

La philosophie et le métier d'avocat

Juillet 2011

Résumé :

La philosophie du droit exerce une influence notable sur le métier d'avocat. Deux conceptions différentes du droit amènent à deux genres d'activité distincts pour le praticien du droit.

La première, rationaliste, considère le droit comme étant l'ensemble des lois rédigées par le législateur, dont le dessein est d'organiser au mieux la société. L'avocat et le juge sont ici vus comme des techniciens, déterminant à quelle loi un cas correspond et énonçant l'issue du litige, alors que le législateur est un ingénieur, concevant et construisant la société.

La seconde, évolutionniste, distingue le droit de la loi. Le droit est considéré comme l'ensemble des règles régissant effectivement la conduite humaine, qu'elles soient incluses ou non dans la loi. Ces règles sont sélectionnées par le temps, suivant leur efficacité, sans que l'homme n'en soit conscient : les règles inefficaces sont peu à peu éliminées car les communautés les pratiquant disparaissent ou en adoptent d'autres. Les praticiens du droit ont dans cette vision une tâche plus importante. Ils doivent découvrir les règles du droit et le cas échéant en amener de nouvelles, remplaçant des anciennes moins efficaces, ou répondant à de nouvelles sortes de conflits. Ils s'inspirent toutefois de la coutume, vue ici avec beaucoup de respect, puisqu'elle est le produit d'une longue sélection.

Dans une situation mixte, certains domaines sont régis de manière stricte par la loi. Dans ces secteurs, les relations entre individus sont prévues d'avance et les contrats sont réglementés. Dans d'autres domaines, une conception évolutionniste du droit s'applique : les avocats observent la pratique et les règles en vigueur, peuvent en proposer d'autres à travers la création de nouveaux contrats, et les juges, à travers la jurisprudence, choisissent peu à peu les règles de droit les meilleures.

Deux philosophies du droit

Platon concevait le législateur idéal comme un philosophe roi. Dans cette vision, le philosophe, celui qui recherche et détient la vérité, se sert de la loi pour faire émerger le Bien au sein de la société humaine qu'il peut ainsi construire. Le droit et la loi sont ici réunis. Connaissant l'influence qu'a eue Platon sur la philosophie occidentale, il n'est pas étonnant que l'idée du législateur comme organisateur de la société soit restée influente. Dans cette conception, la loi sert d'outil au législateur qui, par sa raison, construit minutieusement une société idéale, qu'il soit monarque ou élu démocratique et représentant de ce fait le bien commun. La société ainsi construite est considérée plus efficace et plus juste qu'une société qui apparaîtrait de manière désordonnée.

« Il n'y a pas tant de perfection dans les ouvrages composés de plusieurs pièces, et faits de la main de plusieurs maîtres, qu'en ceux auxquels un seul a travaillé. [...] Ainsi je m'imaginai que les peuples qui, ayant été autrefois demi-sauvages, et ne s'étant civilisés que peu à peu, n'ont fait leurs lois qu'à mesure que l'incommodité des crimes et des querelles les y a contraints, ne sauraient être si bien policés que ceux qui, dès le commencement qu'ils se sont assemblés, ont observé les constitutions de quelque prudent législateur. »

René Descartes, *Discours de la méthode*

Un courant d'inspiration différente s'oppose à l'idée qui fait de la société un corps qu'un législateur peut être capable de diriger par le pouvoir de la loi. La raison humaine, selon cette tendance, ne serait pas capable de construire un ordre social efficace et durable. La loi, résultat d'une réflexion du législateur, est ainsi distinguée du droit, résultat d'un processus dont les hommes ne sont pas conscients.

« L'héritage culturel dans lequel l'homme est né consiste en un complexe de pratiques et de règles de conduite qui ont prévalu parce qu'elles réussissaient à un groupe d'hommes ; on ne les a pas adoptées parce qu'on savait qu'elles produiraient les effets désirés. L'homme a agi avant qu'il ne pensât, et non pas compris avant d'agir. [...] L'esprit ne fabrique point tant des règles qu'il ne se compose de règles pour l'action; c'est-à-dire d'un complexe de règles qu'il n'a pas faites mais qui ont fini par gouverner l'action des individus parce que, lorsqu'ils les appliquaient, leurs actions s'avéraient plus efficaces, mieux réussies que celles d'individus ou de groupes concurrents. »

Friedrich A. von Hayek, *Droit, législation et liberté*

Le droit est ici vu comme l'ensemble des règles suivies par une communauté, indépendamment de leur inclusion dans la législation. Certaines règles perdurent parce qu'elles sont assimilées par toute la communauté alors que leur non-respect amène peu à peu à l'anéantissement de ceux qui ne l'appliquent pas. Ces règles sont donc garanties d'une certaine stabilité, puisqu'elles ont été éprouvées par le temps. Selon ce courant, ce sont ces règles préexistantes à la loi que le législateur et les juges doivent chercher à saisir et codifier.

Deux rôles pour le praticien

Dans une situation où la loi est conçue comme volonté du législateur, régissant a priori chaque cas, le rôle du juge, est réduit à une dimension technique : il détermine à quelle loi correspond le cas étudié, puis quelle procédure suivre. L'avocat, lui, est considéré comme une sorte d'auxiliaire du juge, lui indiquant les faits et le droit qu'il considère pertinent. Il peut même se contenter d'établir les faits, si l'on considère que « le juge sait le droit ». Tout rapport entre individus étant réglé par la loi, la diversité des contrats est réduite. Seules les lacunes de la loi peuvent donner lieu à quelque innovation de la part des praticiens, reprise ensuite ou non par le législateur qui conserve la priorité.

Dans la conception évolutionniste du droit, tant le rôle du juge que celui de l'avocat sont plus importants. Le juge doit, avant d'appliquer mécaniquement la loi, chercher sa correspondance avec le droit et ce faisant découvrir ce même droit. L'avocat doit lui aussi connaître le droit autant que la loi. Il peut en outre chercher à améliorer le droit, puisqu'il est ici considéré comme le résultat d'une évolution, en proposant de nouvelles règles. Les juges, à travers leurs décisions faisant peu à peu jurisprudence, peuvent appuyer les innovations des avocats ou en amener eux-mêmes. Les innovations restent toutefois guidées par les grands principes généraux régissant les règles anciennes, jugées efficaces.

La situation législative actuelle, plutôt mixte, force le praticien à la polyvalence. Dans les domaines régis de manière stricte par la loi, il ne peut aider son client qu'en cherchant à optimiser sa situation en fonction de la législation. Le droit du bail ou le droit fiscal, fortement réglementés, laissent peu de place à l'innovation : les conflits y sont pour la plupart réglés a priori sans que le juge ou l'avocat ne puisse proposer de solution alternative. Le droit privé international est au contraire proche de la conception évolutionniste du droit. Les parties, aidées par leur avocat, peuvent y choisir la juridiction dont les règles leur semblent les plus efficaces et ainsi faire peu à peu émerger les règles les plus efficaces en tant que normes. Le droit dispositif est une bonne illustration de la tension entre les deux conceptions du droit. Non obligatoire, il permet aux avocats rédigeant des contrats d'amener de meilleures solutions. S'appliquant par défaut, il reste néanmoins figé, empêchant ainsi les autres acteurs d'en profiter sans intervention du législateur.