

L'éthique de l'avocat pénaliste

Edwige Rude-Antoine

Préface par
Jean Danet

L'éthique de l'avocat pénaliste

© L'Harmattan, 2014
5-7, rue de l'École-Polytechnique ; 75005 Paris
<http://www.harmattan.fr>
diffusion.harmattan@wanadoo.fr
harmattan1@wanadoo.fr
ISBN : 978-2-343-05222-9
EAN : 9782343052229

Edwige RUDE-ANTOINE

L'ETHIQUE
DE L'AVOCAT PENALISTE

Préface par Jean DANET

L'Harmattan

Éthique en contextes

une collection de la Fondation Ostad Elahi

– éthique et solidarité humaine

reconnue d'utilité publique

L'éthique ne se limite pas à une réflexion purement théorique sur le contenu et l'application des valeurs morales. Elle est inséparable de l'action humaine et du travail par lequel des sujets se forment eux-mêmes au contact de leurs semblables, dans des environnements particuliers.

Il n'y a donc d'éthique qu'*en contextes* : contextes sociaux, économiques, professionnels, institutionnels, géopolitiques, etc. Les acteurs qui évoluent dans ces différents espaces, et souvent de l'un à l'autre, développent des compétences et des savoirs pratiques. Leur « sens éthique » leur permet d'articuler à chaque fois les droits et les devoirs en jeu en s'efforçant de ne pas s'y perdre, c'est-à-dire de trouver un *modus vivendi* entre des valeurs personnelles, familiales, religieuses, et des valeurs professionnelles ou organisationnelles qui ne leur sont pas d'avance ajustées.

Les enjeux concrets de ce travail, les conflits qu'il occasionne parfois, le savoir tacite ou explicite des différents acteurs et les stratégies qu'ils adoptent pour la résolution des conflits et la construction d'une éthique personnelle et collective, sont autant de dimensions qu'une réflexion sur l'éthique appliquée peut tenter d'explorer.

Ainsi, penser l'éthique en contextes ne se résume pas à établir la déontologie ou les règles de bonne conduite propres à chaque type d'activité. Il s'agit plutôt, à travers des analyses menées sur des cas concrets, d'éclairer les modalités pratiques de la prise de décision, de proposer des outils nouveaux pour la réflexion et pour l'action.

Déjà publiés dans la même collection

La Beauté à la rencontre de l'éducation. Académie internationale de Théâtre pour enfants, 2014
par E. Toulet.

État des lieux de l'enseignement et de la recherche en éthique, 2014
Sous la direction d'E. Rude-Antoine et M. Piévic.

Éthique et Famille, 2013
Tome 3, sous la direction d'E. Rude-Antoine et M. Piévic.

La Construction du savoir éthique dans les pratiques professionnelles, 2011
Avec des contributions de P. Fortin, B. Leclerc, P.-P. Parent, S. Plourde, D. Rondeau (Université du Québec à Rimouski).

Éthique et Famille, 2011
Tomes 1 et 2, sous la direction d'E. Rude-Antoine et M. Piévic.

Stratégies d'entreprises en développement durable, 2010
Sous la direction d'E. Reynaud, avec des contributions de L. Barin Cruz, H. Chebbi, W. Chtourou, E. Dontenwill, C. Gauthier, A. Mathieu, M. Marais, C. J. Ney, E. Reynaud et collab.

Éthique de l'entreprise : Réalité ou illusion ?, 2010
Avec des contributions de A. Anquetil, M. Bon, F. Cardot, J.-F. Connan, L. Hirèche-Bañada, Th. Hommel, J.-J. Nillès, S. Orru, B. Saincy.

Éthique et Développement durable, 2010
Sous la direction de l'IFORE, avec des contributions de D. Bourg, D. de Courcelles, A. Létourneau, P. Ponsart-Ponsart, Cl. Revel, A. Touraine, P. Viveret. Introduction de M. Pappalardo.

Éthique et crise financière, 2009
Avec des contributions de A. Benassy-Quéré, J.-Ch. Le Duigou, B. Esambert, D. Lamoureux, J.-F. Péresse, Ch. Walter.

La Musique à l'esprit : Enjeux éthiques du phénomène musical, 2008
Sous la direction de J. During, avec des contributions de L. Aubert, A. Didier-Weil, J. During, G. Goormaghtigh, E. Lecourt, F. Picard, P. Sauvanet, B. Stiegler et J. Viret.

Validité et limites du consensus en éthique, 2007

Sous la direction d'A. Létourneau et B. Leclerc, avec des contributions de N. Aumonier, G. Beauregard, L. Begin, A.-M. Boire-Lavigne, G. Caron, D. Boucher, J. Fortin, R. Lair, A. Le Blanc, J.F. Malherbe, P. Martel, M. Monette, S. Mussi, L. Rochetti, G. Voyer.

Qu'avons-nous fait du droit à l'éducation ?, 2007

Avec des contributions de M. Assémat, G. Azoulay, F. Boissou, B. Bourgeois, H. Cohen, M. Kostova, M. Méheut, A. de Peretti, J. Salame Sala, B. Stiegler et des interviews de M.-C. Restoux-Gasset et J.-F. Connan.

Éthique et solidarité humaine à l'âge des réseaux, 2006

Avec des contributions de Ph. Breton, H. Le Crosnier, C. Henry, P. Mathias, S. Missonnier, P. Pérez, V. Peugeot, P. Soriano.

Trois Écoles québécoises d'éthique appliquée : Sherbrooke, Rimouski et Montréal, 2006

A. Letourneau, F. Moreault (collab.).

L'Éthique individuelle, un nouveau défi pour l'entreprise, 2005

Avec des contributions de A. Ballot, L. Bibard, G. Even-Granboulan, C. Ganem, M. Grassin. Préfacé par M. Bon.

Éthique et éducation. L'École peut-elle-donner l'exemple ?, 2004

Avec des contributions de B. Bourgeois, J. Costa-Lascoux, B. Elahi, J. Houssaye, B. Kriegel, C. Mollard, E. Morin, D. Ottavi, A. Peignault, J.-C. Pettier, R.-M. Saugey, L. Villemard, J. Wimberley, L. Wirth.

Intervenir auprès des familles

Guide pour une réflexion éthique, 2004

Sous la direction de P.-P. Parent, avec des contributions de B. Boulianne, M. Beaulieu, M. Dumais.

Le Souci éthique dans les pratiques professionnelles.

Guide de formation, 2004

Sous la direction de P. Fortin et P.-P. Parent.

Remerciements

Je tiens à remercier tout particulièrement :

Rémy Aucharles pour ses remarques toujours justes, tout au long de l'écriture de ce livre, et pour son soutien indéfectible et affectueux.

Marc Piévic, qui a cru en ce projet et m'a soutenue de sa générosité et de son amitié.

Bernard Reber, Eric Fourneret. Ils ont été mes premiers lecteurs. Ils m'ont considérablement aidée par leurs objections, leurs observations, leurs façons de me questionner pour une partie de ce livre.

Maîtres Alain Molla et Philippe Vouland pour leurs récits filmés qui ont enrichi ma réflexion. Jean-Marie Fayol-Noireterre qui a contribué à ma collecte de données de procès d'assises.

Et particulièrement tous les avocats qui ont accepté de me rencontrer et de donner de leur temps. Volontairement, j'ai choisi de ne pas divulguer leur nom. Mais qu'ils sachent que leurs témoignages ont été déterminants pour la compréhension de la défense pénale et l'orientation thématique de cet ouvrage.

Préface

par Jean Danet

Est-il bien raisonnable d'accepter de préfacier un ouvrage qui paraîtra aux yeux de celui qui le feuillette citer abondamment... le préfacier ?

Le lecteur pourrait soupçonner l'un de ces compérages si commun – hélas – aux milieux universitaires. Pour dissiper tout soupçon de ce genre, disons-le d'emblée, je ne connaissais pas Edwige Rude-Antoine avant qu'elle ne m'adresse par un premier courriel la version initiale de son ouvrage et sollicite dans le même temps cette préface. À ce jour, nous ne nous sommes pas encore rencontrés.

Ajoutons encore que les renvois en note au film *Des deux côtés de la barre*¹ sont trompeurs. Ce sont, en réalité, Maîtres Alain Molla et Philippe Vouland qu'Edwige Rude-Antoine cite dans l'ouvrage qui suit. Tous deux sont avocats et protagonistes du film en question². J'avais voulu, pour servir à la formation des avocats, réaliser avec eux sous forme d'entretiens un film pédagogique sur le métier d'avocat pénaliste. Ces entretiens ont fourni à Edwige Rude-Antoine comme ceux qu'elle a elle-même réalisés le matériau de sa réflexion. Je suis heureux d'avoir ainsi participé indirectement à son entreprise.

Si j'ai accepté de préfacier ce livre qui n'en avait pas besoin, ce n'est évidemment pas au nom d'une compétence ou d'une autorité particulière en ce domaine mais parce que, comme avocat honoraire et comme enseignant-

¹ Ce film est accessible sur le site de l'UNJF (Université numérique juridique francophone).

² Alain Molla et Philippe Vouland dirigent ensemble l'Institut de défense pénale à Marseille. Les sessions de formation qu'ils organisent dans ce cadre font une part notable à la réflexion sur l'éthique de l'avocat pénaliste. Cette préoccupation était aussi présente dans leurs réponses à mes questions à l'occasion du film *Des deux côtés de la barre*.

chercheur, je suis convaincu de l'intérêt de tels travaux. Nous en avons le plus grand besoin.

Avocats, magistrats, policiers, journalistes, bâtonniers³, et bien sûr tous ceux qui se destinent à ces professions, et puis encore les citoyens qui s'intéressent à la justice et les citoyens qui la découvrent en tant que jurés, tous ceux-là, pour des raisons très diverses tireront profit de la lecture de ce livre. L'éthique de l'avocat pénaliste les concerne très concrètement. Le métier intrigue les uns parce qu'ils en ignorent la réalité. Et les autres, même lorsqu'ils le côtoient au quotidien, en ont bien souvent des représentations faussées.

Edwige Rude-Antoine n'est pas avocate et n'avait pas avant de réaliser ce travail de connaissance particulière de ce métier. C'est sa réflexion très construite et ses travaux antérieurs sur les rapports entre l'éthique et le droit qui l'ont menée à s'y intéresser. Et c'est cette approche, par la théorie de l'éthique, qui fait l'originalité de ce livre.

Edwige Rude-Antoine est juriste et sociologue et c'est comme telle qu'elle a porté son regard sur ce métier qui fascine les uns tout autant qu'il irrite, choque ou reste tout simplement incompréhensible aux autres. Chacun peut bien avoir en tête un point de vue très différent de celui de son voisin sur cette profession et pourtant, tous ont la même interrogation : « Comment font-ils pour défendre ? » Edwige Rude-Antoine n'échappe pas à cette question mais si elle la fait aussi sienne, elle la pose avec la méthode qui est celle de son métier. Et elle nous livre le résultat d'une enquête faite de lectures, et d'entretiens approfondis avec des avocats pénalistes aux profils variés.

Cette diversité des points de vue pris en compte par l'auteur donne à ce livre l'une de ses forces. Elle fonde au plan phénoménologique comme au plan méthodologique l'affirmation conclusive du caractère pluriel de l'éthique de l'avocat pénaliste.

La cohérence et la beauté parfois du discours de tel ou tel avocat célèbre qui réfléchit sur son éthique peuvent nous séduire. Si profonde soit-elle, cette méditation n'aura pas la richesse qu'offre la confrontation de points de vue multiples, parfois très opposés et tirés d'expériences professionnelles diverses. Et même si certains des points de vue rapportés ici sont moins mûris, plus spontanés, moins élaborés, ils livrent sans aucun doute des données plus

³ Lesquels ne sont pas le plus souvent des pénalistes.

réalistes sur la situation de l'avocat pénaliste confronté dans son quotidien à des questions concrètes d'éthique.

Cette enquête témoigne aussi de ce que ces questions évoluent en même temps que le cadre procédural dans lequel la défense opère, et Edwige Rude-Antoine a pris soin de rappeler cette évolution dans le premier chapitre. L'éthique de l'avocat pénaliste est mouvante, en tout cas vivante. Elle n'est pas réductible à une posture ou à une série de postures qui seraient figées dans le temps.

Mais en revanche, chacune des questions concrètes que la pratique évolutive de la défense peut soulever fait écho à des réflexions fondamentales, des approches philosophiques ou théoriques de l'éthique parfois très anciennes. C'est l'apport essentiel de ce livre que d'éclairer le lecteur – et en premier lieu le juriste, le praticien – sur ces parentés, ces correspondances. Que ces questions concrètes fassent écho à la pensée d'Aristote, de Rousseau, de Ricœur ou d'autres encore nous aide en effet à mieux saisir la complexité des situations qu'affronte l'avocat.

Les notations jamais pesantes d'Edwige Rude-Antoine sur ces correspondances fournissent au lecteur autant d'outils de réflexion mais sans jamais asséner de trop longs et savants commentaires qui étoufferaient, noieraient les questionnements concrets de ceux qu'elle a pris soin d'écouter et de faire parler. Les analyses de l'auteur ne font pas écran entre les avocats sollicités et le lecteur ; elles éclairent les dires des premiers pour le second.

Cet ouvrage, avons-nous dit, intéressera les avocats pénalistes, ceux qui les côtoient dans leur pratique et tous ceux qui se destinent à ces professions. Mais il devrait aussi faire réfléchir ceux qui ont la charge de les former.

Les facultés de droit se sont depuis très longtemps enfermées dans une approche technicienne du droit tout en étant le plus souvent très éloignées de ses pratiques. Elles ne savent pas faire le lien entre le droit qu'elles enseignent et le droit vivant. Trop d'universitaires, en France, cultivent encore, au nom d'on ne sait quelle supériorité intellectuelle autoproclamée, un mépris à peine masqué pour les préoccupations de la pratique. Elles ne les intéressent pas car – n'est-ce pas – « ce n'est pas du droit ». Tout ce qui n'est pas du droit – du « droit pur » disent même certains ! – n'aurait pas sa place à l'université et ces questions de pratique ne seraient que des « tours de mains », des « ficelles du métier » tout juste bonnes pour les écoles d'application professionnelle.

La distinction entre déontologie et éthique est alors méconnue. Le lien entre les principes fondamentaux du droit – le contradictoire par exemple – et l'éthique n'est pas fait. Les articulations entre le procès équitable, les règles concrètes de procédure et les questions concrètes d'éthique constituent l'aporie d'un enseignement que la réflexion sur les pratiques n'irrigue plus.

Ce livre nous rappelle tout simplement que l'avocat pénaliste croise tous les jours des questions d'éthique que des pensées exigeantes – Aristote –, des pensées contemporaines – anglo-saxonnes par exemple – éclairent de leur puissance. Ces questions pénètrent au plus profond des enjeux de justice ; elles ont été formalisées au plan théorique – déontologisme, conséquentialisme, et d'autres – et elles intéressent nécessairement le juriste. Le rapport au client, le rapport à la victime, le rapport à la notion de vérité, les valeurs de loyauté, de confiance, de prudence ne sont pas, comme on va le voir, des questions théoriques, elles se posent à propos de la communication d'une pièce, du contenu de la plaidoirie, d'une question posée en audience. Elles interfèrent avec le déroulement de la procédure, avec les initiatives de l'avocat, ses demandes d'investigation, etc.

Le lecteur et notamment l'enseignant chercheur pourra lire cet ouvrage comme un exemple de ce que peut être une réflexion sur l'éthique appliquée au droit. Ici sur l'exemple de l'avocat pénaliste, après que l'auteur ait aussi abordé ces questions à propos du droit de la famille⁴. De tels ouvrages sont encore trop rares. Et surtout, ils ne sont pas assez utilisés pour la formation initiale des juristes.

Avant que demain elles ne soient, en termes d'apprentissage technique du droit, disqualifiées par des établissements privés qui feront mieux qu'elles et qui s'intéresseront aussi à l'éthique, les facultés de droit pourraient en un ultime sursaut proposer de telles réflexions à leurs étudiants. Loin de déroger à leur vocation universitaire comme elles le pensent parfois, elles l'assumeraient enfin.

En attendant, découvrons avec Edwige Rude-Antoine, l'éthique plurielle de l'avocat pénaliste.

Essaouira, le 8 mai 2014.

⁴ E. Rude-Antoine et M. Piévic (dirs), *Éthique et famille, t. 1, 2 et 3* (coll.), Paris, L'Harmattan, Coll. « Éthique en contextes », 2011, 2013.

Introduction

« Je me souviens d'un bâtonnier qui disait : "Regardez les pénalistes, ils ont la même gueule que leurs clients." Quand je défends les accusés d'Outreau lorsqu'ils sont réputés être pédophiles, on me regarde comme un salaud. Quand je défends les mêmes alors qu'ils sont devenus innocents, je suis un héros. Je ne mérite ni cet excès d'opprobre, ni cet excès d'honneur. Lorsque je dis qu'il est intéressant de faire acquitter un coupable parce que faire acquitter un innocent, c'est la moindre des choses, je sais que cela peut choquer. Que traduit le fait qu'un coupable soit acquitté ? Est-ce le signe d'un dysfonctionnement de la justice ? Est-ce que cela ne montre pas plutôt que la justice a appliqué les règles qui sont les siennes, à savoir que dans un État de droit, la culpabilité ne peut être consacrée que si la preuve en est clairement rapportée par l'accusation ? N'est-ce pas cela qui est rassurant ? Dans l'une des plus vieilles démocraties du monde, on n'a pas encore intégré que la défense est un droit essentiel. Après un repas de communion, il y a toujours quelqu'un pour demander : "Comment faites-vous pour défendre l'assassin d'un enfant ?"¹. »

C'est bien en effet cette question, soulignée par Eric Dupond-Moretti, que les avocats pénalistes entendent à propos de leur métier. C'est aussi à cette question que nous voudrions répondre dans cet ouvrage.

Grandes figures de la profession, connues du grand public, les avocats pénalistes sont tantôt admirés, tantôt controversés, voire condamnés... Gisèle

¹ E. Dupond-Moretti, in CH. Perrin et L. Gaune, *Parcours d'avocat(es)*, préface par Ch. Charrière-Bournazel, Paris, Le Cavalier bleu, 2010, p. 61-62.

Halimi, la « défenseuse pour le droit des femmes et contre la torture », Jacques Vergès, « l'avocat de la terreur », Henri Leclerc, « l'engagé pour les droits de l'homme », tous trois sont au service de la justice pour le meilleur... et pour le pire ! Car le métier fascine² : jeux de dupe, faux-semblants, manipulation, l'avocat est souvent représenté dans la fiction sous les traits d'un être ambigu, sans cesse sur le fil... L'avocat pénaliste du XXI^e siècle s'est-il véritablement éloigné de l'avocat tel que décrit dans *Les Gens de justice* de Daumier ? L'instant de la métamorphose de bourgeois en avocat revêtant sa robe et endossant le rôle de plaidoirie, le spectacle des avocats en robe qui, les bras chargés de dossiers, arpentent l'escalier du Palais, ou l'avocat parlant à son client en aparté tandis que la partie adverse poursuit sa plaidoirie ? Sans doute pas. Mais les mutations permanentes de la matière pénale, du modèle du procès, de leur traitement par l'institution judiciaire peuvent-elles inviter l'avocat pénaliste à occuper de nouvelles fonctions, conquérir de nouveaux droits et élargir ses champs d'exercice ? On peut se demander si d'autres réformes devront être engagées pour protéger ou renforcer les « valeurs éthiques » nécessaires au métier d'avocat pénaliste, qui intervient tantôt en défense, tantôt au soutien des intérêts de la partie civile. L'éthique n'étant pas entendue seulement comme la déontologie d'un corps professionnel que nous évoquerons nécessairement, mais comme « un ensemble de règles, ou plutôt de références, non écrites, et très souvent innommées, qui font qu'au-delà du rapport nécessaire au droit, se construisent, pour l'avocat, la fonction de défense et pour le magistrat, l'œuvre de justice qu'il s'agisse de l'exercice de l'action publique ou du jugement³ ».

Ce livre voudrait combler un manque dans les réflexions contemporaines de l'avocature. Rares sont, en effet, les travaux qui abordent l'éthique de l'avocat pénaliste. Nous avons tenté de surmonter cette lacune et voulu savoir si, et comment, les questions morales se posent dans la pratique. Quelles sont les interrogations et incertitudes des avocats pénalistes confrontés à des choix de défense ? Nous ouvrons ici une parenthèse : à aucun moment nous n'avons cherché à réaliser un ouvrage de philosophie morale. Les

² « Les enquêtes de notoriété effectuées auprès des justiciables révèlent que les deux ou trois noms d'avocats qu'ils connaissent sont inmanquablement ceux de pénalistes », in Ed. de Lamaze et Ch. Pujalte, *L'Avocat, le juge et la déontologie*, Paris, Puf, Coll. « Questions judiciaires », 2009, p. 33.

³ S. Gaboriau, *L'Éthique des gens de justice*, Entretiens d'Aguesseau, actes de colloque, Limoges, Presses universitaires de Limoges, 2000, p. 10.

théories morales utilisées l'ont été uniquement comme ressources et pour appuyer notre démonstration. Dans notre démarche, nous associons le terrain juridique à un regard sociologique. Nous nous situons à la fois dans le cadre de la sociologie du droit et de la sociologie morale. Nous étudions le droit comme une action sociale en ce sens où nous enquêtons sur les actions des avocats qui s'en inspirent et vérifions jusqu'à quel point ils s'en inspirent. Nous décrivons ces actions dans leur évolution temporelle, en identifions les effets concrets en reliant de telles enquêtes à une vision théorique générale qui rend compte des positions qui, dans le cadre de relations sociales, incluent le droit considéré dans son ensemble et dans ses détails⁴. Nous analysons les intentions, les pratiques quotidiennes effectives et les enjeux de responsabilité des pénalistes⁵. Les avocats pénalistes que nous avons entendus ont, certes, des pratiques différentes, mais ils sont tous confrontés à la petite, moyenne et grande délinquance du monde urbain contemporain. La défense est leur ciment commun. Comme l'exprimait Henry Torrès à son jeune collaborateur de l'époque, Robert Badinter : « La justice, mon petit, ce n'est pas ton affaire. Tu n'as pas à rendre la justice toi, tu ne décides rien, tu ne condamnes personne, tu ne peux même pas acquitter quelqu'un. Ton problème à toi, ce n'est pas de savoir ce qui est juste ou non, ton seul problème, ta raison d'être, à toi, avocat, c'est de défendre... Ce qui compte, c'est que tu fasses tout pour défendre ton bonhomme... La défense, mon petit c'est une totalité, je veux dire que tu dois t'engager totalement⁶. » Et citant Vincent de Moro-Giafferi : « Je n'ai pas de cas de conscience ! J'ai derrière moi une longue expérience. Je fus toujours la défense. Mais je confonds volontiers la défense avec la justice. Il n'existe personne si odieux soit-il à nos yeux qui n'ait droit à être défendu – et sincèrement défendu par un autre homme. »

L'avocat philosophe et essayiste québécois François-Xavier Gosselin renchérit : « Simple devoir de conscience, contrainte philosophique et morale, la présence de l'avocat doit être imposée non en guise de symbole, nourrissant les bonnes consciences mais comme un protagoniste majeur. S'il n'a pas de droits, ou, ce qui est plus grave, s'il ne s'en empare pas, il n'est rien⁷. » Les

⁴ V. Ferrari, *Lineamenti di sociologia del diritto*, Roma, éd. Laterza, 2004 (1997), p. 55-105.

⁵ Cet ouvrage s'appuie sur l'analyse des données recueillies lors d'entretiens semi-directifs avec des avocats pénalistes des barreaux de Paris, Lille, Clermont-Ferrand réalisés au cours des années 2012 et 2013 et sur l'analyse d'audiences enregistrées devant plusieurs cours d'assises.

⁶ R. Badinter, *L'Exécution*, Paris, Grasset, 1973.

⁷ F. X. Gosselin, *Histoire des avocats*, (blog de l'auteur), 19 novembre 2007.

nouvelles formes de violences, les comportements et les repères parfois inédits de justiciables, du meurtre de Karine Chassing⁸ à l'affaire dite « du bus incendié de Marseille⁹ », ont-ils modifié cette vision de la fonction du pénaliste ? Il y a peu de chance, nous le verrons. L'affaire Dominique Strauss-Kahn, en revanche, peut avoir pour conséquence d'élargir la compétence « investigatrice » de l'avocat qui deviendrait « enquêteur », et ceci avec l'assentiment du Conseil de l'ordre. Ce métier, probablement le plus difficile humainement parmi les professions judiciaires, a de « beaux jours » devant lui...

Dans cet ouvrage, il s'agit de relever la complexité de cette notion même de défense pénale qui surgit dans les interstices des savoirs et des pratiques, au croisement des activités sociales, de la politique et du droit sans oublier l'imaginaire. Il faut souligner la difficulté de réduire cet objet à des représentations univoques. Depuis son entrée dans le cabinet du juge d'instruction en 1897 puis son irruption dans le cabinet du Procureur pour reconnaître à huis clos la culpabilité de son client, le « plaider-coupable » ou plus techniquement la « comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité » en 2004, sans omettre le droit à délivrance des copies pénales en 1981, le débat contradictoire en matière de détention provisoire en 1984, l'inculpé qui se transforme en « mis en examen », le juge de l'application

⁸ O. Ballande, *Avant les assises. Une affaire de meurtre*, DVD vidéo, Maha Productions. Le mercredi 26 mars 1997, Karine Chassing est découverte poignardée et égorgée à son domicile dans lequel courait un incendie. Christophe Bauer, son concubin, est accusé de ce meurtre. Cette affaire a été instruite et jugée à Paris.

⁹ A. Molla, Ph. Voulland, in J. Danet, *Des deux côtés de la barre*, DVD vidéos 1 et 2, réalisation D. Duuez, Filippi et Duuez Production, janvier 2009. L'auteur présente ici l'affaire qui sert de fil rouge au film. C'est à Marseille que le 28 octobre 2006, un groupe de jeunes gens tous mineurs va à la nuit tombée et en pleine ville arrêter un des autobus de la ligne 32. Le bus stoppé, ils vont s'engouffrer dans le véhicule, après avoir forcé les portes arrière et vont répandre de l'essence sur les banquettes. Affolés la conductrice et les passagers vont tenter de fuir, de sortir précipitamment. Mais sans attendre l'évacuation complète du bus, un des jeunes va jeter un mouchoir enflammé et prendre la fuite. Le bus s'embrase immédiatement et piège cinq personnes dans l'incendie. Parmi celles qui n'étaient pas encore sorties du bus, plusieurs encore ont été blessées dont une très grièvement brûlée. Jeune étudiante d'origine sénégalaise, Mama Galledou sera brûlée aux 2e et 3e degrés et à 62 %. Après avoir été entre la vie et la mort de longs jours, elle subira, pendant deux années, plusieurs greffes et opérations de chirurgies réparatrices et il lui faudra encore de nombreuses rééducations pour mener une vie normale. L'affaire qui allait devenir « L'affaire du bus incendié de Marseille » a soulevé une très vive émotion non seulement localement mais aussi au niveau national. La pression médiatique fut exceptionnelle. Cette affaire a été instruite et jugée à Marseille et à Aix-en-Provence et elle a fait l'objet, compte tenu de l'âge des accusés, de deux procès distincts : l'un aux assises pour les mineurs de plus de 16 ans, l'autre au tribunal pour enfants statuant au criminel, d'abord en 1ère instance, puis en appel pour les deux mineurs de moins de 16 ans.

des peines qui peut accorder des libertés conditionnelles, la capacité à participer à la recherche de la vérité face à un juge d'instruction dépossédé du pouvoir d'incarcérer en 1993, l'assistance par l'avocat du « témoin assisté », l'arrivée du juge de la liberté et de la détention et le droit d'appel des arrêts de cour d'assises en 2000, ou la réforme de la garde à vue en 2011, l'avocat pénaliste a vu l'exercice de son métier subir des mutations. Encore de nos jours, l'ambiguïté constitutive de la fonction de défenseur est loin d'être résolue, comme le montre cette oscillation de sens qu'on perçoit dans les réformes des institutions judiciaires mais aussi dans les paroles des avocats. C'est pourquoi il convient de rechercher les manières selon lesquelles, dans l'histoire et le droit, se sont construits la défense pénale et plus globalement, l'exercice de la justice. On a affaire plutôt à un processus complexe, qui ne peut être reconstitué que par un effort de mise en ordre des données qui lui sont adéquates. La notion de défense se dégage toujours partiellement, sans jamais atteindre son degré le plus accompli de formalisation. Les juristes ont le plus grand mal à imposer la forme d'une même notion à la totalité des pratiques auxquelles est associée la défense. C'est pourquoi on ne peut procéder que par reconstructions historiques et juridiques approximatives qui se déroberont à une définition ultime. Mais cette approche de l'histoire sociale des réformes judiciaires ne va pas sans produire des conséquences sur la manière de concevoir la défense pénale et sur la référence plus ou moins forte à des valeurs éthiques qui pourraient en découler.

À côté de cette analyse des mutations qui s'opèrent dans l'institution judiciaire, il nous faut analyser les qualités déontologiques attendues de l'avocat. Comment et en présence de quelles circonstances historiques les règles déontologiques applicables à la profession d'avocat se sont-elles structurées ? En quoi, aujourd'hui, sommes-nous en mesure d'en tirer quelques profits pour mieux comprendre la relation de l'avocat avec son institution et la fonction de défenseur ? Car la déontologie pourrait, par glissements, se retrouver mise à l'épreuve, voire mise en échec. Pour essayer de répondre à ces questions, il apparaît instructif de déchiffrer toute la rationalité pratique véhiculée par les termes d'indépendance, de courtoisie, de prudence, d'honneur, de désintéressement, de probité, de confraternité, de loyauté, et de délicatesse, qui sont contenus dans les règles déontologiques. L'étude de toutes les significations attribuées à ces qualités requises de l'avocat peut être très utile pour comprendre un ensemble de pratiques normatives.

À l'opposé de ces obligations professionnelles qui se parent du nom d'éthique mais qui s'apparentent plutôt à une morale professionnelle, il nous faudra découvrir ce qui permet à l'avocat de construire la relation à l'autre, en toute liberté, indépendamment de l'institution. Comme l'écrivent Edouard de Lamaze et Christian Pujalte¹⁰, le travail de l'avocat dans ses moindres détails, les actes qu'il accomplit, les stratégies qu'il élabore, les plaidoiries qu'il prononce sont suivis pas à pas par le client. L'avocat doit inspirer toute la confiance et la légitimité requises pour que l'on puisse s'en remettre à lui. Les espoirs que la personne mise en cause, dite « prévenu » ou « accusé » ou que la victime placent dans leur avocat, les attentes qu'elles en ont sont immenses. Mais l'avocat est aussi un partenaire de justice dans la mesure où il forme avec le magistrat un binôme indissociable. Là également, il lui faut être à la hauteur, en se montrant digne de ses prétentions naturelles. S'il ne l'est pas, l'équilibre même de la justice en sera rompu. C'est alors qu'interviennent les qualités ou ce que nous pouvons nommer les vertus de l'avocat qui sont ici spécifiques en ce sens où elles concernent non plus les conditions extérieures de la défense, par exemple le contradictoire, mais la personne même de l'avocat pénaliste. Il s'agit de réfléchir aux interrogations morales auxquelles est confronté l'avocat, c'est-à-dire aux questions dont les réponses peuvent être contradictoires (sympathie ou antipathie par rapport à son client qui renvoient à la vertu de proximité, indulgence ou sévérité vis-à-vis d'une affaire qui sont à relier à la vertu de mesure, pour n'en citer que quelques-unes) et qui traduisent le risque d'attitudes ambivalentes de l'avocat. Plutôt que de vouloir chercher des solutions et d'édicter des règles pour résoudre les problèmes, le présent ouvrage entend susciter une réflexion sur le propre travail de l'avocat et construire un débat éthique autour de cette fonction de défense. La vertu sera entendue dans son sens aristotélicien : « Les vertus ne sont pas en nous par l'action seule de la nature, et elles n'y sont pas davantage contre le vœu de la nature ; mais la nature nous en a rendus susceptibles, et c'est l'habitude qui les développe et les achève en nous. De plus, pour toutes les facultés que nous possédons naturellement, nous n'apportons d'abord que le simple pouvoir de nous en servir, et ce n'est que plus tard que nous produisons les actes qui en sortent. On peut bien voir un frappant exemple de ceci dans les sens. Ce n'est pas à force de voir, à force d'entendre, que nous acquérons les sens de la vue et de l'ouïe. Tout au contraire, nous nous sommes servis de ces sens parce

¹⁰ Ed. de Lamaze, Ch. Pujalte, *L'Avocat, le juge et la déontologie*, préface par Jean-Claude Magendie, avant-propos par Michel Benichou, *op. cit.*, p. 39-41.

que nous les avons ; et nous ne les avons pas du tout parce que nous nous en sommes servis. Loin de là, pour les vertus, nous ne les acquérons qu'après les avoir préalablement pratiquées. Il en est pour elles comme pour tous les autres arts ; car dans les choses qu'on ne peut faire qu'après les avoir apprises, nous ne les apprenons qu'en les faisant. Ainsi, on devient architecte en construisant, on devient musicien en faisant de la musique. Tout de même, on devient juste en pratiquant la justice ; sage, en cultivant la sagesse ; courageux en exerçant le courage¹¹. »

Ainsi, la vertu n'est pas un don de la nature, elle doit être acquise. La vertu est un comportement qui ne cherche pas à être conforme à une règle déontologique. La bonne conduite ne peut être appréciée qu'en fonction des circonstances. Les qualités de l'avocat pénaliste sont spécifiques en ce sens où celui-ci n'agit pas pour lui, mais pour un autre. Il doit ainsi dépasser son intérêt propre au profit de celui de son client, mais le peut-il ? Il s'agira ici de reconnaître de façon raisonnée l'importance d'une éventuelle qualité à la fonction même de défenseur. C'est une question à laquelle nous tenterons de répondre. Comme Aristote dans l'*Éthique à Nicomaque*, nous ferons une distinction entre vertus morales et vertus intellectuelles. Nous différencierons ainsi les vertus de caractère, les vertus de cœur d'une part et les vertus de pensée, les vertus d'esprit d'autre part.

Nous réfléchissons ensuite à la question de la défense pénale et de la vérité. Qu'est-ce qui est à l'œuvre dans l'action de défendre un prévenu ou un accusé ou de soutenir les intérêts d'une victime ? Les avocats sont-ils animés par une idée de vérité ? Toute réflexion sur la place qu'occupe la recherche de la vérité dans le procès pénal et plus particulièrement pour le défenseur suppose que l'on s'interroge sur la nature même de la vérité dite « judiciaire » ; mais de quelle vérité s'agit-il ? Peut-on dire que la recherche de la vérité pour l'avocat ne serait que les éléments à charge et à décharge dans le dossier de son client ? Peut-on parler d'une vérité absolue, d'une vérité de fait, d'une vérité rationnelle, d'une vérité objective, d'une vérité subjective, d'une vérité accessible, d'une vérité convaincante ? Peut-on dire comme l'écrit Patrick Pharo, que « la norme de vérité reste soumise à une norme de justice, d'abord parce qu'il peut être injuste de dire certaines vérités qui trahissent un secret,

¹¹ Aristote, *Éthique à Nicomaque, Livre II*, trad. par Jules Barthélémy Saint-Hilaire et Alfredo Gomez-Muller, Paris, Librairie générale française, Coll. « Classiques de la philosophie », 1992, p. 78-79, 3§ et 4§.

apportent une information inutile ou entraînent une souffrance indue » ? Mais aussi que « la justice est par elle-même une norme fondamentale de la vie sociale qui commande en grande partie le respect de la norme de vérité, car il n'est pas juste de mentir ou de tromper »¹² ? Nous entrerons ainsi de plain-pied dans la construction d'une « vérité judiciaire », intégrant les notions récurrentes que sont « le doute raisonnable » ou « l'intime conviction ». Il s'agira aussi de savoir si les pensées qui meuvent les avocats sont des valeurs morales ou s'appuient sur d'autres motifs plus prosaïques. On ne peut, en effet, saisir la dynamique causale de la position pratique de défenseur sans chercher à identifier la pensée de l'avocat, ce qui, à son tour, ne peut se faire que par une réflexion sur sa validité cognitive et morale, c'est-à-dire sa vérité pratique. Au regard des intérêts de son client, l'avocat doit-il la vérité aux juges ou en d'autres termes, peut-il mentir ? Peut-on parler de la vérité de son client ? Cela renvoie à la question de la vérité/mensonge centrale dans ce débat. Une place est-elle libre pour le mensonge « officieux » ? L'utilité n'est-elle pas un critère plus important que la vérité ?

Dans le chapitre suivant, nous montrerons que la défense a en charge le respect des règles du procès équitable et participe au débat contradictoire du procès. Nous analyserons le rôle joué par l'avocat dans l'équilibre entre l'acte commis et la peine. Nous rechercherons s'il existe des discriminations devant la justice. Nous réfléchirons à l'influence des médias sur le déroulement du procès. Peut-on alors parler d'une égalité des armes dans le procès ? Ou conclure qu'elle fait défaut ?

Nous constaterons que défendre n'est pas une simple application de la loi mais une participation à une justice humaniste. On tentera ici de définir quelles sont les lignes de la défense pénale. On s'interrogera sur le rapport existant entre la personne et son acte, sur la confiance dans la relation avocat-client, le respect du secret professionnel, la récusation des jurés, la plaidoirie et les risques de trahison du client, et enfin sur la place accordée à la victime.

Dans un dernier chapitre, le questionnement portera sur ces actes extrêmes, odieux qui rendent difficiles la compréhension de l'acte même de défense. Nous soulignerons que le crime monstrueux n'exclut pas une trace d'humanité. Face à la différence de valeurs de justice ou de valeurs morales entre l'avocat et son client, nous chercherons à comprendre comment résoudre

¹² P. Pharo, *Morale et Sociologie*, Paris, Gallimard, « Folio Essais », 2004, p. 319.