. Cette place nouvelle allant à l'encontre du discours de politique

---

<sup>1411</sup> Circulaire du Ministère de la Justice et les Libertés du 15 avril 2011 relative aux droits de la personne gardée à vue, suite aux arrêts de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation du 15 avril 2011. NOR : JUSD1110661C

pénale du Gouvernement, toujours plus sécuritaire, va également à l'encontre des recommandations des syndicats de police :

*« Ils sont présents dans les parties politiques, puis dans les réseaux franc-maçon (...) Bruno Beschizza vient d'être élu maire d'Aulnay-sous-bois, c'est un représentant syndical de la police et un leader de l'UMP en Seine saint Denis, voilà, ici aussi ça joue, les syndicats de police font pression sur le ministre de l'intérieur qui lui-même fait pression sur le ministre de la justice ».* Chercheur numéro 3, CNRS, spécialiste des rapports police/justice.

Toutefois, ce constat n'est pas toujours vrai. Le pouvoir politique ne se trouve pas systématiquement dans une position de faiblesse par rapport à l'autorité judiciaire. Il sait à l'occasion instrumentaliser une condamnation plutôt que de la subir, ce qui peut être un frein à l'instrument militant que représente pour l'avocat une décision judiciaire favorable.

#### B) La condamnation instrumentalisée par le pouvoir politique.

##### **844. Relativité de la domination nouvelle du judiciaire sur l'exécutif et le législatif.**

Aujourd'hui encore, le pouvoir exécutif exerce en France un contrôle sur le parquet, alors que les magistrats de ce dernier font partie du corps judiciaire, au même titre que les juges du siège. Globalement, il semble même que le parquet soit de plus en plus hiérarchisé et soumis à l'exécutif, alors que corrélativement ses prérogatives judiciaires augmentent :

*« C'est une pesanteur de l'exécutif sur le judiciaire qui se ressent localement, avec toute la propension des honneurs : la légion d'honneur et l'ordre des mérites, ce qui est révélateur d'une physionomie structurelle de la magistrature par rapport à l'exécutif ».* Chercheur numéro 3, CNRS, spécialiste des rapports police/justice.

Le législateur peut imposer des réformes pénales aux juges du siège, que ces derniers sont obligés de suivre. L'instauration des peines planchers au début du mandat de Nicolas Sarkozy, ou la loi Dati de 2009 qui oblige les magistrats à prononcer plus de peines en milieux ouverts en sont de bonnes illustrations :

« On est dans un système où le législateur et le personnel politique en général, a beaucoup de moyens de contraintes sur les juges ». Chercheur numéro 3, CNRS, spécialiste des rapports police/justice.

**845. Approche alternative de la judicialisation.** Une autre approche de la judicialisation peut être alors abordée. S'il ne s'agit pas réellement d'un basculement du pouvoir législatif et exécutif vers l'autorité judiciaire, comment expliquer la place de plus en plus importante de la justice dans nos sociétés contemporaines ? Une vision différente peut être soutenue : celle qui consiste à dire que le phénomène de judicialisation est en fait un phénomène de massification des affaires judiciaires. Le recours à la justice est depuis une cinquantaine d'années en forte augmentation – notamment du fait de la politique de tolérance zéro abordée précédemment – ce qui explique la place de plus en plus importante que peuvent prendre les avocats dans le paysage politique français. Dans cette vision, les juges ne sont donc plus les auteurs de cette judicialisation, mais les victimes. Ils subissent cette forte demande sociale d'accès à la justice et n'en sont pas du tout à l'initiative :

« Plus la justice est débordée par des tas d'affaires et plus elle est dans une logique de traitement de flux qu'elle subit, et pas dans une logique de politique qu'elle maîtrise ». Chercheur numéro 3, CNRS, spécialiste des rapports police/justice.

846. Ce constat de logique de traitement de flux au sein de la magistrature renforce l'idée selon laquelle le débat et la réflexion militant est plus le fait des avocats à l'initiative des recours que celui des magistrats qui pourtant sont ceux qui rendront la décision qui peut faire évoluer une cause.

847. La perception des institutions étatiques qui participent au processus de l'action publique, est négative dans l'opinion. Après l'effervescence d'une nouvelle élection présidentielle, tous les sondages montrent rapidement un sentiment de méfiance envers les gouvernants par les gouvernés : faibles, inefficaces, peu organisés, corrompus, trop payés... autant de termes récurrents pour qualifier les politiques. Cette perception des hauts fonctionnaires français par leurs administrés est un facteur qui contribue à faire des acteurs judiciaires des personnages de plus en plus stratégiques de la sphère politique. Cependant, devons-nous en déduire que les ministres, chefs de l'opposition ou parlementaires sont complètement impuissants face à ce constat ? Si nous restons dans une vision de la judicialisation comme une montée en puissance du judiciaire au détriment du politique, il

apparaît nécessaire de relativiser ce propos. Avec l'exemple de la réforme de la garde à vue, l'influence croissante des hautes juridictions est perceptible. Cependant, celui de la gestation pour autrui permet d'illustrer comment les politiques, *a priori* contraints par les juges, peuvent tirer profit de cette situation et savent, en particulier pour les partis d'opposition, utiliser ce phénomène comme une arme. De fait, pour la gestation pour autrui, certains politiques se sont servis de la condamnation judiciaire pour légitimer leur action parfois impopulaire. Également, mettre les acteurs judiciaires au centre du jeu peut entrer dans la stratégie contentieuse de groupes d'intérêts ou de partis d'opposition. Le discours du droit devient une norme de comportement absorbée par le discours politique, qui devient alors légitime<sup>1412</sup>. Le droit devient une ressource du pouvoir.

**848. Mobilisation des politiques contre les juges.** Il existe également une mobilisation des politiques contre les juges et ce depuis le début des années 1990. Durant cette décennie, les premiers élus dénoncent ce qu'ils intitulent eux-mêmes *la judiciarisation*. Ainsi, l'association des maires ruraux de France a dénoncé l'augmentation du risque pénal de plus en plus lourd qui pèse sur les élus locaux. Cette mobilisation obtient gain de cause avec la loi du 10 juillet 2000 qui précise la définition des délits non intentionnels. Le but est de limiter l'engagement de la responsabilité pénale des élus locaux accusés de négligence<sup>1413</sup>. Dans cette lutte des politiques contre le juge, la place de la médiatisation est tout aussi centrale que dans la lutte inverse déjà abordée. Si le procès permet de mettre en scène des revendications du corps des avocats, il permet aussi – notamment aux hommes politiques – de stigmatiser les pratiques judiciaires et de montrer l'illégitimité de l'intervention du juge pénal dans des affaires politiques :

*« L'idée d'une crise du gouvernement politique serait surtout susceptible d'obscurcir l'intelligence de ces processus et de servir certaines stratégies de dénonciation publique en les parant d'un semblant de caution scientifique. A l'inverse, non seulement on observe toujours des jeux politiques en ordre de marche et des acteurs politiques dont les ressources et les coups sont socialement efficaces, mais ces derniers peuvent aussi consister à en appeler à la force des règles juridiques ou à botter en*

---

<sup>1412</sup> COMMAILLE, J. et DUMOULIN, L. (2009). Heurs et malheurs de la légalité dans les sociétés contemporaines. Une sociologie politique de la judiciarisation. L'année sociologique 2009/1 (Vol.59).

<sup>1413</sup> Loi n° 2000-647 du 10 juillet 2000 tendant à préciser la définition des délits non intentionnels.



*touche sur certaines questions, en laissant des professionnels du droit et/ou du procès se prononcer »*<sup>1414</sup>.

849. Sachant que les acteurs politiques peuvent à tout moment reprendre plus ou moins les domaines qu'ils ont « laissé tomber » dans la sphère juridique. En 1989, par exemple, à la suite de *l'affaire du voile* concernant le port du voile islamique à l'école, Lionel Jospin (alors ministre de l'éducation nationale) demande au Conseil d'Etat de rendre un avis sur la question. Cet avis va dans le sens d'une compatibilité de ce port avec le principe de laïcité en France. En 1994, cependant, la circulaire Bayrou interdit le port de symboles religieux ostentatoires. Il s'agit du résultat d'une reprise du politique sur le juridictionnel à la suite d'une forte mobilisation médiatique du législateur contre la jurisprudence administrative<sup>1415</sup>. Il s'agit d'un procès dans le procès où le juge est accusé d'être idéologue et où l'opinion publique soutient le Gouvernement.

**850. Interdépendance.** Les limites que rencontre l'idée devenue classique d'une domination progressive du judiciaire sur le politique mettent en exergue l'existence non pas d'un rapport hiérarchique entre les deux sphères, mais d'une interdépendance dont procèdent les politiques publiques. Le processus de création normative – notamment dans le cas de la réforme de la garde à vue – fait appel à des experts judiciaires dont les avocats. Se retrouve ici l'idée déjà développée de coopération – parfois musclée – entre le politique et les avocats. Il est donc nécessaire de relativiser la toute puissance de l'arme que représente le droit pour les avocats puisqu'ils ne sont pas les seuls à savoir l'utiliser.

En revanche, il est des cas où l'avocat n'apparaît plus comme un contre-pouvoir – contraignant ou coopératif – au politique, mais bien comme le dernier bouclier face à des dérives qui leurs apparaissent comme étant liberticides.

---

<sup>1414</sup> DUMOULIN, L. et ROUSSEL, V. (2010). *La judiciarisation de l'action publique*. In GUIRAUDON, V. et BORRAZ, V. *Politiques publiques. Changer la démocratie*. Paris : presses de SciencesPo, chapitre 9, pages 243 à 263.

<sup>1415</sup> Même s'il s'agissait en 1989 d'un avis du Conseil d'Etat et non d'une décision rendue dans sa composition contentieuse.

Paragraphe 2 : L'avocat bouclier des libertés et droits fondamentaux.

851. En France l'idée – déjà abordée – selon laquelle celui qui se place lui-même hors du droit ne peut pas ensuite demander à s'en prévaloir, semble progresser (A) faisant de l'avocat le dernier gardien de ses libertés (B).

A) Développement d'un droit de l'ennemi.

*« A chaque période d'insécurité, la tentation est forte pour les gouvernants de mettre les droits entre parenthèses soit dans l'espoir d'une plus grande efficacité répressive, soit, si l'on est pessimiste, par démagogie, pour montrer à l'électeur que l'on répond à son souci »<sup>1416</sup>.*

**852. Droit de l'ennemi.** L'application continue de l'état d'urgence en France entre 2015 et 2017 est l'occasion de s'interroger sur la fonction que la société semble vouloir confier à la répression pénale. Le temps où les textes encadrant la procédure pénale étaient influencés par la pensée de Beccaria – selon laquelle le délinquant est un individu qui a vocation à terme à retrouver sa place dans la société – semble s'éloigner. Dans le même temps se développe ce que l'auteur allemand Günther Jakobs appelle le *droit de l'ennemi*<sup>1417</sup>, ou *droit de la guerre*. D'après cette théorie, l'Etat dans nos sociétés démocratiques occidentales balance en permanence entre l'Etat de droit et l'Etat de police. Dans ce schéma, les droits fondamentaux représentent la garantie de ne pas tomber dans un Etat absolu. Cependant, l'Etat de police aurait une tendance naturelle à l'aller vers cet Etat absolu. Quand l'occasion se présente, lors par exemple d'un évènement tragique et dangereux pour le vivre ensemble comme peut l'être une attaque terroriste de grande ampleur, la tentation serait alors de privilégier l'Etat de police sur l'Etat de droit par une évolution du droit pénal ayant pour but de délégitimer les règles de l'Etat de droit. Se retrouve ici la logique déjà développée de l'état d'urgence et de manière plus ancienne celle qu'ont eu les révolutionnaires français sous la Terreur. La personne qui s'est mise elle-même hors de la société par des actes particulièrement graves à l'encontre de celle-ci,

<sup>1416</sup> SUREAU, F. (2017). *Pour la liberté. Répondre au terrorisme sans perdre raison*. Tallandier Essais. Page 10.

<sup>1417</sup> JAKOB, G. (2009). *Aux limites de l'orientation par le droit : le droit pénal de l'ennemi*. Revue de science criminelle et de droit pénal comparé. Numéro 7.

ne peut pas ensuite demander la protection que les règles de droit fondamentales de la société garantissent. Autrement dit, celui qui s'est lui-même déclaré comme hors-la-loi perd le droit d'être traité comme un citoyen, ce qui justifie que lui soit appliqué des droits de la défense au rabais. Cette solution semble trouver une certaine approbation dans l'opinion publique qui après des événements traumatisants à une propension dangereuse à se laisser convaincre par des discours fondés sur la peur et présentant – sans le dire comme tel – la nécessité de sacrifier un certain nombre de libertés individuelles et collectives au profit d'une soi-disant plus grande sécurité. Le *droit pénal de l'ennemi*, en distinguant citoyens et ennemis, sonne le glas de l'universalité des droits et libertés fondamentaux, excluant de la communauté des hommes les ennemis<sup>1418</sup>. Il déshumanise les ennemis les réduisant de la sorte à leur dangerosité et leur applique une procédure dite d'*exception*. Dès lors que reste-t-il à ces justiciables de seconde zone ? Leur avocat.

#### B) L'avocat dernier gardien des libertés ?

**853. Validation du droit de l'ennemi.** Le droit pénal français a tendance à banaliser l'exceptionnel et à faire entrer dans le droit commun des mesures notamment procédurales dont l'origine relève du ressort de l'état d'urgence. Dès lors, si un droit d'exception est déjà en soi sujet à interrogation, que penser de sa transposition dans le droit commun ? *A priori* peu de choses. Il semble au regard des jurisprudences tant constitutionnelles que conventionnelles que les juridictions supra-législatives ne sont pas substantiellement hostiles au développement d'un *droit de l'ennemi*. De fait, le Conseil constitutionnel a régulièrement l'occasion de se prononcer sur la conformité à la Constitution de procédures dérogatoires au droit commun qu'il s'agisse de faits de terrorisme ou de bande organisée par exemple. Sur la question qui nous a longuement intéressé de la présence de l'avocat dès la première heure de garde à vue, déjà en juillet 2010, le Conseil constitutionnel estime que si l'absence de l'avocat est contraire à la Constitution dans le cas de la procédure de droit commun, l'atteinte au droit de la défense n'est plus disproportionnée lorsqu'il est question de procédure dérogatoire<sup>1419</sup>. Ce n'est que du fait de la

---

<sup>1418</sup> Sur ce point, lire par exemple : GIUDICELLI-DELAGE, G. (2010). Droit pénal de la dangerosité — Droit pénal de l'ennemi. *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*. Numéro 1, pages 69 à 80 ; ou : LAZERGES, C. et HENRION-STOFFEL, H. (2016). Le déclin du droit pénal : l'émergence d'une politique criminelle de l'ennemi. *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*. Numéro 3, pages 649 à 662.

<sup>1419</sup> Conseil constitutionnel. 30 juillet 2010. N° 2010-14/22 QPC.

Cour de cassation qui, elle, condamne pour inconvencionnalité le report automatique de la présence de l'avocat dans la procédure dérogatoire, que le législateur a prévu que ce report devait désormais – s'il reste possible – être justifié. Le Conseil constitutionnel a l'occasion de se prononcer à nouveau sur cette question dans une décision QPC<sup>1420</sup> du 21 novembre 2014. Il conclut à la conformité du report de la présence de l'avocat avec les garanties constitutionnelles, revenant à sa solution de proportionnalité au regard de la particulière dangerosité des auteurs de certaines infractions graves :

*« Considérant qu'il résulte de ce qui précède qu'en elles-mêmes, les dispositions des sixième à huitième alinéas de l'article 706-88 du code de procédure pénale ne portent pas une atteinte disproportionnée aux droits de la défense ; qu'elles ne méconnaissent aucun autre droit ou liberté que la Constitution garantit et doivent être déclarées conformes à la Constitution ».* Considérant numéro 14.

854. Le constat est le même du point de vue du contrôle de conventionnalité. Que ce soit du côté de la Cour de cassation, comme dans un arrêt récent concernant la mise en place d'un système de sonorisation d'un véhicule par le juge d'instruction<sup>1421</sup>, ou de celui de la Cour européenne des droits de l'Homme. Cette dernière s'est prononcée sur la législation britannique votée après les attentats de Londres de 2005<sup>1422</sup>. A cette occasion, dans un arrêt *Ibrahim contre Royaume-Uni*<sup>1423</sup> du 13 septembre 2016, la Cour de Strasbourg précise les critères sur lesquels l'arrêt *Salduz contre Turquie* fait reposer le principe servant à déterminer la compatibilité d'une restriction à l'accès à un avocat, avec le droit à un procès équitable :

*« La Cour admet que, dès lors qu'un gouvernement défendeur a démontré de façon convaincante l'existence d'un besoin urgent de prévenir une atteinte grave à la vie, à la liberté ou à l'intégrité physique dans un cas donné, cette nécessité peut s'analyser en une raison impérieuse de restreindre l'accès à l'assistance juridique aux fins de l'article 6 de la Convention ».* Paragraphe 259.

---

<sup>1420</sup> Conseil constitutionnel. 21 novembre 2014. N° 2014-428 QPC.

<sup>1421</sup> Cass. Crim., 20 mars 2019, pourvois n°17-86319 et 18-87250.

<sup>1422</sup> Le 7 juillet 2005, quatre explosions touchent les transports publics de Londres, faisant 56 morts et 784 blessés. Le 21 juillet 2005, quatre tentatives d'attentats à la bombe ont mis en arrêt le système de transport public de la ville.

<sup>1423</sup> CEDH. 13 septembre 2016, *Ibrahim et autres contre Royaume-Uni*. Requêtes numéro 50541/08, 50571/08, 50573/08 et 40351/09.

855. La Cour européenne des droits de l'Homme valide ici la possibilité de prévoir une justice à deux vitesses en fonction de la gravité des actes commis par l'individu. La seule garantie consiste en l'obligation pour l'Etat de rapporter la preuve d'une *raison impérieuse* de restreindre l'accès à l'avocat. Tout dépendra donc désormais de l'appréciation du juge concernant la question de savoir si telle raison est ou n'est pas impérieuse. La Cour de Strasbourg va même plus loin dans cette brèche puisqu'elle estime dans le même arrêt que la simple absence de cette raison impérieuse, ne suffit pas en soi à emporter violation de l'article 6 :

« La Cour réaffirme<sup>1424</sup> qu'il faut statuer sur l'existence ou non d'une violation du droit à un procès équitable en tenant compte de la procédure dans son ensemble et en considérant que les droits énoncés à l'article 6 § 3 sont non pas des fins en soi mais des aspects particuliers du droit général à un procès équitable. L'absence de raisons impérieuses n'emporte donc pas à elle seule violation de l'article 6 de la Convention ». Paragraphe 262.

**856. L'avocat bouclier des libertés fondamentales.** Au regard de ces décisions, il semble possible de dire que les juridictions opérant un contrôle de conformité des lois aux droits fondamentaux valident l'idée d'un *droit de l'ennemi*, ou tout du moins l'idée que la protection des Etats et la lutte contre le terrorisme et le grand banditisme justifie une plus grande atteinte aux droits de la défense et au procès équitable. Dès lors, l'avocat apparaît comme étant le tout dernier rempart à la défense des libertés individuelles et collectives dans des procédures d'exception de moins en moins exceptionnelles. Il est le seul qui peut encore tenter de prouver le caractère souvent déraisonnable de procédures qui ne devraient pas être banalisées. Ce n'est que grâce au combat de certains d'entre eux<sup>1425</sup> que des limites ont pu être posées durant l'application de l'état d'urgence et depuis l'entrée en vigueur de sa loi de sortie<sup>1426</sup>. Cette forme de lutte – qui encore une fois peut apparaître comme étant l'exercice normal de la profession – constitue un militantisme plus passif que celui d'une cause, pour lequel Richard Abel donne

---

<sup>1424</sup> Elle l'avait déjà fait à l'occasion d'un autre arrêt : CEDH. 20 octobre 2015, *Dvorski contre Croatie*. Requête numéro 25703/11.

<sup>1425</sup> Sur ce point, lire l'ouvrage : SUREAU, F. (2017). *Pour la liberté. Répondre au terrorisme sans perdre raison*. Tallandier Essais.

<sup>1426</sup> Loi n° 2017-1510 du 30 octobre 2017 renforçant la sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme.

l'image du bouclier<sup>1427</sup>, lorsque l'avocat prend conscience de la *vocation politique* de son action.

---

<sup>1427</sup> ABEL, R. (1998). *Speaking law to power. Occasions for cause lawyering*. In SARAT, A. et SCHEINGOLD, S. *Cause Lawyering: Political Commitments and Professional Responsibilities*. Oxford University Press.

## **Conclusion de chapitre :**

857. Faire condamner judiciairement un texte permet de contraindre le pouvoir politique à modifier sa législation. Il s'agit de tout l'intérêt du procès et du militantisme par le droit. De fait, dans la stratégie militante d'un avocat, initier un procès peut avoir deux buts distincts. D'abord permettre de transformer celui-ci en arène en profitant de la fenêtre médiatique qu'il ouvre pour sensibiliser le public sur une cause, il s'agit du *procès-vitrine*. Puis obtenir une décision favorable qui constitue de par sa légitimité un argument de choix opposable au pouvoir politique. De ce point de vue le développement de juridictions opérant un contrôle de conformité de la loi à des sources supra-législatives donne à l'avocat une arme redoutable contre le législateur et à l'occasion contre une jurisprudence interne. A travers les quatre thématiques développées, démonstration a été faite du poids de condamnations tant par la Cour européenne des droits de l'Homme que par des juridictions internes dans l'évolution d'une cause. C'est la jurisprudence européenne qui a aujourd'hui permis l'affirmation d'un droit pénitentiaire de plus en plus indépendant du bon vouloir de l'Administration et se rapprochant des garanties procédurales propres au droit pénal. C'est également elle qui a contraint la Cour de cassation à modifier sa jurisprudence concernant son refus de transcription de l'acte de naissance d'un enfant né à l'étranger d'une gestation pour autrui sur les actes d'état civil français. Parallèlement, la ratification par la France de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales en 1974 permet de faire de la Cour de cassation le juge de contrôle de conformité des lois à cette Convention. Cette compétence ouvre à n'importe quel justiciable la possibilité de soulever devant la Cour de cassation une contradiction entre les droits fondamentaux et la loi. Enfin, l'apparition de la procédure de question prioritaire de constitutionnalité fini de parachever ces nouvelles munitions dont dispose l'avocat pour faire condamner un texte et évoluer une cause. Ainsi, ce sont ces deux procédures de contrôles de constitutionnalité et de conventionnalité qui permettent la condamnation du système de garde à vue en 2010. Cette condamnation contraint le pouvoir politique à modifier sa législation et à prévoir la présence effective de l'avocat dès la première heure de garde à vue. L'obtention d'une décision favorable fondée sur le contrôle d'un texte à valeur supra-législative est devenue une arme redoutable dans le *répertoire d'action collective* d'un avocat à l'initiative d'une action militante.

858. Dès lors, il est possible aujourd'hui d'affirmer que le Conseil constitutionnel et la Cour de cassation deviennent de véritables juridictions suprêmes capables d'enjoindre au pouvoir politique de modifier sa législation pour se mettre en conformité avec les droits fondamentaux. Il existe cependant quelques limites qui tiennent tant au fonctionnement des juridictions qu'à l'instrumentalisation que peut faire le pouvoir politique d'une condamnation.

859. Cette possibilité nouvelle fait de l'avocat au préalable l'arme la plus importante de toute organisation militante qui souhaite voir sa cause progresser. L'avocat devient parfois davantage un *instrument militant* qu'un sujet militant en lui-même. Toutefois, l'avocat n'est pas seulement une arme, il apparaît qu'il est également un bouclier : celui des libertés individuelles et collectives. Parfois le dernier bouclier à l'heure où semble se développer un *droit de l'ennemi*.



## **Conclusion de Partie :**

860. L'existence d'un militantisme de l'avocat est démontrée dans la première partie de cette thèse, il s'agit dans la seconde partie d'en analyser l'exercice. Autrement dit d'étudier les instruments qui sont à sa disposition dans son *répertoire d'action collective* pour mener à bien une action militante. L'utilisation de ces instruments n'est pas toujours du militantisme, néanmoins, lorsque l'avocat est militant, cette utilisation favorise son but. Chronologiquement, cette analyse s'est faite de la mobilisation de la profession à la condamnation judiciaire permettant de contraindre le pouvoir politique à modifier sa législation. Ainsi, l'avocat est-il à la fois capable de se mobiliser pour la défense d'une cause, mais également d'être mobilisé en tant qu'instrument privilégié dans le *répertoire d'action collective* d'autres organisations militantes. Cette double mobilisation peut être motivée par deux buts : faire progresser une cause (l'avocat devient dès lors une arme) et protéger des libertés individuelles et collectives menacées (l'avocat devenant alors un bouclier). Les quatre thématiques étudiées sont l'occasion d'analyser ces différentes formes de mobilisations. En premier lieu l'avocat peut donc être mobilisé par un *acteur extérieur*. Deux hypothèses. La première est celle de la coopération avec le pouvoir politique. L'avocat reste un expert judiciaire dont l'avis est utile, même si ce rôle privilégié a tendance aujourd'hui à régresser du fait de la concurrence de la profession avec d'autres acteurs émergents. La seconde lorsque l'acteur extérieur souhaite actionner la carte judiciaire et mobilise alors l'avocat dans son *répertoire d'action collective*. C'est le cas pour la thématique de la gestation pour autrui, où le but est l'acquisition de nouveaux droits ; c'est le cas également pour celle de l'état d'urgence, où la finalité est cette fois la protection de libertés fondamentales menacées.

861. En second lieu, l'avocat peut lui-même se mobiliser, notamment lorsque les intérêts de sa profession sont en jeu. Démonstration en est faite avec l'exemple de la garde à vue, ou lorsque l'avocat se pose en garant des droits fondamentaux et notamment celui au droit à un procès équitable pour des personnes en situation de vulnérabilité comme celles qui sont détenues.

862. Une fois mobilisé, l'avocat dans sa stratégie militante a à sa disposition deux armes de lutte autour du droit et par le droit : la *mise sur agenda* et le procès. La *mise sur agenda* est le procédé par lequel l'avocat va médiatiser – lorsque c'est opportun – une affaire, afin de

favoriser la création d'un débat national autour d'une cause. De fait, les résultats des enquêtes de terrain menées entre 2014 et 2019 ont permis de démontrer qu'il n'est pas toujours opportun de procéder à la médiatisation d'une affaire. Néanmoins, lorsque c'est le cas, démonstration est faite de l'importance actuelle des media et de l'arme qu'ils représentent pour les avocats dans leur stratégie militante. La Révolution numérique ayant d'ailleurs permis souvent à celui-ci de se faire lui-même media, ou à défaut lanceur d'alerte. Cette médiatisation peut prendre deux formes qui ne sont pas incompatibles. D'abord une communication interne, grâce notamment aux événements organisés par les instances représentatives de la profession, mais surtout du fait du développement important de réseaux internes efficaces. Ensuite une communication externe fondée sur l'information du public et sur la stigmatisation de l'adversaire.

863. Cette médiatisation permet la création d'un débat national et favorise la transformation d'un cas particulier en *affaire*, comme ce fut historiquement le cas pour *Calas* et *Dreyfus*. Cette transformation nécessite la politisation d'un cas particulier en le rattachant à une idéologie plus grande, ainsi que la mobilisation d'intermédiaires en dehors de la seule sphère médiatique. Une fois le débat créé – qu'il le soit d'ailleurs avant ou après le procès selon les nécessités – il s'agit encore pour l'avocat de l'orienter – en particulier quand il n'est pas à l'initiative de la création du débat – afin d'imposer au public la grille d'interprétation la plus favorable à la cause qu'il défend. Pour cela, il doit susciter l'indignation.

864. C'est ensuite par le droit que le militantisme de la profession d'avocat devient le plus convaincant. Démonstration ayant été faite du poids d'une décision judiciaire favorable pour contraindre le pouvoir politique à changer sa législation. Il s'agit du temps du procès, qu'il ait pour but une condamnation, ou comme dans le cas du *procès-vitrine*, simplement d'ouvrir une fenêtre médiatique sur une cause en transformant ce procès en arène. Ce poids nouveau d'une décision favorable est le fait du développement de contrôles de conformité des lois à des textes à valeur supra-législative. A partir des années 1970 se développent à la fois un important contrôle de constitutionnalité – renforcé considérablement par la procédure de question prioritaire de constitutionnalité depuis le début de la décennie 2010 – et de conventionnalité que ce soit par la Cour de cassation, par le Conseil d'Etat ou par la Cour européenne des droits de l'Homme. Ces développements permettent des condamnations à la fois au niveau européen et interne insufflant des progrès significatifs dans les thèmes étudiés, qu'ils aient permis de contraindre le législateur ou dans le cas d'une condamnation par la Cour européenne des droits de l'Homme, un juge interne parfois réticent au changement. L'étude de ces exemples concrets

permet aujourd'hui d'affirmer que les avocats sont devenus un véritable contre-pouvoir au politique puisqu'ils peuvent contraindre ce dernier à changer sa législation par le biais d'une condamnation judiciaire (même si, démonstration en a été faite précédemment, le mouvement de judiciarisation doit être relativisé, le pouvoir politique étant loin d'être sans défense). L'avocat devient également un contre-pouvoir au politique du fait du développement d'un *droit pénal de l'ennemi*. Il apparaît comme le dernier rempart à une dérive sécuritaire, se faisant le gardien des droits fondamentaux.



## CONCLUSION



865. Les questions posées en introduction étaient les suivantes : peut-on parler de militantisme dans la profession d'avocat ? Si oui, comment se manifeste-t-il ?

866. Pour y répondre deux axes structurent la démonstration entreprise dans cette thèse : il s'est agi dans un premier temps de démontrer dans une logique théorique l'existence d'un militantisme dans la profession d'avocat et d'en identifier les différentes formes. Puis dans un second temps, d'en analyser l'exercice pratique à travers les instruments à disposition de la profession et à par le biais de quatre exemples concrets afin d'en mesurer l'efficacité.

867. Au regard des résultats obtenus, il est donc possible d'affirmer que la profession d'avocat est susceptible de remplir les deux conditions posées en sociologie pour identifier un militantisme, à savoir l'existence d'une *organisation*, ayant une *vocation politique*. Le barreau est une organisation structurée à la fois par des instances représentatives de la profession et par son identité unique. Collectivement, l'Ordre, le Conseil National des Barreaux et le Syndicat des Avocats de France, notamment, constituent des structures entrepreneuriales capables de devenir les réceptacles d'une mobilisation. D'un point de vue plus individuel, des *mécanismes organisationnels* permettent à cette profession – constituée aujourd'hui de membres aux activités disparates – de rester unis. L'avocat bénéficie d'une légitimité à la contestation qui en fait un porte-parole privilégié susceptible d'être mobilisé par le public dans un objectif militant. Autrement dit, la profession apparaît comme étant une organisation à la fois structurée, unie légitime et mobilisable que ce soit à sa propre initiative ou comme instrument dans le *répertoire d'action collective* d'un groupe déjà mobilisé.

869. En ce qui concerne la *vocation politique* – d'un point de vue collectif – un socle de valeurs déontologiques aujourd'hui codifié structure la profession et fait naturellement de l'avocat un acteur au fort potentiel politique. Individuellement, plusieurs indices tant objectifs que subjectifs permettent d'identifier une conscience militante chez les avocats et ce malgré une réticence d'une partie de la profession à utiliser l'expression même *d'avocat militant*.

870. Si la profession est donc théoriquement susceptible d'embrasser une vocation militante, encore faut-il en identifier les formes. Chronologiquement trois incarnations d'un militantisme au sein du barreau sont identifiables. La première est un militantisme d'accès au pouvoir politique qui apparaît au lendemain de la Révolution française de 1789 et qui perdure jusqu'au début du XX<sup>e</sup> siècle. L'avènement d'un système politique démocratique et libéral, ainsi que la Révolution industrielle ont permis au barreau français – structuré autour d'une

culture propice à l'émergence d'une action collective dans un contexte politique et économique lui aussi enclin au développement de conflits sociaux – de faire le lien entre la couche inférieure et la couche supérieure de la société, devenant un acteur politique privilégié. Il le devient d'abord dans l'opposition, puis au cœur même du pouvoir au sein de la III<sup>e</sup> République.

871. Ce rôle de porte-parole naturel du public des avocats décline historiquement après la première guerre mondiale avant de se réincarner par le biais de la mouvance communiste. Cette dernière, paradoxalement idéologiquement hostile au droit « bourgeois » et à ses agents, s'acculture en France au tournant des années 1930 au système démocratique, jusqu'à incarner la défense des valeurs républicaines issues de la Révolution de 1789. Dès lors les avocats communistes incarnent de nouveau la défense du public. Ils le font à travers une nouvelle forme de militantisme ayant pour finalité un changement d'idéologie politique et dont la stratégie consiste à contester la légitimité du juge et du système judiciaire : il s'agit de la *défense de rupture*.

872. Enfin, si la *défense de rupture* reste encore aujourd'hui une référence dans la profession, les pratiques professionnelles changent et peu d'avocats se revendiquent actuellement de cette forme de militantisme. De fait ces deux premières formes d'action militante dans la profession d'avocat s'inscrivent – comme la plus-part des études sur les mouvements sociaux de l'époque – dans une logique de lutte de classes. Or en même temps qu'apparaissent de *Nouveaux Mouvements Sociaux* – non plus centrés sur cette logique, mais plutôt sur l'individu ou sur l'environnement – la pratique de la profession d'avocat se transforme. Cette transformation favorise l'apparition d'une nouvelle forme de militantisme contemporaine. Pratiquement, deux facteurs sont à l'origine de ces changements dans la profession. D'abord la révolution informationnelle ou numérique qui modifie considérablement les pratiques internes à l'exercice du métier d'avocat ainsi que les outils militants à sa disposition. Puis surtout l'émergence des droits fondamentaux supra-législatifs qui renverse le prisme marxisant du droit instrument de domination de l'Etat dans une logique de lutte de classe, pour faire du droit une arme ou à défaut un bouclier contre celui-ci.

873. C'est cette nouvelle forme de militantisme moderne – définie et identifiée théoriquement – qui fait l'objet dans la seconde partie de cette thèse d'une analyse pratique afin de déterminer chronologiquement et à travers quatre exemples comment la profession est d'abord capable de se mobiliser ou d'être mobilisée, puis par quels instruments elle est



susceptible de militer. Si ces instruments ne constituent pas forcément du militantisme en eux-mêmes – puisqu’ils peuvent être utilisés par n’importe quel avocat qui exerce son métier sans vocation militante – ils constituent des armes mobilisables dans le *répertoire d’action collective* d’un avocat, qui lui, est militant. Ainsi au stade de la mobilisation, les avocats peuvent être sollicités en tant qu’instrument privilégié dans le *répertoire d’action collective* d’autres organisations militantes. Ils sont également susceptibles de l’être par le pouvoir politique en tant qu’experts judiciaires dont l’avis est utile. Les avocats peuvent également se mobiliser eux-mêmes. Ils le font lorsque les intérêts de leur profession sont en jeu ou lorsqu’ils se posent en garant des droits fondamentaux, notamment celui au droit à un procès équitable pour des personnes en situation de vulnérabilité.

874. Une fois mobilisé, l’avocat est en possession de deux instruments militants dans son propre *répertoire d’action collective* – qui vont lui permettre soit de faire progresser une cause (l’avocat devient dès lors une arme), soit de protéger des libertés individuelles et collectives menacées (l’avocat devenant alors un bouclier) – qui sont la *mise sur agenda* (lutte autour du droit) et le *procès* (lutte par le droit).

875. La *mise sur agenda* est le procédé par lequel l’avocat va médiatiser – lorsque c’est opportun – une affaire afin de favoriser la création d’un débat national autour d’une cause. La stratégie de médiatisation prend une importance accrue à l’heure de la révolution numérique qui favorise l’émergence de nouveaux media et permet surtout à l’avocat de se faire lui-même media. Cette médiatisation peut prendre deux formes qui ne sont pas incompatibles. D’abord une communication interne, grâce notamment aux événements organisés par les instances représentatives de la profession, mais surtout du fait du développement important de réseaux internes efficaces. Ensuite une communication externe fondée sur l’information du public et sur la stigmatisation de l’adversaire. Le but pour l’avocat est de créer un débat national qui favorise la transformation d’un cas particulier en *affaire* à travers une stratégie de politisation et d’indignation permettant d’imposer au public la grille d’interprétation la plus favorable à la cause qu’il défend.

876. Le procès – quant à lui – permet une lutte par le droit alors que le développement des juridictions à la compétence supra-législative fait de la condamnation une arme redoutable contre le politique. A défaut de condamnation, le procès peut également servir de vitrine de médiatisation en transformant celui-ci en arène.

877. Plus concrètement donc, s'il faut répondre aux questions posées en introduction : peut-on parler de militantisme dans la profession d'avocat ? La réponse est oui. La profession d'avocat peut prendre la forme d'une *organisation à vocation politique*.

878. Comment l'identifier ? Chronologiquement à travers trois formes de militantismes : d'**accès au pouvoir politique**, pour un **changement d'idéologie politique** et **par le droit**, celui-ci devenant une arme ou un bouclier contre l'Etat.

879. Par quels instruments s'exerce-t-il ? Une fois mobilisée, la profession a à sa disposition deux instruments principaux : la *mise sur agenda* et le procès.

880. Ce militantisme est-il efficace ? Démonstration en est faite à travers les exemples de la garde à vue, du droit pénitentiaire, de la gestation pour autrui et de la lutte contre l'état d'urgence.

881. La place nouvelle du droit dans notre société permet aux avocats de devenir incontestablement un contre-pouvoir au politique. Ils sont susceptibles par leur action de contraindre ce dernier à changer sa législation par le biais d'une condamnation judiciaire. Egalement, face au développement d'un droit pénal de l'ennemi, ils incarnent le dernier rempart à des dérives qui peuvent apparaître comme étant sécuritaires, se faisant les gardiens des droits fondamentaux. Surtout, au quotidien, les avocats ont le sentiment de devoir se battre de façon permanente pour exercer leur métier. Leur activité est une lutte continue, notamment en matière pénale où malgré le développement des règles du procès équitable, le rapport de force entre les parties semble se déséquilibrer toujours plus, dans un climat de méfiance entre les avocats et les magistrats qui s'instaure au détriment des justiciables. Le militantisme dans la profession existe et il devient pour beaucoup de ceux qui embrassent cette carrière, une nécessité.

## Bibliographie :

### Ouvrages et Rapports :

ANONYME. (1920). *Le procès de l'assassin de Jaurès (24-29 mars, 1919)*. Paris : L'Humanité.

ABEL. R. (2008). *Lawyers in the dock. Learning from attorney disciplinary proceedings*. Oxford : University Press.

ABEL, R. (1998). *Speaking law to power. Occasions for cause lawyering*. In SARAT. A. et SCHEINGOLD, S. *Cause Lawyering: Political Commitments and Professional Responsibilities*. Oxford University Press.

ABEL. R. et LEWIS. P. (1988). *Lawyers in Society*. Berkeley : University of California Press.

d'AGUESSEAU. H-F. (1693). *L'indépendance de l'avocat*. Discours de rentrée.

BADINTER, R. (1994). *La prison républicaine*. Paris : Librairie générale française.

BALZAC (De), H. (1848). *Le Cousin Pons*. Scènes de la vie parisienne, page 166.

BANCAUD, A. (1997). *La justice et le rétablissement de la légalité républicaine à la Libération en France*. In *Le pénal dans tous ses États. Justice, États et sociétés en Europe (XII<sup>e</sup>-XX<sup>e</sup> siècles)*. Bruxelles : Presses de l'Université Saint-Louis. Pages 371 à 383.

BANCAUD, A. (2012). *Histoire d'une conversion : les magistrats résistants après la Libération au service de la réaffirmation de la nouvelle raison d'Etat*. In *La Résistance dans la pratique judiciaire 1940-1944*, Paris : Association française pour l'histoire de la justice, la documentation française, collection Histoire de la justice.

BARBIER, E. (1857). *Chronique de la Régence et du règne de Louis XV (1718-1763) ou Journal de Barbier*. Paris : Charpentier. 8 volumes.

BARRET, J. (1932). *La Nouvelle Amnistie du 26 décembre 1931. Table par ordre alphabétique des infractions amnistiées et loi annotée*. Evreux Paris.

BASTARD, B. et MOUHANNA, C. (2007). *Une justice dans l'urgence. Le traitement en temps réel des affaires pénales*. Paris : PUF.

- BASTARD, B. (2016). *Ethique et TIC. A quoi sert l'Ordre des avocats ?* Institut des Sciences sociales du Politique, Unité mixte de recherche 7220, CNRS.
- BHATI, A. ROMAN, J. CHALFIN, A. (2008). *To Treat or not to Treat : Evidence on the Prospects of Expanding Treatment to Drug-Involved Offenders, Final report*. U.S. Department of Justice.
- BEAUD, O. et GUERIN-BARGUES, C. (2018). *L'état d'urgence. Une étude constitutionnelle, historique et critique*. 2<sup>ème</sup> édition. LGDJ.
- BEGUE, L. (2015). *Traité de psychologie sociale : La science des interactions humaines*. De Boeck.
- BELDA, B. (2010). *Les droits de l'homme des personnes privées de liberté : contribution à l'étude du pouvoir normatif de la Cour européenne des droits de l'Homme*. Bruxelles : Bruylant.
- BERCE, Y-M. et SOMAN, A. (1995). *La Justice royale et le Parlement de Paris (XIV<sup>e</sup>-XVII<sup>e</sup> siècle)*. Bibliothèque de l'école des Chartes. Tome 153.
- BERELSON, B. (1971). *Content Analysis in Communications Research*. Macmillan Pub Co.
- BERLANSTEIN, L. (1975). *The barristers of Toulouse in the 18th Century*. Baltimore : Johns Hopkins university press.
- BERMAN, G. et FEINBLATT, J. (2005). *Good Courts*. New York : New Press.
- BERSTEIN, S. (1982). *Histoire du Parti Radical*. Presses de Sciences Po.
- BESSY, C. (2015). *Les avocats à l'ère de la concurrence*. Paris : LGDJ.
- BIOY, X. (2013). *Droits fondamentaux et libertés publiques*. Paris : Montchrestien-Lextenso.
- BLUMER, H. (1946). *Collective Behavior*. In LEE. *New Outline of the Principles of Sociology*. New York : Barnes et Nobles.
- BOINVILLIERS, E. (1826). *Principes et morceaux choisis d'éloquence judiciaire ; études et devoirs de l'avocat*. Paris : G. Gastebois et Cie.
- BOLLEE, S. (2015). *La gestation pour autrui en droit international privé*. Pedone.
- BONINO, P. (2016). *La France face à la Convention européenne des droits de l'Homme (1949-1981)*. Thèse de doctorat. Université de Cergy-Pontoise.

BONNY, Y. (2004). *Sociologie du temps présent : modernité avancée ou postmodernité ?* Paris : A. Colin.

BOUDON, R. et BOURRICAUD, F. (2011). *Dictionnaire critique de la sociologie*. PUF.

BOUQUILLION, P. et MATTHEWS, J. (2010). *Le Web collaboratif. Mutations des industries de la culture et de la communication*. Grenoble : Presses universitaires de Grenoble.

BOURG, D. (2003). *Le nouvel âge de l'écologie*. Paris : Descartes & Cie.

BRAMI, F-J. (2011). *Une grande carrière au service de la loi : Dupin aîné (1783-1865)*. Thèse de doctorat, Université Paris II Panthéon-Assas.

BRETON. (1728). *De la Rhétorique selon les préceptes d'Aristote de Cicéron et de Quintilien*. Paris : Dupuis.

BRETONNIER, J-B. (1738). *Œuvres de M. Claude Henrys*. Paris : Brunet. 5<sup>e</sup> édition revue, corrigée et augmentée. 4 volumes, tome 1, page 274.

BROOKES, K. et LE PENDEVEN, B. (2014). *L'Etat innovant : renforcer les think tanks*. Fondapol.

BULLIER, A. (2007). *La Common Law*. Dalloz.

CABANEL, G-P. (2000). *Prisons : une humiliation pour la République*. Rapport du Sénat numéro 449.

CARBONNIER, J. (2002). *Droit civil, la famille, l'enfant, le couple*. PUF. Tome 2.

CARBONNIER, J. (1996). *Droit et passion du droit sous la Ve République*. Flammarion.

CARBONNIER, J. (2016). *Sociologie juridique*. Quadrige Manuels.

CARPENTIER, J. HINKE, H. et MINNERATH, R. (2001). *L'émergence des droits de l'homme en Europe : anthologie de textes : démocratie, droits de l'homme, minorités : les aspects éducatifs et culturels*. Strasbourg : Ed. du Conseil de l'Europe.

CASSIA, P. (2016). *Contre l'état d'urgence*. Dalloz.

CERE, J-P. (2001). *Droit disciplinaire en prison*. Paris : L'Harmattan.

CGLPL. (2009). *Rapport de visite de l'hôtel de police d'Evry du 11 août 2009*.

- CHABRIER, A. (2013). *Les genres du prétoire : chronique judiciaire et littérature au XIX<sup>e</sup> siècle*. Thèse de doctorat, Université Paul Valéry Montpellier III.
- CHAMPY, F. (2012). *La sociologie des professions*. Paris : PUF.
- CHANTRAINE, G. (2004). *Par-delà les murs*. Paris : PUF.
- CHARPENTIER, J. (1949). *Au service de la liberté*. Paris : A. Fayard.
- CHAUVENET, A. ROSTAING, C. et ORLIC, F. (2008). *La violence carcérale en question*. Paris : PUF.
- CLAIR, et CLAPIER. (1823). *Barreau français, collection des chefs-d'œuvre de l'éloquence judiciaire en France*. Paris : Panckoucke.
- COBB, R. et ELDER, C. (1983). *Participation in American Politics : The Dynamics of Agenda-building*. Johns Hopkins University Press.
- COBBAN, A. (1984). *Le sens de la Révolution française*. Paris : Julliard.
- COGNIOT, G. (1944). *Au service de la renaissance française*. Paris : Ed. du Parti communiste français.
- COMMAILLE, J. FESTY, P. GUIBENTIF, P. KELLERHALS, J. PERRIN, J-F. ROUSSEL, L. (1983). *Le divorce en Europe occidentale. La loi et le nombre*. Paris : Presses Universitaires de France.
- COMMAILLE, J. (1994). *L'Esprit sociologique des lois. Essai de sociologie politique du droit*. Paris : Presses Universitaires de France.
- COMMAILLE, J. DUMOULIN, L. et ROBERT, C. (2000). *La juridicisation du politique. Leçons scientifiques*. Paris : LGDJ.
- COMMAILLE, J. (2015). *A quoi nous sert le droit ?* Gallimard.
- CONSEIL DE L'EUROPE. (2006). *Règles pénitentiaires européennes*. Editions du Conseil de l'Europe.
- CONSEIL DES BARREAUX EUROPEENS. (2006). *Charte des principes essentiels de l'avocat européen et Code de déontologie des avocats européens*. [www.ccbe.eu](http://www.ccbe.eu).

COULON, A. (2012). *L'école de Chicago*. Presses universitaires de France, Collection « Que Sais-je », 2639.

COUR DE CASSATION. (2017). *Rapport de la commission de réflexion sur la réforme de la Cour de cassation*. [www.courdecassation.fr](http://www.courdecassation.fr)

CRETTEZ, X. et SOMMIER, I. (2006). *La France rebelle : Tous les mouvements et acteurs de la contestation*. Editions Michalon.

CURAPP. (1989). *Les usages sociaux du droit*. Paris : PUF.

DAHL, R. (1971) *Qui gouverne ?* Paris : Colin.

DAIX, P. (1976). *J'ai cru au matin*. Paris : club du livre français.

DALTON, R. et KUECHLER, M. (1990) *Challenging the Political Order : New Social and Political Movements in Western Democracies*. USA : Oxford University Press.

DAMIANI, L. (2012). *Avocats en Résistance : actes de résistance dans les barreaux*. In *La Résistance dans la pratique judiciaire 1940-1944*, Paris : Association française pour l'histoire de la justice, la documentation française, collection Histoire de la justice.

DAMIEN, A et HAMELIN, J (1977). *Les Règles de la nouvelle profession d'avocat*. Dalloz.

DANET, J. (2004). *Défendre. Pour une défense pénale critique*. Etats de droit. Dalloz-Sirey. 2<sup>ème</sup> édition.

DANET, J. (2013). *La réponse pénale. Dix ans de traitement des délits*. Presses universitaires de Rennes.

DE BOURGES, M. (1909). *Plaidoyers et Discours*. Paris : H. Dunod et E. Pinat.

DELMAS-MARTY, M. (1989). *Raisonner la raison d'Etat. Vers une Europe des droits de l'Homme*. Paris : Presses Universitaires de France.

DELMAS-MARTY, M. (2000). *Droit et mondialisation*. Paris : Université de tous les savoirs.

DELPEUCH, T. DUMOULIN, L. et GALEMBERT de, C. (2014). *Sociologie du droit et de la justice*. Collection U. Armand Colin.

DESCLAUX. (1823). *Des Devoirs de l'avocat, particulièrement de la droiture et de la probité. Discours pour la rentrée de la cour royale de Colmar*. Colmar : J.-H. Decker.

DESREUMAUX, A. (2015). *Théorie des organisations*. Les Essentiels de la Gestion.

DE TOCQUEVILLE, A. (1951). *De la démocratie en Amérique*. Paris : Gallimard.

DEVRESSE, M. (2006). *Réflexivité, responsabilité et position du justiciable dans le processus pénal consenti*. In DIGNEFFE, F. et MOREAU, T. (dir.). *La responsabilité et la responsabilisation dans la justice pénale*. Bruxelles : Édition de Boeck et Larcier. Pages 369 à 374.

DEZALAY, Y. (1992). *Marchands de droit : La restructuration de l'ordre juridique international par les multinationales du droit*. Paris : Fayard.

DJEMA, M. (2012). *La défense de rupture*. Mémoire pour le Master II Justice et droit du procès. Direction VAUCHEZ, A. Université Paris II Panthéon-Assas.

DOLLO, C. (2017). *Lexique de sociologie*. Toulouse : Dalloz, 5e édition.

DREYFUS, M. (1996). *La part des militants*. Paris : Les éditions de l'atelier.

DUCLOS, J. (1964). *Histoire du Parti communiste français*. Paris : Ed. Sociales.

DUMAS, R. (1977). *Les avocats*. Grasset.

DUMAS, R. (1996). *Le fil et la pelote*. Mémoires, Plon.

DUMOULIN, L. et ROUSSEL, V. (2010). *La judiciarisation de l'action publique*. In GUIRAUDON, V. et BORRAZ, V. *Politiques publiques. Changer la démocratie*. Paris : presses de SciencesPo, chapitre 9, pages 243 à 263.

DUPIC, E. et BRIAND, L. (2013). *La Question prioritaire de constitutionnalité, une révolution des droits fondamentaux*. Presses Universitaires de France.

DUPOND-MORETTI, E. (2012). *Bête noire*. Michel Lafon.

DURKHEIM, E. (1991). *De la division du travail social*. Paris : Presses universitaires de France, 2ème édition, cop 1930.

DUVERGER, E. (2003). *Les droits de l'homme*. Toulouse : Éd. Milan.

ELIE DE BEAUMONT, J-B. (1762). *Mémoire à consulter et consultation pour la dame Anne-Rose Cabibel, veuve Calas, et pour ses enfants*. Paris : Imprimerie Le Breton.



FARCY, J-C. (2009). *Les carrières des magistrats (XIX<sup>e</sup>-XX<sup>e</sup> siècles)*. Université de Bourgogne : Centre Georges Chevrier, UMR 5605.

FAUVET, J. (1965). *Histoire du parti communiste français*. Paris : Editions Unir.

FAVARD DE LANGLADE, G-J. (1830). *Répertoire de la législation du notariat*. Paris.

FAVARD, J. (1987). *Des prisons*. Paris : Gallimard.

FELISSI, K. (2005). *Jacques Vergès, l'anticolonialiste*. Editions du Félin.

FENECH, G. et PIETRASANTA, S. (2016). *Rapport fait au nom de la commission d'enquête relative aux moyens mis en œuvre par l'État pour lutter contre le terrorisme depuis le 7 janvier 2015*. Paris : Assemblée Nationale. Numéro 3922, du 5 juillet.

FENOUILLET, D. (1993). *La conscience*. LGDJ.

FILLIEULE, O. AGRİKOLIANSKY, E. et SOMMIER, I. (2010). *Penser les mouvements sociaux. Conflits sociaux et contestations dans les sociétés contemporaines*. La Découverte.

FILLIEULE, O. MATHIEU, L. et PECHU, C. (2009). *Dictionnaire des mouvements sociaux*. SciencesPo les presses.

FILLIEULE, O. et PECHU, C. (1993). *Lutter ensemble : les théories de l'action collective*. Paris : collection logiques politiques, l'Harmattan.

FILLIEULE, O. (1993). *Sociologie de la protestation. Les formes de l'action collective dans la France contemporaine*. Paris : L'Harmattan.

FLOCH, J. (2000). *La France face à ses prisons*. Rapport de la commission d'enquête de l'Assemblée Nationale sur la situation dans les prisons françaises.

FONTNEYNE, J. (1940). *Le procès des quarante-quatre*. Anvers : Renneboog.

FOUCAULT, M. (1975). *Surveiller et punir. Naissance de la prison*. Paris : Gallimard.

FRIDMAN, W et LECLERC, H. (2002). *La défense*. Edp Sciences.

GAMSON, W. (1975). *The strategy of social protest*. The Dorsey Press.

GARCON, M. (2015). *Journal (1939-1945)*. Fayard.

GARNIER, Y. (2002). *Dictionnaire encyclopédique*. Larousse.

GARRIGUES, J. (2008). *La France de la V<sup>e</sup> République : 1958-2008*. Armand Collin, Collection AC. Grand Public.

GARRISSON, J. (2004). *L'affaire Calas, miroir des passions françaises*. Le Grand Livre du Mois.

GASPARINI, E. et GOJOSSO, E. (2015). *Introduction historique au Droit et Histoire des Institutions*. Lextenso, 6<sup>ème</sup> édition.

GAUDEMET, Y-H. (1970). *Les juristes et la vie politique sous la III<sup>e</sup> République*. Paris : PUF.

GAUDRY, J. (1864). *Histoire du barreau de Paris depuis son origine jusqu'à 1830*. Paris : A. Durand.

GENEVÉE, F. (2006). *Le PCF et la justice*. Les presses universitaires de la faculté de droit de Clermont-Ferrand.

GENY, F. (1919). *Méthodes d'interprétation et sources en droit privé positif*. LGDJ. 2<sup>ème</sup> édition. Tome 1.

GIDDENS, A. (2012). *La Constitution de la société. Eléments de la théorie de la structuration*. Paris : PUF. Réédition de 1984.

GIRAULT, J. et ROBERT, J-L. (1990). *1920, le congrès de Tours : présentation, extraits, résolutions*. Paris : Messidor Éd. Sociale.

GOLDBERG, S. (2005). *Juger au XXI<sup>e</sup> siècle : Une approche axée sur la résolution de problèmes*. Ottawa : Institut national de la magistrature.

GUERY, C. (2011). *Les avocats au cinéma*. Questions judiciaires.

GUERY, G. (1895). *Mouvements et diminution de la population agricole en France : Histoire et démographie*. Paris : Librairie nouvelle de droit et de jurisprudence Arthur Rousseau.

GUINCHARD, S. (1999). *Qui cassera les arrêts de la Cour de cassation ?* In *Mélanges Terré*. Dalloz, édition technique, PUF.

GUINCHARD, S. GUILLIEN, R. et VINCENT, Jean. (2009). *Lexique des termes juridiques 2010*. Dalloz.

GUINCHARD, S. et BUISSON, J. (2019). *Procédure pénale*. LexisNexis. 12<sup>ème</sup> édition.

GURR, T. (1976). *Rogues, rebels, and reformers : a political history of urban crime and conflict*. Royaume-Uni : Beverly Hills London : Sage publications.

GUSFIELD, J. (1981). *The Culture of Public Problems: Drinking, Driving, and the Symbolic Order*. Chicago : University of Chicago Press.

HABERMAS, J. (1978). *L'Espace public. Archéologie de la publicité comme dimension constitutive de la société bourgeoise*. Paris : Payot.

HAERI, K. (2013). *Rapport sur la réforme de l'accès initial à la profession d'avocat*. Ordre des avocats de Paris.

HAERI, K. (2017). *L'avenir de la profession d'avocat*. Rapport confié par Monsieur Jean-Jacques Urvoas, Garde des Sceaux, Ministre de la Justice à Monsieur Kami Haeri, Avocat au Barreau de Paris.

HALPERIN, J.-L. (2012). *Montesquieu : lectures croisées en histoire et théorie du droit*. In *La Résistance dans la pratique judiciaire 1940-1944*, Paris : Association française pour l'histoire de la justice, la documentation française, collection Histoire de la justice.

HALPERIN, J.-L. (2017). *L'état d'urgence. De l'exception à la banalisation*. Pu. Paris Nanterre.

HANDLER, J. (1978). *Social Movements and the Legal System : A Theory of Law Reform and Social Change*. New York : Academic Press.

HARDY, M. LEMOINE, H. et SARMA, T. (2002). *Pouvoir politique et autorité militaire en Algérie française. Hommes, textes, institutions, 1945-1962*. Paris : SHAT/L'Harmattan.

HARNAY, S. (2013). *Régulations professionnelles et pluralisme juridique : une analyse économique de la profession d'avocat*. Rapport pour le GIP Mission de recherche Droit et Justice.

HAROUN, A. (1986). *La septième Wilaya : La Guerre du FLN en France, 1954-1962*. Paris, éd. du Seuil.

HAUPT, H.-G. (1995). *Histoire sociale de la France depuis 1789*. Maison des Sciences de l'Homme.

HENRION DE PANSEY, P. (1810). *De l'autorité judiciaire en France*. Paris : Théophile Barrois Père.

HERTRICH, V. et FAUGERON, C. (1987). *Les élèves surveillants de 1968 à 1986 : données statistiques*. CESDIP, Etudes et données pénales.

HERVE, P. (1956). *La révolution et ses fétiches*. Paris : La Table ronde.

HERZOG-EVANS, M. (1998). *La gestion du comportement du détenu. Essai de droit pénitentiaire*. L'Harmattan.

HERZOG-EVANS, M. (2012). *Droit pénitentiaire*. Dalloz.

HERZOG-EVANS, M. (2016). *Droit de l'exécution des peines*. Dalloz.

HUMBERT, M. (2012). *Justice et droit dans la pensée de Cicéron*. In *La Résistance dans la pratique judiciaire 1940-1944*, Paris : Association française pour l'histoire de la justice, la documentation française, collection Histoire de la justice.

HUTIN, H. (2011). *Le triomphe de l'ordre marchand*. Paris : L'Harmattan.

IHEJ. et CREA. (2017). *Les quatre défis de l'avocat français du XXI<sup>e</sup> siècle*. Rapport pour le CNB.

INGLEHART, R. (2016). *The Silent Revolution : Changing Values and Political Styles Among Western Publics*. Princeton Legacy Library.

ISRAËL, L. (2012). *La résistance par le droit ? Un enseignement paradoxal de l'histoire de la France des années sombres*. In *La Résistance dans la pratique judiciaire 1940-1944*, Paris : Association française pour l'histoire de la justice, la documentation française, collection Histoire de la justice.

ISRAËL, L. (2009). *L'arme du droit*. Contester, SciencesPo les Presses.

ISRAËL, L. (2005). *Robes noires, années sombres. Avocats et magistrats en résistance pendant la Seconde Guerre mondiale*. Paris : Fayard.

JACOBS, J-B. (1997). *The Prisoners' Rights Movement and Its Impact*. In MARQUART, J. et SORENSEN, J. (1997). *Correctional contexts. Contemporary and classical readings*. Los Angeles : Roxbury. Pages 231 à 247.

JAURES, J. (1973). *Histoire socialiste de la Révolution française*. Paris : Editions Sociales.

JEAN, J-P. (2012). *René Parodi, le martyr de la résistance judiciaire*. In *La Résistance dans la pratique judiciaire 1940-1944*, Paris : Association française pour l'histoire de la justice, la documentation française, collection Histoire de la justice.

KALUSZYNSKI, M. et COMMAILLE, J. (2007). *La fonction politique de la justice*. Paris : La Découverte.

KARPIK, L. (1995). *Les avocats. Entre l'Etat, le public et le marché, XIII<sup>e</sup>-XX<sup>e</sup> siècle*. Paris : Bibliothèque des sciences humaines, Gallimard.

KATZ, E. et LAZARSFELD, P. (2005). *Personal Influence: The Part Played by People in the Flow of Mass Communications*. Routledge.

KELSEN, H. (2008). *Peace though Law*. The lawbook Exchange.

KELSTRUP, J. (2016). *The politics of think tanks in Europe*. London ; New York : Routledge.

KEYNES, J-M. (1953). *A treatise on money*. Londres : Macmillan.

KOUBI, G. (2011). *Blogs juridiques et libres lectures du droit*. In *Mélanges François Lafférière*. Bruylant, page 311 et suivantes.

KRYNEN, J. (2012). *L'emprise contemporaine des juges*. Paris : Gallimard.

LAMAZE (de), E. et PUJALTE, C. (2009). *L'Avocat, le Juge et la déontologie*. Paris : PUF.

LA PALLIERE (de), A. (2019). *La face cachée de la robe*. Michalon Eds.

LAURENT, E. et MAVIDAL, J. (1877). *Tome IX. Du 16 septembre au 11 novembre 1789*. In *Archives parlementaires de 1787 à 1860*. Paris : Librairie administrative de Paul Dupont.

LAVAL, G. (2016). *Les Etelin avocats. Ne rien lâcher !* Editions Talaia.

LAZEGA, E. (2001). *The collegial Phenomenon. The Social Mechanism of Cooperation among Peers in a Corporate Law Partnership*. Oxford : Oxford University Press.

LE BEGUEC, G. (2003). *La république des avocats*. Paris : Armand Collin, L'histoire au présent.

LEBLOIS, L. (1914). *Comment fut rouverte l'affaire Dreyfus : le rôle du colonel Picquart, celui de Me Leblois, celui de Scheurer-Kestner : exposé sommaire des faits*. Paris : Ligue des droits de l'homme.

LEBLOIS, L. (2011). *L'affaire Dreyfus : l'iniquité, la réparation : les principaux faits et les principaux documents*. Saint-Martin-de-Bonfossé : Théolib.

LE BON, G. (2013). *La psychologie des foules*. Paris : PUF, Collection Quadrige, 9e édition.

LECLERC, H. (1994). *Un combat pour la justice*. Editions La Découverte.

LECLERC, H. (2017). *La parole et l'action*. Fayard.

LECOCQ, P-A. (2012). *Pierre Laroque, maître des requêtes au Conseil d'Etat, dans la Résistance (1941-1945)*. In *La Résistance dans la pratique judiciaire 1940-1944*, Paris : Association française pour l'histoire de la justice, la documentation française, collection Histoire de la justice.

LE GRAS. (1674). *La rethorique françoise ou les preceptes de la vraye eloquence*. Paris : chez Antoine de Raffle et Theodore Girard.

LEMASSON, A-T. (2012). *Justice pénale internationale : institutions*. In MAYAUD, Y. *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*. Dalloz.

LENGLET, R. et VILAIN, O. (2011). *Un pouvoir sous influence. Quand les think tanks confisquent la démocratie*. Armand Colin.

LEVIN, L. et MATHER, L. (2012). *Lawyers in practice. Ethical Decision Making in Context*. Chicago : University of Chicago Press.

LEVY-BRUHL, H. (1971). *Sociologie du droit*. Que sais-je n°951, PUF, quatrième édition.

LEUWERS, H. (2006). *L'invention du barreau français. La construction nationale d'un groupe professionnel, 1660-1830*. Paris : EHESS.

LGDJ. (1993). *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*. Paris : LGDJ, deuxième édition corrigée et augmentée.

LIOUVILLE, A. (1883). *Abrégé des règles de la profession d'avocat. Extrait des ouvrages de Félix Liouville et de Mollot*. Paris.

LOCHAK, D. (2009). *Les droits de l'homme*. La Découverte.

LOISEAU de MAULEON, A-J. (1762). *Mémoire pour Donat, Pierre et Louis Calas*. Daniel Aillaud.

LOJKINE, J. (2016). *La Révolution informelle et les nouveaux mouvements sociaux*. Lormont, édition Le Bord de l'eau, collection L'économie encastée.

LUBAC (de), H. (2011). *Proudhon et le christianisme*. Editions du Cerf.

MAIRE, C. (1998). *De la cause de Dieu à la cause de la Nation : le jansénisme au XVIII<sup>e</sup> siècle*. Paris : Gallimard.

MANN, P. (1991). *L'action collective, mobilisation et organisation des minorités actives*. Paris : Armand Colin.

MARGUENAUD, J-P. (2001). *CEDH et droit privé : l'influence de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme sur le droit privé français*. Paris : la Documentation française.

MARTIN, J-C. (2006). *Violence et Révolution. Essai sur la naissance d'un mythe national*. Ed du Seuil, Collection l'Univers historique.

MARTINEAU, F. (1994). *Le discours polémique. Essai sur l'ordre du discours judiciaire*. Paris : Quai Voltaire.

MARX, K. (1968). *Misère de la philosophie*. Paris : Editions sociales.

MARX, K. (1993). *Le Capital*. Paris : Editions sociales. PUF.

MAC CARTHY, J. et ZALD, M. (1973). *The Trend of Social Movements in America : Professionnalization and Resource Mobilization*. Morristown : General Learning Press.

MARCHAL, C. et KHAIAT, L. (2012). *La maîtrise de la vie. Les procréations médicalement assistées interrogent l'éthique et le droit*. Eres. Enfance et parentalité.

MCADAM, D. MCCARTHY, J. et ZALD, M. (1996). *Comparative Perspectives on Social Movements*. New York : Cambridge University Press.

MCADAM, D. TARROW, S. et TILLY, C. (2001). *Dynamics of contention*. Cambridge et New-York : Cambridge University Press.

MCCANN, M. (1994). *Rights at Work : Pay Equity Reform and the Politics of Legal Mobilization*. Chicago : University of Chicago Press.

MCCANN, M. (2004). *Law and Social Movements*. In SARAT, A. *Blackwell Companion on Law and Society*. Cambridge : Blackwell.

MCKUEN, M. et COOMBS, S. (1981). *More than news : media power in public affairs*. Beverly Hills : Sage Publications.

MECARY, C. (2012). *L'amour et la loi : homos / hétéros, mêmes droits, mêmes devoirs*. Paris : Alma.

MECARY, C. (2019). *PMA et GPA*. Que sais-je.

MENGA, J. (1981). *Rapport Menga : sur l'adaptation des structures et des méthodes éducatives à l'évolution de la Protection judiciaire de la jeunesse*.

MERLE, R. (1985). *La pénitence et la peine*. Ethique et Société. Cerf-Cujas.

MICHELS, R. (1971). *Les partis politiques. Essai sur les tendances oligarchiques des démocraties*. Paris : Flammarion.

MIEGE, B. (2010). *L'espace public contemporain*. Grenoble : Presses universitaires de Grenoble.

MILBURN, P. (1991). *La défense pénale : une relation professionnelle. Les avocats, la défense en matière pénale et les délinquants : analyse sociologique des relations, de la pratique et des représentations professionnelles*. Thèse de doctorat. Université Paris 8.

MILLET, A. (1875). *Droit et probité. Causeries familières sur nos droits et nos devoirs privés, sociaux et politiques*. Paris : A. Cotillon.

MOLITOR, J. (1948). *Œuvres complètes de Marx*. Paris : A. Costes. Tome IV.

MOLLOT. (1842). *Règles de la profession d'avocat*. Paris : Joubert.

MORANGE, J. (2007). *Les libertés publiques*. Collection Que sais-je ? PUF. Huitième édition.

MOREAU, C. (2012). *Statistiques sur la profession d'avocat au 1er janvier 2012*. Ministère de la justice.

MOREAU, C. (2016). *Statistiques sur la profession d'avocat au 1er janvier 2016*. Ministère de la justice.

MOSSE, C. (1996). *Le procès de Socrate*. Bruxelles : Complexe.

MUELLE, R. (2001). *Sept ans de guerre en France. Quand le FLN frappait en métropole*. Editions du patrimoine. Monaco.



- NAPOLI, P. (2003). *Naissance de la police moderne*. Paris : La découverte.
- NEGRIER-DORMONT, L. (1990). *Le criminologue dans la cité*. Editions européennes Erasme.
- NEVEU, E. (1996). *Sociologie des mouvements sociaux*. Paris : La découverte.
- NOLAN, J. (2009). *Legal Accents, Legal Borrowing. The International ProblemSolving Court Movement*. Princeton : Princeton University Press.
- OBERSCHALL, A. (1973). *Social conflict and social movements*. USA : Prentice-Hall series in sociology.
- O'BRIEN, P. (1988). *Correction ou châtement. Histoire des prisons en France au XIX<sup>e</sup> siècle*. Paris : PUF.
- OFFERLE, M. (1994). *Sociologie des groupes d'intérêt*. Paris : Montchrestien.
- OLSON, M. (1978). *Logique de l'action collective*. Paris : PUF.
- ORIOU, P. (2014). *L'histoire de l'affaire Dreyfus : de 1894 à nos jours*. Paris : les Belles lettres.
- OST, F. (2016). *A quoi sert le droit ? Usages, fonctions, finalités*. Bruxelles : Bruylant.
- OZANAM, Y. (2001). *Les avocats parisiens dans le premier tiers du XIX<sup>e</sup> siècle : Entre passé et présent, la recherche d'une identité collective*. In LEUWERS, H. *Elites et sociabilité au XIX<sup>e</sup> siècle*. Institut de recherches historiques du Septentrion, pages 153 à 179.
- OZANAM, Y. (2011). *Les grandes plaidoiries*. Paris : éditions de La Martinière.
- OZANAM, Y. (2016). *Histoire des avocats*. In BEIGNIER, B. et VILLACEQUE, J. (dir.). *Droit et déontologie de la profession d'avocat*. Gazette du Palais, Seconde édition.
- PANDELON, G. (2019). *Le métier d'avocat en France*. Que sais-je ? Presses Universitaires de France.
- PARSONS, T. (1955). *Éléments pour une sociologie de l'action*. Recherches en sciences humaines, Plon.
- PASCAL, B. (1669). *Pensées*. Edition Librairie Générale Française, réédition de 1972, collection Le livre de Poche, page 43.

PASHUKAMIS, E. (1969). *La théorie générale du droit et le marxisme*. EDI, traduit par BROHM, J-M. Réédition.

PEJU, M. (2002). *Le procès du réseau Jeanson*. Editions la Découverte.

PENNETIER, C. et PESCHANSKI, D. (1986). *Partir, se taire, rester : les choix des élus de la Seine*. In AZEMA, J-P. *Le parti communiste français des années sombres 1938-1941*, pages 212 à 226.

PERRINEAU, P. (1994). *L'engagement politique. Déclin ou mutation ?* Presses de la fondation nationale des sciences politiques.

PETTY, R. ; OSTROM, P. et BROCK, T. (1981). *Cognitive responses in persuasion*. Hillsdale : Lawrence Erlbaum.

POIROT, A. (2015). *Le milieu socio-professionnel des avocats au parlement de Paris à la veille de la Révolution (1760-1790)*. Ecole nationale des chartes, BNU.

PORTALIS, J-E-M. (2004). *Discours préliminaire du premier projet de code civil*. Les classiques des sciences sociales.

POTTON, J-F. (2012). *Résistance et pratique judiciaire à la Cour des comptes*. In *La Résistance dans la pratique judiciaire 1940-1944*, Paris : Association française pour l'histoire de la justice, la documentation française, collection Histoire de la justice.

PRADEL, J. (1994). *La condition juridique du détenu*. Paris : Editions Cujas.

PRONE, A. (2015). *Pour une critique de la marchandisation*. Paris : L'Harmattan.

PUDAL, B. (1984). *Prendre parti. Pour une sociologie historique du PCF*. Paris : Presses de la fondation nationale des sciences politiques.

REVET, T. (2018). *Déontologie de la profession d'Avocat*. LGDJ. 2<sup>e</sup> édition.

RITZER, G. (1998). *Tous rationalisés !* Adaptation de l'américain *The McDonaldization of society* (1991) et présenté par Xavier Walter. Roissy : Alban.

RIUTORT, P. (2014). *Précis de sociologie*. Presses Universitaires de France.

ROBERT, P. (2017). *Le petit Robert de la langue française*. Texte remanié et amplifié sous la direction de REY-DEBOVE, J. et REY, A.

ROCHEFOUCAULD-LIANCOURT (de la), F. (1796). *Les prisons de Philadelphie vues par un européen*. Philadelphie : Moreau de St Méry.

ROSATI, G. BALSAN, A. et CATTEAU, C. (2012). *Regards croisés sur Jean Thérond, procureur à Valence en 1944*. In *La Résistance dans la pratique judiciaire 1940-1944*, Paris : Association française pour l'histoire de la justice, la documentation française, collection Histoire de la justice.

ROUQUET, F. (1993). *L'épuration dans l'administration française : agents de l'État et collaboration ordinaire*. Paris : Collection Histoire du 20e siècle, ed. CNRS.

ROUSSEAU, N. (2015). *Les blogs et les revues juridiques face à l'actualité*. In *Les blogs juridiques et la dématérialisation de la doctrine*. LGDJ.

ROUSSEL, V. (2002). *Affaires de juges. Les magistrats dans les scandales politiques en France*. Paris : La découverte.

ROUSSEL, V. (2007). *Les changements d'éthos des magistrats*. In KALUSZYNSKI, M. et COMMAILLE, J. *La fonction politique de la justice*. Paris : La Découverte.

ROYER, J-P. (1979). *La société judiciaire depuis le XVIII<sup>e</sup> siècle*. PUF.

RUDE-ANTOINE, E. (2014). *L'éthique de l'avocat pénaliste*. L'Harmattan.

RUDLOFF, S. (1995). *Droits et libertés de l'avocat dans la Convention européenne des droits de l'Homme*. Bruxelles : Bruylant.

RUSCIO, A. (1985). *Les communistes français et la guerre d'Indochine 1944-1954*. Paris : l'Harmattan.

SACRISTE, G. (2011). *La République des constitutionnalistes. Professeurs de droit et légitimation de l'État en France (1870-1914)*. Presses de Sciences Po.

SADIN, E. (2015). *La Vie algorithmique. Critique de la raison numérique*. L'Échappée.

SAF. (2016). *Projet de loi renforçant la lutte contre le crime organisé et son financement, et améliorant l'efficacité et les garanties de la procédure pénale. Analyse et contre-propositions*. Lettre du SAF. Le 17 mars.

SAF. (2017). *Structures solidaires plutôt que capitaux extérieurs* in *Avocats : Uburn'out*. Congrès du SAF à Strasbourg.

SAINT-PIERRE, F. (2015). *Le guide de la défense pénale 2015-2016*. Dalloz Collection, 8e édition.

SALAS, D. (2010). *La réforme pénale : un tournant du quinquennat ?* Essai sur le populisme pénal, pluriel.

SALUDEN, M. (1983). *Le phénomène de la jurisprudence, étude sociologique*. Thèse Paris II.

SARAT, A. et FELSTINER, W. (1995). *Divorce Lawyers and their Clients. Power and Meaning in the Legal Process*. Oxford : Oxford University Press.

SARAT, A. et SCHEINGOLD, S. (1998). *Cause Lawyering. Political Commitments and Professional Responsibilities*. New-York, Oxford : Oxford University Press.

SARAT, A. et SCHEINGOLD, S. (2001). *Cause lawyering and the State in a Global Era*. New-York, Oxford : Oxford University Press.

SCHAUER, F. (2009). *Thinking Like a Lawyer. A New Introduction to Legal Reasoning*. Harvard University Press.

SCHEINGOLD, S (2004). *The Politics of Rights. Lawyers, Public Policy, and Politic Change*. University of Michigan Press.

SCHUMPETER, J. (1934). *The Theory of Economic Development. An Inquiry Into Profits, Capital, Credit, Interest, and the Business Cycle*. Cambridge.

SEVILLIA, J. (2018). *Les vérités cachées de la Guerre d'Algérie*. Fayard.

SMELSER, N-J. (1962). *Theory of collective behavior*. New-York : Free Press.

STEACHELE, F. (1995). *Pratique de l'application des peines*. Litec.

SUDRE, F. (2010). *La Convention Européenne des Droits de l'Homme*. Collection Que sais-je ? PUF. Huitième édition.

SUDRE, T. (1762). *Mémoire pour le Sieur Jean Calas, négociant de cette ville ; dame Anne-Rose Cabibel son épouse ; et le sieur Jean-Pierre Calas, un de leurs enfants*. Toulouse : J. Rayet.

SUR, B. et SUR, P-O. (2013). *Une histoire des avocats en France*. Dalloz. 2<sup>nd</sup> édition.

SUREAU, F. (2017). *Pour la liberté. Répondre au terrorisme sans perdre raison*. Tallandier Essais.

SUSSKIND, R. (2010). *The end of lawyers ? Rethinking the nature of legal services*. Oxford : Oxford University Press.

TACKETT, T. (1997). *Par la volonté du peuple. Comment les députés de 1789 sont devenus révolutionnaires*. Paris : Albin Michel.

TAINE, H. (1894). *Les origines de la France contemporaine. L'Ancien Régime*. Paris.

TARRAGONI, F. (2018). *Sociologies de l'individu*. Paris : La Découverte.

TARROW, S. (1989). *Democracy and Disorder : Protest and Politics in Italy 1965-1975*. Oxford : Clarendon Press.

TARROW, S. (1994). *Power in Movement : Social Movements, Collective Action, and Politics*. Cambridge : Cambridge University Press.

TAYLOR, C. (1998). *Les Sources du moi. La formation de l'identité moderne*. Paris : Seuil.

THENAULT, S. (2001). *Une drôle de justice. Les magistrats dans la guerre d'Algérie*. Paris : La découverte.

THIBAUDET, A. (1927). *La république des professeurs*. Paris : Bernard Grasset.

TILLY, C. (1978). *From mobilization to revolution*. Reading Mass. Menlo Park Californie London Amsterdam : Addison-Wesley.

TILLY, C. (1986). *La France conteste : de 1600 à nos jours*. Fayard, l'espace du politique.

TILLY, C. (2003). *The Politics of Collective Violence*. Cambridge University Press.

TONNEAU, J-P. (2014). *Le syndicat des avocats de France (1972-2012) : contribution à une socio-histoire du militantisme syndical dans le champ judiciaire*. Thèse de doctorat en sociologie, Université de Nantes.

TOURAINE, A. (1965). *Sociologie de l'action*. Paris : Editions du seuil.

TOURAINE, A. (1978). *La Voix et le Regard : sociologie des mouvements sociaux*. Paris : Edition du Seuil.

- TOURAINE, A. DUBET, F. et WIEVIORKA, M. (1984). *Le mouvement ouvrier*. Paris : Fayard.
- TRIPPIER, P. DUBAR, C. et BOUSSAR, V. (2011). *Sociologie des professions*. Paris : Armand Colin, Collection U.
- TURNER, R. et KILLIAN, L. (1957). *Collective Behavior*. Englewood Cliffs, Prentice-Hall.
- VAN DAMME, S ; BOLTANSKY, L ; CLAVERIE, E et OFFENSTADT, N. (2007). *Affaires, scandales et grandes causes. De Socrate à Pinochet*. Paris : Stock.
- VARAUT, J-M. (2007). *Un Avocat pour l'Histoire*. Flammarion.
- VASSEUR, M. (2000). *Médecin-chef à la prison de la santé*. Le cherche midi.
- VERGES, J. (1968). *De la stratégie judiciaire*. Ed. de Minuit.
- VERGES, J. (1983). *Pour en finir avec Ponce Pilate*. Le pré aux clercs.
- VERGES, J. (1988). *Je défends Barbie*. Ed. Picollec.
- VERGES, J. (1990). *Le salaud lumineux*. Michel Lafon.
- VERGES, J. (1994). *Intelligence avec l'ennemi*. Michel Lafon.
- VIENNEY, P. (1934). *Armes légales de l'ouvrier*. Éditions sociales internationales, 2e éd (revue et augmentée).
- VOLTAIRE. (1975). *L'Affaire Calas et autres affaires*. Paris : Gallimard.
- WACQUANT, L. (1999). *Les prisons de la misère*. Paris : Raisons d'agir.
- WEBER, M. (1986). *Sociologie du droit*. Paris : PUF.
- WEILL-RAYNAL, E. (1947). *Les réparations allemandes et la France*. Paris : Nouvelles Éditions latines.
- WEYL, R. (1989). *Une robe pour un combat*. Paris : Messidor.
- WIEVIORKA, M. (1999). *Violence en France*. Paris : Ed du Seuil, collection l'Épreuve des faits.
- WILLARD, M. (1951). *La défense accusée*. Editions sociales, nouvelle édition.

WILLEMEZ, L. (1999). *La république des avocats, 1848 : le mythe, le modèle et son endossement*. In OFFERLE, M. (dir), *La profession politique XIX<sup>e</sup>-XX<sup>e</sup> siècles*, Belin, pages 201 à 229.

WILLEMEZ, L. SACRISTE, G. VAUCHIEZ, A. et ISRAËL, L. (2005). *Sur la portée sociale du droit. Usages et légitimité du registre juridique*. Paris : PUF.

WINICK, B. et WEXLER, D. (2003). *Judging in a the therapeutic Key : Therapeutic Jurisprudence and the Courts*. Durham. Carolina Academic Press.

WOLMARK, C. (2007). *La définition prétorienne*. Nouvelle Bibliothèque de Thèses.

WOOG, J-C (1987). *Pratiques professionnelles de l'avocat*. Litec.

ZEHR, H. (2002). *Little Book of Restorative Justice*. Good Books.

## Articles de revues :

ABECASSIS-MOEDAS, C. et BENGHOZY, J-P. (2007). TIC et organisations. *Revue française de gestion*. Numéro 173, pages 109 à 111.

ABEL, R. (1991). L'émergence et la transformation des litiges : réaliser, reprocher, réclamer... *Politix*. Numéro 16.

ABRAHAM, R. (1990). Les incidences de la Convention européenne des droits de l'homme sur le contentieux administratif français. *Revue Française de Droit Administratif*. Page 1053.

AGAMBEN, G. (2015). De l'Etat de droit à l'Etat de sécurité. *Lemonde.fr*. Le 23 décembre.

ALETRAS, N. ; LAMPOS, V. ; TSARAPATSANIS, D et PREOTIUC-PIETRO, D. (2016). Predicting Judicial Decisions of the European Court of Human Rights : a Natural Language Processing Perspective. *Peer Journal of Computer Science*.

AMENTA, E. CAREN, N. CHIARELLO, E. et SU, Y. (2010). The Political Consequences of Social Movements. *Annual Review of Sociology*. Numéro 36, pages 287 à 307.

ARCQ, E. et BLAISE, P. (2007). Les organisations syndicales et patronales. *Dossiers du CRISP*. Numéro 68, pages 9 à 149.

AUST, J. (2009). Négocier avec le droit, négocier autour du droit. Une analyse de la mobilisation du droit dans la négociation des politiques contractuelles. *Droit et société*, 71, pages 181 à 201.

BABONNEAU, M. (2017). Rapport Haeri : un pas vers l'avocat du 21<sup>e</sup> siècle. *Dalloz Actualité*, le 3 février 2017.

BANDRAC, M. DELAISI DE PARSEVAL, G. et DEPADT-SEBAG, V. (2008). Repenser la prohibition de la gestation pour autrui ? *Recueil Dalloz*. Numéro 7, pages 434 à 441.

BARES, J. (1990). Le rouge et le noir [costume des avocats, 1790]. *Revue de la Société internationale d'histoire de la profession d'avocat*. Numéro 2, pages 135 à 142.

BARRAUD, B. (2017). Un algorithme capable de prédire les décisions des juges : vers une robotisation de la justice ? *Les cahiers de la Justice*. Numéro 1, pages 121 à 139.

BARSZCZ, C. (2012). La typologie de la profession d'avocat : l'exemple des avocats d'affaires. *Pouvoir*. Numéro 140, pages 21 à 32.



- BARTHE, E. (2017). L'intelligence artificielle et le droit. *I2D – Information, données & documents*. Volume 54, pages 23 et 24.
- BEAL, C. (2018). Justice restaurative et justice pénale. *Rue Descartes*. Numéro 93, pages 58 à 71.
- BEAUSSIER, A-L. (2016). Conclusion / Processus, idées et programmes politiques. *La Santé aux États-Unis*. Pages 223 à 230.
- BEAUVAIS, P. (2007). Le droit à la prévisibilité en matière pénale dans la jurisprudence des cours européennes. *Archives de politique criminelle*, 29.
- BEAUVOIS, Y. (2006). Le Conseil constitutionnel à ses débuts (1959-1962). *Commentaire*. Numéro 116, pages 943 à 954.
- BECKOUCHE, P. (2017). La révolution numérique est-elle un tournant anthropologique ? *Le Débat*. Numéro 193, pages 153 à 166.
- BERGEL, J-L. (2016). Les apports de la pratique notariale au droit immobilier. Un exemple de gestation professionnelle de normes juridiques. *Droit et Ville*. Numéro 81, pages 43 à 56.
- BERGER, S. (1979). Politics and Antipolitics in Western Europe in the Seventies. *Daedalus*, Vol. 108, No. 1, pages 27 à 50.
- BERSTEIN, S. (1992). L'historien de la culture politique. *Vingtième siècle, revue d'histoire*, 35, pages 67 à 77.
- BONELLI, L. (2015). Permanences et reconfigurations de l'antiterrorisme. *La lettre du Syndicat des Avocats de France*. Numéro d'octobre, pages 6 à 11.
- BOSWORTH, M. (2007). Creating the Responsible Prisoner : Federal Admission and Orientation Packs. *Punishment and Society*. Numéro 9, volume 1, pages 67 à 85.
- BOULOUQUE, S. (2004). Usages, sens et fonction de la violence dans le mouvement communiste en France 1920-1936. *Violence, Guerre, Révolution : l'exemple communiste, Revue d'études pluridisciplinaires*, 78/79, pages 105-130.
- BOURDIEU, P. (1986). La force du droit. Eléments pour une sociologie du champ juridique. *Actes de la recherche en sciences sociales*. Numéro 64.

BRAND, K. (1990). *Cyclical Aspects of New Social Movements : Waves of cultural Criticism and Mobilization Cycles of New Middle-Class Radicalism*. in DALTON, R. et KUECHLER, M. *Challenging the Political Order*. Oxford University Press, Polity Press, pages 23 à 42.

BRASSENS, P. (2010). Défaut de notification du droit au silence : une nouvelle garde à vue annulée. *AJ pénal* ; Dalloz, le 7 février 2010.

BREGMAN, D. (1989). La fonction d'agenda : une problématique en devenir. *Hermès, la Revue*. Numéro 4, pages 191 à 202.

BREHAUX, K et DELEPINE-PANISSET, B. (2014). Questionnements autour de la gestation pour autrui. *Revue d'éthique et de théologie morale*. Numéro 282, pages 37 à 53.

BRUNET, L. (2018). Le recul de l'ordre public face aux pratiques transfrontalières de gestation pour autrui : trop... ou pas assez ? *AJ famille*. Page 572 à 574.

BRUNETTI-PONS, C. (2014). Après la loi du 17 mai 2013 « ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe », quelles perspectives pour le droit de la famille ? *Recherches familiales*. Numéro 11, pages 111 à 130.

BRUNETTI-PONS, C. (2016). Le « tourisme procréatif », porte ouverte au trafic d'enfants et à l'exploitation de la misère ? *Les cahiers de la Justice*. Numéro 2, pages 249 à 264.

BUAT-MENARD, E. (2019). La justice dite « prédictive » : prérequis, risques et attentes - l'expérience française. *Les cahiers de la justice*. Numéro 2, pages 269 à 276.

CALORENNI, F. (2012). Indépendance, égalité et possession. Saint-Just et le « trinôme républicain ». *Annales historiques de la Révolution française*. Numéro 370, Octobre-Décembre.

CAM, P. (1978). Juges rouges et droit du travail. *Actes de la Recherche en Sciences Sociales*. Numéro 19, pages 2 à 27.

CARDON-QUINT, C. (2014). Militantisme et identité professionnelle enseignante : les associations de spécialistes en perspective. *Histoire de l'éducation*. Numéro 142, pages 11 à 52.

CARIO, R. (2019). Les apports de la recommandation (18) du Conseil de l'Europe dans la consolidation de la justice restaurative en France. *AJ Pénal*. Page 87.

CERE, J-P. (1994). Le nécessaire contrôle du pouvoir disciplinaire dans les prisons françaises. *Revue de Science criminelle*. Juillet-Septembre.

CESSIEUX, M. (2009). Ne vendez pas la robe de l'avocat avant de l'avoir tué. *La lettre du Syndicat des Avocats de France*. Numéro d'octobre, pages 16 à 18.

CESSIEUX, M. (2010). La Garde à Vue à la « française » condamnée par la Cour de Strasbourg. *La lettre du Syndicat des Avocats de France*. Numéro de mars, pages 14 à 16.

CESSIEUX, M. (2011). Garde-à-vue : le retour ! Garde-à-vue et autres petites réjouissances... *La lettre du Syndicat des Avocats de France*. Numéro d'octobre, pages 8 et 9.

CHAMPY, F. et ISRAËL, L. (2009). Professions et engagement public. *Sociétés contemporaines*. Numéro 73, pages 7 à 19.

CHAPPOZ, Y. et PUPION, P-C. (2012). Le New Public Management. *Gestion et management public*. Numéro 2, pages 1 à 3.

CHAREST, F. GAUTHIER, A-M. et GRENON, F. (2013). Appropriation et stratégies d'intégration des médias sociaux par les professionnels de la communication. *Communication & organisation*. Numéro 43, pages 269 à 280.

CHAUVENET, A. (2006). Privation de liberté et violence : le despotisme ordinaire en prison. *Déviance et Société*. Numéro 3, volume 40, pages 373 à 388.

HAZEL, F. (1975). La mobilisation politique. Problèmes et dimensions. *Revue française de Science politique*, vol23, 3, pages 502 à 516.

CHENEDE, F. (2014). Confirmation de la non-reconnaissance des gestations pour autrui réalisées frauduleusement à l'étranger – Cour de cassation, 1re civ. 19 mars 2014. *AJ famille*. Numéro 4, page 244.

CHOPIN, T. (2006). La France, l'Europe et le libéralisme. *Commentaire*. Numéro 115, pages 669 à 678.

CLAVERIE, E. (1994). Procès, affaire, cause. Voltaire et l'innovation critique. *Politix*. Numéro 26.

CLIQUEENNOIS, G. BELLEBNA, H. et LEONARD, T. (2015). Management et système pénal. *Droit et société*. Numéro 90, pages 243 à 252.

CODACCIONI, V. (2012). « Le juridique, c'est le moyen ; le politique, c'est la fin » : les avocats communistes français dans la « lutte contre la répression » de guerre froide. *Le Mouvement Social*. Numéro 240, pages 9 à 27.

COIGNAC, A. (2018). Justice restaurative : la réparation les yeux dans les yeux. *Dalloz Actualité*.

COMMAILLE, J. et DUMOULIN, L. (2009). Heurs et malheurs de la légalité dans les sociétés contemporaines. Une sociologie politique de la judiciarisation. *L'année sociologique*. Numéro 1. Volume 59.

CONIL, P. (2003). Les libertés à l'épreuve des réformes. *La lettre du Syndicat des Avocats de France*. Numéro d'Octobre, page 11.

COURTOIS, C. (1993). Vicarious traumatization of the therapist. *NCP Clinical Newsletter*. Numéro 3.

COUVRAT, P. (1985). La politique pénitentiaire à l'image de l'expérience française depuis 1945. *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*. Numéro 2, pages 231 à 239.

COUVRAT, P. (1995). Le contrôle du juge sur les sanctions disciplinaires du milieu pénitentiaire. *Revue de Science Criminelle et de droit pénal comparé*. Page 381.

COUVRAT, P. (1996). Le régime disciplinaire des détenus depuis le décret du 2 avril 1996. *Revue de Science Criminelle et de droit pénal comparé*. Page 709.

DANET, J. (1996). La notion d'état de santé et la détention en Europe. *Revue de Science Criminelle et de droit pénal comparé*. Page 49.

DAOUD, E. et JACQUIN, A. (2017). La loi renforçant la sécurité intérieure ou la pérennisation de la défense empêchée. *AJ Pénal*. Page 482.

DARBEDA, P. (1993). L'action disciplinaire en détention : un panorama européen. *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*. Page 808.

DELPECH, X. (2013). Action de groupe : Les associations de consommateurs en première ligne. *Juris Associations*, n°484, page 38.

DENIS, J-M. et THIBAULT, M. (2014). Des organisations syndicales en quête de renouvellement. Trajectoires militantes et expériences syndicales de jeunes militants de l'union syndicale Solidaires. *Nouvelle revue de psychosociologie*. Numéro 18, pages 117 à 131.

DESMOULINS, L. ALLOING, C. et MOHLI, V. (2018). L'influence n'est-elle que donnée(s) ? Médiations et négociations dans les agences de communication « influenceurs ». *Communication & Organisation*. Numéro 54, pages 29 à 40.

DONDERO, B. (2017). Justice prédictive : la fin de l'aléa judiciaire ? *Recueil Dalloz*. Numéro 10, pages 532 à 538.

DRAGO, R. (1955). L'état d'urgence (lois des 3 avril et 7 août 1955) et les libertés publiques. *Revue de Droit Public*. Page 671.

DUCANGE, J-N et TCHOUDINOV, A. (2017). La Révolution française comme modèle et miroir (URSS, Chine, Japon). *Annales historiques de la Révolution française*, 387.

DUMONTET, B. (2004). L'avocat et la garde à vue : aspects pratiques et critiques. *AJ pénal*, page 275.

DUMOULIN, L. et LICOPPE, C. (2015). La visioconférence comme mode de comparution des personnes détenues, une innovation « managériale » dans l'arène judiciaire. *Droit et société*. Numéro 90, pages 287 à 302.

EISNER, M. et NIVETTE, A. (2013). Does low legitimacy cause crime ? A review of the evidence. in (dir.) TANKEBE, J. et LIEBLING, A. *Legitimacy and Criminal Justice. An international exploration*, Oxford University Press, pages 308 à 325. Retranscription HERZOG-EVANS, M. (2016). Les vertus criminologiques de l'équité processuelle : le modèle « LJ-PJ-TJ ». *AJ Pénal*, mars 2016.

ELLISON, N. (2007). Social Network Sites : Definition, History, and Scholarship. *Journal of Computer-Mediated Communication*. Numéro d'octobre, pages 210 à 230.

ELLMANN, S. (1995). Lawyering in Repressive States. *Law and Social Inquiry*. Numéro 20 (2), pages 339-600.

ENCINAS DE MUNAGORRI, R. (2005). Sources du droit en droit interne – la désobéissance civile : une source du droit ? *Revue trimestrielle de droit civil*. Numéro 1 Janvier-Mars, pages 73 à 78.

- FAVEREAU, O. (2010). « Les avocats, entre ordre professionnel et ordre marchand », rapport du Conseil national des Barreaux. *Revue d'économie industrielle*. Numéro 131, pages 155 et 156.
- FAVIER, Y. (2010). La preuve de la filiation : le droit et la vérité des filiations. *UNAF recherches familiales*. Numéro 7, pages 17 à 20.
- FEREJOHN, J. (2002). Judicialization politics, politicizing law. *Law and Contemporary Problems*. Volume 65, numéro 3, pages 41 à 68.
- FERNANDEZ, F. LÉZÉ, S. (2011). Finding the Moral Heart of Carceral Treatment. Mental Health Care in a French Prison. *Social science and Medicine*. Numéro 72, volume 9, pages 1563 à 1569.
- FERNANDEZ, F. (2015). Lorsque la prison (se) rend justice. Le traitement contemporain de l'indiscipline carcérale. *Déviance et Société*. Numéro 4, volume 39, pages 379 à 404.
- FERRAN, N. (2014). La personne détenue encore à la recherche de son juge en France. *Déviance et Société*. Numéro 4, pages 469 à 489.
- FICET, J. (2009). Regard sur la naissance d'un militantisme identitaire : syndicalisme judiciaire, identités professionnelles et rapport au politique dans la magistrature française. 1945-1986. *Droit et Société*. Numéro 73, pages 703 à 723.
- FLAVIGNY, C. (2009). De l'éthique médicale à la bioéthique. *Champ psychosomatique*. Numéro 55, pages 63 à 74.
- FLEURIOT, C. (2017). L'intelligence artificielle va provoquer une mutation profonde de la profession d'avocat. *Dalloz Actualité*. Edition du 15 mars.
- FOUREY, T. (2016). Réforme de la procédure pénale : pérennisation de l'état d'urgence. *La lettre du Syndicat des Avocats de France*. Numéro de mai, pages 14 à 16.
- FRAJERMAN, L. (2008). L'engagement des enseignants (1918-1968). *Histoire de l'éducation*. Numéro 117, pages 57 à 96.
- FRISON-ROCHE, M-A. (2016). Sophistique juridique et GPA. *Recueil Dalloz*. Numéro 2, pages 85 à 87.

FUNKHOUSER, R. (1973). The issues of the sixties : An exploratory study in the dynamics of public opinion. *Public Opinion Quarterly*. Numéro 37, pages 62 à 75.

GADBIN-GEORGE, G. (2020). Transformation, modernisation, déshumanisation de la justice : l'exemple de l'Angleterre et du Pays de Galles. *Droit et société*. Numéro 104, pages 123 à 143.

GANDINI, J-J. (2016). État d'urgence... pérennisé. *La lettre du Syndicat des Avocats de France*. Numéro de mai, pages 18 et 19.

GARAPON, A et HUBRECHT, J. (2002) La justice pénale internationale entre la balance et le sablier : Réflexions sur le procès Milosevic. *Revue esprit*, 07/2002.

GARAPON, A. (2017). Les enjeux de la justice prédictive. *La semaine juridique*. Janvier. Numéro 1-2, pages 31 à 52.

GIANDOU, A. (2010). Débat. Les usages des systèmes d'information dans les grandes entreprises : une rétrospective. *Entreprises et histoire*. Numéro 60, pages 170 à 184.

GIUDICELLI-DELAGE, G. (2010). Droit pénal de la dangerosité — Droit pénal de l'ennemi. *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*. Numéro 1, pages 69 à 80.

GODEFROY, L. (2018). La performativité de la justice « prédictive » : un pharmakon ? *Recueil Dalloz*. Numéro 36, pages 1979 à 1985.

GRAF, A. (2010). Du nécessaire élargissement du débat bioéthique. *Laennec*. Tome 58, pages 8 à 17.

GRANFIELD, R. et KOENIG, T. (2003). It's Hard to be Human and Lawyer : Ethical Ambiguity among Young Lawyers. *West Virginia Law Review*. Numéro 105, pages 495 à 524.

HALPERIN, J-L. (2015). Les styles judiciaires, des traditions nationales ? *Droit et société*. Numéro 91, pages 491 à 504.

HASSENTEUFEL, P. (2010). Les processus de mise sur agenda : solution et construction des problèmes publics. *CNAF/informations sociales*, 157, pages 50 à 58.

HEINDERYCKX, F. (2015). Le tournant numérique. *Hermès, La Revue*. Numéro 71, pages 87 à 91.

HERRERA, C-M. (2017). Georges Ripert en politique. *Droits*. Numéro 65, pages 181 à 199.

HERZOG-EVANS, M. (1995). Droit commun pour les détenus. *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*. Page 621.

HERZOG-EVANS, M. et PECHILLON, E. (2000). L'entrée des avocats en prison. *Recueil Dalloz*, page 481.

HERZOG-EVANS, M. (2016). Les vertus criminologiques de l'équité processuelle : le modèle « LJ-PJ-TJ ». *AJ Pénal*, mars 2016.

HERZOG-EVANS, M. (2016). Release and supervision: relationships and support from classic and holistic attorneys. *International Journal of Therapeutic Jurisprudence*. Numéro 1, pages 23 à 58.

HERZOG-EVANS, M. (2019). Décret du 13 février 2019 sur la discipline pénitentiaire : un raidissement institutionnel et une occasion manquée. *AJ Pénal*. Page 139.

HEYMANN-DOAT, A. (2016). L'état d'urgence, un régime juridique d'exception pour lutter contre le terrorisme ? *Archives de politique criminelle*. Numéro 38, pages 59 à 74.

HILT, P. (2019). Repenser la maternité. *Recueil Dalloz*. Numéro 40, pages 2190 à 2194.

HUFTON, O. (1983). Le paysan et la loi en France au XVIII<sup>e</sup> siècle. *Annales*. Numéro 3, pages 679 à 700.

HYDE, A-A. (2019). Avocat et intelligence artificielle : quelles obligations, quelles responsabilités ? *Recueil Dalloz*. Page 2107.

ISRAËL, L. (2001). La Résistance dans les milieux judiciaires. Action collective et identités professionnelles en temps de guerre. *Genèses*. Numéro 45, pages 45 à 68.

ISRAËL, L. (2001). Usages militants du droit dans l'arène judiciaire : le cause lawyering. *Droit et société*. Numéro 49, pages 793 à 824.

ISRAËL, L. (2009). Résister par le droit ? Avocats et magistrats dans la résistance (1940-1944). *L'Année sociologique*. Volume 59, pages 149 à 175.

JACOBSON, S. (2001). Droit et politique dans l'Espagne du XIX<sup>e</sup> siècle. Les avocats barcelonais et les particularités du libéralisme catalan. *Genèse*. Numéro 45.

JAKOBS, G. (2009). Aux limites de l'orientation par le droit : le droit pénal de l'ennemi. *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*. Numéro 7.



JOANA, J. (1998). Entre la Barre et la Tribune. Les secrétaires de la Conférence du stage du Barreau de Paris face à l'activité parlementaire au XIX<sup>e</sup> siècle. *Revue française de science politique*. Numéro 48 (3), pages 480 à 506.

JOBARD, F et NEVANEN, S. (2007). La couleur du jugement. Discriminations dans les décisions judiciaires en matière d'infractions à agents de la force publique (1965-2005). *Revue française de sociologie*. Numéro 48 (2).

JOUAN, M. (2017). L'acceptabilité morale de la gestation pour autrui. Les enseignements de la gestation pour soi au service de plus de justice. *Travail, genre et sociétés*. Numéro 38, pages 35 à 52.

JOUBAIRE, A-L. (2017). Les Think Tanks servent-ils à quelque chose ? *Stratégie*. Numéro du 2 octobre.

KEOWN, R. (1980). Mathematical Models for Legal Prédiction. *Computer/LJ*. Pages 829 et suivantes.

KING, M. (2003). Applying Therapeutic Jurisprudence From the Bench: Challenges and Opportunities. *Alternative Law Journal*. Numéro 172, pages 3 à 15.

KITSCHOLT, H. (1988). Organization and Strategy in Belgian and West German Ecology Parties. *Comparative Politics*, 20.

KLANDERMANS, D. (1984). Mobilization and Participation : Social Psychological Expansions of Resource Mobilization Theory. *American Sociological Review*, 49, pages 583 à 600.

KORT, F. (1957). Predicting Supreme Court Decisions Mathematically : a Quantitative Analysis of the "Right to Counsel" Cases. *American Political Science Review*. Numéro 51. Pages 1 et suivantes.

LAPEYRONNIE, D. (1988). Mouvements sociaux et action politique. Existe-t-il une théorie de la mobilisation des ressources ? *Revue française de sociologie*, 29, pages 593 à 619.

LARRALDE, J-M. (1996). Commentaire du décret n° 96-387 du 2 avril 1996 relatif au régime disciplinaire des détenus et modifiant certaines dispositions du Code de procédure pénale. *Actualité Juridique du Droit Administratif*. Page 780.

LARTIGUE, M. (2015). Les avocats face à une nouvelle concurrence. *Les échos exécutive*s. Edition du 29 septembre.

LASCOUMES, P ; PONCELA, P et LENOEL, P. (1990). Au nom de l'ordre. Une histoire politique du code pénal. *Droit et Société*, numéro 14, page 119.

LASSEGUE, J. (2019). L'Intelligence artificielle, technologie de la vision numérique du monde. *Les cahiers de la justice*. Numéro 2, pages 205 à 220.

LAWLOR, R. (1963). What Computers Can Do : Analysis and Prediction of Judicial Decisions. *American Bar Association Journal*. Pages 337 et suivantes.

LAZERGES, C. et HENRION-STOFFEL, H. (2016). Le déclin du droit pénal : l'émergence d'une politique criminelle de l'ennemi. *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*. Numéro 3, pages 649 à 662.

LECOMTE, C. (1990). La Faculté de droit de Paris dans la tourmente politique, 1830-1848. *Revue d'histoire des facultés de droit*. Pages 59 à 98.

LECOMTE, J. (2012). La justice restauratrice. *Revue du MAUSS*. Numéro 40, pages 223 à 235.

LEDUC, P. (1983). Vergès rayé de l'ordre des avocats ? *L'unité*, 2 décembre.

LE GAC-PECH, S. (2016). Pour une indispensable légalisation des conventions de mère porteuse. *AJ famille*. Numéro 10, pages 486 à 490.

LE MAIGAT, V. (2016). Toujours pas de paix pour les « enfants fantômes de la République ». *Revue Droits de l'Homme*. Edition du 10 mars.

LENINE. (1924). Lettre à E. D. Stassova et aux camarades emprisonnés de Moscou. *Revue Proletarskaïa Révolutsia*, 7, Œuvres t. 8, pages 59 à 63, Paris-Moscou.

LE POURHIET, A-M. (2016). Etat d'urgence : une révision constitutionnelle parfaitement inutile. *Marianne.fr*. Mois de février.

LEUWERS, H et ROUSSEAUX, X. (2007). Justice, nation et ordre public. *Annales historiques de la Révolution française*. 2007/4, numéro 350, pages 3 à 7.

LEVIN, A. et GREISBERG, S. (2003). Vicarious Trauma in Attorneys. *Pace Law Review*. Numéro 245.

LIEBLING, A. (2000). Prison Officers, Policing and the Use of Discretion. *Theoretical Criminology*. Numéro 4, Volume 3, pages 333 à 357.

LISTER, E. (2004). L'exil communiste espagnol en France et en U.R.S.S. (1939-1950). Contribution à l'histoire d'une émigration. *Revue des études slaves*, 75, pages 211 à 220.

LUSEBRINK, H. (1980). L'affaire Cléreaux (Rouen 1786-1790) : affrontements idéologiques et tensions institutionnelles sur la scène judiciaire de la fin du XVIII<sup>e</sup> siècle. *Studies on Voltaire and the Eighteenth Century*. Oxford. Voltaire Foundation. Tome 2, pages 892 à 900.

MAGNIEN, M. (1936). Le trotskisme-terroriste au service du fascisme. *Les Cahiers du bolchévisme*, 16-17, pages 1068 à 1083.

MAILLARD (de), J. et LE GOFF, T. (2009). La tolérance zéro en France. Succès d'un slogan, illusion d'un transfert. *Revue française de Science Politique*. Numéro 4. Volume 59, pages 655 à 679.

MANDROU, R. (1959). Les soulèvements populaires et la société française du XVII<sup>e</sup> siècle. *Annales. Economies, Sociétés, Civilisations*. Volume 14, 4, pages 756 à 765.

MANN, P. (1994). Pouvoir politique et maintien de l'ordre. Portée et limites d'un débat. *Revue française de sociologie*. Volume 35, numéro 3, pages 435 à 455.

MAREST, P. (2004). Observatoire international des prisons, savoir et faire savoir. *Ecorev'*. Numéro 15, page 58.

MARLOWE, D. (2011). The Verdict on Drug Courts and Other Problem-Solving Courts. *Chapman Journal of Scientific Justice*. Numéro 2, pages 57 à 96.

MATTEOLI, F-X. (2003). La fusion des métiers d'avocat et de conseil juridique : un bilan après dix ans. *La revue des anciens élèves de l'ENA*, 329.

MAYAUD, Y. (2020). Le droit pénal spécial de la dénonciation. *AJ Pénal*. Numéro 1, pages 8 à 10.

MAZAUD, N. RABEYRIN-PUECH, P. et PORCHY, M-P. (2018). Une expérience de justice restaurative au tribunal de grande instance de Lyon. *Les cahiers de la justice*. Pages 753 à 766.

MCCANN, M. (1992). Reform Litigation on Trial. In Symposium : The Supreme Court and Social Change. *Law & Social Inquiry*, numéro 17.

MCCANN, M. (2006). Law and Social Movements. *Annual Review of Law and Social Science*, Volume 2, 17-38.

MCCOMBS, M. et SHAW, D. (1972). The agenda-setting function of mass media. *Public Opinion Quarterly*. Volume 36, pages 176 à 187.

MECARY, C. (2018). États généraux de la bioéthique : quels enjeux pour nos exercices professionnels ? *La lettre du Syndicat des Avocats de France*. Numéro de mai, pages 38 à 41.

MELUCCI, A. (1984). An End of Social Movements ? *Social Science Information*, 23, pages 819 à 835.

MELUCCI, A. (1983). Mouvements sociaux, mouvements post-politiques. *Revue internationale d'action communautaire*, 10, pages 11 à 44.

MELUCCI, A. (1978). Société en changement et nouveaux mouvements sociaux. *Revue Sociologie et Sociétés*, Volume 10, 2, pages 37 à 54.

MILBURN, P. (2002). La compétence relationnelle : maîtrise de l'interaction et légitimité professionnelle. Avocats et médiateurs. *Revue française de sociologie*. Volume 43. Numéro 1, pages 47 à 72.

MILBURN, P. (2019). L'avocat et l'algorithme. *Les cahiers de la justice*. Numéro 2, pages 499 à 510.

MIRKOVIC, A. (2008). À propos de la maternité pour autrui. *Revue mensuelle LexisNexis jurisclasseur – Droit de la famille*. Numéro de juin, pages 9 à 13.

MITCHELL, O. WILSON, D. EGGERS, A. et MCKENSIE, D. (2012). Assessing the effectiveness of drug courts on recidivism : A meta-analytic review of traditional and non-traditional drug courts. *Journal of Criminal Justice*. Numéro 40, pages 60 à 71.

MOLENA, X. (2009). Tolérance zéro : du discours aux pratiques réelles. *Sciences sociales*.

MOLFESSIS, N. (2011). La résistance immédiate de la Cour de cassation à la QPC. *Pouvoirs*. Numéro 137, pages 83 à 99.

MORINEAU, A. (2020). Avocats passe-murailles, avocats empêchés. *La lettre du Syndicat des Avocats de France*. Numéro d'avril, pages 16 et 17.

MORINEAU, A. (2020). L'avocat dans ses rapports avec les autres professions judiciaires. *Les cahiers de la justice*. Numéro 3, pages 459 à 467.

MOUHANA, C. (2017). Etat d'urgence, état des lieux : abus de police et usure démocratique. *Sociologie*. Numéro 4, volume 8.

NAGEL, S. (1963). Applying correlation analysis to case prediction. *Texas Law Review*. Pages 1006 et suivantes.

NAHMIAS, N. et GIVORD, L. (2007). Code des marchés publics : de la réticence à l'intégration du développement durable. *ACCP contrats publics*. Numéro 72.

NEYRET, L. (2017). La consécration du préjudice écologique dans le code civil. *Recueil Dalloz 2017*, page 924.

ODINET, G. (2017). Le rôle du juge administratif dans le contrôle de l'état d'urgence. *Les Cahiers de la Justice*. Numéro 2, pages 275 à 280.

OFFE, C. (1985). New Social Movements : Challenging the Boundaries of Institutionnal Politics. *Social Research*, Volume 52, 4, pages 817 à 868.

O'REILLY, T. (2007). What is Web 2.0: Design Patterns and Business Models for the Next Generation of Software. *Communications & Strategies*. Numéro 1, page 17.

PAGES, A. (2019). Picquart, héros méconnus de l'affaire Dreyfus. *Histoire et Civilisations*. Numéro 55, page 10.

PELLEGRINI, B. (2005). La portée structurante des droits fondamentaux. *VST - Vie sociale et traitements*. Numéro 86, pages 137 à 156.

PETIT, J. (1982). L'amendement ou l'entreprise de réforme morale des prisonniers en France au XIX<sup>e</sup> siècle ? *Déviance et Société*. Numéro 4. Volume 6, pages 331 à 351.

PIANA, D. (2019). La justice numérique : un panorama européen. *Les cahiers de la justice*. Numéro 2, pages 257 à 268.

PIZZORNO, A. (1990). Considérations sur les théories des mouvements sociaux. *Politix*, Volume 3, 9, pages 74 à 80.

PORTMANNLE, A. (2017). Avocat du 21<sup>e</sup> siècle : un rapport provocateur veut bousculer la profession. *Dalloz Actualité*, le 27 octobre 2017.

POSTONE, M. (2009). Temps, travail et domination sociale. *Revue française de socio-économie*. Editions Mille et une nuits. Paris. Pages 175 à 182.

POTIER, C. et DAOUD, E. (2017). L'Etat d'urgence dans le droit commun : quand l'exception devient la règle au mépris des libertés. *Fil info des affaires publiques du barreau de Paris - PJJ sécurité intérieure et lutte contre le terrorisme*.

QUINQUIS, M. (2017). Le projet de loi « renforçant la sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme » : la nuit qui tombe. *La lettre du Syndicat des Avocats de France*. Numéro d'octobre, pages 34 et 35.

RAIMBOURG, D. et POISSON, J-F. (2016). *Rapport d'information sur le contrôle parlementaire de l'état d'urgence*. Paris : Assemblée Nationale. Numéro 4281, le 6 décembre.

RANCIERE, D. (1998). Brève histoire du Groupe d'information sur les prisons (G.I.P.), 1971-1972. *Mana*. Numéro 5, pages 225 à 235.

REILING, D. (2019). Quelle place pour l'intelligence artificielle dans le processus de décision d'un juge ? *Les cahiers de la justice*. Numéro 2, pages 221 à 228.

REMY, P. (2003). La part faite au juge. *Pouvoirs*. Numéro 107, pages 22 à 36.

RIALS, S. (1986). Des droits de l'Homme aux lois de l'Homme. Aux origines de la pensée juridique moderne. *Revue Commentaire*. Numéro 34, pages 281 à 289.

ROCHON, R. (1990). The Weast European Peace Movement and the Theory of New Social Movements. In DALTON, R. et KUECHLER, M. *Challenging the Political Order*. Oxford University Press, Polity Press, pages 105 à 121.

ROOT, H. (1985). Challenging the Seigneurie : Community and Contention on the Eve of the French Revolution. *Journal of Modern History*. Décembre, pages 652 à 681.

ROPARS-FURET, A-C. HERBET, J. et POUX, I. (2020). MARL. Table ronde d'avocats affairistes. *Les Cahiers de la Justice*. Numéro 3.

ROSENBERG, G. (1991). The Hollow Hope : Can Courts Bring about Social Change ? Chicago : *The University of Chicago Press*.

ROSTAING, C. (2007). Processus de judiciarisation carcérale : le droit en prison, une ressource pour les acteurs ? *Droit et Société*. Numéro 67, pages 577 à 595.

ROUSSEAU, B. (2009). Pour l'effectivité des droits des détenus et le respect de leur dignité dans les conditions de détention. *La lettre du Syndicat des Avocats de France*. Numéro de juin, page 20.

ROUSSEAU, D. (2006). L'état d'urgence, un état vide de droit(s). *Revue Projet*. Numéro 291, pages 19 à 26.

ROUSSEAU, D. (2016). En l'état de sa rédaction, l'inscription de l'état d'urgence dans la constitution serait dangereuse pour la démocratie. *La lettre du Syndicat des Avocats de France*. Numéro de mai, pages 20 à 22.

ROUSSEL, V. (2003). Les magistrats français, des cause lawyers malgré eux ? *Politix*. Numéro 62, pages 93 à 113.

ROUYER, M. (2003). La politique par le droit. *Raisons politiques*. Numéro 9, pages 65 à 80.

ROTHMAYR ALLISON, C. (2013). Le droit et l'administration de la justice face aux instruments managériaux. *Droit et société*. Numéro 84, pages 275 à 289.

SALAS, D. (2010). L'avocat, les médias et son client. *Revue pénitentiaire et de droit pénal*. Numéro spécial.

SALLE, G. et CHANTRAINE, G. (2009). Le droit emprisonné ? Sociologie des usages sociaux du droit en prison. *Politix*. Numéro 87, pages 93 à 117.

SEGAL, J. (1984). Predicting Supreme Court Cases Probabilistically : the Search and Seizure Cases (1962-1981). *American Political Science Review*. Pages 891 et suivantes.

SENAT. (2009). La garde à vue. *Les documents de travail du Sénat, série législation comparée*. Numéro de décembre.

SERIAUX, A. (2009). Maternités pour le compte d'autrui : la mainlevée de l'interdit ? *Recueil Dalloz*. Numéro 18, pages 1215 à 1220.

SOUMASTRE, S. et GIVORD, L. (2016). Quels apports des avocats à la doctrine en matière de droit de l'environnement ? *Revue juridique de l'environnement*. Numéro spécial, pages 266 à 280.

SPARKS, R. et BOTTOMS, A. (1995). Legitimacy and order in prisons. *British Journal of Sociology*. Numéro 46, volume 1, pages 45 à 62.

SURDEN, H. (2014). Machine Learning and Law. *Washington Law Review*. Numéro 1.

SWENNEN, M. (2010). Les mouvements anticomunistes dans les années 1920. *Courrier hebdomadaire du CRISP*, 2059.

TAISNE, J-J. (1999). De l'impossibilité pour un avocat conseiller municipal d'agir contre sa commune : domaine et sanction d'une incompatibilité. *Recueil Dalloz 1999*, page 596.

TAMET, Y. (2011). Déc. 2000 - Fév. 2011 une aussi longue attente. *La lettre du Syndicat des Avocats de France*. Numéro d'avril, page 10.

THENAULT, S. (2007). L'état d'urgence (1955-2005). De l'Algérie coloniale à la France contemporaine : destin d'une loi. *Le mouvement social*. Numéro 218, pages 63 à 78.

THOUZELLIER, B. (2012). Avocats et magistrats. *Pouvoir*, 2012/1, Editions le Seuil, numéro 140, pages 91 à 97.

TIEBOUT, C. (1956). A Pure Theory of Local Expenditure. *Journal of Political Economy*. Numéro 64, pages 416 à 424.

TONNERRE-SEYCHELLES, S. (2018). Après « J'accuse...! », les procès de Zola. *Le Blog Gallica*.

TOVAR, E. (2016). L'économie sociale et solidaire : le renouveau d'un idéal ? *Regards croisés sur l'économie*. Volume 19, numéro 2, pages 160 à 172.

VAUCHEZ, A. (2001). Entre droit et sciences sociales. Retour sur l'histoire du mouvement Law and Society. *Genèses*. Numéro 45, pages 134 à 149.

VAUCHEZ, A (2012). Elite politico-administrative et barreau d'affaire. Sociologie d'un espace-frontière. *Pouvoir*. Numéro 140, pages 71 à 81.

VIENNEY, P. (1927). La fonction sociale du droit privé en URSS. *Clarté*, 9.

VIGREUX, J. (2020). La guerre froide et comment le PCF l'a affrontée. *Cause commune*. Numéro 14.

VINDEVOGEL, F. (2007). La remise en question des politiques pénales ultra-répressives : tendance lourde ou évolution conjoncturelle ? *Revue française d'études américaines*. Numéro 133, pages 92 à 113.



WACQUANT, L. (2002). The Curious Eclipse of Prison Ethnography in the Age of Mass Incarceration. *Ethnography*. Numéro 3, volume 4, pages 371 à 398.

WALTMAN, J. (1996). The global expansion of judicial power. *The American Political Science Review (Book Review : Comparative Politics)*. Volume 90, numéro 3, pages 684 à 685.

WILSON, J. et KELLING, G. (1982). Broken Windows. The Police and Neighborhood Safety. *The Atlantic Monthly*. Numéro de mars.

WINTER, J. et EYAL, C. (1981). Agenda-setting for the civil rights issue. *Public Opinion Quaterly*. Numéro 45, pages 376 à 383.

YOUF, D. (2014). Justice restaurative à la PJJ. Le destin de la mesure de réparation. *Les cahiers dynamiques*. Numéro 59, pages 51 à 60.

ZALD, M. et ASH, R. (1966). Social Movement organizations. *Revue Social Forces*, 44, pages 327 à 341.

ZARKA, Y-C. (2002). Démocratie et pouvoir médiatique. *Cité*. Numéro 2, pages 119 à 129.

ZORN, C. et BORG, F. (2017). De la Justice prédictive à la Justice pré-conditionnée. *La lettre du Syndicat des Avocats de France*. Numéro d'octobre, pages 24 et 25.

**Documents :**

Bulletin du Barreau de Paris, 30 mars 2008.

Bulletin du Barreau de Paris, janvier 2016.

Bulletin du Barreau de Paris, avril 2016.

Directive 77/249/CEE du Conseil, du 22 mars 1977, tendant à faciliter l'exercice effectif de la libre prestation de services par les avocats.

Directive 89/48/CEE du Conseil, du 21 décembre 1988 relative à un système général de reconnaissance des diplômes d'enseignement supérieur qui sanctionnent les formations professionnelles d'une durée minimale de trois ans.

Directive 98/5/CE du Parlement européen et du Conseil, du 16 février 1998 visant à faciliter l'exercice permanent de la profession d'avocat dans un Etat membre autre que celui où la qualification a été acquise.

Ministère de la justice, direction des affaires criminelles et des grâces, sous-direction de la justice pénale générale, bureau de la police judiciaire « Argumentaire sur l'absence de l'avocat en garde à vue – conséquences procédurales ».

*Règlement Intérieur National de la profession d'avocat*, Conseil National des barreaux, version consolidée au 1<sup>er</sup> août 2017.

Recommandation du Conseil de l'Europe du 5 octobre 2018 relative à la justice restaurative en matière pénale.

Loi du 5 juin 1875 sur le régime des prisons départementales.

Loi du 8 décembre 1897 ayant pour objet de modifier certaines règles de l'instruction préalable en matière de crimes et délits. JORF du 10 décembre 1897 page 6907.

Loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence.

Loi n°79-587 du 11 juillet 1979 relative à la motivation des actes administratifs et à l'amélioration des relations entre l'administration et le public.

Décret n° 83-1025 du 28 novembre 1983.

Loi n°84-821 du 6 septembre 1984 portant statut du territoire de la Nouvelle-Calédonie et dépendances.

Recommandation R (87) 3 du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe du 12 février 1987 sur les règles pénitentiaires européennes.

Loi n° 87-432 du 22 juin 1987 relative au service public pénitentiaire.

Loi n° 93-2 du 4 janvier 1993 portant réforme de la procédure pénale.

Loi n° 93-1013 du 24 août 1993 modifiant la loi n° 93-2 du 4 janvier 1993 portant réforme de la procédure pénale.

Décret numéro 96-287 du 2 avril 1996 relatif au régime disciplinaire des détenus et modifiant certaines dispositions du code de procédure pénale.

Loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations.

Loi n° 2000-516 du 15 juin 2000 renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes.

Loi n° 2000-597 du 30 juin 2000 relative au référé devant les juridictions administratives.

Loi n° 2000-647 du 10 juillet 2000 tendant à préciser la définition des délits non intentionnels.

Loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique.

Loi n° 2007-1545 du 30 octobre 2007 instituant un Contrôleur général des lieux de privation de liberté.

Loi n° 2009-1436 du 24 novembre 2009 pénitentiaire.

Loi n° 2011-392 du 14 avril 2011 relative à la garde à vue.

Circulaire du Ministère de la Justice et des Libertés du 15 avril 2011 relative aux droits de la personne gardée à vue, suite aux arrêts de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation du 15 avril 2011. NOR : JUSD1110661C

Circulaire de l'Administration pénitentiaire du 9 juin 2011 relative au régime disciplinaire des personnes détenues majeures. NOR : JUSK1140024C.

Circulaire de la Direction des affaires civiles et du Sceau du 25 janvier 2013 relative aux conditions de délivrance des certificats de nationalité française aux enfants nés à l'étranger de français, lorsqu'il apparaît avec suffisamment de vraisemblance, qu'il a été fait recours à une convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui. NOR : JUSC1301528C.

Loi n° 2014-896 du 15 août 2014 relative à l'individualisation des peines et renforçant l'efficacité des sanctions pénales.

Loi n° 2014-1353 du 13 novembre 2014 renforçant les dispositions relatives à la lutte contre le terrorisme.

Loi n° 2015-1501 du 20 novembre 2015 prorogeant l'application de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence et renforçant l'efficacité de ses dispositions.

Assemblée Nationale. Projet de Loi constitutionnelle de protection de la Nation. Document n°3381 du 23 décembre 2015.

Loi n° 2016-162 du 19 février 2016 prorogeant l'application de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence.

Loi n° 2016-629 du 20 mai 2016 prorogeant l'application de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence.

Loi n° 2016-731 du 3 juin 2016 renforçant la lutte contre le crime organisé, le terrorisme et leur financement, et améliorant l'efficacité et les garanties de la procédure pénale.

Loi n° 2016-1321 du 7 octobre 2016 pour une République numérique.

Loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI<sup>e</sup> siècle.

Loi n° 2017-258 du 28 février 2017 relative à la sécurité publique.

Loi n° 2017-1510 du 30 octobre 2017 renforçant la sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme.

**Sources internet :**

[www.juristespourlenfance.com](http://www.juristespourlenfance.com). *Circulaire Taubira : vers une légalisation de la GPA ?* Par Adeline Le Gouvello Delaporte. 12 décembre 2014. [consulté le 29 janvier 2015].

[www.cglpl.fr](http://www.cglpl.fr) missions et actions du CGLPL. [consulté le 27 février 2014].

« La Russie, vaste prison des peuples » ; *Histoire : 1900, l'Europe domine le monde* ; L'encyclopédie BS [consulté le 18 mai 2017] <http://www.encyclopedia.bsditions.fr>

« La classe ouvrière en Europe de 1919 à 1974 » ; Belisaire ; Philisto [consulté le 18 mai 2017] <http://www.philisto.fr>

[www.avocatparis.org](http://www.avocatparis.org) site internet de l'Ordre du barreau de Paris [consulté le 22 novembre 2017].

[www.lesaf.org](http://www.lesaf.org), site internet du Syndicat des Avocats de France [consulté le 30 novembre 2017].

<http://www.clesdusocial.com/la-syndicalisation-en-france-secteur-marchand-fonction-publique> [consulté le 16 juin 2018].

LeMonde.fr par Franck Johannès le 20 mai 2010 [consulté le 4 mars 2014].

<http://www.vie-publique.fr/politiques-publiques/prison-reinsertion-detenu/chronologie/> [consulté le 30 janvier 2019].

Statistiques de l'activité parlementaire sous la XIV<sup>e</sup> législature, Site de l'Assemblée Nationale : <http://www2.assemblee-nationale.fr> [consulté le 26 avril 2019].

<https://archives.cnb.avocat.fr> [consulté le 21 mai 2019].

<http://www.avocatparis.org> [consulté le 27 mai 2019].

<https://laconference.typepad.fr> [consulté le 31 mai 2019].

<https://www.cnb.avocat.fr> [consulté le 30 juin 2019].

<https://www.echr.coe.int> [consulté le 11 septembre 2019].

<https://www.conseil-constitutionnel.fr/bilan-statistique> [consulté le 11 septembre 2019].

<https://oip.org> [consulté le 17 octobre 2019].

<https://www.franceculture.fr/droit-justice/> Laurence Roques : « *La société peut encore évoluer, y compris en matière de GPA* ». [consulté le 29 octobre 2019].

<https://www.lebel-avocats.com/gpa> GPA : *l'arrêt CEDH n'est toujours pas appliqué, les avocats du SAF s'associent à la riposte*. [consulté le 29 octobre 2019].

<https://www.maitre-eolas.fr/> [consulté le 14 novembre 2019].

<http://www.efb.fr> [consulté le 21 novembre 2019].

<https://jean-jaures.org> [consulté le 26 novembre 2019].

<https://www.association-a3d.fr> [consulté le 26 novembre 2019].

<https://stats.oecd.org> [consulté le 24 janvier 2020].

<https://avocats-toulouse.com> [consulté le 27 janvier 2020].

<https://www.barreaunantes.fr> [consulté le 27 janvier 2020].

<http://www.avocats-reims.fr> [consulté le 27 janvier 2020].

<https://droitetcroissance.fr> [consulté le 7 avril 2020].

<http://www.henricapitant.org> [consulté le 7 avril 2020].

<https://www.vie-publique.fr> [consulté le 19 septembre 2020].

<https://www.publicsenat.fr> [consulté le 24 septembre 2020].

**Discours :**

Discours du Président de la République (audience solennelle de début d'année de la Cour de cassation), 7 janvier 2009.

Extrait du discours de Nicolas Sarkozy devant le Parlement réuni en Congrès le 22 juin 2009.

Extrait d'un entretien avec D. Olivennes et M. Labro, Le Nouvel Observateur, 2-8 juillet 2009.

**Articles de presse :**

Agence France presse. *La réforme de la procédure pénale vue par la commission Léger*. 1<sup>er</sup> septembre 2009.

Agence France presse. *La garde à vue en question*. 23 novembre 2009.

Agence France Presse. *Gardes à vue en hausse : résultat de la politique du chiffre*. 23 novembre 2009.

Agence France Presse. *Garde à vue : un syndicat de police contre les propositions de M. Fillon*. 23 novembre 2009.

Agence France Presse. *Garde à vue : des syndicats d'avocats contre un syndicat de police*. 24 novembre 2009.

Agence France Presse. *Garde à vue : le bâtonnier de Pau appelle à des actions en nullité*. 26 novembre 2009.

Agence France Presse. *Garde à vue : le groupe de travail UMP mis en place la semaine prochaine*. 16 février 2010.

Agence France Presse. *Garde à vue : Le PS demande une réforme rapide de la procédure*. 16 février 2010.

Agence France Presse. *La longue attente des Mennesson, parents de jumelles nées de mère porteuse*. 5 avril 2011.

Blog Justice et compagnie. *Annulation des PV établis en garde à vue*. 5 février 2010.

Blog SOS-crise. *Mes 13 heures de garde à vue. Où sont les valeurs humaines ?* 12 février 2010.

Bulletin quotidien. *Le premier ministre pense évident de repenser la garde à vue*. 23 novembre 2009.

Capital. *Des magistrats et avocats dénoncent l'état d'urgence*. 17 novembre 2015.

FranceInfo. *Les Français veulent des conditions de détention plus sévères pour les détenus et moins de moyens pour les prisons*. 9 avril 2018.

FranceInfo. *GPA : la filiation du couple Mennesson reconnue par la justice*. 7 octobre 2019.



FranceInter. *Le tribunal de Bobigny propose un programme pilote pour les toxicomanes qui veulent sortir de la dépendance.* 7 janvier 2019.

FranceInter. *Non, il n'y a pas « des dizaines de milliers de peines de prison ferme qui ne sont pas exécutées ».* 8 janvier 2019.

Gazette du Palais. *Je t'aime mais je te quitte.* 5 juin 2018.

Gazette du Palais. *Régime universel de retraite : mobilisation et manifestation en vue pour la profession d'avocat.* 22 juillet 2019.

JDD. *GPA : la circulaire Taubira fait un tollé à droite.* 30 janvier 2013.

Journal des greffiers en colère. *Cinq gardes à vues annulées par le tribunal correctionnel de Paris.* Maître Eolas, 6 février 2010.

Journal d'un avocat. *Les gardes à vue sont-elles légales ?* 23 novembre 2009.

L'est républicain. *François Fillon veut qu'une telle mesure demeure un acte grave.* 23 novembre 2009.

L'express. *Antonio Ferrara perd quelques années de prison en appel.* 23 octobre 2010.

L'express. *Trop d'avocats en France ? La profession réfléchit à des solutions.* 6 décembre 2013.

L'Humanité. *François Fillon fait amende honorable sur la garde à vue.* 23 novembre 2009.

L'Humanité. *Christiane Taubira lance le mariage homosexuel.* 12 septembre 2012.

L'Humanité. *Mères porteuses, enfants sans statut ?* 9 janvier 2013.

L'Humanité. *Constitutionnaliser, c'est banaliser l'état d'urgence.* 23 décembre 2015.

L'Obs. *L'état d'urgence, un bilan opérationnel en demi-teinte.* 3 juillet 2017.

L'Opinion. *Etat d'urgence, procédure pénale : les avocats peinent à « réveiller les consciences ».* 15 janvier 2016.

L'Opinion. *L'état d'urgence, un dispositif dont l'efficacité s'amenuise avec le temps.* 21 juillet 2016.

Libération. *Henri Leclerc, 50 ans de plaidoirie.* 22 septembre 2005 par Dominique Simonnot.

Libération. *Gestation pour autrui : les enfants fantômes de la République*. 20 mai 2009.

Libération. *Fillon veut repenser la garde à vue*. 23 novembre 2009.

Libération. *Les gardes à vue dans la mire des avocats*. 5 décembre 2009.

Libération. *Garde à vue. Repères*. 8 février 2010.

Libération. « *J'ai dû me mettre toute nue* ». 8 février 2010.

Libération. *La garde à vue tenue à l'œil par les magistrats*. 8 février 2010.

Libération. *Garde à vue : fronde policière*. 11 février 2010.

Libération. *Martin Hirsch connaît la garde à vue*. 15 février 2010.

Libération. *Garde à vue : l'aveu désavoué*. 25 mars 2010.

Libération. *Conseil constitutionnel. Repères*. 29 mai 2010.

Libération. *Les « sages » plancheront sur la garde à vue*. 1<sup>er</sup> juin 2010.

Libération. « *La moitié des erreurs judiciaires reposent sur des aveux* ». 9 juillet 2010.

Libération. *La garde à vue interpellée devant le Conseil constitutionnel*. 21 juillet 2010.

Libération. *Henri Leclerc : « Restreindre nos libertés est une victoire pour eux »*. 20 novembre 2015.

Libération. *L'état d'urgence dans le droit commun : nous, avocats, nous opposons à une telle mesure*. 8 juin 2017.

Libération. *Les fantômes muets de la République*. 27 mai 2019.

Libération. *Violences sur les détenus : brisons le silence*. 23 juin 2019.

Libération. *Réforme des retraites : les avocats ne désarment pas*. 8 février 2020.

La Charente Libre. *Garde à vue, des syndicats de police critiquent Fillon*. 23 novembre 2009.

La Charente Libre. *La garde à vue en procès*. 30 mars 2010.

La Croix. *Les avocats s'inquiètent de la prolongation de l'état d'urgence*. 23 janvier 2016.

La Gazette du Palais. *Covid-19 : la profession d'avocat face à la crise sanitaire*. 23 mars 2020.

Le Figaro. *Sarkozy et Copé à l'heure de la détente*. 2 février 2010.

Le Figaro. *Réforme de la garde à vue : ce que propose Alliot-Marie*. 10 février 2010.

Le Figaro. *Garde à vue : les avocats saisissent les Sages*. 2 mars 2010.

Le Figaro. *Garde à vue : Une réforme urgente*. 26 mars 2010.

Le Figaro. *Les élus veulent réformer la garde à vue*. 26 mars 2010.

Le Figaro. *Garde à vue : police et justice face à face au tribunal*. 31 mars 2010.

Le Figaro. *Les avocats sont 42% de plus qu'il y a dix ans*. 5 février 2013.

Le Figaro. *170 personnalités demandent la reconnaissance d'enfants issus de GPA*. 17 décembre 2014.

Le Monde. *Comment j'ai été gardé à vue : nouveau genre littéraire*. 22 avril 2008.

Le Monde. *Les avocats à l'assaut de la garde à vue « à la française »*. 17 novembre 2009.

Le Monde. *Les avocats contestent la légalité de la garde à vue*. 19 novembre 2009.

Le Monde. *Comment repenser la garde à vue ?* 23 novembre 2009.

Le Monde. *Un rapport critique les conditions de garde à vue*. 23 novembre 2009.

Le Monde. *La garde à vue sur le banc des accusés*. 24 novembre 2009.

Le Monde. *Garde à vue : Le droit est là, mais les conditions sont souvent déplorables*. 24 novembre 2009.

Le Monde. *Pressions constitutionnelles sur la garde à vue*. 7 décembre 2009.

Le Monde. *Garde à vue : tous coupables ?* 17 décembre 2009.

Le Monde. *Tensions entre juges et policiers sur la garde à vue*. 14 janvier 2010.

Le Monde. *Polémiques autour de la garde à vue de mineurs à Paris*. 9 février 2010.

Le Monde. *Toutes les erreurs judiciaires ou presque naissent en garde à vue*. 16 février 2010.

Le Monde. *Nouvelle offensive des avocats contre les conditions de garde à vue*. 1<sup>er</sup> mars 2010.

Le Monde. *Un tribunal pose la question de la constitutionnalité de la garde à vue*. 1<sup>er</sup> mars 2010.

Le Monde. *Garde à vue : pour en finir avec l'hypocrisie*, par Clarisse Taron et Alain Mikowski. 12 mars 2010.

Le Monde. *La garde à vue en procès*. 29 mars 2010.

Le Monde. *Au tribunal de Paris, plaidoyer européen pour la présence d'un avocat en garde à vue*. 30 mars 2010.

Le Monde. *Procès de la garde à vue : dialogue de sourds entre policiers et avocats*. 1<sup>er</sup> avril 2010.

Le Monde. *Procès de la garde à vue : le barreau de Paris remporte la manche*. 20 mai 2010.

Le Monde. *La querelle de la garde à vue au Conseil constitutionnel*. 1<sup>er</sup> juin 2010.

Le Monde. *La garde à vue, une exception française*, par le Club « Droits, justice & sécurités ». 20 juillet 2010.

Le Monde. *Les conditions de garde à vue sont-elles constitutionnelles ?* 20 juillet 2010.

Le Monde. *Garde à vue : feu nourri des avocats devant le Conseil constitutionnel*. 21 juillet 2010.

Le Monde. *La réforme de la garde à vue entre en vigueur*. 15 avril 2011.

Le Monde. *GPA : Un droit confus pour les « enfants fantômes » de la République*. 26 juin 2014.

Le Monde. *Aide juridictionnelle : troisième semaine de grève pour les avocats*. 27 octobre 2015.

Le Monde. *Etat d'urgence : « On n'arrête pas les attentats avec des lois »*. 31 octobre 2017.

Le Monde. *Coronavirus : « Réduisons le nombre de personnes incarcérées pour de courtes peines ou en fin de peine »*. 19 mars 2020.

Le Monde. *« Agir vite pour que la propagation du virus dans les prisons ne soit pas une catastrophe »*. 19 mars 2020.

Le Monde. *Prisons : « Les conditions de détention ne se réduisent pas à une question de statistiques »*. Le 6 août 2020.

Le Parisien. *Circulaire Taubira : la droite s'insurge contre la GPA, la gauche dément*. 30 janvier 2013.

Le Parisien. *Réforme des retraites : cinq minutes pour comprendre la colère des avocats*. 13 janvier 2020.

Le Point. *Travail en prison : le cri d'alerte de 300 universitaires*. 23 juin 2018.

Le Progrès. *Avocats et policiers s'affrontent sur la garde à vue*. 30 mars 2010.

Les Echos. *Frédéric Sicard : « On utilise l'état d'urgence à d'autres fins que la lutte contre le terrorisme »*. 23 décembre 2015.

Les Echos. *Coronavirus : le taux d'occupation des prisons passe sous les 100 %*. 29 avril 2020.

Médiapart. *Garde à vue : l'ahurissant témoignage d'Hélène*. 16 février 2010.

Médiapart. *Efficacité de l'état d'urgence : les « fake news » du ministre de l'Intérieur*. 12 juillet 2017.

Médiapart. *Juger autrement ceux qui ont besoin de soins : l'exemple de la Drug Court de Glasgow*. 4 octobre 2017.

New presse. *Garde à vue. Ordre des avocats au barreau de Paris*, 26 novembre 2009.

Presse Océan. *La garde à vue de Fillon agace les policiers*. 24 novembre 2009.

Reuteurs, Les actualités en français. *Omar/M<sup>e</sup> Vergès persiste et signe*. 24 mai 1994.

Reuteurs, Les actualités en français. *Omar- M<sup>e</sup> Vergès et ses 32 défenseurs chez le juge*. 24 mai 1994.

Slate. *Quitter la robe : l'étonnante épidémie de reconversion des jeunes avocats*. 13 avril 2018.

Sud-Ouest. *Avocats et policiers à couteaux tirés*. 30 mars 2010.

Vingt-minutes. *Les avocats poursuivent leur course d'endurance contre la réforme des retraites*. 11 mars 2020.

## Décisions :

### CEDH :

21 février 1975, *Golder contre Royaume-Uni*. Requête numéro 4451/70.

8 juin 1976, *Engel et autres contre Pays-Bas*. Requête numéro 5100/71.

28 novembre 1978, *Luedicke, Belkacem et Koç contre Allemagne*. Requêtes numéros 6210/73 ; 6977/75 et 7132/75.

28 juin 1984, *Campbell et Fell contre Royaume-Uni*. Requêtes numéro 7819/77 et 7878/77.

27 avril 1988, *Rice contre Royaume-Uni*. Requête numéro 9658/82.

27 avril 1988, *Boyle contre Royaume-Uni*. Requête numéro 9659/82.

6 décembre 1988, *Barbera, Messegué et Jabardo contre Espagne*. Requêtes numéros 10588/83 ; 10589/83 et 10590/83.

19 décembre 1989, *Brozicek contre Italie*. Requête numéro 10964/84.

28 mars 1990, *Granger contre Royaume-Uni*. Requête numéro 11932/86.

24 septembre 1992, *Herczegfalvy contre Autriche*. Requête numéro 10533/83.

16 décembre 1992, *Hadjianastassiou contre Grèce*. Requête numéro 12945/87.

25 avril 1993, *Pakelli contre Allemagne*. Requête numéro 8398/78.

21 septembre 1993, *Kremzow contre Autriche*. Requête numéro 12350/86.

22 septembre 1993, *Klaas contre Allemagne*. Requête numéro 15473/89.

28 janvier 1994, *Hurtado contre Suisse*. Requête numéro 17549/90.

19 avril 1994, *Van de Hurk contre Pays-Bas*. Requête numéro 16034/90.

8 février 1996, *John Murray contre Royaume-Uni*. Requête numéro 18731/91.

16 décembre 1997, *Raininen contre Finlande*. Requête numéro 20972/92.

28 septembre 2000, *Messina contre Italie*. Requête numéro 25498/94.

26 octobre 2000, *Kudla contre Pologne*. Requête numéro 27914/95.

25 juillet 2002, *Papon contre France*. Requête numéro 54210/00.

14 novembre 2002, *Mouisel contre France*. Requête numéro 67263/01.

17 février 2004, *Tabaï contre France*. Requête numéro 73805/01.

4 juillet 2006, *Ramirez Sanchez contre France*. Requête numéro 59450/00.

11 juillet 2006, *Rivière contre France*. Requête numéro 33834/03.

24 octobre 2006, *Vincent contre France*. Requête numéro 6253/03.

15 février 2007, *Boldea contre Roumanie*. Requête numéro 19997/02.

10 avril 2007, *Sediri contre France*. Requête numéro 44310/05.

12 juin 2007, *Frérot contre France*. Requête numéro 70204/01.

28 juin 2007, *Wagner et J.M.W.L contre Luxembourg*. Requête numéro 76240/01.

16 octobre 2008, *Renolde contre France*. Requête numéro 5608/05.

27 novembre 2008, *Salduz contre Turquie*. Requête numéro 36391/02.

9 juillet 2009, *Khider contre France*. Requête numéro 39364/05.

13 octobre 2009, *Dayanan contre Turquie*. Requête numéro 7377/03.

2 mars 2010 *Andamkiewicz contre Pologne*. Requête numéro 54729/00.

14 octobre 2010, *Brusco contre France*. Requête numéro 1466/07.

4 novembre 2010, *Katritsch contre France*. Requête numéro 22575/08.

21 décembre 2010, *Raffray Taddei contre France*. Requête numéro 36435/07.

20 janvier 2011, *El Shennawy contre France*. Requête numéro 51246/08.

3 mai 2011, *Negrepontis-Giannisis contre Grèce*. Requête numéro 56759/08.

23 février 2012, *CG contre France*. Requête numéro 27244/09.

19 juillet 2012, *Ketreb contre France*. Requête numéro 38447/09.

25 avril 2013, *Canali contre France*. Requête numéro 40119/09.

14 mars 2013, *Eon contre France*. Requête numéro 26118/10.

27 mai 2013, *Torreggiani et autres contre Italie*. Requêtes numéros 43517/09, 46882/09, 55400/09, 57875/09, 61535/09, 35315/10 et 37818/10.

26 juin 2014, *Mennesson contre France*. Requête numéro 65192/11.

26 juin 2014, *Labassée contre France*. Requête numéro 65941/11.

2 octobre 2014, *Fakailo dit Safoka et autres contre France*. Requête numéro 2871/11.

14 février 2015, *Helhal contre France*. Requête numéro 10401/12.

21 mai 2015, *Yengo contre France*. Requête numéro 50494/12.

20 octobre 2015, *Dvorski contre Croatie*. Requête numéro 25703/11.

4 février 2016, *Isenc contre France*. Requête numéro 58828/13.

13 septembre 2016, *Ibrahim et autres contre Royaume-Uni*. Requêtes numéros 50541/08, 50571/08, 50573/08 et 40351/09.

25 avril 2017, *Rezmives et autres contre Roumanie*. Requêtes numéros 61467/12, 39516/13, 48231/13 et 68191/13.

11 juillet 2017, *Moreira Ferreira contre Portugal*. Requête numéro 19867/12.

30 janvier 2020, *J.M.B et autres contre France*. Requête numéro 9671/15 et 31 autres.

### **Cour de cassation :**

Cass. Mixte, 24 mai 1975, *Jacques Vabre*, pourvoi n°73-13.556.

Cass. Civ1., 13 décembre 1989, pourvoi n°88-15655.

Cass. Ass. Ple., 31 mai 1991, pourvoi n°90-20105.

Cass. Crim., 12 janvier 2000, pourvoi n° 99-82905.

Cass. Crim., 23 juin 2004, pourvoi n°03-82371.

Cass. Crim., 20 mars 2007, pourvoi n°06-89.555. Non publié au bulletin.

Cass. Crim., 16 décembre 2009, pourvoi n°09-86.298.



Cass. QPC., 31 mai 2010, pourvois n° 05-87.745 ; 09-86.381 ; 10-81.098 ; 10-90.001 à 10-90.020 ; 10-90.023 ; 10-90.024 ; 10-90.028.

Cass. Crim., 19 octobre 2010, pourvoi n°10-82.902.

Cass. Crim., 19 octobre 2010, pourvoi n°10-82.306.

Cass. Crim., 19 octobre 2010, pourvoi n°10-82.051.

Cass. Civ1., 6 avril 2011, pourvoi n°09-66486.

Cass. Civ1., 6 avril 2011, pourvoi n°10-17130.

Cass. Civ1., 6 avril 2011, pourvoi n°10-19053.

Cass. Ass. Ple., 15 avril 2011, pourvoi n°10-17.049.

Cass. Ass. Ple., 15 avril 2011, pourvoi n°10-30.242.

Cass. Ass. Ple., 15 avril 2011, pourvoi n°10-30.313.

Cass. Ass. Ple., 15 avril 2011, pourvoi n°10-30.316.

Cass. Crim., 12 avril 2012, pourvoi n°11-87667.

Cass. Civ1., 13 septembre 2013, pourvoi n°12-18.315.

Cass. Civ1., 13 septembre 2013, pourvoi n°12-30.138.

Cass. Civ1., 19 mars 2014, pourvoi n°13-50.005.

Cass. Ass. Ple., 3 juillet 2015, pourvoi n°14-21323.

Cass. Ass. Ple., 3 juillet 2015, pourvoi n°15-50021.

Cass. Civ1., 5 juillet 2017, pourvoi n°15-28.597.

Cass. Civ1., 5 juillet 2017, pourvoi n°16-16.909.

Cass. Civ1., 5 juillet 2017, pourvoi n°16-16.455.

Cass. Civ1., 5 juillet 2017, pourvoi n°16-16.495.

Cass. Crim., 6 février 2018, pourvoi n°17-85.301.

Cass. Crim., 20 mars 2019, pourvois n°17-86319 et 18-87250.

Cass. Civ1., 13 mai 2020, pourvoi n°19-17.970.

**Tribunaux :**

Tribunal administratif de Strasbourg, 17 juin 1986.

Tribunal administratif de Versailles, 8 avril 2004, numéro 0302152.

Tribunal de grande instance de Nantes, 14 décembre 2017, numéro 16/04096.

**Conseil constitutionnel :**

16 juillet 1971. *Liberté d'association*. N°71-44 DC.

15 janvier 1975. *Loi relative à l'interruption volontaire de la grossesse*. N° 74-54 DC.

25 janvier 1985. *Loi relative à l'état d'urgence en Nouvelle-Calédonie et dépendances*. N° 85-187 DC.

11 août 1993. *Loi modifiant la loi n° 93-2 du 4 janvier 1993 portant réforme du code de procédure pénale*. N° 93-326 DC.

30 juillet 2010. N° 2010-14/22 QPC.

21 novembre 2014. N° 2014-428 QPC.

22 décembre 2015. N° 2015-527 QPC.

19 février 2016. *Perquisitions et saisies administratives dans le cadre de l'état d'urgence*. N° 2016-536 QPC.

16 février 2018. N° 2017-691 QPC.

29 mars 2018. N°2017-695 QPC.

**Conseil d'Etat :**

28 juillet 1932, *Brunaux*.

8 décembre 1967, *Kayanakis*, numéro 69544.

12 mars 1980, *Centre hospitalier spécialisé de Sarreguemines*, numéro 12572. Lebon, page 141.

21 octobre 1988, *Syndicat des Avocats de France*, numéro 70066. Lebon, page 373.

20 octobre 1989, *Nicolo*, numéro 108243.

3 novembre 1989, *M. Jean-Jacques*, numéro 85424.

10 octobre 1990, *Garde des sceaux contre M. H.* numéro 107266.

15 janvier 1992, *M. Michel C.* numéro 97149.

17 février 1995, *Hardouin*, numéro 107766.

17 février 1995, *Marie*, numéro 97754.

30 mars 2005, numéro 276017.

24 mars 2006, *Rolin et Boisvert*, numéro 286834.

23 février 2011, numéro 313965.

4 mai 2011, numéro 348778.

22 décembre 2012, numéro 364584.

11 décembre 2015, numéro 395009.

7 juin 2019, numéro 426772.

### **Tribunal des conflits :**

27 novembre 1952, *Préfet de la Guyane*, numéro 01420.

### **Cours Administratives d'Appels :**

Nantes. 26 juillet 1991, *Consorts Onno c/ M. le Garde des Sceaux*. Requête numéro 89NT00852. Inédite.



# Index

*Cet index renvoie au numéro de la page correspondante.*

- Acteurs extérieurs, 74
- Action de persuasion, 229
- Administration pénitentiaire, 349, 360
- Affaire, 403
- Agences de communication, 380
- Agenda-building, 379
- Agent du système, 153
- Aide extérieure, 76, 416
- Alain Touraine, 225
- Alberto Melucci, 224
- Alexis de Tocqueville, 374
- Anthony Oberschall, 75, 417
- Approche entrepreneuriale, 36
- Arme du droit, 123
- Association, 84
- Attractivité de la profession d'avocat, 237
- Austin Sarat, 375
- Avocat communiste, 173
- Avocat d'une cause, 113
- Avocat engagé, 110
- Blumer, 55
- Brusco contre France, 466
- Calas, 404
- Cause lawyering, 374
- CGLPL, 330
- CIMADE, 89
- Collective Behavior, 33, 74
- Commission Truche, 342
- Commissions disciplinaires, 366
- Communication externe, 396
- Communication interne, 390
- Compétence, 127
- Concurrence juridique, 282
- Condamnation judiciaire, 447
- Conscience militante, 83
- Conseil Constitutionnel, 456, 462
- Conseil National des Barreaux, 46, 264, 342
- Constitutionnalisation, 120, 425
- Contagion, 66
- Contrôle de conventionnalité, 458
- Contrôle social, 34
- Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, 121, 357
- Conventionnalisation, 120
- Convergence, 33
- Cour de cassation, 458, 465
- Cour Européenne des Droits de l'Homme, 122, 332, 353, 448
- Crise politico-religieuse des années 1728-1732, 40
- Croyance généralisée, 34
- Culture de l'avocat, 125, 163
- Dayanan contre Turquie, 333
- Débat, 418, 432
- Débat national, 403
- Décision du 15 avril 2011, 467
- Décision du 19 octobre 2010, 465
- Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789, 120
- Déclaration universelle des droits de l'homme, 121
- Défense de rupture, 194
- Défense des libertés fondamentales face à l'état d'urgence, 266, 303, 418, 479
- Déontologie, 235
- Déshumanisation de la Justice, 9
- Désintéressement, 130
- Diffusion des effets d'une condamnation dans le temps, 461
- Dreyfus, 409
- Droit de l'ennemi, 478
- Droit pénitentiaire, 265, 270, 345, 394, 398, 400, 449
- Droits fondamentaux, 118
- Dualisation du Barreau, 232
- Ecole de Chicago, 33
- Eloquence, 127
- Emeutes des banlieues, 311
- Esprit juriste, 165
- Etat d'urgence, 305
- Fantômes de la République, 297
- Fonction judiciaire, 154

- Formations, 393
- Fraude à la loi, 297
- Free rider, 36
- Gamson, 36
- Garde à vue, 264, 272, 328, 396, 432, 445, 459, 469
- GENEPI, 89
- Gestation pour autrui, 274, 288, 413, 451
- GISTI, 89
- Grille d'interprétation, 384
- Guerre d'Algérie, 304
- Günther Jakobs, 415
- Gurr, 71
- Historicité, 225
- Humanisation, 351
- Incitation sélective, 56
- Indépendance, 87, 135
- Indisponibilité du corps humain, 292
- Individualisation, 241
- Individualité, 222
- Information, 395, 396
- Initier le procès, 443
- Institutionnalisation, 228
- Intelligence artificielle, 275
- Intérêt du procès, 441
- Intérêt supérieur de l'enfant, 301
- Intermédiaire, 161, 416
- Internalisation, 284
- Jacques Vergès, 195
- Joseph R. Gusfield, 74
- Judiciarisation, 238, 356, 441
- Justice pénale internationale, 210
- Justice prédictive, 277
- Justice restaurative, 142
- Justice thérapeutique, 138
- Killian, 33
- Kit de nullité, 443
- Le Bon, 66
- Legal tech, 282
- Légitimité de l'avocat, 66
- Légitimité de la légalité, 70
- Les associations de défense de droits, 261
- Loyauté, 134
- Lucien Karpik, 75
- Mac Carthy et Zald, 37
- Majorité politique, 169
- Mancur Olson, 36, 56
- Manifestations internes, 393
- Mécanismes organisationnels, 58
- Médiatisation, 200, 336, 378, 418
- Medvedyev contre France, 334
- Michael McCann, 374
- Militantisme collectif, 31
- Militantisme individuel, 82
- Mise sur agenda, 377, 432
- Mobilisation des ressources, 35, 75
- Modernité avancée, 223
- Mouvement politique, 75
- Norme émergente, 33
- Nouveaux Mouvements Sociaux, 120, 220
- Nouvelle-Calédonie, 309
- Nouvelles technologies, 232, 235
- Obligation d'insolence, 208
- Observatoire International des Prisons, 262, 369
- OIP, 90
- Opportunité de la médiatisation, 383
- Opportunités politiques, 229
- Ordre, 39, 264
- Organisation, 32, 37, 98, 159
- Parlements d'Ancien Régime, 39
- Parti Communiste Français, 173
- Parti politique, 90
- Politisation, 338, 413
- Porte-parole du public, 69, 74
- Préfet de la Guyane, 349
- Présence offensive, 207
- Privation relative, 71
- Probité, 127
- Procès, 440
- Procès-vitrine, 444
- Prorogations, 316
- Question Prioritaire de Constitutionnalité, 122, 456
- Règlement Intérieur National, 47
- Rentabilité, 102
- Répertoire d'action collective, 77, 469
- Réseaux internes, 390
- Révolution informationnelle, 218
- Révolution numérique, 381
- Rôle comportemental, 146
- Rôle procédural, 145
- Salduz contre Turquie, 333
- Sanction disciplinaire, 349
- Sécurité juridique, 464
- Service public, 360
- Smelser, 34
- Social software, 390

Société post-capitaliste, 217  
Spécialisation de la profession d'avocat, 42  
Stigmatisation de l'adversaire, 400  
Stratégie de discrétion, 386  
Stratégie de médiatisation, 383  
Stratégie de sensibilisation, 380  
Structure entrepreneuriale, 35  
Stuart Scheingold, 375  
Susciter l'indignation, 418  
Syndicalisation, 49  
Syndicat des Avocats de France, 49, 93, 270, 343  
Systèmes d'experts, 282  
Taine, 66  
Tarde, 66  
Tensions structurelles, 74  
Théorie de la contagion, 66  
Think tanks, 259  
Tilly, 76  
Tolérance zéro, 240  
Tradition culturelle, 73  
Travail, 133  
Troubles à l'ordre social, 66  
Turner et Killian, 33, 56, 415  
Valeurs de l'avocat, 125  
Valeurs déontologiques, 61, 115  
Valeurs républicaines, 177  
Vérité biologique, 454





# Table des matières

|                                                                                                                                |           |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------|
| <b>Sommaire.....</b>                                                                                                           | <b>7</b>  |
| <b>Introduction.....</b>                                                                                                       | <b>8</b>  |
| <b>Partie 1 : La théorie du militantisme dans la profession d'avocat.....</b>                                                  | <b>29</b> |
| Titre 1 : Définir le militantisme dans la profession d'avocat.....                                                             | 30        |
| Chapitre 1 : Un militantisme collectif.....                                                                                    | 31        |
| Section 1 : La profession d'avocat comme organisation structurée.....                                                          | 32        |
| Sous-Section 1 : L'Ordre comme structure entrepreneuriale.....                                                                 | 32        |
| Paragraphe 1 : La nécessité d'une organisation ou d'une structure entrepreneuriale.....                                        | 32        |
| A) Nécessité d'une organisation dans la théorie du <i>collective behavior</i> .....                                            | 33        |
| B) Nécessité d'une structure entrepreneuriale dans la théorie de la <i>mobilisation des ressources</i> .....                   | 35        |
| Paragraphe 2 : La structuration de l'Ordre comme <i>organisation</i> .....                                                     | 39        |
| A) L'émancipation de l'Ordre des avocats vis-à-vis des Parlements d'Ancien Régime.....                                         | 39        |
| B) Un organe de gestion et de régulation.....                                                                                  | 42        |
| Sous-Section 2 : Le Conseil National des Barreaux et le Syndicat des Avocats de France comme structures entrepreneuriales..... | 46        |
| Paragraphe 1 : Le Conseil National des Barreaux (CNB).....                                                                     | 46        |
| A) Présentation du Conseil National des Barreaux.....                                                                          | 46        |
| B) Influence du Conseil National des Barreaux sur l'exercice de la profession et sur la défense de ses intérêts.....           | 48        |
| Paragraphe 2 : Le Syndicat des Avocats de France (SAF).....                                                                    | 49        |
| A) Présentation du Syndicat des Avocats de France.....                                                                         | 49        |
| B) Rôle militant du Syndicat des Avocats de France.....                                                                        | 51        |
| Section 2 : La profession d'avocat comme organisation unie, légitime à la contestation et mobilisable.....                     | 54        |
| Sous-Section 1 : Organisation unie et légitime.....                                                                            | 54        |
| Paragraphe 1 : De l'importance des mécanismes organisationnels.....                                                            | 54        |
| A) Une profession coutumière.....                                                                                              | 55        |
| B) L'Ordre garant des valeurs éthiques de la profession.....                                                                   | 61        |
| Paragraphe 2 : Troubles à l'ordre social et légitimité de l'avocat.....                                                        | 66        |
| A) La perception négative du comportement collectif.....                                                                       | 66        |
| B) L'avocat comme fauteur de trouble légitime.....                                                                             | 69        |
| Sous-Section 2 : Organisation mobilisable.....                                                                                 | 71        |
| Paragraphe 1 : Rôle d'intermédiaire.....                                                                                       | 71        |
| A) Tradition contestataire française.....                                                                                      | 71        |
| B) L'avocat porte-parole du public.....                                                                                        | 74        |

|                                                                                                        |     |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| Paragraphe 2 : <i>Aide extérieure et répertoire d'action collective</i> .....                          | 76  |
| A) L'aide extérieure.....                                                                              | 77  |
| B) Le répertoire d'action collective.....                                                              | 78  |
| Chapitre 2 : Une vocation politique au sein d'un militantisme individuel. ....                         | 82  |
| Section 1 : Conscience militante.....                                                                  | 83  |
| Sous-Section 1 : Les signes objectifs d'une conscience militante.....                                  | 83  |
| Paragraphe 1 : L'appartenance à un organe militant extérieur à la profession.....                      | 84  |
| A) Une association. ....                                                                               | 84  |
| B) Un parti politique. ....                                                                            | 90  |
| Paragraphe 2 : L'engagement auprès de structures militantes collectives au sein de la profession. .... | 92  |
| A) La participation à un organe de représentation des intérêts de la profession. ....                  | 93  |
| B) L'organisation structurelle de l'exercice de la profession au sein d'un cabinet. ....               | 98  |
| Sous-Section 2 : La perception des avocats sur le militantisme dans leur profession. ....              | 104 |
| Paragraphe 1 : La perception négative de la qualification <i>d'avocat militant</i> . ....              | 105 |
| A) Le rejet du terme de militant. ....                                                                 | 105 |
| B) L'engagement contre l'injustice. ....                                                               | 110 |
| Paragraphe 2 : La perception valorisante de la qualification <i>d'avocat militant</i> . ....           | 112 |
| A) Les revendications militantes. ....                                                                 | 112 |
| B) La conscience de la possibilité de faire évoluer le droit. ....                                     | 118 |
| Section 2 : Valeurs et conception de la Justice de l'avocat. ....                                      | 125 |
| Sous-Section 1 : Valeurs de l'avocat.....                                                              | 125 |
| Paragraphe 1 : Valeurs morales de l'avocat.....                                                        | 127 |
| A) Eloquence, compétence et probité.....                                                               | 127 |
| B) Désintéressement et travail.....                                                                    | 130 |
| Paragraphe 2 : Valeurs inhérentes à l'exercice de la profession. ....                                  | 134 |
| A) Loyauté. ....                                                                                       | 134 |
| B) Indépendance. ....                                                                                  | 135 |
| Sous-Section 2 : La conception de la Justice de l'avocat. ....                                         | 137 |
| Paragraphe 1 : Les Justices <i>thérapeutique</i> et <i>restaurative</i> . ....                         | 138 |
| A) La Justice <i>thérapeutique</i> . ....                                                              | 138 |
| B) La Justice <i>restaurative</i> . ....                                                               | 142 |
| Paragraphe 2 : Le rôle d'intermédiaire des avocats entre le justiciable et le juge.....                | 144 |
| A) Le rôle procédural de l'avocat.....                                                                 | 145 |
| B) Un rôle comportemental.....                                                                         | 146 |
| Titre 2 : Identifier l'action militante dans la profession d'avocat.....                               | 150 |
| Chapitre 1 : Militantisme des causes politiques. ....                                                  | 151 |
| Section 1 : Militer pour accéder au pouvoir politique. ....                                            | 152 |
| Sous-Section 1 : Le contre-pouvoir des avocats de 1830 à 1870. ....                                    | 152 |
| Paragraphe 1 : Le changement de la perception de la profession.....                                    | 152 |

|                                                                                                                     |     |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| A) La perception des avocats pendant la Révolution Française. ....                                                  | 153 |
| B) La perception des avocats suite au Premier Empire. ....                                                          | 156 |
| Paragraphe 2 : Le contre-pouvoir des avocats comme forme de militantisme. ....                                      | 159 |
| A) La construction d'un groupe mobilisable. ....                                                                    | 159 |
| B) Les premières revendications politiques de la profession. ....                                                   | 161 |
| Sous-Section 2 : La <i>République des avocats</i> de 1870 à 1920. ....                                              | 162 |
| Paragraphe 1 : L'accès privilégié des avocats aux fonctions gouvernementales et législatives. ....                  | 162 |
| A) La surreprésentation des avocats dans les milieux politiques. ....                                               | 163 |
| B) Le mythe de la République des avocats ? ....                                                                     | 167 |
| Paragraphe 2 : La perte d'influence des avocats dans les milieux politiques. ....                                   | 169 |
| A) Le recul du nombre de juristes aux fonctions législatives et gouvernementales. ....                              | 169 |
| B) La concurrence de nouveaux groupements. ....                                                                     | 170 |
| Section 2 : Militer pour transformer le système politique. ....                                                     | 172 |
| Sous-Section 1 : Un militantisme résultant de la construction identitaire de la mouvance communiste en France. .... | 172 |
| Paragraphe 1 : Une lutte en opposition. ....                                                                        | 173 |
| A) La difficile conciliation entre communisme et militantisme juridique des avocats. ....                           | 173 |
| B) L'acceptation des valeurs républicaine et l'affirmation des avocats communistes. ....                            | 177 |
| Paragraphe 2 : Une lutte d'opposition. ....                                                                         | 181 |
| A) Le rôle de porte-parole du public des avocats communistes. ....                                                  | 182 |
| B) La légitimité des communistes au lendemain de la seconde guerre mondiale. ....                                   | 188 |
| Sous-Section 2 : La <i>défense de rupture</i> . ....                                                                | 193 |
| Paragraphe 1 : La théorisation de la <i>défense de rupture</i> . ....                                               | 194 |
| A) La pratique de la <i>défense de rupture</i> . ....                                                               | 194 |
| B) La définition de la <i>défense de rupture</i> . ....                                                             | 202 |
| Paragraphe 2 : Les réincarnations contemporaines de la <i>défense de rupture</i> . ....                             | 205 |
| A) Une stratégie risquée. ....                                                                                      | 205 |
| B) La postérité de la notion de <i>défense de rupture</i> . ....                                                    | 207 |
| Chapitre 2 : Militantisme des causes individuelles. ....                                                            | 215 |
| Section 1 : Défense de l'individu au sein du militantisme contemporain. ....                                        | 216 |
| Sous-Section 1 : La transformation des mouvements sociaux. ....                                                     | 216 |
| Paragraphe 1 : Changements structurels contemporains de la société française. ....                                  | 216 |
| A) Le passage d'une <i>société capitaliste</i> à une <i>société post-capitaliste</i> . ....                         | 217 |
| B) La <i>Révolution informationnelle</i> . ....                                                                     | 218 |
| Paragraphe 2 : L'apparition des <i>Nouveaux Mouvements Sociaux</i> . ....                                           | 220 |
| A) La définition des <i>Nouveaux Mouvements Sociaux</i> . ....                                                      | 220 |
| B) Un changement de valeurs. ....                                                                                   | 222 |
| Sous-Section 2 : L'analyse contemporaine des mouvements sociaux. ....                                               | 224 |
| Paragraphe 1 : Alberto Melucci et Alain Touraine. ....                                                              | 224 |
| A) L'analyse d'Alberto Melucci. ....                                                                                | 224 |

|                                                                                                                             |            |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------|
| B) L'analyse d'Alain Touraine. ....                                                                                         | 226        |
| Paragraphe 2 : L'institutionnalisation des <i>Nouveaux Mouvements Sociaux</i> . ....                                        | 228        |
| A) Institutionnalisation. ....                                                                                              | 228        |
| B) Action de persuasion et opportunités politiques. ....                                                                    | 229        |
| Section 2 : Défense de l'individu au sein du barreau contemporain. ....                                                     | 231        |
| Sous-Section 1 : La transformation du barreau. ....                                                                         | 231        |
| Paragraphe 1 : Influence des nouvelles technologies et respect des règles déontologiques. ....                              | 231        |
| A) L'influence des nouvelles technologies. ....                                                                             | 232        |
| B) La conciliation de nouvelles pratiques avec les règles déontologiques. ....                                              | 235        |
| Paragraphe 2 : L'accroissement du nombre d'avocats. ....                                                                    | 237        |
| A) Attractivité de la profession et fusion avec d'autres professionnels. ....                                               | 237        |
| B) La <i>judiciarisation</i> de la société. ....                                                                            | 238        |
| Sous-Section 2 : Nouvelle forme de militantisme au sein de la profession d'avocat. ....                                     | 241        |
| Paragraphe 1 : L'individualisation des causes défendues. ....                                                               | 241        |
| Paragraphe 2 : Des thèmes nouveaux et peu encadrés. ....                                                                    | 242        |
| A) La quasi-inexistence de textes encadrants. ....                                                                          | 243        |
| B) La nécessité de développer de nouvelles pratiques. ....                                                                  | 244        |
| <b>Partie 2 : La pratique du militantisme dans la profession d'avocat. ....</b>                                             | <b>251</b> |
| Titre 1 : Se mobiliser et être mobilisé collectivement. ....                                                                | 254        |
| Chapitre 1 : L'avocat qui est mobilisé. ....                                                                                | 255        |
| Section 1 : Militer en coopération avec le politique. ....                                                                  | 256        |
| Sous-Section 1 : L'influence des avocats sur les politiques publiques. ....                                                 | 258        |
| Paragraphe 1 : Les avis et recommandations des <i>think tanks</i> juridiques et des associations de défense de droits. .... | 258        |
| A) Le développement des <i>think tanks</i> juridiques. ....                                                                 | 259        |
| B) Les associations de défense de droits. ....                                                                              | 261        |
| Paragraphe 2 : Les avis et recommandations des instances représentatives de la profession. ..                               | 263        |
| A) L'influence du Conseil National des Barreaux et de l'Ordre sur les politiques publiques.                                 | 264        |
| B) L'influence du Syndicat des Avocats de France sur les politiques publiques. ....                                         | 270        |
| Sous-Section 2 : Le recul de l'influence des avocats sur les politiques publiques. ....                                     | 275        |
| Paragraphe 1 : Concurrence de la compétence des avocats par l'Intelligence Artificielle. ....                               | 275        |
| A) Le développement de l'Intelligence Artificielle. ....                                                                    | 275        |
| B) La justice prédictive. ....                                                                                              | 278        |
| Paragraphe 2 : La concurrence d'autres professionnels. ....                                                                 | 281        |
| A) Le développement de systèmes d'experts. ....                                                                             | 282        |
| B) L'internalisation de la compétence juridique. ....                                                                       | 284        |
| Section 2 : L'avocat mobilisé comme instrument dans le répertoire d'action collective d'un groupe ou d'une personne. ....   | 287        |

|                                                                                                                                                                                   |     |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| Sous-Section 1 : Le choix du recours à un avocat pour faire progresser une cause, l'exemple de la gestation pour autrui.....                                                      | 287 |
| Paragraphe 1 : Enjeux médicaux et éthiques, l'interdiction de la gestation pour autrui en droit français.....                                                                     | 288 |
| A) La pratique de la gestation pour autrui.....                                                                                                                                   | 288 |
| B) L'interdiction de la gestation pour autrui en France.....                                                                                                                      | 292 |
| Paragraphe 2 : Le recours à un avocat face au refus de transcription à l'état civil français de l'acte de naissance d'un enfant né d'une gestation pour autrui à l'étranger. .... | 295 |
| A) Le refus de transcription à l'état civil français d'un lien de filiation entre un parent et un enfant issu d'une gestation pour autrui à l'étranger.....                       | 296 |
| B) Le recours aux avocats afin de faire valoir l'intérêt supérieur de l'enfant. ....                                                                                              | 298 |
| Sous-Section 2 : Le choix du recours à un avocat pour défendre des libertés fondamentales en péril, l'exemple du combat contre l'état d'urgence. ....                             | 303 |
| Paragraphe 1 : L'état d'urgence face au péril de la Nation. ....                                                                                                                  | 304 |
| A) La création de l'état d'urgence dans le contexte de la guerre d'Algérie. ....                                                                                                  | 304 |
| B) L'application de l'état d'urgence avant 2015.....                                                                                                                              | 309 |
| Paragraphe 2 : Le recours aux avocats pour lutter contre un texte liberticide.....                                                                                                | 312 |
| A) Mobilisation de la profession d'avocat face à l'état d'urgence avant 2015. ....                                                                                                | 313 |
| B) La mobilisation de la profession d'avocat contre l'état d'urgence en 2015. ....                                                                                                | 315 |
| Chapitre 2 : L'avocat qui se mobilise. ....                                                                                                                                       | 326 |
| Section 1 : La capacité du barreau à être à l'origine d'une mobilisation pour défendre ses intérêts : l'exemple de la garde à vue. ....                                           | 327 |
| Sous-Section 1 : L'inadéquation apparente de la procédure de garde à vue en France avec les droits fondamentaux. ....                                                             | 327 |
| Paragraphe 1 : Histoire et déroulement de la procédure de garde à vue. ....                                                                                                       | 327 |
| A) Histoire de la garde à vue.....                                                                                                                                                | 328 |
| B) Le déroulement d'une procédure de garde à vue.....                                                                                                                             | 330 |
| Paragraphe 2 : Contexte national et international à l'ouverture des débats sur la procédure de garde à vue en France. ....                                                        | 332 |
| A) La condamnation de la Turquie par la Cour européenne des droits de l'Homme. ....                                                                                               | 332 |
| B) L'apogée des débats sur les conditions du déroulement de la garde à vue en France. .                                                                                           | 334 |
| Sous-Section 2 : L'initiative du barreau dans la dénonciation des conditions de garde à vue en France. ....                                                                       | 335 |
| Paragraphe 1 : Créer l'évènement au sein de media traditionnels.....                                                                                                              | 336 |
| A) Créer l'évènement à travers la médiatisation. ....                                                                                                                             | 336 |
| B) Créer l'évènement à travers la politisation. ....                                                                                                                              | 338 |
| Paragraphe 2 : Les avis et recommandations des instances représentatives de la profession. ..                                                                                     | 342 |
| A) Le Conseil National des Barreaux.....                                                                                                                                          | 342 |
| B) Le Syndicat des Avocats de France.....                                                                                                                                         | 343 |

|                                                                                                                                                             |     |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| Section 2 : La capacité du barreau à être à l'origine d'une mobilisation pour défendre le procès équitable, l'exemple du droit pénitentiaire. ....          | 345 |
| Sous-Section 1 : La révolution du droit pénitentiaire. ....                                                                                                 | 345 |
| Paragraphe 1 : L'exécution de la peine privative de liberté en France, prérogative exclusive de l'Administration pénitentiaire. ....                        | 346 |
| A) La perception historique de la peine privative de liberté en France. ....                                                                                | 346 |
| B) Le pouvoir discrétionnaire de l'Administration pénitentiaire concernant l'octroi d'une sanction disciplinaire. ....                                      | 349 |
| Paragraphe 2 : Le processus d'humanisation du droit pénitentiaire. ....                                                                                     | 351 |
| A) L'amorce du processus d'humanisation au lendemain de la seconde guerre mondiale. ....                                                                    | 351 |
| B) L'influence de la Cour européenne des droits de l'Homme et de l'évolution du droit interne dans le processus d'humanisation du droit pénitentiaire. .... | 353 |
| Sous-Section 2 : L'avocat en prison, mobilisation pour l'augmentation des droits de la personne détenue. ....                                               | 356 |
| Paragraphe 1 : La judiciarisation du droit pénitentiaire depuis les années 1990. ....                                                                       | 356 |
| A) L'initiative des avocats pour une judiciarisation du droit pénitentiaire. ....                                                                           | 356 |
| B) La reconnaissance de l'existence d'une mission de service public de l'Administration pénitentiaire. ....                                                 | 360 |
| Paragraphe 2 : L'avocat comme garant des droits de la personne détenue. ....                                                                                | 366 |
| A) L'entrée de l'avocat en prison. ....                                                                                                                     | 366 |
| B) L'intervention de l'avocat auprès des personnes détenues. ....                                                                                           | 368 |
| Titre 2 : Militer autour du droit et par le droit. ....                                                                                                     | 374 |
| Chapitre 1 : Militer autour du droit, la <i>mise sur agenda</i> . ....                                                                                      | 377 |
| Section 1 : Médiatisation. ....                                                                                                                             | 378 |
| Sous-Section 1 : Influence et opportunité de la médiatisation. ....                                                                                         | 378 |
| Paragraphe 1 : Influence des media. ....                                                                                                                    | 378 |
| A) Relai dans le processus de persuasion de l'opinion publique. ....                                                                                        | 379 |
| B) Rôle accru à l'heure de la révolution numérique. ....                                                                                                    | 381 |
| Paragraphe 2 : Opportunité de la médiatisation. ....                                                                                                        | 383 |
| A) Stratégie de médiatisation. ....                                                                                                                         | 383 |
| B) Stratégie de discrétion. ....                                                                                                                            | 386 |
| Sous-Section 2 : Procédés de médiatisation. ....                                                                                                            | 390 |
| Paragraphe 1 : Communication interne. ....                                                                                                                  | 390 |
| A) Réseaux internes. ....                                                                                                                                   | 390 |
| B) Manifestations internes. ....                                                                                                                            | 393 |
| Paragraphe 2 : Communication externe. ....                                                                                                                  | 396 |
| A) Information du public. ....                                                                                                                              | 396 |
| B) Stigmatisation de l'adversaire. ....                                                                                                                     | 400 |
| Section 2 : Création d'un débat national. ....                                                                                                              | 403 |

|                                                                                              |     |
|----------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| Sous-Section 1 : L'affaire.....                                                              | 403 |
| Paragraphe 1 : Historique de l'affaire. ....                                                 | 403 |
| A) L'affaire Calas. ....                                                                     | 404 |
| B) L'affaire Dreyfus.....                                                                    | 409 |
| Paragraphe 2 : Création d'une affaire. ....                                                  | 413 |
| A) Politisation et idéologie.....                                                            | 413 |
| B) Mobiliser des intermédiaires. ....                                                        | 416 |
| Sous-Section 2 : Orienter le débat. ....                                                     | 418 |
| Paragraphe 1 : Susciter l'indignation. ....                                                  | 418 |
| A) La justification des prorogations de l'état d'urgence et l'efficacité des mesures. ....   | 418 |
| B) Projet de constitutionnalisation de l'état d'urgence et lois de sortie. ....              | 425 |
| Paragraphe 2 : Le temps du débat. ....                                                       | 432 |
| A) Création d'un débat avant condamnation.....                                               | 432 |
| B) Création d'un débat après condamnation. ....                                              | 435 |
| Chapitre 2 : Militer par le droit, le procès. ....                                           | 440 |
| Section 1 : Faire condamner une pratique ou un texte. ....                                   | 441 |
| Sous-Section 1 : Judiciarisation de l'affaire. ....                                          | 441 |
| Paragraphe 1 : Déclenchement du procès ....                                                  | 441 |
| A) Intérêt du procès.....                                                                    | 441 |
| B) Initier le procès.....                                                                    | 443 |
| Paragraphe 2 : Procès-vitrine. ....                                                          | 444 |
| A) Fenêtre médiatique du procès.....                                                         | 445 |
| B) Expérience de la garde à vue. ....                                                        | 445 |
| Sous-Section 2 : Condamnation judiciaire. ....                                               | 447 |
| Paragraphe 1 : Par la Cour européenne des droits de l'Homme.....                             | 448 |
| A) A l'encontre du législateur. ....                                                         | 448 |
| B) Contre le juge interne. ....                                                              | 451 |
| Paragraphe 2 : Par une juridiction interne.....                                              | 456 |
| A) Conseil constitutionnel.....                                                              | 456 |
| B) Cour de cassation. ....                                                                   | 458 |
| Section 2 : Contraindre le législateur à modifier sa position. ....                          | 461 |
| Sous-Section 1 : Possibilité de différer les effets d'une condamnation dans le temps. ....   | 461 |
| Paragraphe 1 : Le Conseil constitutionnel. ....                                              | 462 |
| A) Possibilité de différer dans le temps les effets d'une décision d'inconstitutionnalité. . | 462 |
| B) Justification de sécurité juridique.....                                                  | 464 |
| Paragraphe 2 : La Cour de cassation. ....                                                    | 465 |
| A) Initiative de la Chambre Criminelle. ....                                                 | 465 |
| B) Refus de l'Assemblée Plénière.....                                                        | 467 |
| Sous-Section 2 : L'avocat contre-pouvoir du législateur. ....                                | 469 |
| Paragraphe 1 : Contraindre le politique à réformer.....                                      | 469 |

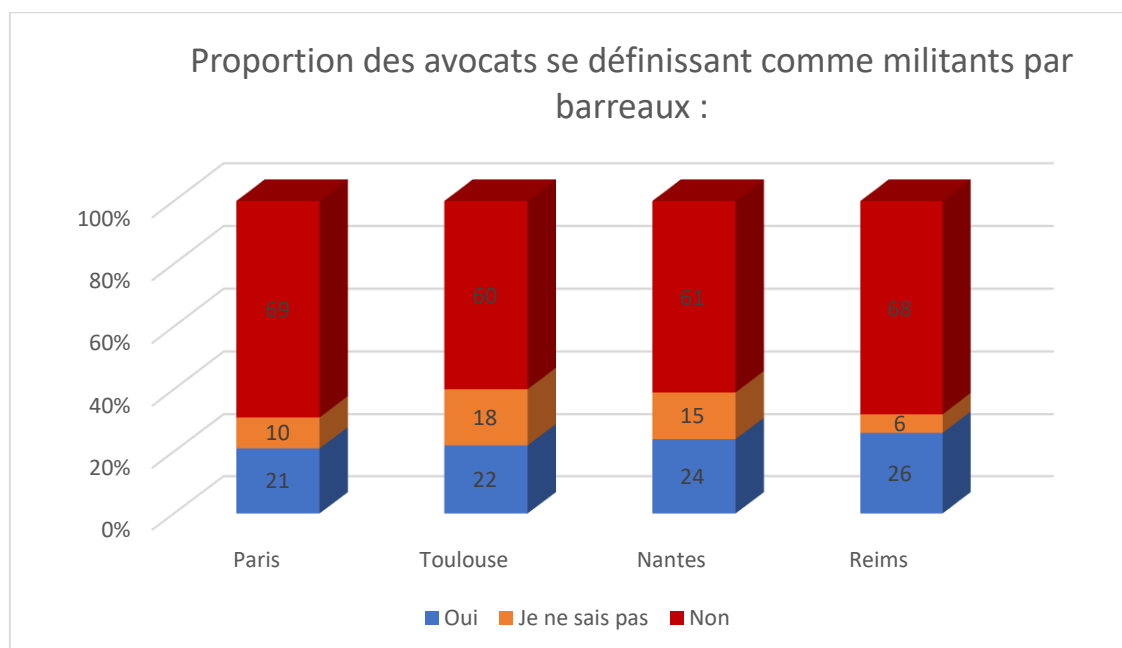
|                                                                           |            |
|---------------------------------------------------------------------------|------------|
| A) La condamnation subie par le pouvoir politique.....                    | 469        |
| B) La condamnation instrumentalisée par le pouvoir politique.....         | 474        |
| Paragraphe 2 : L’avocat bouclier des libertés et droits fondamentaux..... | 478        |
| A) Développement d’un droit de l’ennemi.....                              | 478        |
| B) L’avocat dernier gardien des libertés ?.....                           | 479        |
| <b>Conclusion.....</b>                                                    | <b>488</b> |
| <b>Bibliographie :.....</b>                                               | <b>493</b> |
| <b>Index .....</b>                                                        | <b>550</b> |
| <b>Table des matières .....</b>                                           | <b>553</b> |
| <b>Annexes.....</b>                                                       | <b>561</b> |



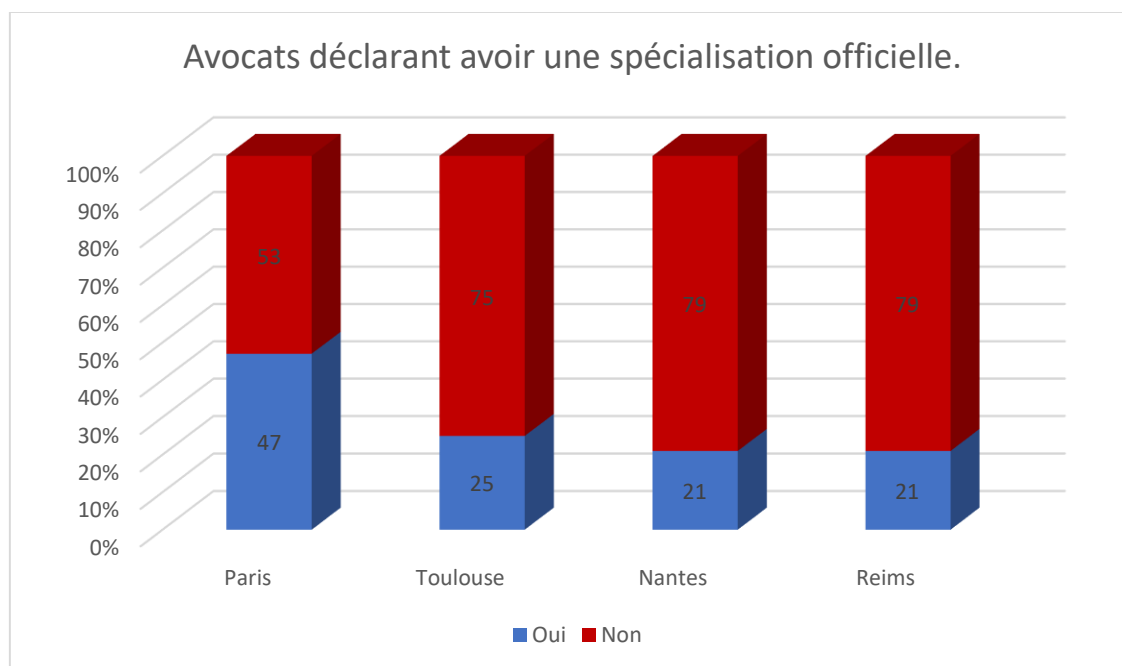
## Annexes

### Annexe 1 : Résultats du sondage numéro 1 (2015-2016 Barreaux de Paris, Toulouse, Nantes et Reims).

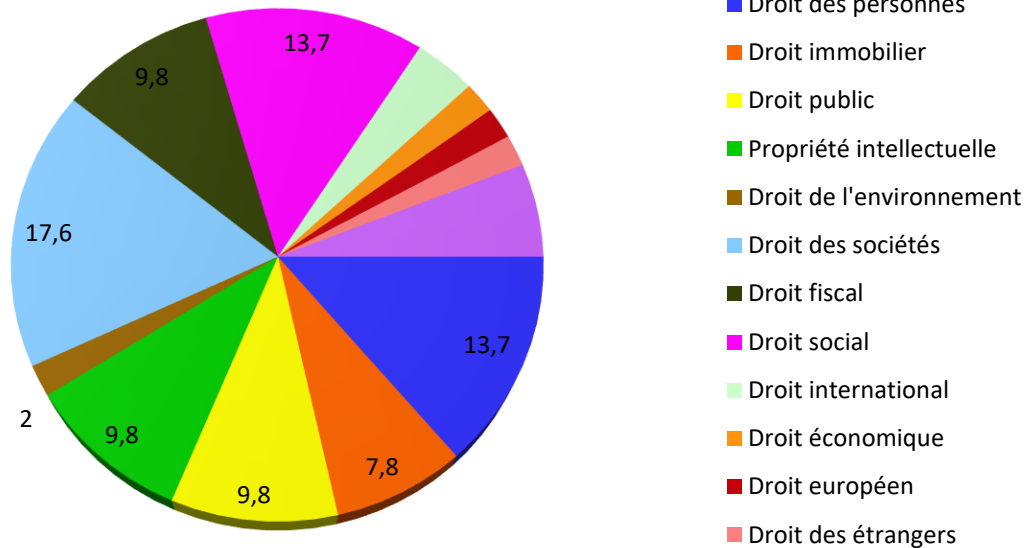
Diriez-vous que vous êtes un avocat militant ?



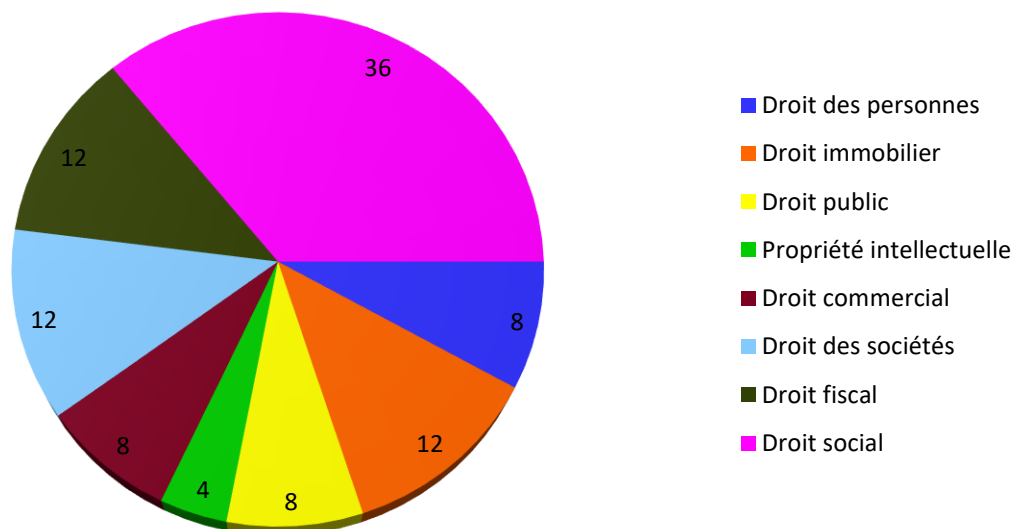
Avez-vous une spécialisation officielle ?



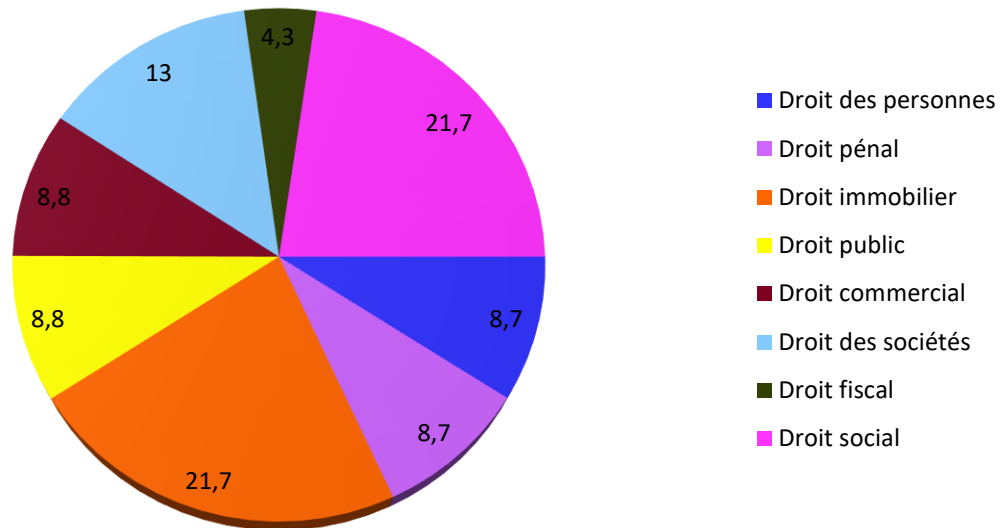
Si oui, laquelle ? PARIS



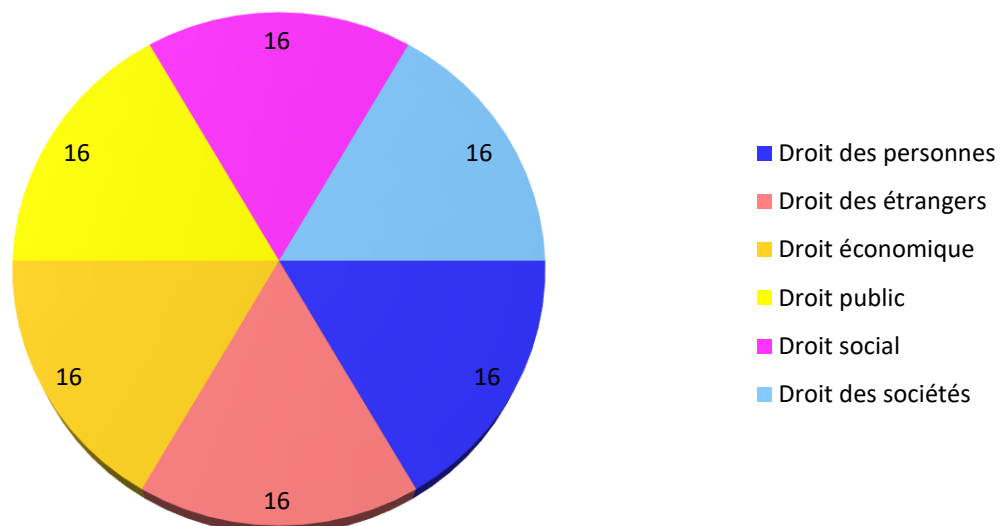
Si oui, laquelle ? TOULOUSE



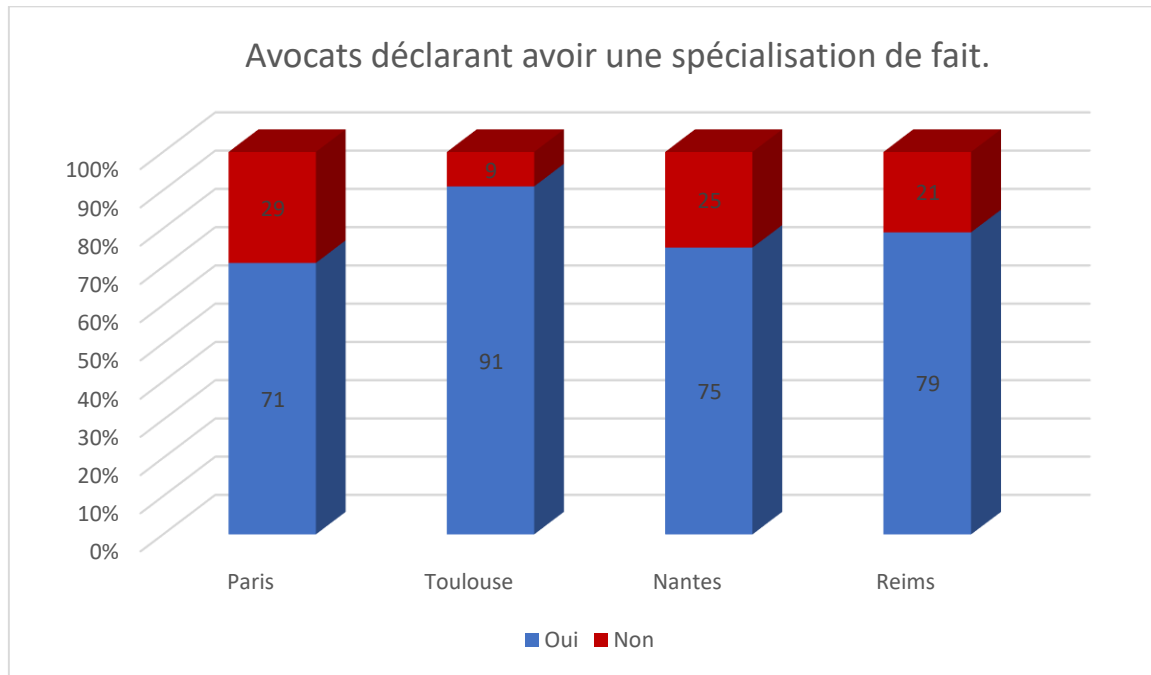
Si oui laquelle ? NANTES



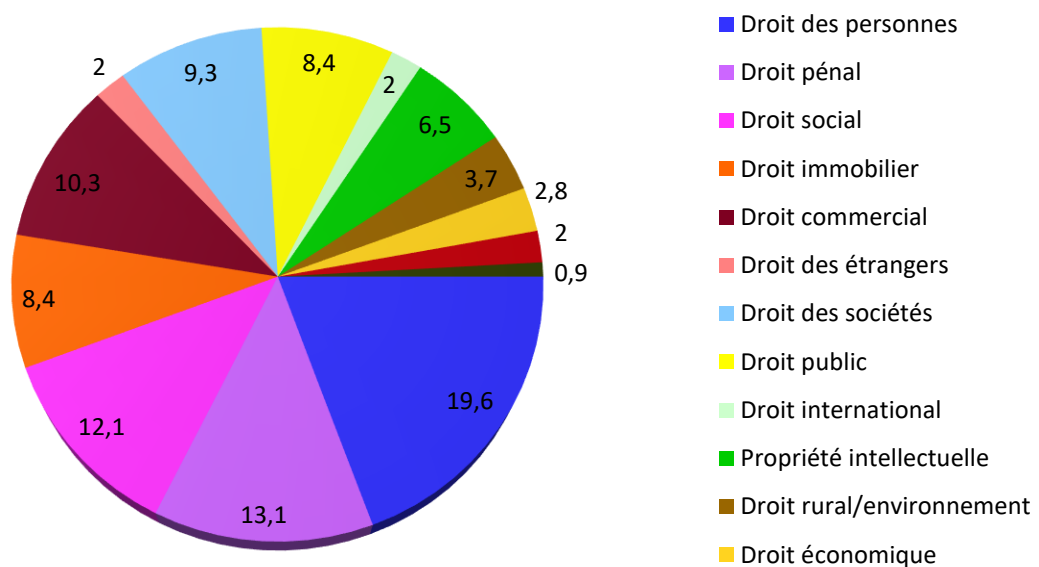
Si oui laquelle ? REIMS



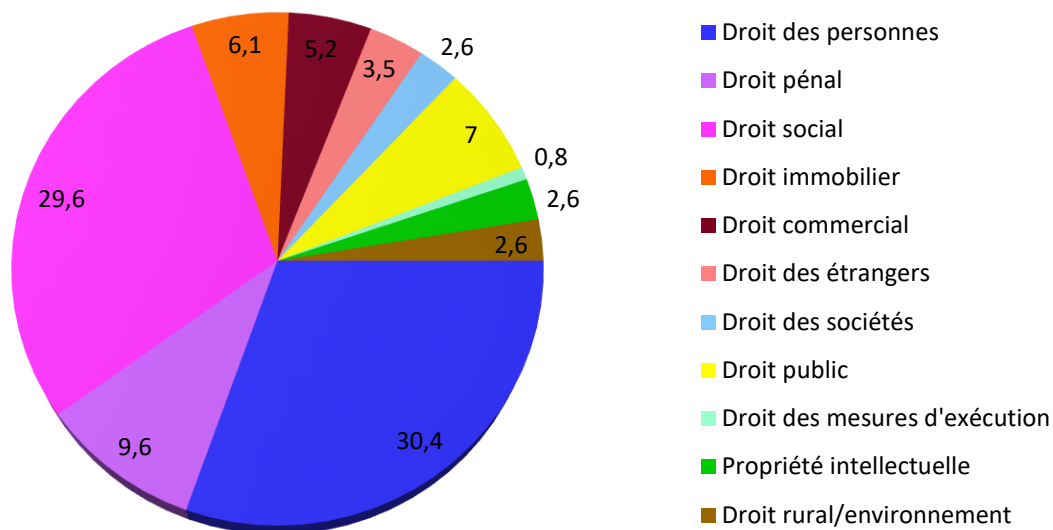
Plaidez-vous dans des domaines particuliers de façon récurrente ?



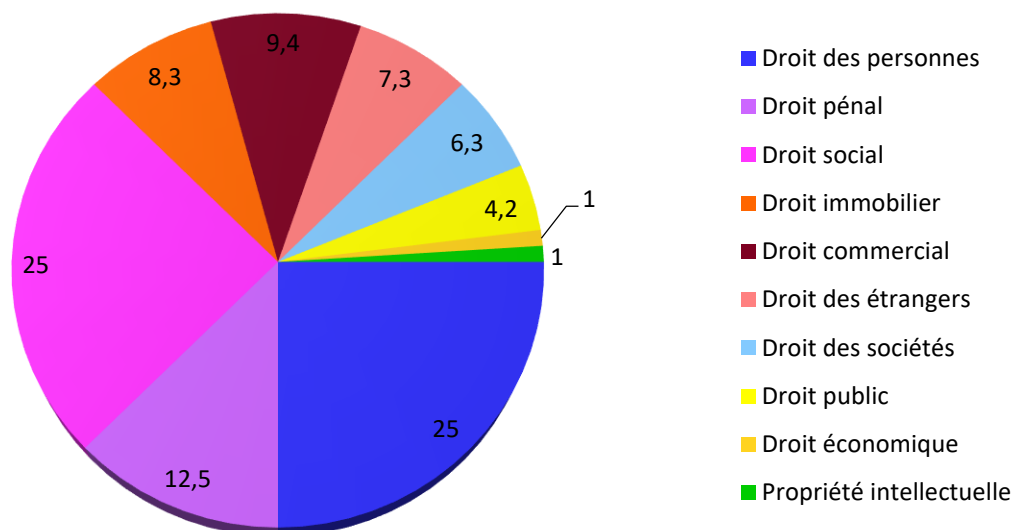
Si oui lesquels ? PARIS



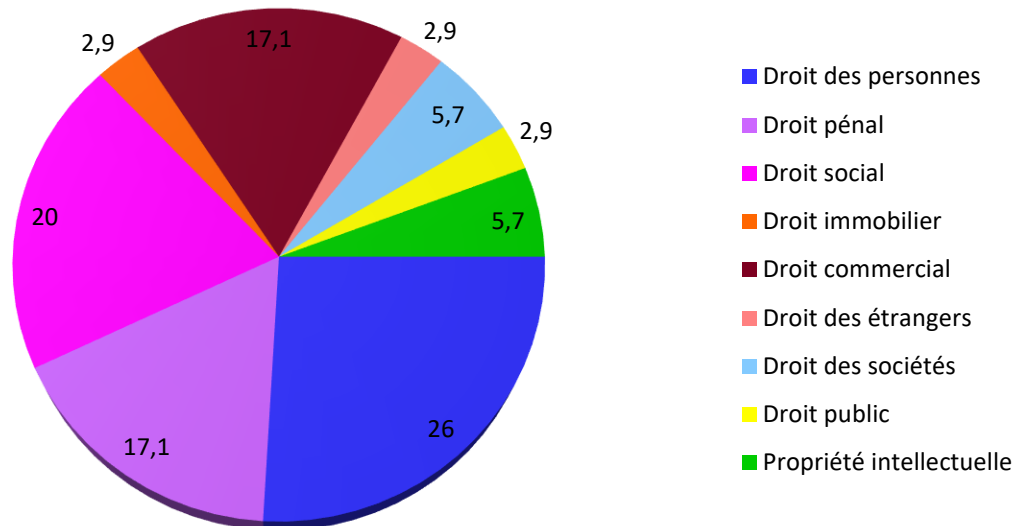
Si oui lesquels ? TOULOUSE



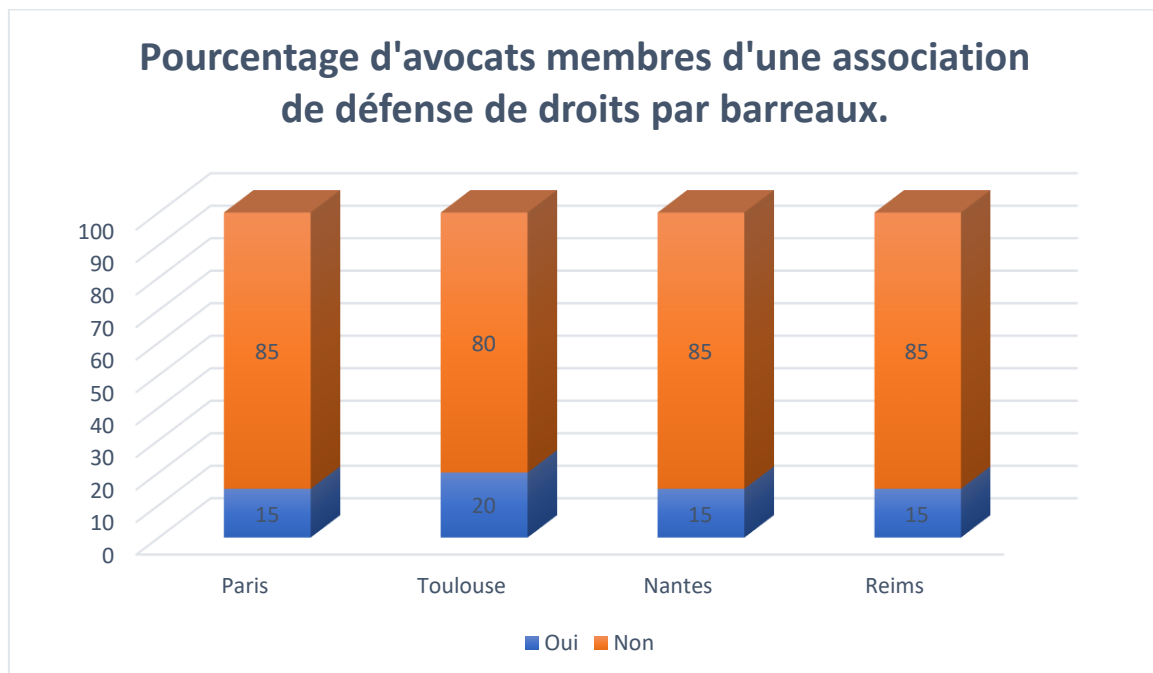
Si oui lesquels ? NANTES



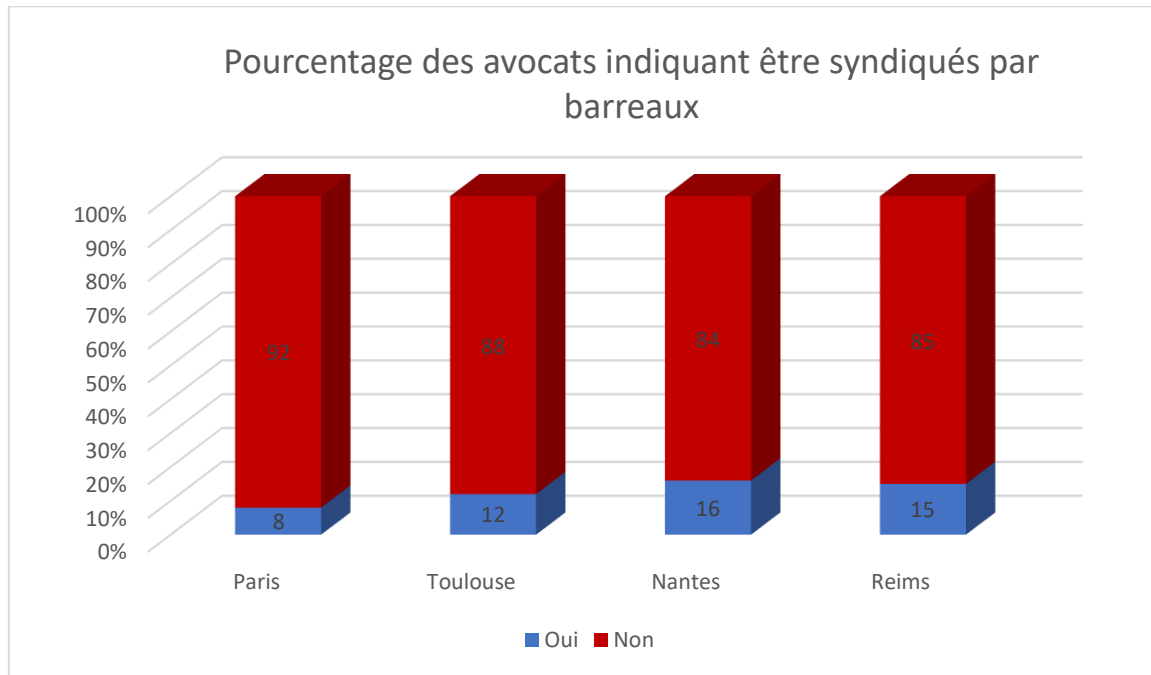
Si oui lesquels ? REIMS



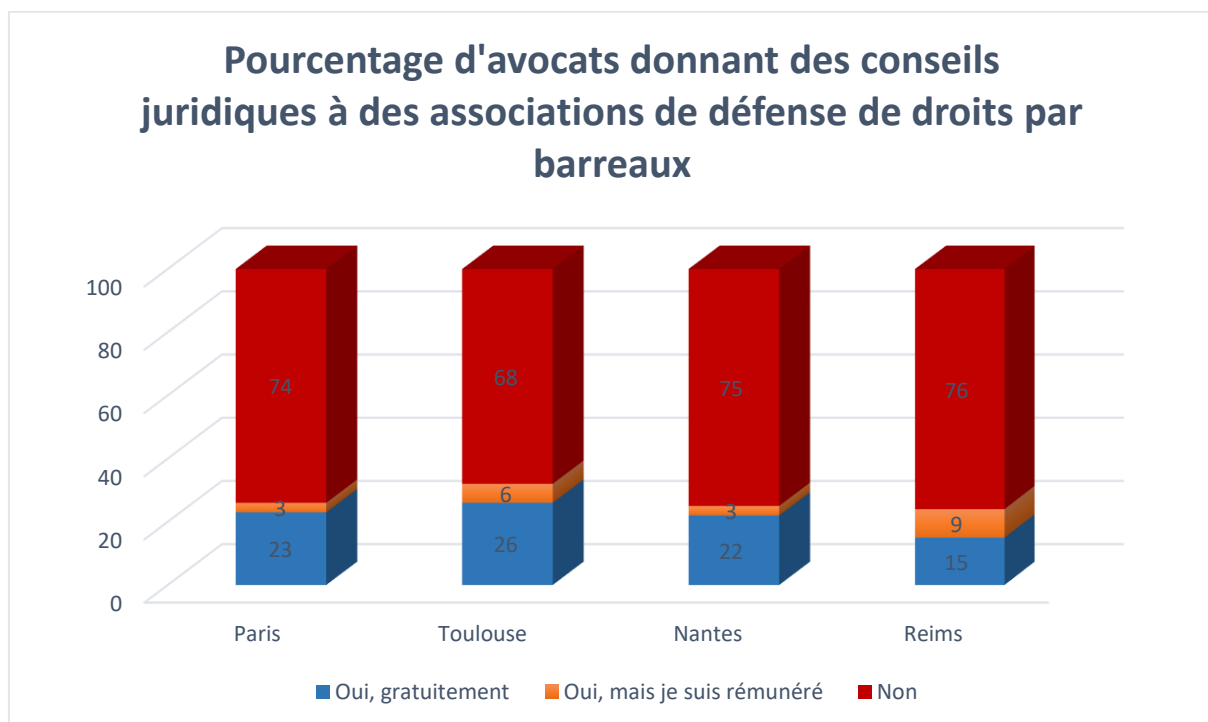
Etes-vous membre d'associations de défenses de droits ?



Etes-vous syndiqué ?

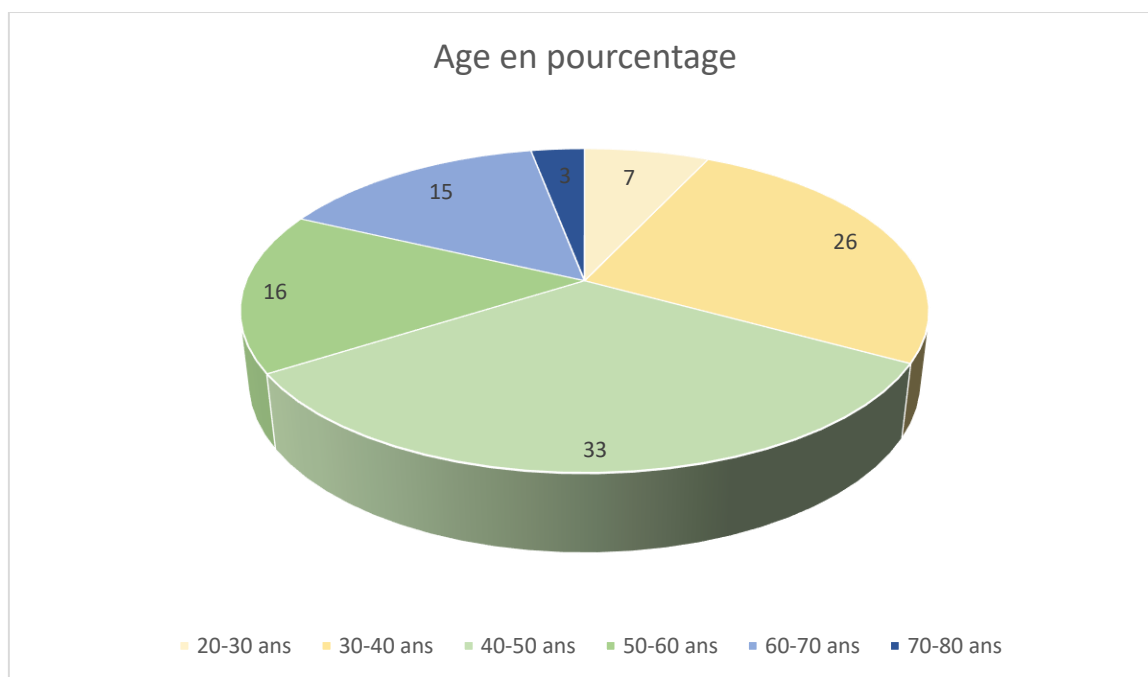


Donnez-vous des conseils juridiques à des associations de défenses de droits ?

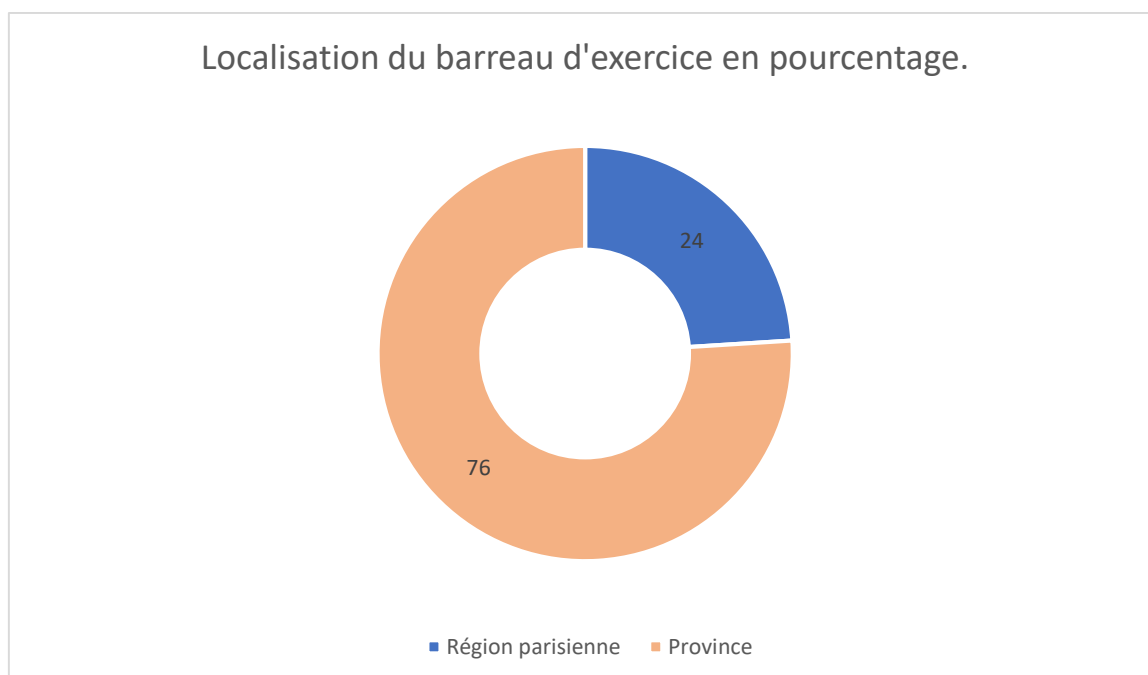


**Annexe 2 : Résultats du sondage numéro 2 (2019 Syndicat des Avocats de France).**

Quel âge avez-vous ?

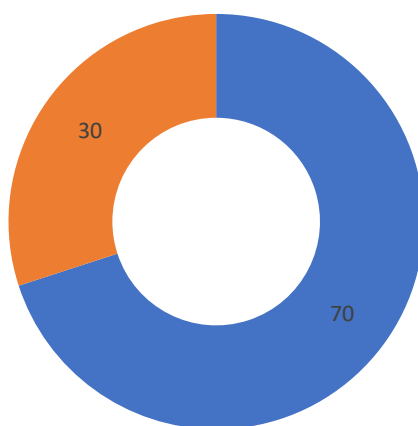


Dans quel barreau exercez-vous ?





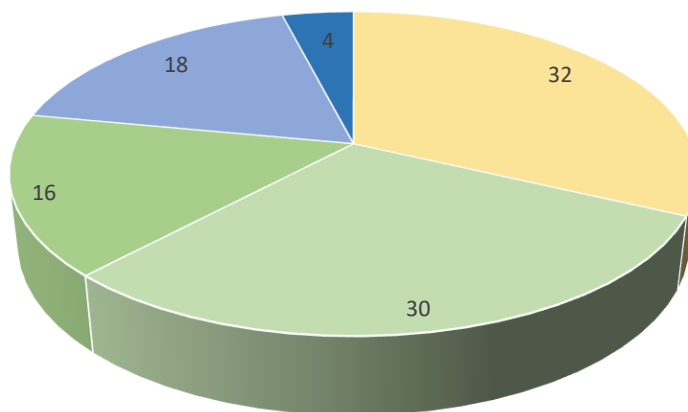
Taille du barreau d'exercice en pourcentage



■ Grand barreau (plus de 1000 membres) ■ Petit barreau (moins de 1000 membres)

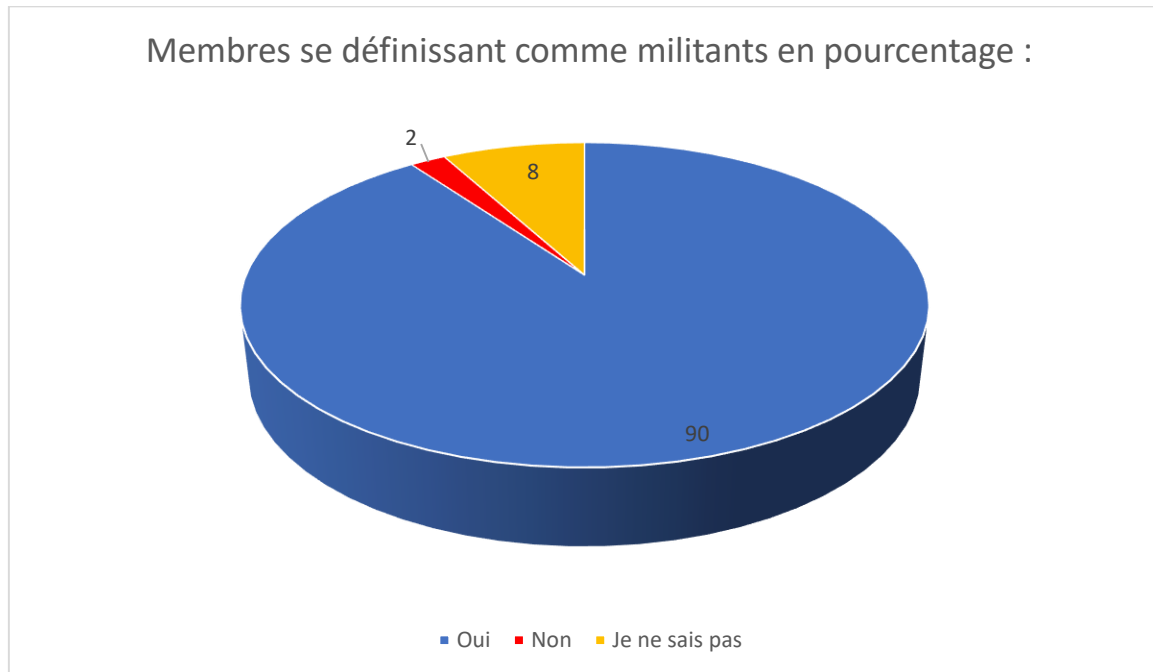
Combien d'années de barre avez-vous ?

Année de barre en pourcentage

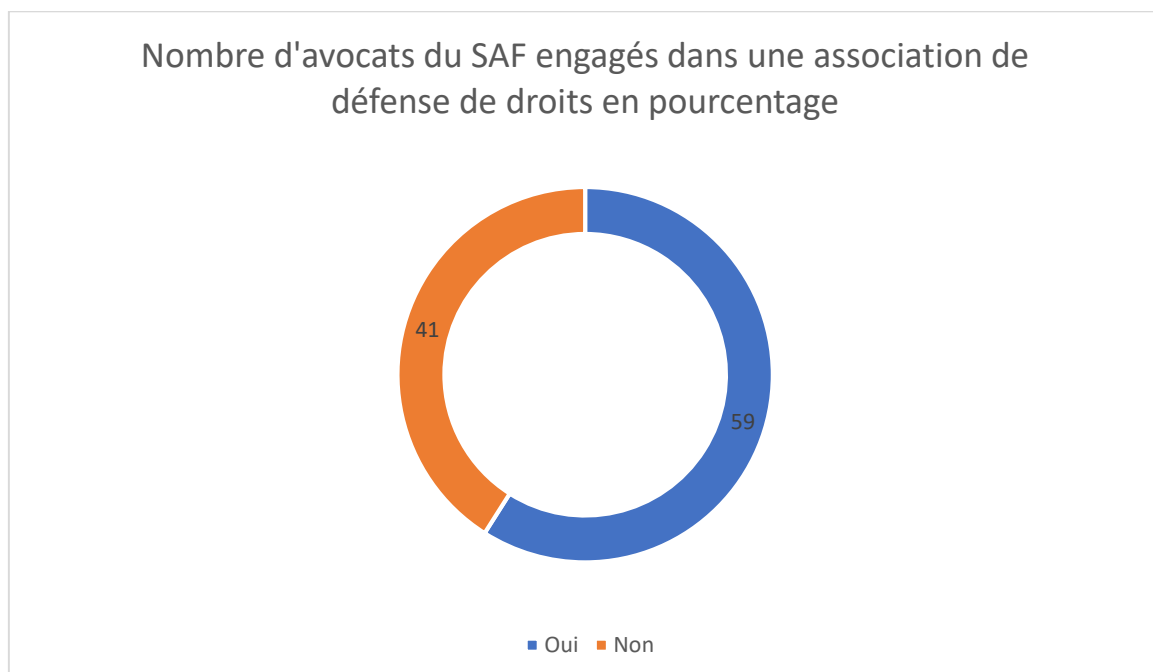


■ 0-10 ans ■ 10-20 ans ■ 20-30 ans ■ 30-40 ans ■ 40-50 ans

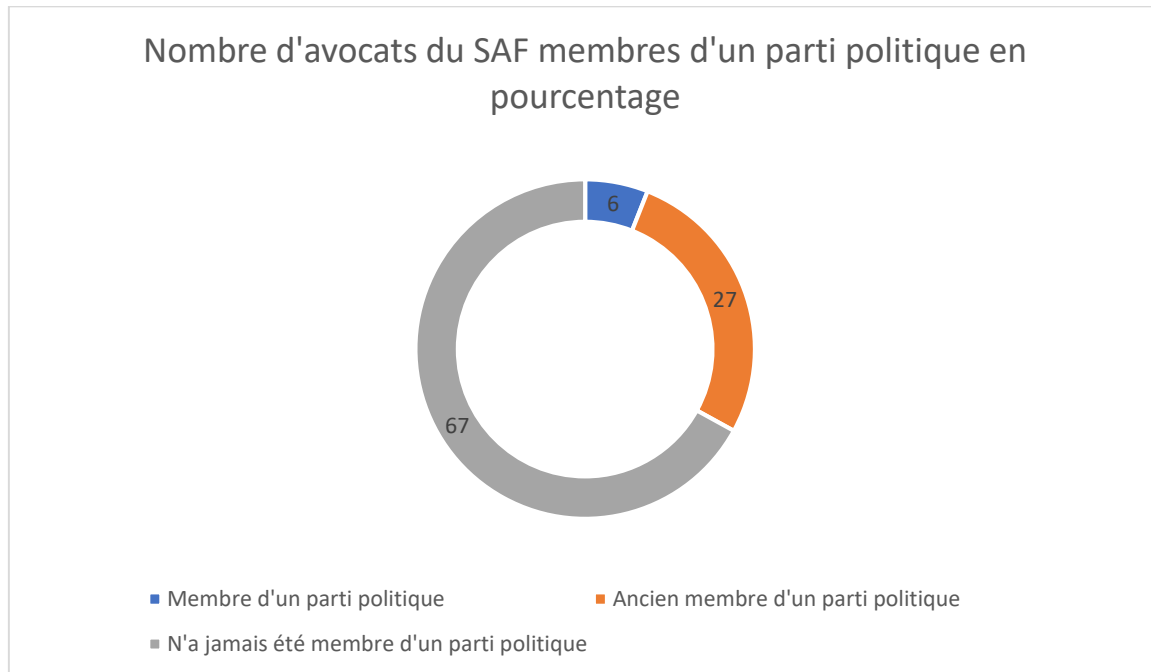
Vous définiriez-vous comme un avocat militant ?



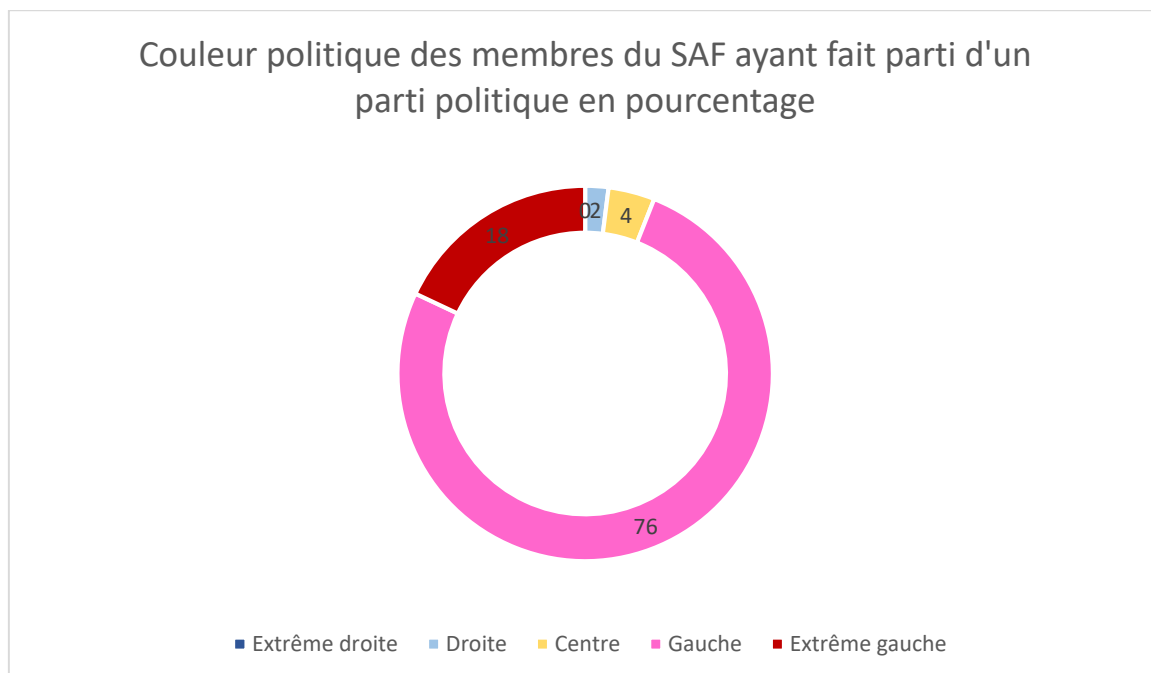
Avez-vous un engagement dans une association de défense de droits ?



Etes-vous membre d'un parti politique ?

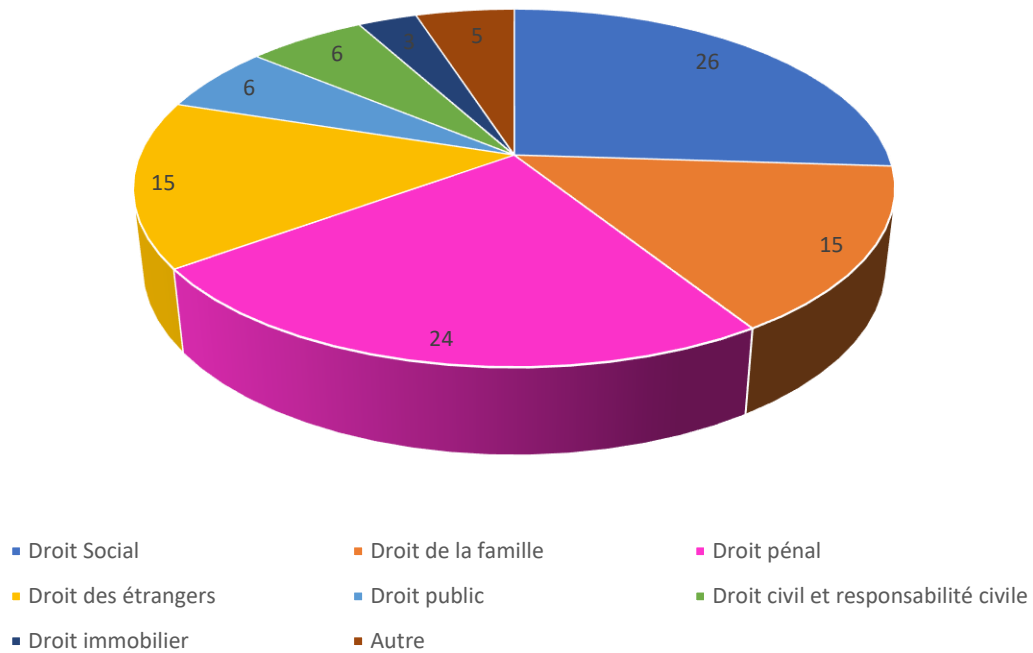


Si oui, où ce parti politique se place-t-il sur l'échiquier politique ?



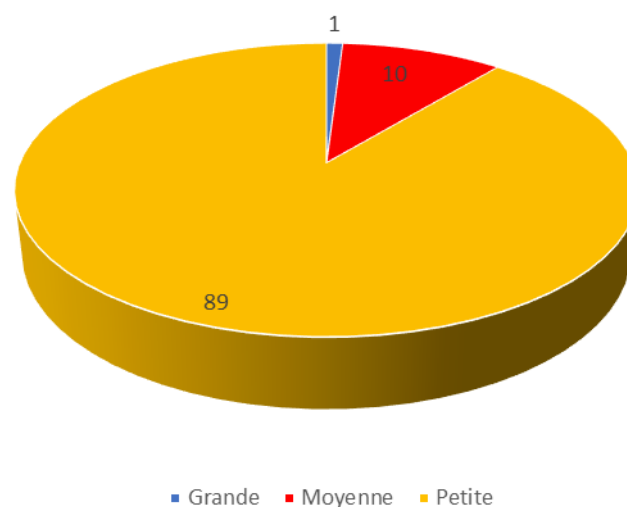
Dans quel domaine du droit travaillez-vous majoritairement ? (Sans nécessairement qu'une spécialisation officielle ne soit déclarée).

Spécialisation des avocats membres du SAF en pourcentage :



Exercez-vous dans une grande ou une petite structure ?

Taille de la structure d'exercice des membres du SAF en pourcentage :



Est-ce une structure « collective » ?

