

*Teilgehalt* zukommt<sup>13</sup>, welcher sich eben gerade auf die konkrete Gesellschaft bezieht, bezüglich deren Funktioniens der Anwalt seinen Beitrag leistet. Diese nationale Betrachtungsweise der Anwaltsregulierung ist selbstverständlich keine Absage an die Bemühungen, sich innerhalb der Anwaltschaften auf internationaler Ebene auszutauschen. Ebenso wichtig wie das Herausstreichen von Gemeinsamkeiten ist jedoch auch das Verstehen und Akzeptieren von *Unterschieden*. Will man Erkenntnis durch

auf Wahrnehmung basierende Vergleiche gewinnen, gilt es, das Objekt auf Gemeinsamkeiten *und* *Unterschiede* hin zu betrachten.

<sup>13</sup> Siehe AnwR 3/2017, S. 100. Der unabhängigen Rechtsanwältin ist im Rechtsstaat eine ganz spezielle Rolle zugeordnet, welche sich wesentlich von der Bedeutung anderer in der Privatwirtschaft tätiger Anwälte unterscheidet.

## LE POINT DE MIRE DU CONSEIL FSA

### EXISTE-T-IL UN STANDARD UNIVERSEL POUR RÉGLEMENTER LA PROFESSION D'AVOCAT?<sup>1</sup>

SERGIO GIACOMINI

Avocat, Dr. en droit, Président de la FSA

#### I. L'autorégulation des avocats: indispensable dans de nombreux pays

En Europe – tout comme aux États-Unis d'Amérique – on considère généralement que seule une profession d'avocat (plus ou moins) autorégulée est en mesure de remplir sa fonction d'intermédiaire dans l'accès à la justice. C'est ainsi que les *solicitors* d'Angleterre et du Pays de Galles sont soumis à la régulation de la *Solicitors Regulation Authority*,<sup>2</sup> alors que les *barristers* le sont à celle de la *Bar Standard Board*. Ces deux régulateurs sont à leur tour soumis à la surveillance de la *Legal Services Board*, une autorité indépendante aussi bien politiquement que financièrement des structures gouvernementales. Aux États-Unis, la régulation de la profession est en principe<sup>3</sup> également indépendante du pouvoir exécutif. Elle est généralement adoptée par les tribunaux et des agences indépendantes (*agencies*). C'est surtout en Allemagne que l'autorégulation de la profession d'avocat est la plus marquée. L'idée générale est la suivante: Seule une profession d'avocat indépendante de l'État, largement autorégulée, est en mesure de fournir aux citoyens l'accès à la justice.

#### II. L'autorégulation de la profession d'avocat en Allemagne

Depuis les arrêts *Bastille*<sup>4</sup> rendus par la Cour constitutionnelle, l'Allemagne dispose désormais d'une base légale qui

<sup>1</sup> Cette contribution fait suite au III<sup>e</sup> Congrès international des avocats du 31.3.2017 à Berlin. Sous le titre «L'indépendance de l'autorégulation – domaine exclusif de l'avocature», la *Bundesrechtsanwaltskammer* (BRAK) a mis en discussion les avantages et inconvénients des différents modèles d'organisation de la profession d'avocat. L'auteur a eu l'occasion d'expliquer aux représentants d'une quarantaine de fédérations internationales pourquoi les avocats suisses ne connaissent pas d'autorégulation et pourquoi cette situation ne pose pas de problème aux avocats suisses.

<sup>2</sup> La *Solicitors Regulation Authority* est la direction indépendante de la *Law Society of England and Wales*, organisation professionnelle des *solicitors*.

<sup>3</sup> La réglementation diffère d'un État à l'autre.

<sup>4</sup> BVerfGE 76, 171 ss (arrêt *Bastille* I) et BVerfGE 76, 196 ss (arrêt *Bastille* II). La Cour constitutionnelle a retenu, par arrêt du 14 juillet 1987 (d'où l'intitulé *Bastille*, en référence à la prise de celle-ci le 14 juillet 1789), que les règles déontologiques émises par les barreaux qui servent à concrétiser des notions juridiques indéterminées manquent de légitimité démocratique.

légitime l'autorégulation des avocats. L'assemblée statutaire de la BRAK<sup>5</sup> peut ainsi édicter son droit en toute autonomie, sans intervention du législateur étatique. La BRAK statue comme autorité législative sur toutes les révisions de la déontologie. Le pouvoir exécutif est lui aussi entre les mains des avocats. Les barreaux sont notamment responsables de l'admission des avocats et, inversement, de leur exclusion. Enfin, le pouvoir judiciaire est assuré par un tribunal spécialement conçu pour les avocats. Ce n'est donc pas la juridiction ordinaire, mais bien les tribunaux pour avocats et la Chambre des avocats à la Cour fédérale qui sont compétents. D'une part, ils sanctionnent la violation de règles professionnelles et, d'autre part, ils statuent sur les recours interjetés contre les décisions des différents Conseils du barreau, y compris les décisions judiciaires d'admission ou d'exclusion prises par le pouvoir exécutif.<sup>6</sup> On justifie cette autorégulation non seulement par l'efficacité, mais également par une connaissance plus étendue des problèmes liés à sa propre profession. En réalité, la justification première se trouve dans la volonté d'être totalement indépendant de l'État. Les avocats allemands partent de l'idée que celui-ci doit garder ses distances (situation qu'ils qualifient de *Staatsferne*): l'indépendance consiste ici à s'affranchir de toutes directives imposées par l'État.

### III. La Suisse: «Sonderfall Schweiz»

La situation est très différente en Suisse. En résumé, voici pourquoi:

Dans notre pays, la profession d'avocat est essentiellement réglementée par l'État, son organisation est caractérisée par la structure fédéraliste de l'État. Les normes applicables à la profession d'avocat sont édictées par un législateur politique. Au plan fédéral, seuls quelques principes généraux ont été prévus pour l'exercice de la profession.<sup>7</sup> Quant aux cantons, ils sont compétents pour définir toutes autres règles qui ne sont pas de la compétence exclusive de la Confédération.<sup>8</sup>

La Suisse ne connaît pas d'organismes de droit public auxquels les avocats doivent obligatoirement s'affilier pour exercer leur profession. L'affiliation aux Ordres des avocats cantonaux et à la Fédération Suisse des Avocats a lieu de manière volontaire, non contraignante.

Les Ordres des avocats cantonaux (et, dans la même mesure, la Fédération Suisse des Avocats) sont des personnes morales de droit civil.<sup>9</sup> Ils peuvent ainsi exclure les membres qui ont manqué à leurs devoirs, sans que ceci ait toutefois forcément des conséquences sur leur autorisation de pratiquer. Ce sont au contraire des autorités de surveillance étatique qui statuent sur l'admission d'un avocat et son éventuelle exclusion. La composition de ces autorités varie d'un canton à l'autre. Il peut y avoir des juges, des procureurs, des juristes du secteur public ainsi que des avocats. Ces derniers sont toutefois toujours minoritaires. Le pouvoir exécutif applicable aux avocats suisses est par conséquent de nature étatique. Quant aux litiges liés à ces questions d'admission ou

d'exclusion, ils sont traités par les tribunaux administratifs ordinaires.

Nous ne connaissons donc pas le système de la séparation des pouvoirs autorégulée comme en Allemagne, où les autorités compétentes sont directement rattachées à la profession d'avocat, tout en respectant le principe. En Suisse, le «législateur des avocats» est le pouvoir législatif ordinaire, et non l'assemblée statutaire d'une corporation. Ensuite, le pouvoir exécutif est représenté par des autorités de surveillance étatiques, et non par une commission interne à la profession. Enfin, le pouvoir judiciaire ressortit aux tribunaux administratifs ordinaires et non à des instances spécialement créées pour les avocats.

### IV. Comment expliquer le «Sonderfall Schweiz»?

L'indépendance de la profession d'avocat vis-à-vis de l'État n'a d'importance en Suisse que d'un point de vue historique. L'*advocatus*, spécialiste du droit qui a suivi une formation juridique pour représenter des parties, était surtout une source d'irritation pour les autorités au Moyen Âge. Dès le XIX<sup>e</sup> siècle, l'indépendance de l'avocat se réfère bien plus à l'indépendance vis-à-vis de son client, à l'indépendance financière et à l'indépendance morale. La volonté de nos confrères allemands de se distancier de l'État ne s'apparente donc pas directement à ce concept. La réglementation à laquelle sont soumis les avocats suisses ainsi que le caractère identitaire auquel ils se rattachent sont dès lors intimement liés à la structure de notre État, à nos principes politiques et à notre conception d'un État de droit libéral.

Notre démocratie (semi-)directe et les nombreuses possibilités de participer aux décisions politiques font que les avocats suisses n'éprouvent pas le besoin de se distancier de l'État pour se sentir pleinement indépendants.

La profession d'avocat est ainsi à l'image des principes politiques qui régissent la Suisse, tant par son fédéralisme que par le principe de subsidiarité, ce qui constitue d'ailleurs une raison supplémentaire de ne pas considérer son autonomie vis-à-vis de l'État comme une priorité absolue.

5 La BRAK est une corporation de droit public, composée de 27 barreaux régionaux et du barreau à la Cour fédérale. Ce sont tous des organismes à caractère contraignant puisque les avocats allemands sont tenus de s'y affilier.

6 Pour un bon aperçu de l'autorégulation des avocats en Allemagne, voir la brochure publiée par la BRAK sous [http://www.brak.de/w/files/02\\_fuer\\_anwaelte/Unabhaengig\\_u\\_Frei\\_BRAK\\_Brosch090908.pdf](http://www.brak.de/w/files/02_fuer_anwaelte/Unabhaengig_u_Frei_BRAK_Brosch090908.pdf) (consulté le 24. 4. 2017).

7 En particulier les conditions matérielles pour exercer la profession, les règles professionnelles ainsi que la procédure disciplinaire.

8 En particulier la formation, les conditions formelles d'admission et les compétences.

9 Comme rares exceptions, on peut citer l'*Ordine degli avvocati del cantone Ticino* (OATI) et l'Ordre des avocats jurassiens.

Enfin, le fait que la Suisse ne connaît pas le principe d'affiliation obligatoire à un organisme d'avocats montre également que notre pays reste un État de droit plutôt libéral, et moins un État providence ou social.<sup>10</sup> À l'opposé d'autres pays européens, la Suisse semble se rattacher, lorsqu'il s'agit de créer des règles, au concept défini par KANT. Pour celui-ci, le droit est «*Inbegriff der Bedingungen, unter denen die Willkür des einen mit der Willkür des anderen nach einem allgemeinen Gesetz der Freiheit zusammen vereinigt werden kann*» (c'est-à-dire que «le droit est l'ensemble des conditions par lesquelles le libre arbitre de l'un peut s'accorder avec celui de l'autre selon une loi générale de liberté»<sup>11</sup>).

## V. Conclusion

L'art et la manière de réglementer l'avocature ainsi que le rôle que celle-ci entend jouer dans la société dépendent donc avant tout de l'environnement national dans lequel les avocats mettent en œuvre l'accès à la justice et contribuent au bon fonctionnement du pouvoir judiciaire. La forme de l'État et les principes politiques qui régissent celui-ci ont par conséquent un impact important sur la façon dont la profession d'avocat est réglementée et son rôle au sein de la société. Ces raisons montrent qu'il n'existe ni de standard international unifié concernant l'avocature, ni d'image universelle de la profession d'avocat. La réglementation des avocats de même que l'image qu'elle véhicule varient en fonction du système étatique et des autori-

tés mises en place pour définir la profession. Cela tient également au fait que l'accès à la justice et le pouvoir judiciaire se situent à la base du bon fonctionnement de notre société et que les avocats indépendants – et eux seuls, en raison des activités qu'ils exercent dans ce contexte<sup>12</sup> – jouent un rôle que l'on pourrait qualifier d'institutionnel<sup>13</sup>. Ce rôle se réfère à la société concrète dans laquelle l'avocat apporte sa contribution. Cette approche nationale de la régulation de la profession d'avocat n'implique bien entendu pas de renoncer aux contacts internationaux qui favorisent les échanges entre avocats. Il est d'ailleurs tout aussi important de relever les similitudes que les différences. Bref, seule une approche holistique, en effectuant aussi bien des parallèles que des distinctions, permet d'acquérir des connaissances utiles.

---

<sup>10</sup> Cf. art. 6 Cst.: Toute personne est responsable d'elle-même (...).

<sup>11</sup> EMMANUEL KANT, *Fondements de la métaphysique des mœurs*, AA 230.

<sup>12</sup> cf. *Revue de l'avocat* 1/2017, p. 3 ss (les fonctions particulières de l'avocat et le rôle institutionnel qu'il joue dans la société, en opposition au juriste d'entreprise) ainsi que la *Revue de l'avocat* 3/2017, p. 99 ss (les fonctions particulières de l'avocat et le rôle institutionnel qu'il joue dans la société, en relation avec son secret professionnel).

<sup>13</sup> cf. *Revue de l'avocat* 3/2017, p. 100. Dans un État de droit, l'avocat indépendant joue un rôle très particulier, qui diffère des autres avocats actifs uniquement dans l'économie privée.

D'une  
importance  
considérable  
pour  
la pratique

## La mainlevée de l'opposition

Commentaire des articles 79 à 84 LP

Stéphane Abbet, Ambre Veuillet

**Juin 2017, env. CHF 142.–**

Commentaire Stämpfli, 304 pages,  
relié, 978-3-7272-2468-3

Malgré son importance considérable dans la pratique juridique et la vie économique suisses, la mainlevée de l'opposition n'avait plus fait l'objet de monographie en langue française depuis plus de trente ans. Ce commentaire rédigé par des praticiens prend en compte l'abondante jurisprudence fédérale et cantonale parue depuis lors. Il consacre d'importants développements aux titres de mainlevée définitive (jugements suisses et étrangers, décisions administratives et fiscales, sentences arbitrales, titres authentiques exécutoires) et provisoire (reconnaisances de dette, contrats bilatéraux, actes de défaut de biens, titres de gage, effets de change). Il traite également des actions en reconnaissance et en libération de dette, de la mainlevée administrative et de la procédure de mainlevée au regard du CPC et de la LTF. L'ouvrage est destiné non seulement aux professionnels du droit – avocats, agents d'affaires, magistrats – mais également aux administrations, aux entreprises et à toutes les parties confrontées à une procédure de recouvrement. Un index détaillé facilite la recherche rapide de solutions ou de références. Les termes essentiels sont traduits en allemand.

# Stämpfli

Editions

### Stämpfli Editions SA

Wölflistrasse 1

Case postale

CH-3001 Berne

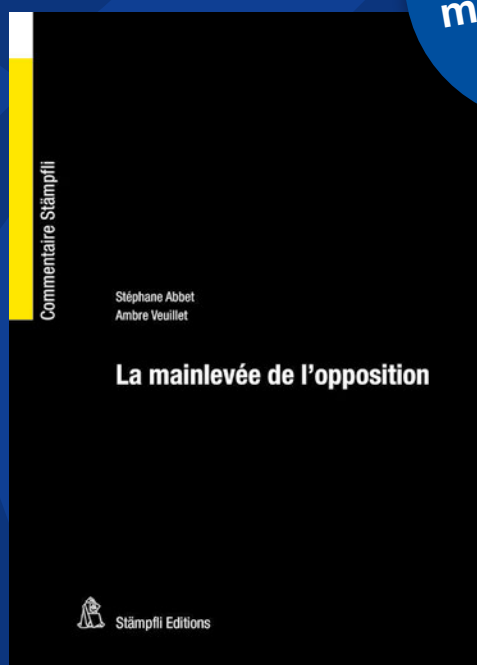
Tél. +41 31 300 66 77

Fax +41 31 300 66 88

[order@staempfli.com](mailto:order@staempfli.com)

[www.staempfliverlag.com](http://www.staempfliverlag.com)

Commandez  
maintenant



1507-49/17 | Sous réserve de modifications de prix et d'erreur

Commandez en ligne:  
[www.staempfliverlag.com/cs](http://www.staempfliverlag.com/cs)

